

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS
Y SOCIALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N.º 17 / 1994



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:
Agustín Squella

Asistentes del Editor:
Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:
Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:
Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1994

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 12
1994

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Las Condes, Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca, Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1993 - 1995)

Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que opera en nuestro país como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 12, correspondiente a 1994, titulado "Estudios Jurídicos y Sociales".

Los trabajos que componen el presente volumen se distribuyen en distintas secciones que el lector puede identificar remitiéndose al índice de la obra.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social se edita por nuestra Sociedad desde 1983 y ha entregado hasta la fecha un total de 12 números.

Este y los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

Esto debe inducir a reflexionar muy seriamente a la hora de aceptar la legalización del aborto o a las consecuencias de actos como la fecundación in vitro en sus distintas modalidades, con la consiguiente "eliminación" de embriones o de su "utilización" para muy diversas finalidades.

Se trata de situaciones límites en las que se encuentran y se ponen en juego distintas disciplinas: la biología, la medicina, la ética, el derecho. La legislación debe estar atenta con gran prudencia a los resultados de los estudios e investigaciones correspondientes, pero no podrá, lícitamente, pasar a llevar esa realidad que ella ha reconocido: el ser humano es una persona desde el momento de su concepción.

RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL, Y SU CONCRECIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA CHILENA (1980)

JOSE LUIS GUZMAN DALBORA *

1. No más de cinco lustros ha el tema de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho constitucional apenas sobrepasaba el tratamiento de una de esas cuestiones de rigor, más o menos incluíbles al momento de caracterizarse al primero y de distinguirlo de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que se refiere a aquellas con las que el Derecho punitivo guarda vínculos particularmente estrechos. Basta, como prueba de esto, el examen de la parte introductoria de algunos cursos y manuales en uso y todavía vigentes durante la década de los sesenta (1). Al interior de semejante impostación metodológica afirmaciones solitas, como que "frente al Derecho constitucional, al igual que frente a todas las ramas constitutivas del Derecho, el Derecho penal tiene las vinculaciones que

* Profesor de Derecho penal y de Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta (Chile). Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia*, de la Universidad de Roma.

1. Cfr., por ejemplo, Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal* (publicados, siete volúmenes). Losada S.A., Buenos Aires, 1956-1970 (segunda edición), aunque al eminente penalista español no se le ocultara el problema político-penal, al que dedica extensas páginas, en el tomo II (1950), pp. 163-213; Antón Oneca, José: *Derecho penal*. Akal, Madrid, 1986 (segunda edición, anota-

le derivan de su carácter sancionatorio" (2) —asertos que revelaban cómo la consideración del problema todavía no penetraba en el sistema de conocimientos de esta rama del Derecho—, eran seguidas a lo sumo por la observación, no menos obvia, de que, agotada en la faz de los hechos la experiencia de las más brutales formas del totalitarismo europeo, "la desaparición de aquellos regímenes en algunos países y el reforzamiento del espíritu democrático en la última postguerra", había "originado profundos cambios en su legislación criminal y la inclusión de normas penales fundamentales en la mayoría de las recientes constituciones políticas" (3). Y, en verdad, justamente en dichas mutaciones políticas y en estos nuevos textos constitucionales, se encierra la clave de algo que estaría destinado a enriquecer el panorama dogmático y político criminal de nuestro tiempo, ya que bien pronto el pensamiento penal, superando la acostumbrada perspectiva lógico-formal, comenzará a orientarse a captar las relaciones contenciosas que median entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, y a averiguar en qué medida en Derecho punitivo queda condicionado —en cuanto a la materia de sus preceptos— y dirigido —en

da y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino); Cuello Calón, Eugenio: *Derecho penal*. Conforme al "Código penal, texto refundido de 1944". Bosch, Barcelona, 1960 (decimotercera edición), 2 vols., vol. I (parte general); Maggiore, Giuseppe: *Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1954, 5 vols. Traducción del padre José J. Ortega Torres y con prefacio de Sebastián Soler. Particularmente el tomo I ("El Derecho penal-el delito"); Ranieri, Silvio: *Manual de Derecho penal*. Temis, Bogotá, 1975. Traducción de Jorge Guerrero, 6 vols., particularmente el vol. I; Mezger, Edmund: *Tratado de Derecho penal*. Nueva edición, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, 2 vols.; el mismo: *Derecho penal*. Libro de estudio (parte general). Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, traducción de Conrado Finzi y con prólogo de Ricardo Núñez; Maurach, Reinhart: *Tratado de Derecho penal*. Ariel, Barcelona, 1962. Traducción y notas de Juan Córdoba Roda, entre otros que, o se detienen en el punto para apenas mencionarlo, o ni siquiera esto.

2. Cfr. Novoa Monreal, Eduardo: *Curso de Derecho penal chileno*. Ediar-Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1985 (reimpresión inalterada del texto de 1960-1966), 2 vols., tomo I, p. 48.

3. Cfr., Cuello Calón, op. cit., vol. I, p. 17, así como *Las normas penales en las modernas constituciones*, en *Anuario de Derecho penal*, 1951, pp. 28 y ss.

punto a su norte político— por el constitucional. Hoy por hoy es imposible negar que el ámbito de lo penal es donde con mayor intensidad se pone a prueba —una prueba infalible— el carácter liberal o autoritario del ordenamiento político que toda constitución contemporánea diseña en sus rasgos fundamentales. Lo confirma, por lo demás, la significativa y aleccionadora circunstancia de que el ahora más rico contenido penal de las constituciones alumbradas en los últimos cuarenta y cinco años generalmente ha encontrado su puesto en el corazón de éstas, o séase, en su parte dogmática, allí donde se consagran los derechos y garantías elementales que las cartas aseguran a los individuos. No puede ser de otra manera: cualquier ordenamiento político que de verdad se preocupe por rodear con toda suerte de garantías a las libertades individuales, de modo que queden a salvo frente a los inevitables desbordamientos del poder del Estado, tiene que concentrar su atención en aquel segmento de las relaciones jurídicas en que la tensión de los polos Estado-individuo se plantea en términos más complejos y delicados, y de esta guisa salir al paso, ya en una instancia normativa superior, de la arbitrariedad y los abusos del poder, enemigos sempiternos de la libertad y la seguridad. Seguridad y libertad dan el tono y el *humus* valorativo al ordenamiento jurídico en su integridad, pero sobremanera al Derecho penal, si es verdad que en éste se ponen en juego no pocas de las máximas cuestiones que al hombre pone la vida de relación y que los más significativos bienes de que es titular pueden —y a menudo deben, merced a una sentencia condenatoria— quedar irremisiblemente comprometidos. De allí que, a diferencia de las constituciones de otros tiempos, varias de las contemporáneas —la italiana, de 1947, la española, de 1978, entre las más importantes— se han interesado por desarrollar un tratamiento casi analítico de la órbita de lo punitivo, a partir de una más madurada conciencia de cuánto el Derecho penal es capaz de incidir sobre las libertades individuales, y de cómo, bajo signos políticos más o menos liberales y al compás de las exigencias de regímenes poco respetuosos de aquéllas, el *ius poenale* se transforma en instrumento al servicio de la opresión, e incluso mecanismo de terror.

Es evidente que toda constitución política de nuestros días —como explicaba el sumo maestro del Derecho penal en nuestra lengua, Jiménez de Asúa, a propósito de la carta republicana española,

de 1931 (4)— representa una pugna entre las exigencias técnicas y el ansia popular, lo que debe entenderse, a nuestro juicio y al hilo del razonamiento del malogrado criminalista madrileño, en un doble sentido. Por un lado, la necesidad de afirmar, con las herramientas técnicas más confiables, la estructura y la organización política del Estado, así como la parte dogmática del texto —donde se condensa la declaración de derechos—. Pero es asimismo ineludible que estos requerimientos técnicos resulten compatibles con las valoraciones dominantes al interior de las sociedades y en el contexto del momento histórico que éstas atraviesan, de suerte que el radio de las aspiraciones de libertad y seguridad que laten en el seno de la comunidad de sujetos de Derecho pueda extenderse hasta abrazar lo más posible. En otras palabras, es indispensable que la técnica jurídica se ponga al servicio de la construcción de una base sólida sobre la que edificar más tarde el ordenamiento jurídico; pero no es menos apremiante, para el constituyente moderno, que los anhelos libertarios no queden aprisionados en holocausto de un formalismo lógico que en el terreno jurídico se viste con los ropajes del *doctrinarismo académico abstracto*. Yerra gravemente, por lo mismo, quien pretende que el trabajo del constituyente se encauce por esquemas de una lógica exquisita, que estarán muy bien para construir un perfecto sistema de conceptos, mas corren el riesgo de escaparse de las exigencias de la historia y de la cultura. Un pensamiento doctrinal histórica y finalísticamente orientado debe —aquí, más que en ningún otro ámbito del Derecho positivo— hacer circular un soplo de vida y de libertad, para que las categorías técnicas se expliquen y justifiquen no sólo en cuanto sin ellas el trabajo científico deviene imposible, sino principalmente en tanto se convierten en garantía de la libertad. Por otra parte, así lo han entendido y lo corroboran algunas de las constituciones nacidas tras de los turbulentos años que sucedieron el término de la segunda conflagración mundial, y otro tanto han hecho otras más recientes. Además, todas, en general, acusan una mayor sensibilidad hacia el problema penal. Que lo propio se observe en el pensamiento científico, no habrá de sorprender: el pensamiento penal, si-

4. Cfr., *La constitución política de la democracia española*. Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1942, p. 22.

guiendo esta pista, de *sistemático* se hace cada vez más *problemático*, cual ha apuntado Pettoello Mantovani en su trabajo sobre *El valor problemático de la ciencia penal*, que se alza, imperturbable, contra dogmas y empirismos (5). *Respicere finem*: si las últimas razones del fenómeno jurídico-penal son valorativas, esto es, filosóficas y políticas, entonces la ciencia no puede volverles la espalda; debe organizar, desde el prisma de un conjunto organizado y coherente de conocimientos, los diferentes conceptos, pero ha de abarcar estos conceptos de forma que queden inscriptos en el ambiente de ideas al que en definitiva responden, ambiente que es filosófico, político y jurídico a la vez: en dos palabras, *problemático* (6). El mérito de haber abierto nuevos horizontes a la ciencia penal en torno a semejante materia es —debe reconocerse— italiano. Lo que resulta perfectamente comprensible, ya que pocas constituciones hay como la italiana que dediquen tanta atención a lo penal, bien que esta atención se concentre sólo en aquellos sectores neurálgicos, de principios penales que se anteponen a la ley ordinaria con el designio indisimulado de orientar el trabajo ulterior del *legislator*. Baste pensar, como demostración de nuestro aserto, en la pesquisa que ya en los primeros años cincuenta comienza a desarrollar Bettiol, alzaprímado las raíces culturales del documento de 1947 y ensayando una dimensión más amplia de sus disposiciones punitivas, en especial aquellas que consagran el carácter personal de la responsabilidad penal, la humanización de las penas y la finalidad de éstas, con la demostración de cómo, a menudo, la constitución italiana *minus dixit quam voluit* (7).

5. Cfr., *Il valore problematico della scienza penalistica*. 1961-1983. Contro dogmi ed empirismi. Seconda edizione con prefazione e appendice di Tomas Würtenberger. Giuffrè, Milano, 1983.

6. Bettiol, Giuseppe: *Istituzioni di Diritto e procedura penale*. Cedam, Padova, 1980 (tercera edición), cfr., p. 4.

7. Cfr., *Aspetti politici del Diritto penale contemporaneo*, en sus *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1966 (2 vols.), vol. II, pp. 783 y ss., especialmente pp. 806-814 ("*Presupposti politici e culturali della costituzioni italiana*"); del mismo: *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, en op. y vol. ult. cit., pp. 839 y ss.; *Nel decennale della Corte costituzionale*, en sus *Scritti giuridici* (1966-1980). Cedam, Padova, 1980, pp. 1 y ss.; y *Diritto*

Hay también importantes estudios de Molari, Nuvolone, Paolo Rossi —autor de un completo curso de Derecho penal constitucional—, Palazzo y Spasari —quien concibe el acaso más fino y profundo examen del problema—, entre muchos otros⁽⁸⁾, y ya casi no hay penalista en dicha península que por lo menos de pasada no haya acometido la cuestión. Más tímido proceso se verifica en Alemania, donde, a pesar de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, es de advertir un notorio retraimiento de la doctrina criminal, “que no se ha ocupado en absoluto de forma sistemática y general de la concretización del Derecho constitucional en materia penal”; y si esta actitud, en rigor poco congruente con las excelencias de la doctrina jurídica de ese país, se explica, en parte, considerando que la constitución alemana no contiene muchas disposiciones que aborden lo penal de modo expreso⁽⁹⁾, es igualmente notable que, como contrapartida, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional germano haya llenado este importante vacío, sugiriendo criterios para aprovechar mejor el contenido penal implícito en ciertos pasajes de la constitución⁽¹⁰⁾. En España, a su turno, cuya Carta Fundamental experimenta, especialmente en los

penale. Parte generale, con sucesivas ediciones desde 1945. Nosotros manejamos la de Cedam, Padova, 1986 (dodicesima edizione riveduta e integrata), al cuidado de Luciano Pettoello Mantovani, especialmente pp. 53-63.

8. Cfr., Spasari, Mario: *Diritto penale e costituzione*. Giuffrè Milano, 1966; Rossi, Paolo: *Lineamenti di Diritto penale costituzionale*. Palermo, 1953; Nuvolone, Pietro: *Il sistema del Diritto penale*. Cedam, Padova, 1982; del mismo: *Norme penali e principi costituzionali*, en su libro *Trent'anni di Diritto e procedura penale*. Cedam, Padova, 1969, tomo I, pp. 678 y ss.; Palazzo, Francesco: *Valori costituzionali e Diritto penale*, en el volumen colectivo, cuidado por Pizzorusso y Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, pp. 531 y ss.; Pulitano, Domenico: *Obblighi costituzionali di tutela penale*, en la *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1983, pp. 484 y ss. etc.

9. En realidad, sólo dos: el artículo 103, párrafo segundo, que consagra el principio de legalidad, y el artículo 102, en que queda constitucionalmente abolida la pena capital.

10. Cfr., Tiedemann, Klaus: *La constitución y el Derecho penal*, en el volumen *Derecho penal. Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pp. (637 y ss.) 640-641.

dominios de lo penal, un notorio influjo de la constitución italiana⁽¹¹⁾, la bibliografía acerca del tema desde 1978 es, por decir lo menos, apreciable⁽¹²⁾. Y este orden de preocupaciones no puede decirse ajeno en Iberoamérica⁽¹³⁾.

2. Contra quienes piensan que el problema de las relaciones entre el Derecho penal y el constitucional configuraría una suerte de *vexata quaestio*, en el sentido de que su desarrollo estaría presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración⁽¹⁴⁾, sobre el pedestal de esas fórmulas programáticas que es costumbre encontrar en las constituciones contemporáneas que reciben el influjo del famoso artículo octavo de la Declaración france-

11. Cfr., Sánchez Agesta, Luis: *Curso de Derecho constitucional comparado*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1988; García Pelayo, Manuel: *Derecho constitucional comparado*. Alianza Editorial, Madrid, 1993. Cabe consignar que el tema de las relaciones entre Derecho constitucional y Derecho penal no ha preocupado mucho a los constitucionalistas, incluso en países cuyas cartas fundamentales poseen un contenido penal más abundante. Cfr., v. gr., Paladín, Livio: *Diritto costituzionale*. Cedam, Padova, 1991; y Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

12. Cfr., Bueno Arús, Francisco: *Las normas penales en la constitución española de 1978*, en la revista *Doctrina penal*, de Buenos Aires, año 1979, pp. 821 y ss.; *Repercusiones de la constitución en el Derecho penal: algunos problemas específicos*. Semana de Derecho penal en memoria del profesor Julián Pereda, S.J. Universidad de Deusto, Bilbao, 1983; Escrivá Gregori: *Algunas consideraciones sobre Derecho penal y constitución*, en *Papers* 13, 1980, pp. 141 y ss.; Mir Puig, Santiago: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982; Vives Antón: *Estado de Derecho y Derecho penal*, Madrid, 1982; González Rus, Juan José: *Teoría de la pena y constitución*, en *Estudios penales y criminológicos VII*, Universidad de Santiago de Compostela, 1984.

13. Véase, por ejemplo, Da Costa, Paulo José: *Comentários ao Código penal na constituição*. Saraiva, Sao Paulo, 1986, y *Direito penal na constituição*. Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1991 (segunda ed.), y Luisi, Luiz: *Os princípios constitucionais penais*. Fabris, Porto Alegre, 1991.

14. Cfr., Tiedemann, en op. cit., p. 639.

sa de Derechos del Hombre y del Ciudadano⁽¹⁵⁾, aquí se sostiene decididamente lo contrario, por más que pueda sorprender que los lazos contentuísticos entre estas dos ramas del Derecho público —las más delicadas, hablando valorativamente— sean un descubrimiento debido a nuestros años. Mas, no hay arcano alguno en este hodierno interés de la doctrina, puesto que dos factores, sobre cuyo novel carácter es arduo dudar, lo han condicionado. Considérese, en primer término, que el mentado Derecho constitucional es, en el fondo, el mismo Derecho político, sólo que codificado⁽¹⁶⁾, de lo que resulta que ningún nudo profundo entre constitución y Derecho penal podía atarse antes que el pensamiento jurídico cayera en la cuenta de las determinantes vinculaciones que ligan al segundo con el Derecho político. Aunque —según explica Rivacoba⁽¹⁷⁾— alguna mente genial se anticipara a su época y haya intuido las dimensiones del último problema, a fines del siglo XVIII y en las primeras décadas del siguiente, a saber, un revolucionario sensible a la cuestión criminal —Marat— y un penalista de fino espíritu liberal, más proclive a los sincretismos ideológicos —Rossi—, la aproximación del Derecho penal al Derecho político se nos ofrece —dice siempre Rivacoba— como un *tema de nuestro tiempo*, y lo confirma la cronología de la literatura correspondiente⁽¹⁸⁾. Cabe reflexionar, con todo, que en la óptica de las relaciones entre lo político y lo penal todavía se transita por una plataforma más bien teórica, que sirve para explicarnos mejor cierto orden de fenómenos normativos, así como también para

15. Sobre este artículo, así como respecto a todo el contenido de la Declaración, sigue teniendo muchísimo interés el trabajo de Giorgio del Vecchio, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa*, recogido en el volumen *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 45 y ss.

16. Cfr., Rivacoba y Rivacoba, Manuel de: *División y fuentes del Derecho positivo*. Edeval, Valparaíso, 1968, p. 45.

17. Cfr., *Relaciones del Derecho penal con el Derecho político*, en *Doctrina penal*, cit., año 3, número 11, julio-septiembre de 1980, pp. 595 y ss.

18. Desarrollada, a partir del libro *El problema penale*, de Bettiol (cfr., sus *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 620 y ss.), desde 1948 y en adelante. Cfr., Rivacoba, op. et loc. cit., pp. 595-597.

identificar los más adecuados movimientos político-criminales que se imponen a un pensamiento consciente de que no da lo mismo un Derecho penal liberal, que otro autoritario o francamente totalitario⁽¹⁹⁾. Esta es, por lo demás, la línea argumental de un autor tan acreditado como Jescheck, quien, como se sabe, vincula los principios de una Política criminal moderna a los requerimientos de la culpabilidad, del Estado de Derecho y de la idea de la humanidad⁽²⁰⁾; e incluso Tiedemann, para quien —entrando esta vez en el terreno constitucional penal— el ordenamiento constitucional y el penal configuran dos espacios normativos relativamente autónomos, pues —según su parecer— si es cierto que la constitución concede al legislador un amplio margen de libertad para estructurar los tipos penales, no lo es menos que “el Derecho constitucional constituye y conforma la Política criminal”⁽²¹⁾. Este innegable efecto que surte lo político sobre lo penal, empero, no nos hace rebasar el terreno de los principios. Muy otra cosa acaece con el segundo de los factores a que se ha hecho alusión, y es el que de veras ha removido a la dogmática penal contemporánea, acicateando su interés por el estudio del espectro de problemas que se esconden bajo el nódulo Derecho penal-Derecho constitucional. La afirmación, hoy no seriamente controvertible, de un *principio de ofensividad* —o de lesividad, como a veces se dice,

19. Es la distinción que propone Rivacoba como los tres arquetipos de Derecho penal según sus condicionamientos políticos. Zaffaroni, en cambio, prefiere hablar de un Derecho penal liberal (en el doble sentido de “Derecho penal del Estado de Derecho” y como “Derecho penal del Estado gendarme”) y de uno autoritario, desde el momento que “el autoritarismo puede echar mano de cualquier pensamiento o ideología, pues lo que exhibe en conjunto el derecho penal autoritario es su común actitud existencial frustrante y no su contenido ideológico (...), porque es imposible una construcción coherente de la arbitrariedad” (cfr., *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Ediar, Buenos Aires, 5 vols. (1987-1988), tomo II, p. 392); Bettiol, a su turno, introduce, en el seno del liberalismo penal, una nueva distinción, entre un liberalismo de derecha y otro de izquierda (cfr., op. ult. cit., pp. 641-645).

20. Cfr., *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Traducciones y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Bosch, Barcelona, 1981, 2 vols., tomo I, pp. 28-36.

21. Op. cit., cfr., p. 642.

con expresión algo oscura, pues tanto ofende lo que lesiona como lo que pone en peligro—, que no está engastado en el delito —ni constituye, por lo mismo, un elemento contingente y adventicio de la infracción criminal, del que se pueda prescindir—, pero tampoco configura su esencia, y que se erige como una categoría conceptual que impone la concreta ofensa de un bien jurídico para que pueda considerarse la punición de un acto típico y culpable, a fuer de moderna⁽²²⁾, ha creado nuevos desafíos científicos, que se concentran en la determinación de ese *quid* del bien jurídico y, naturalmente, el contenido de los mismos, qué o quién les acuerda su tutela reforzada en el ámbito penal y con cuáles limitaciones y recaudos. Ya se sabe cómo una de las respuestas posibles a estas inquietudes es la ofrecida por una visión —así se dice— *constitucionalmente orientada del bien jurídico*⁽²³⁾. Con la consolidación del Estado liberal en la Europa de las últimas décadas, y con el consiguiente replanteamiento de las relaciones entre Estado e individuo, la doctrina penal va en pos de nuevos fundamentos que legitimen el contenido material del juicio de antijuricidad, en un ambiente de ideas notoriamente —lo que no significa *justificadamente*— insatisfecho de los criterios más o menos admitidos durante la primera mitad de este siglo. La pregunta se pone ahora en los siguientes términos: ¿toca a un legislador omnipotente determinar qué bienes jurídicos resultan dignos de protección penal, o ha de buscarse, en cambio, la clave de la aporía en alguna instancia metapositiva, o en alguna fuente jurídica superior a la ley ordinaria, pero que se mantenga dentro de los confines del ordenamiento positivo? En esta última línea de pensamiento se inscriben las denominadas teorías constitucionalistas del bien jurídico, con su in-

22. Cfr., Frías Caballero, Jorge, Codino, Diego y Codino, Rodrigo: *Teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 50 y ss.

23. Cfr., Polaino Navarrete, Miguel: *El bien jurídico en el Derecho penal*. Anales de la Universidad Hispalense, Universidad de Sevilla, 1974, pp. 205-206; Angioni, Francesco: *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Giuffrè, Milano, 1983, pp. 152 y ss.; Bricola, Franco: *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, vol. XIX, pp. 7 y ss., en particular pp. 81-87; Hormazábal Malaré, Hernán: *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Editorial Jurídica Cono-Sur, Santiago de Chile, 1992 (segunda edición), pp. 121-131.

tento de elaborar, primero, un concepto de bien jurídico que preexista a la valoración del poder legiferante ordinario, y, en seguida, de proyectar pautas de legitimación que finalmente estén dotadas de carácter vinculatorio para ese poder; y esto se ha obtenido sometiendo a un más ambicioso método deductivo los preceptos de la constitución política, o sea, la voluntad objetivada de un *super legislador*⁽²⁴⁾. Haciendo abstracción de las bondades de estas teorías, y también prescindiendo de cuántas reservas suscitan —sobre todo en lo que se refiere a la denominada *concepción constitucional estricta*⁽²⁵⁾—, lo cierto es que hasta se ha llegado a hablar de una auténtica *reformulación constitucional* del Derecho punitivo. Se trata, claro está, de las posturas más atrevidas, que impulsan su audacia hasta asignar a la norma positiva superior del ordenamiento jurídico el papel de fundamento del Derecho penal, pero no ya en el cuadro del formalismo kelseniano —que se contenta con la idea de un fundamento superior de validez de un sistema normativo dinámico—, porque lo que en verdad se pretende es que la constitución indica líneas precisas, tanto dogmáticas como políticas, absolutamente vinculantes para el Poder Legislativo a la hora de tipificar nuevas figuras penales, reformar las existentes y descriminalizar o despenalizar comportamientos que no ofenden valores explícita o implícitamente consagrados en aquélla. La cuestión, como se ve, es de importancia supina, y demanda atento examen, máxime si se piensa que, aún no compartiendo todos sus extremos y consecuencias, hay plumas autorizadas que prohíjan estas teorías⁽²⁶⁾. Lo que, en cualquier caso, aquí interesa, es recalcar que con estos nuevos ingredientes científicos se ha descornado el velo para establecer las relaciones entre el Derecho penal y el constitucional, de suerte que estos vínculos puedan ir concretándose desde el

24. Cfr., Fiandaca, Giovanni, y Musco, Enzo: *Diritto penale*. Parte generale. Zanichelli, Bologna, 1989 (segunda edición), pp. 27-28.

25. Cfr., Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho penal español*. Ariel S.A., Barcelona, 1984 (primera edición), pp. 58-59.

26. Por ejemplo, con reservas y abordando el problema desde la óptica policriminal, Mantovani, Ferrando: *Diritto penale* Parte generale. Cedam, Padova, 1988 (segunda edición), pp. 25-28 y 200-202.

plano político-criminal hasta el corazón de la dogmática del Derecho punitivo.

Pero ni aún con este bagaje de nuevos conocimientos y sugerencias el problema de estas relaciones puede establecerse de modo convincente y proficuo. Es menester despejar previamente una cuestión metódica, puesto que, por muy obvia que sea la cuestión, no ha de ocultárenos que a muy diferentes resultados conducirá el método que se adopte. Bien se puede, en efecto, partir metódicamente desde el Derecho constitucional, y siguiendo el orden de sus categorías llegar al punitivo; o al revés, examinar, bajo la óptica y según el orden lógico de las principales instituciones jurídico-penales, las normas más interesantes de una constitución. Parece aconsejable inclinarse por la segunda alternativa, como quiera que cuadra mejor a los designios de este trabajo, a lo que cabe agregar, además, que el contenido prescriptivo de las constituciones contemporáneas se ha ido extendiendo —por consideración a factores materiales en los que no procede entrar aquí— hasta abarcar a veces materias que en otro tiempo habrían resultado desacostumbradas y que no guardan algún alcance con lo penal. Siguiendo este temperamento, las disposiciones y principios penales que explícita o implícitamente alcanzan rango constitucional, se distribuyen, por lo que concierne a la Parte general, entre la ley penal, la teoría del delito y la teoría de la pena; acto seguido habrá que considerar aquellas que aluden a la Parte especial, si bien éstas sean por lo regular muchísimo más escasas. Este método es el que reverenciamos en lo que viene a continuación, donde se somete al análisis el tema que da el título a estas páginas, mas dentro de una constitución de nuestros años, la chilena, de 1980⁽²⁷⁾.

3. Ha de rescatarse, con todo, antes de embarcarnos en este estudio, de lo que Del Rosal llamaba las relaciones entre *el orden po-*

27. El texto original de esta constitución se contenía en el decreto ley número 3.464, del 11 de agosto de 1980; fue sometido a plebiscito el día 11 de septiembre del mismo año, y entró en vigor seis meses más tarde, en marzo de 1981. Con posterioridad ha sufrido algunas reformas importantes, principalmente contenidas en la ley número 18.825, del 17 de agosto de 1989, también fruto de un plebiscito, pero no inciden en lo medular de cuanto se expone a continuación.

lítico y el orden penal, que es intento irremediamente destinado al naufragio el ir en pos de las proyecciones penales del contenido normativo de una constitución, sin que preliminarmente se posea por lo menos una idea sobre el entorno político en que se dio y sobre las fuerzas, también políticas, que condicionaron su aparición y modelaron su substancia. Y mucho más importante y hasta imprescindible será dedicar algún esfuerzo en este sentido, si lo que tenemos ante nuestros ojos es el fruto de uno de esos regímenes políticos autoritarios *sui generis* de estos tiempos, que sin estar animados por esas ideologías globales, trascendentes y agotadoras que caracterizan a los totalitarismos, compensan su carencia de fondo ideológico coherente con el mismo *élan* irracional y autoritario de éstos, bien que dicha incoherencia e insubstancialidad ideológica haga proclives a los autoritarismos de moderno cuño a ciertas concesiones liberales, o, mejor, en lo que nos empece, a no derogar ciertos principios del Derecho penal liberal, siendo en todo caso claro que a éstos los miden *cum grano salis* y a menudo se los violenta del modo más desembozado.

El régimen político que otorgó este documento en 1980 responde a las características de ese jaez de gobiernos *de facto* que algunos denominan dictaduras no totalitarias, otros prefieren calificar como pretorianos, y la generalidad de los estudiosos, *regímenes autoritarios*, así, a secas, para diferenciarlos de los genuinos totalitarismos⁽²⁸⁾, con los que comparten algunos rasgos comunes (comenzando por esa nota típica del autoritarismo de hogaño, en el sentido de que el gobernante declara poseer y ejercer el poder no en pro de sí mismo, como ocurría en los tiempos del *ancien régime*, mas en nombre y conveniencia de los súbditos), pero separan diferencias, que no son tanto cualitativas como de grado. De hecho, falta en los regímenes autoritarios una cosmovisión intuitiva y voluntarista de la realidad como fenómeno de poder y subordinación, en la que el indivi-

28. Cfr., Tusell, Javier: *La dictadura de Franco*. Alianza Editorial, Madrid, pp. 69 y ss., con una referencia al régimen militar chileno en p. 79. La misma búsqueda de la terminología más adecuada para mentar estos regímenes autoritarios, es indiciaria de lo complicado y sutil que deviene su distinción de los auténticos totalitarismos. Véase, asimismo, Nolte, Ernst: *I tre volti del fascismo*. Mondadori, Milano, 1971 (segunda edición), sobre todo pp. 13-57 y 624-629.

duo desaparece y se confunde; de este esencial rasgo del totalitarismo queda apenas una imagen estilizada, que se reconoce principalmente en las formas del aparato público y en tono voluntarista y mesiánico que empapa la conducción del Estado. Ese substrato teórico intuitivo es substituido por una exigencia simple y práctica: la defensa de la democracia, la guerra interna, la lucha contra la subversión; y esta exigencia ha de subordinar y preterir cualquier otro orden de consideraciones, incluso cohonestar los más aberrantes excesos del poder, sobre todo por cuanto se refiere a las libertades individuales. Que aquí no se transite por los dominios de la razón lo revela otro dato: la posibilidad de que estos regímenes consigan captar, merced a una serie de procedimientos de variada naturaleza, adhesiones entre las mentalidades más desprevenidas, que las interesadas saben aprovechar, dando aliento y haciendo galopar el corcel de la imaginación desbocada, hasta que el espectáculo del mundo y de la vida se presenta en términos de irreductible división y maniqueísmo. Bien se comprenderá que en estas líneas es impertinente siquiera rozar las líneas gruesas de la denominada *via chilena hacia el socialismo*, de los años 1970-1973, su posterior descalabro —que arrastra, asimismo, al régimen republicano con la ruptura constitucional del último de los años mencionados—, y la consolidación por luengos años de un régimen militar en el poder. Sólo nos importa destacar cómo en Chile la segunda mitad de los años setenta encuentra a un gobierno que, en cuanto a su política normativa, estaba animado por el vehemente deseo de obtener una traza jurídica de legitimación, que sirviera para cubrir las necesidades *dinámicas* de todo régimen no ungido por la confianza popular, y además para sentar las bases de una nueva constitución para la sociedad chilena, tomando en cuenta, para lo último, las circunstancias verdaderamente excepcionales e inmejorables que se ofrecían a aquellos segmentos políticos que estaban tras de dicho designio, en el doble sentido de que apoyaban más o menos incondicionalmente al régimen y le estaban prestando las herramientas técnico-jurídicas que había menester. No es, por lo mismo, la chilena de 1980, una constitución alumbrada por una asamblea superlegisladora, que representase a las diferentes corrientes ideológicas que circulaban por el tejido de la sociedad chilena, sino una carta *otorgada*, que se genera y nace *in scrigno pectoris* del gobernante, aunque, naturalmente, éste nombrara una Comisión de Es-

tudio de la Nueva Constitución —que trabaja en la elaboración del proyecto hasta 1979—, y el texto, antes de ser sometido a plebiscito, fuese revisado por un Consejo de Estado. En verdad, cuando la voluntad del constituyente hay que ir a rastrearla no en fuerzas políticas reunidas en asamblea dotada de los poderes suficientes, sino en los oscuros meandros de un poder omnímodo, la reconstrucción del abanico de ideas que inspiran a una constitución deviene un *rebus* difícil de despejar; lo cual, evidentemente, no nos permite ahorrarnos el intento.

Efectivamente, después de un período histórico tan turbulento para la vida política y social chilena —e iberoamericana, en general—, en este país, que había gozado de una relativamente vigorosa tradición liberal y democrática (e incluso de un notable apego, a veces excesivo y medroso, hacia sus instituciones jurídicas seculares), el quiebre constitucional del año 1973 y la afirmación en el poder del régimen mentado, habría de comportar —puestos en el bando los partidos políticos— que el diseño de la nueva constitución quedara en manos de grupos políticamente conservadores, que a más de garantes de intereses económico-sociales de antigua data, se mostraban ahora propincuos a favorecer aquella visión tecnocrática del neoliberalismo económico, en la que hubo de degenerar, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, la idea y la realidad del *Estado social de Derecho*. Acarician, pues, dichos grupos, una versión del Estado concebido en términos *asépticos*; noción sobremanera simple, para la que el Estado debe volcarse hacia la consecución del *bienestar material* de la colectividad, y este objetivo se confía exclusivamente a técnicos versados en las cuestiones económicas y financieras, no siendo, en cambio, indispensable, que lo sean asimismo en las políticas y culturales, ya que para este esquema de ideas la política se identifica con algo mostrenco, dañino e inútil. Con todo, quien da un golpe a la política en realidad infiere una herida mortal a la renovación y al progreso cívico y moral de un pueblo, de suerte que hasta aquella ansia por el bienestar material ya no parece ni aséptica ni neutra, sino inquietante y sospechosa. No puede ignorarse —como, por lo demás, lo ha expuesto en nuestra lengua Elías Díaz de insuperable manera⁽²⁹⁾— que las actuales concepciones que giran en torno

29. Cfr., *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus, Madrid, 1991 (séptima reimpresión de la octava edición), pp. 91 y ss., donde primero

a un tranquilizador punto neutro en la conducción del Estado, no se corresponden, en el mundo de los valores, con un movimiento de polaridad que haya llegado al cero; muy por el contrario, dichas concepciones ocultan una valoración, que por mucho que se disimule bajo argumentos más o menos especiosos, es, inevitablemente, ultraconservadora. Por lo demás, es interesante y decisivo considerar que en Chile —como, en general, en Iberoamérica— este *pathos* político conservador —y su nueva túnica naturalístico-económica— se combina y hasta recibe magnífico respaldo con la denominada *ideología de la seguridad nacional* (30), que, junto a los antecedentes indicados, corta el nudo gordiano de la constitución política que nos ocupa y la concepción de fondo que la alienta (31). Ideología, ésta, en verdad muy congruente con las características del régimen autor de la constitución, ya que es notorio que no se configura como un conjunto coherente y organizado de ideas acerca de la sociedad política y civil, sino que más simplemente se cierra en torno a un puro imperativo empírico: la creación de un sólido frente interno, construido sobre una plataforma militar, policial y *jurídico-institucional*, como barrera ante la amenaza de la subversión comunista y coto a cualquier idea de visos socialistas; todo ello, naturalmente, en aras de la *nación*. Aquí acaba, empero, el fondo teórico de la ideología de la seguridad nacional, cuya inconsistencia e incoherencia —lo ha destacado agudamente Zaffaroni a propósito de su política en lo penal (32)—, permite a la mentalidad conservadora que la prohija, ha-

se desentraña el sentido conservador del denominado "fin de las ideologías en el Estado tecnocrático", y luego las vinculaciones neofascistas de las formas contemporáneas del Estado social de Derecho.

30. Cfr., *Dos ensayos sobre seguridad nacional*. Arzobispado de Santiago, Vicaría de la Solidaridad, Santiago de Chile, 1979; Saxe-Fernández, John: *De la seguridad nacional*. Editorial Grijaldo, México, 1977; y Riera Encinoza, Argenis: *La doctrina de la seguridad nacional y los regímenes políticos contemporáneos de América Latina*, en *Criminología Crítica*, I Seminario, Universidad de Medellín, 1984, pp. 63 y ss.

31. Lo que se advierte hasta con una mera exégesis literal: de esta noción de la seguridad nacional hablan, entre otros, los artículos 19, números 11, 21 y 22; 90, 95 y 96.

32. Op. et vol. cit., cfr., pp. 394-397.

cer converger incluso un formal respeto hacia instituciones jurídicas de un Derecho penal liberal, porque hasta una concepción autoritaria de la realidad las necesita con urgencia para presentarse de un modo menos insostenible a un pueblo acostumbrado a vivir en ellas (33). Que esta extraña amalgama ideológica se funda al calor de las disposiciones penales del documento que pasamos a examinar, es cosa que creemos irredargüible.

4. En cuanto a la teoría de las fuentes del Derecho penal —y para no exorbitar de la Parte general—, más concretamente, respecto de la ley cual única fuente formal inmediata del Derecho penal contemporáneo, es conocido como la dogmática posterior al término de la última guerra mundial ha ido extendiendo y perfilando mejor el viejo apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, según la fórmula de Feuerbach (34), con adiciones y perfeccionamientos que se condensan en la más completa expresión de un *nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta* (35), con la consiguiente prohibición de la retroactividad de la ley penal más gravosa, la exclusión de la costumbre como fuente del Derecho penal, y la prohibición de la creación judicial de tipos penales mediante el recurso a la analogía. Indudablemente, en este sentido la constitución que nos ocupa —en uno de sus ademanes liberales— lo recoge y mantiene del Derecho penal chileno precedente, que lo había consagrado en el artículo undécimo de la constitución de 1925 ("Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promul-

33. En los rasgos característicos del Derecho penal autoritario campean "una pequeñez y un oportunismo evidentes. Los regímenes autoritarios no se proponen tanto la constitución de un Derecho criminal internamente armonioso y acorde en su conjunto con ellos, cuanto la utilización de ciertas parcelas de lo penal para el acrecimiento de su propia fuerza, de su propio poder. Ahora bien, si se tiene presente que la mentalidad autoritaria centra en sí el mundo y pretende someterlo al imperio de su voluntad, se colegirá que no puede captar en el fenómeno jurídico más que el aspecto de compulsión...". Cfr., Riva-coba: *Relaciones del Derecho penal con el Derecho político*, cit., p. 607.

34. Cfr., la versión castellana del *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

35. Cfr., Maurach, op. cit., p. 113.

gada antes del hecho sobre el que recae el juicio”) y —mucho más claramente— en el inciso primero del código penal de 1874. Y de este último lo toma el artículo 19, número tres, de la actual constitución, cuando en su párrafo séptimo ordena: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. La redacción es, desde luego, técnicamente hablando, mucho más afortunada que en la constitución política anterior. En primer lugar, se elimina la perturbadora palabra *hecho*, que si bien usual en la legislación y en la doctrina comparada e incluso no ajena al Derecho penal chileno⁽³⁶⁾, no parece idónea para una rama del ordenamiento que maneja actos humanos valorados, no actos entendidos como un fragmento en el *continuum* de la naturaleza. Tampoco es indiferente que se cambiara la elíptica⁽³⁷⁾ formulación de 1925, que le daba al principio de legalidad un sesgo más procesal que substantivo. Pero este éxito técnico y estilístico no es, ni con mucho, completo. En verdad, insistir en el uso del vocablo *promulgadas*, es temperamento desafortunado: la promulgación de las leyes es sólo el acto por el cual el Poder ejecutivo certifica la existencia de una ley sancionada por el Parlamento y, premuniéndola de fuerza obligatoria, la manda cumplir⁽³⁸⁾; pero *promulgación* no significa *publicación*, de guisa que *prima facie* parecería que ya la constitución política consentiría el castigo de delitos descritos en leyes no publicadas. Afortunadamente, a esta aberrante conclusión no puede llegarse. Haciéndose cargo del problema con arreglo al ordenamiento jurídico-penal anterior a 1980, el profesor Cousiño había resuelto la cuestión aun sin rebasar una exégesis literal de los textos, ya que, conforme a su sentido natural y obvio— en el que según el antiguo profesor de la Universidad de Chile había sido empleada la palabra *pro-*

36. En efecto, es empleada repetidamente tanto por el código penal como por el código de procedimiento penal chilenos.

37. Cfr., Novoa Monreal, op. et vol. cit., p. 113.

38. Cfr., Hübner Gallo, Jorge: *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992 (sexta edición), p. 147; y Pacheco, Máximo: *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988 (tercera edición), p. 330.

mulgadas—, promulgar significa “publicar una cosa solemnemente y hacerla saber a todos”⁽³⁹⁾. Mas, el argumento, cuyo saludable espíritu liberal es paladino, tenía algo de artificioso, puesto que *promulgar* es verbo que posee un preciso significado técnico jurídico, y en este sentido debe tomarse, de acuerdo con una conocida regla sobre los elementos internos de interpretación de la ley⁽⁴⁰⁾. Agreguemos por nuestra cuenta que a una interpretación extensiva debe arribar una intelección lógica del texto constitucional, esto es, aclarando este pasaje oscuro con otras disposiciones que revelan cómo, para la constitución, el proceso legislativo sólo está acabado con la publicación de las leyes⁽⁴¹⁾; también un entendimiento sistemático sugiere el mismo resultado, coordinando la constitución con el artículo séptimo del código civil⁽⁴²⁾; pero, por sobre todo, dicho resultado extensivo viene impuesto por el método teleológico, ya que permitir que leyes no publicadas hayan de establecer delitos e imponer penas implicaría —modificando apenas una conocida y elocuente frase de Beccaria— abrir un dique por donde penetre a torrentes la voluntad despótica del gobernante, con la consiguiente desfiguración del principio de reserva justamente allí donde con más vigor se erige como garantía de la libertad individual. Y no se debe olvidar que de otra manera las normas penales no podrían cumplir con ninguna función motivadora, para dirigir la conducta de destinatarios que ni siquiera han podido conocerlas y orientar su conducta según su deber jurídico⁽⁴³⁾,

39. Cfr., su *Derecho penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975-1992. 3 vols. publicados, vol. I (1975), p. 121.

40. Que el código civil chileno ha condensado en su artículo 20: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

41. Lo revela el examen de los artículos 69, 70, 71 y 72 de la Constitución, que se ocupan de la promulgación y publicación de los proyectos de ley ya aprobados por las dos Cámaras.

42. Que en su párrafo primero reza: “La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria”.

43. Acerca de la doble dimensión de la norma jurídica, como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación, es de claridad

diluyéndose, así, "toda posibilidad de la norma de influir sobre el obrar humano" (44). Va de suyo, en otro sentido, que con arreglo a la mentada disposición constitucional queda consagrada la irretroactividad de la ley penal más gravosa y el ineludible efecto retroactivo de la más benigna; ha quedado, en cambio, confiado al legislador ordinario el problema de la extractividad de las leyes punitivas favorables, tanto en lo que concierne a las acciones todavía pendientes de sentencia firme —y la posibilidad de la ruptura de la *res iudicata*— (45), cuanto respecto de la eventual ultractividad de las leyes penales intermedias, temporales y excepcionales (46). Con todas estas consideraciones, es claro que el límite de la injerencia punitiva del Estado queda, en Chile, constitucionalmente circunscripto a la ley; ninguna otra fuente formal del Derecho puede establecer delitos ni imponer penas, por lo que hay que sostener sin hesitación que en este texto se recoge el principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia et scripta*. Cabe agregar, además, que con esta constitución es posible solucionar un viejo problema que venía preocupando a la doctrina chilena y —salvas las distancias y diferencias de los respectivos ordenamientos— también a la española. En efecto, si bien con arreglo a los artículos 32, número dos, y 50 puede el Presidente de la República dictar disposiciones legiferantes que ostenten el rango de una ley y sobre materias propias de ésta —esto es, *leyes delegadas*, que en Chile toman el nombre de *decretos con fuerza de ley*—, no es sostenible que por esta vía al Ejecutivo le sea lícito penetrar en los dominios de lo punitivo. La clave de la cuestión no requiere de nin-

meridiana lo que escribe Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho penal*. Parte general. Civitas S.A., 1977, tomo I (único publicado), pp. 324-327.

44. Cfr., Pagliaro, Antonio: *Principi di Diritto penale*. Parte generale. Giuffré, Milano, 1980 (segunda edición), p. 31.

45. Cuestiones resueltas con arreglo a la exigencia de la extractividad de la ley penal más benigna, en los incisos segundo y tercero del artículo 18 del código penal.

46. En punto a estos problemas, más discutidos tanto en la dogmática comparada como en la chilena, cfr., Novoa Monreal, op. et vol. cit., pp. 204-206.

gún esfuerzo interpretativo especial, ya que está expresa en el artículo 61, párrafo segundo, según cuyo tenor la ley de bases no puede extender la delegación "a materias comprendidas en las garantías constitucionales", lo que, *mutatis mutandis*, significa que los principales bienes jurídicos de los sujetos pasivos de los delitos, así como aquellos de que se priva o restringe a sus autores, precisamente por subordinarse todos a la parte dogmática de la constitución, quedan sustraídos a la potestad legiferante delegada del Ejecutivo; de lo que *a fortiori* se sigue que cualquier ley delegada que transite por el ámbito de lo penal, es, por este hecho sólo, inconstitucional (47). En fin, para concluir con lo que respecta a la ley penal y su vigencia, mencionemos el artículo 58, que ha limitado el alcance de la inmunidad funcional que de antiguo los textos constitucionales chilenos vienen concediendo a diputados y senadores. Cuando ahora se dice: "los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos", con la *addenda* "en sesiones de sala o de comisión", esta última referencia a una precisa circunstancia ocasional ha entendido conducir a una esfera más restringida dicha inmunidad; lo que, bien miradas las cosas, y aún tomando en cuenta el fundamento de la misma —ya se sabe que su naturaleza jurídica es discutida (48)—, o séase, salvaguardar la libertad de expresión de los parlamentarios, no deja de ser un acierto en un país donde se ha usado, pero también abusando indecorosamente de esta excepcional causa de impunidad (49). En cambio,

47. A idéntica conclusión arriba, en España respecto de las leyes delegadas ("decretos legislativos"), Sáinz Cantero, José: *Lecciones de Derecho penal*. Parte general. Bosch, Barcelona, 1982, 3 vols., tomo II, pp. 95-96; aparentemente, también Cerezo Mir, José: *Curso de Derecho penal español*. Parte general. Tecnos, Madrid, 2 vols. publicados. Vol. I (1982), pp. 181-182. Enfatícamente, en Chile, Cury Urzúa, Enrique: *Derecho penal*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, tomo I, pp. 127-128.

48. En contra del parecer —que entendemos correcto— de Jiménez de Asúa (cfr., *Tratado*, cit., vol. II, pp. 1.331 y ss.), para quien la inmunidad de las manifestaciones parlamentarias es una causa de justificación amparada en el ejercicio de un derecho, Novoa ha prohijado la tesis de que se trataría de una causa de exclusión de la pena que no le quita al acto su carácter antijurídico (op. et vol. cit., p. 216).

49. Novoa, op. et vol. cit., cfr., pp. 213-215.

no se configura como un caso de inmunidad por razones funcionales lo que establece el artículo 76 en punto a los delitos de prevaricación que cometieren los miembros de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que, tratándose de estos magistrados, "la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad"; y sobre esta base hay que resolver la prolongada discusión acerca de la validez del artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales, el cual, en la misma medida en que excluye a dichos ministros de la responsabilidad penal que les cumple por ciertas prevaricaciones, es inconstitucional⁽⁵⁰⁾. El problema radica en que, como referiremos brevemente al final de estas páginas, el control constitucional *a posteriori* de leyes formalmente vigentes, pero reñidas con la constitución, le compete a la propia Corte Suprema⁽⁵¹⁾.

No hay rastro explícito del principio *nullum crimen sine actione*, que brillantemente estudia Mantovani⁽⁵²⁾, seguido en nuestra lengua por Frías Caballero⁽⁵³⁾, en esta constitución. Pero la exigencia de que una voluntad se manifieste y materialice, provocando un resultado, en homenaje a la impunidad del pensamiento y repudio del castigo de la *nuda cogitatio* (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*), está implícita —aunque equívoca— en el principio de tipicidad, que sí queda expreso en aquélla, como pasamos a destacar. Y, efectivamente, si es verdad que el *principio de tipicidad*, o de *taxatividad o determinación* —como se le denomina en otros ambientes científicos, en general más hostiles a la doctrina belingniana del tipo—, constituye, según la feliz expresión de Bettiol, un *precipitado técnico del principio de legalidad*⁽⁵⁴⁾, esto es, del deber que pesa sobre el legis-

50. Cfr. Etcheberry, Alfredo: *Derecho penal*. Carlos E. Gibbs A., Editor, Santiago de Chile, 1964. 4 vols., tomo I, pp. 134-136; en contra, Cousiño, op. et vol. cit., pp. 155 y ss.

51. La que, por lo demás, ha declarado constitucional el mentado artículo del Código orgánico de tribunales. Cfr., Cousiño, op. et vol. cit., pp. 154-155.

52. Op. cit., cfr., pp. 151 y ss.

53. Op. cit., cfr., pp. 28 y ss.

54. *Diritto penale*, cit., cfr., p. 240.

lador de determinar de un modo expreso, preciso y agotador las acciones y omisiones delictivas, de suerte que ninguna duda quepa al momento de confrontar un acto real con la descripción abstracta del mismo en la ley, superlativa importancia habrá de revestir el dato de encontrarlo consagrado en la constitución política, porque así las exigencias de certeza y seguridad resultan anticipada y redobladamente servidas, al ponerse una ulterior cortapisa a los atentados contra la libertad, esta vez provenientes de los jueces. "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella", proclama el último párrafo del artículo 19, número 3. Es curioso y aleccionador considerar la historia fidedigna del establecimiento de este precepto —de alcance verdaderamente explosivo para un ordenamiento que, sobre todo en su legislación penal especial, suele apartarse de los requerimientos legalistas substanciales—, y comprobar cómo las leyes pueden ser más inteligentes que sus mismos creadores. Según relata uno de los integrantes de la comisión redactora del proyecto de constitución, "este inciso final del N° 3 del artículo 19 pretendió, en su origen, prohibir la dictación (*sic*) de las llamadas "leyes penales en blanco", que son aquellas en que el legislador se limita a describir parcialmente la conducta sancionada remitiéndose a otras normas jurídicas, generalmente resoluciones de autoridad, para que complete la *figura delictiva*. Lamentablemente, porque en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, formando parte de la unanimidad de sus miembros, adherimos a la tesis de la prohibición constitucional de este tipo de leyes, la Constitución de 1980 suprimió una palabra del proyecto de la Comisión y del proyecto del Consejo de Estado, cambiando esa prohibición por una mera exigencia de tipicidad de la ley penal. En efecto, esos proyectos preceptuaban que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *completa* y expresamente descrita en ella". La Constitución eliminó la palabra "completa", con lo cual, si bien mantuvo la exigencia de que la conducta ilícita sea creada por la ley, no exigió que esta creación fuera completa, con lo cual eliminó la prohibición de dictar leyes penales en blanco"⁽⁵⁵⁾. Al margen de su incorrección e inelegancia literaria, el pá-

55. Cfr., Evans de la Cuadra, Enrique: *Los derechos constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, 2 vols., tomo II, p. 33.

rafo transcrito es elocuente en orden al ayuno técnico de los redactores, porque es claro que entre prohibir de esas *conminaciones penales ciegas* —cual se las denominado⁽⁵⁶⁾—, aquellas leyes penales en blanco en sentido estricto —cosa, desde luego, saludable, ya que éstas comportan una indebida delegación de funciones legislativas—, y consagrar una más amplia e importante cuestión como es el principio de tipicidad (¡mera exigencia de tipicidad!), media un abismo, tanto dogmático como garantista. No se nos oculte, empero, que a pesar de la consagración del principio, subsisten las dificultades. Desde luego, la palabra *conducta* adolece de una cierta equivocidad inconveniente para, en el seno del tipo fundamentador o sistemático, mentar al acto como primer elemento del delito; conducta es una palabra que “se refiere más bien al comportamiento, a una actuación más continuada y sostenida”, por lo que, compadeciéndose magramente con la lógica de un Derecho penal de acto, como el chileno, se ajusta mejor al pensamiento de quienes “patrocinan el concepto sintomático de acción y la culpabilidad del carácter”⁽⁵⁷⁾. Pero más grave ha de resultar que la consagración del principio de tipicidad no vaya seguida de su concreción en los diferentes tipos que componen el catálogo de figuras delictivas. Como en su momento lo vio el creador de la teoría del tipo⁽⁵⁸⁾, sólo formalmente respeta el principio de legalidad una ley penal en que la acción típica esté concebida en términos vagos, imprecisos o, como a veces se dice, con sugestiva fórmula, cual un *tipo de caucho*; de allí que bastantes años atrás Welzel pusiera en guardia ante el verdadero peligro que hoy por hoy amenaza al principio de legalidad, que no proviene tanto de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas⁽⁵⁹⁾. Como habrá ocasión de

56. Así, en la centuria pasada, Carl Heinze.

57. Cfr., Jiménez de Asúa: *Tratado*, cit., vol. III, p. 331 (texto y nota).

58. “Como decía Beling, no puede hablarse de legalidad allí donde los tipos estén formulados con tal amplitud que trasladen la tarea de determinar qué conductas son punibles al juez”. Cfr., Rodríguez Devesa, José María: *Derecho penal español*. Parte general. Decimotercera edición, puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Dykinson, Madrid, 1990, p. 415.

59. Cfr., *Derecho penal alemán*. Parte general. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, segunda edición, obra traducida por Sergio Yáñez Pérez y Juan Bustos Ramírez, p. 40.

comprobar dentro de poco, ya en la propia constitución se contienen ciertas fórmulas generales, vagas y de nerte sospechoso, que degradan el principio consagrado con tanto boato y configuran una pésima orientación para el legislador⁽⁶⁰⁾.

Para todo aquel que no sea fautor de la denominada *teoría de los elementos negativos del tipo* ni haga suya la idea de absorber la tipicidad en la antijuridicidad —configurando a la primera como *ratio essendi* de la segunda⁽⁶¹⁾—, no será posible encontrar en la constitución chilena huella alguna del principio de ofensividad⁽⁶²⁾. Permítasenos conjeturar, en cambio, que otra cosa acaece con el *principio de culpabilidad* —*nullum crimen nulla poena sine culpa*—, del cual —parafraseando una idea de Ernesto Hafter, luego repetida por otros penalistas— depende el problema del destino del hombre en el Derecho penal, e incluso la subsistencia de un Derecho penal liberal, que por definición debe rendir el más pleno homenaje a las exigencias culpabilistas. Que este principio asuma una importancia verdaderamente capital en la economía de la teoría del delito es cosa hoy inconcusa; y así lo ha comprendido la mejor doctrina europea y americana, tratando de hallarle enclave en textos constitucionales que no lo contemplan expresamente. En Italia se le deduce de la idea de la personalidad de la responsabilidad penal (artículo 27, párrafo primero, de la constitución política italiana), del que se obtiene la exigencia de responsabilizar a un sujeto por un acto típico y antijurídico “sólo *ratione personae*, esto es, no sobre la simple constatación de un nexo material u objetivo entre una conducta y un resultado lesivo

60. No son grandes las habilidades que se requieren para estampar, en términos genéricos, el principio de tipicidad; lo difícil es eludir que semejantes declaraciones queden en una huera *petitio principii*, y ello exige una notable destreza técnica y estilística en la redacción de los tipos concretos.

61. La conocida teoría de Mezger. Cfr., su *Derecho penal*. Libro de estudio, cit., p. 145.

62. A menos que se quiera seguir la opinión, originalísima pero disparatada, de que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución en materia penal, son el principio de legalidad de delitos y penas y el de que la ley no puede presumir de Derecho la responsabilidad penal. Cfr., Evans, op. et vol. cit., p. 33.

(criterio mecanicista), sino sobre la base únicamente de una imputación humana, la que ha de poder resolverse en un juicio de reproche" (63), con una clarísima referencia a la concepción normativa de la culpabilidad (64). Asimismo, también en Alemania "el principio de culpabilidad se considera de rango constitucional (*nulla poena sine culpa*)" (65), aunque el fino sentido jurídico germánico, a falta de una disposición constitucional que lo consagre, ha debido seguir una audaz interpretación teleológica para deducirlo de los principios constitucionales de la dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad y de la idea del Estado de Derecho (66). Y en Iberoamérica un penalista de acendradas convicciones liberales lo extrae del principio de legalidad, pues, a su juicio, "a un habitante de la Nación se le puede impedir una conducta, pero si se le prohíbe la causación de un resultado que no pudo prever y que, al menos, se funde en la violación de un deber de cuidado, nunca podrá saber cuándo una conducta está prohibida y, por ende, el principio de reserva legal, como fundamento imperioso de la seguridad jurídica, quedaría por entero desbaratado", por lo que si "nadie puede saber qué le es prohibido, cuando la prohibición emerge de la accidental producción de un resultado que le es imprevisible", dicha responsabilidad objetiva violenta en realidad el principio de legalidad de delitos y penas (67). Ahora bien, aunque sea cierto que la constitución chilena no lo consagra *expressis verbis*, a una afirmación por lo menos parcial del principio de culpabilidad debe conducir una interpretación teleológica del párrafo sexto, del artículo 19, número tres, cuando escuetamente ordena: "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". Es evidente —y en contra de un conocido pensamiento que las identifica (68)— que responsabilidad penal, o sea, la conclusión a la

63. Cfr., Bettioli, *Diritto penale*, cit., p. 60.

64. Cfr., Mantovani, op. cit., p. 287.

65. Cfr., Jescheck, op. et vol. cits., p. 30.

66. Cfr., Tiedemann, op. et loc. cits., pp. 640-641.

67. Cfr., Zaffaroni, *Tratado*, cit., tomo III, p. 427.

68. Es la nota posición de Roxin. Cfr., su *Politica criminale e sistema del Diritto penale*. Traducción y presentación de Sergio Moccia. Guida, Ná-

que se arriba luego de haberse comprobado empíricamente la concurrencia de todos los elementos del delito, no significa culpabilidad, siendo ésta apenas uno de los elementos del último y, por lo mismo, presupuesto de aquélla. Por eso es que cuando la constitución prohíbe toda presunción *iuris et de iure* de responsabilidad penal, sienta la máxima inconvencible de que ninguno de los presupuestos en que se asentará la responsabilidad puede presumirse concurrir sin que se admita la prueba adversa. Pero a esta regla no es ajena la culpabilidad, en cuanto se encierra también, dentro de la voluntad objetiva de la norma constitucional, la idea de que ningún tipo penal concreto puede imputar objetivamente un resultado antijurídico a su autor haciendo inoficiosa la indagación de la *mens rea*: la culpabilidad, en cuanto uno de los presupuestos de la responsabilidad penal, no ha de presumirse jamás en términos absolutos, así como tampoco ninguno de sus supuestos, elementos y especies. Cabe por cierto pensar que la constitución no ha entendido excluir las presunciones *iuris tantum* de culpabilidad, igualmente peligrosas e inconvenientes para una rama del Derecho que versa sobre actos humanos concretos, que producen resultados también concretos, y no sobre abstracciones revestidas a lo sumo de un cierto grado de probabilidad. No puede negarse, como tiene escrito Rivacoba en su profundo estudio sobre el principio de culpabilidad en el código penal chileno (69), que en éste se contienen presunciones simplemente legales de culpabilidad —comenzando por la presunción del dolo que tomó de su modelo español—; y aunque admitan prueba en contrario y no impliquen una inversión del *onus probandi*, no por ello se liman los deplorables y gravísimos

poli, 1986; además "Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídico-penales, en su libro *Problemas básicos del Derecho penal*. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Reus S.A., Madrid, 1976, pp. 200 y ss., y (por lo que se refiere a las causas de exculpación como "causas de exclusión de la responsabilidad jurídico-penal"), *Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena*, en *Cuadernos de Política criminal*, Madrid, número 46, 1992, pp. 167 y ss.

69. Cfr., *El principio de culpabilidad en el Código penal chileno*, en el volumen *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en celebración del centenario del Código penal chileno*, con edición y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 49 y ss.

efectos que estas presunciones relativas, constitucionalmente admisibles, acarrean en la experiencia jurídico-penal. A una afirmación más consecuente y exhaustiva del principio de culpabilidad no podía impulsarse un texto constitucional que, por las razones ideológicas conocidas, sólo se compromete *en parte* con los principios de un Derecho penal liberal. Mas, ya se sabe que las normas jurídicas han de interpretarse siguiendo su contenido objetivo, no el sentido subjetivo que quiso imprimirles su fuente de producción. De esta suerte, una parcial aceptación del principio *nullum crimen sine culpa* en esta constitución se impone, por lo menos en lo que se refiere a la falta de validez —*ergo*, inconstitucionalidad— de cuantos tipos penales presuman de Derecho la culpabilidad en orden a un resultado ofensivo de bienes jurídicos. Esta conclusión, que parece modesta y aún timorata, podría, empero, revolucionar algunos lugares comunes e inconcusos en Chile, donde las exigencias culpabilistas resultan abiertamente despreciadas. Por ejemplo, la posibilidad del error de prohibición invencible, al que la abrumadora mayoría de la doctrina chilena ha opuesto una pétrea resistencia, discurriendo sobre la base de la presunción absoluta de conocimiento de la ley y la máxima *error iuris nocet*, que se contiene en el artículo octavo del código civil⁽⁷⁰⁾, debe admitirse ahora sin reservas, porque dicha norma iusprivatística no puede encontrar puesto en una rama del ordenamiento que repudia por lo menos las presunciones absolutas. La conciencia de la antijuridicidad debe establecerse fehacientemente en el proceso, siquiera quede, por cierto, pendiente el problema de que perteneciendo dicha conciencia al aspecto cognoscitivo del dolo, la presunción simplemente legal que a éste acuerda el artículo primero del código penal abarca a aquélla; pero una prueba en contrario será siempre admisible. Y tampoco los delitos calificados por el resultado pasan con fortuna el tamiz de las exigencias de la constitución. Siendo, en efecto, en estos fragmentos de responsabilidad objetiva, en estas supervivencias penales que subsisten en el Derecho punitivo contemporáneo, pacífica la opinión de que respecto del resultado que cualifica hasta con la com-

70. "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia". Cfr., además, Rivacoba, op. ult. cit., pp. 98-101.

probación de un simple nexo causal con la acción del sujeto, prescindíendose de la demostración de la culpabilidad, por lo menos culpable⁽⁷¹⁾, es claro que dicha culpabilidad, precisamente por no requerir los tipos correspondientes su verificación, se está presumiendo en términos absolutos; y esto resulta constitucionalmente inadmisibile. Y como "los delitos calificados por el resultado no son un caso aislado, sino que se repiten y constituyen una triste mácula en el Código chileno"⁽⁷²⁾, no cabe duda de que su falta de adecuación a los requerimientos constitucionales adquiere gran importancia.

No son pocas las normas constitucionales que se refieren a la teoría de la pena y a la extinción de la responsabilidad penal⁽⁷³⁾. De su conjunto sólo nos fijaremos en dos ideas que responden muy bien a las actuales tendencias político-criminales que han encontrado sede en algunas constituciones del Derecho comparado. En primer lugar, no ha entendido este texto asignarle a la pena ninguna función, por lo menos explícitamente, a diferencia de lo que se observa, por ejemplo, en la constitución italiana y, sobre su estela, en la española⁽⁷⁴⁾. Cabe consignar, en este sentido, a título de información, que el ordenamiento punitivo chileno, sobre todo el codificado, de una orientación eminentemente retributiva —aunque moderada por un cierto eclecticismo que abrió la entrada a ideas utilitarias—, condicionada por su configuración histórica y sus fuentes extranjeras⁽⁷⁵⁾, ha ido modificando su rumbo principalmente durante los últimos años y a través de la legislación penal especial, dando cabida a las ideas preventivistas particulares que tan en boga han estado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo bajo el cariz de la reeduca-

71. Cfr., Rodríguez Devesa, op. cit., p. 441.

72. Cfr., Rivacoba, *El principio de culpabilidad*, cit., p. 95.

73. Por ejemplo, los artículos 32, número 16 (indulto); 49, número 4 (rehabilitación de la pérdida de la calidad de ciudadano) y 60, número 16 (amnistía e indultos generales), entre los más importantes.

74. Cfr., respectivamente, los artículos 27, párrafo tercero, del texto italiano, y 25, párrafo segundo, del español.

75. Cfr., Rivacoba y Rivacoba, *Manuel de: Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1991, pp. 59-64.

ción o resocialización de los condenados (76). Aunque este texto constitucional no contenga ninguna referencia expresa en propósito, hay, a mi juicio, motivos para pensar que, en congruencia con el orden de ideas que alentaron a quien lo concibió, no esconde sus simpatías por la prevención general negativa; lo cual, a fin de cuentas, y en un terreno, como éste del fin de las punitivas, tan sensible al trasfondo político que se oculta en los textos legales, resulta sumamente comprensible en el seno de una concepción autoritaria de la vida de relación. Esto se enlaza con el segundo aspecto en el que queremos fijar nuestra mirada, y con éste quizá nuestro aserto resulte más justificado. Y es que, en rigor, no conoce esta constitución la idea y el principio de la *humanización de las penas*, exigencia fundamental de todo Derecho penal liberal y demanda impostergable con arreglo a los requerimientos racionales y sentimentales (valorativos), no ya de la hora, sino de nuestro tiempo. Si —para usar un pasaje de belleza insuperable de un iusfilósofo y penalista liberal— es verdad que “la humanidad consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal” (77), y si de la idea de la humanidad desciende, sin ninguna dificultad lógica o axiológica, el imperativo de la humanización de las punitivas, no como un *in fieri* que no admita caídas o retrocesos —porque la historia, aún reciente, del Derecho penal lo desdice—, mas como un camino, a veces rectilíneo y otras oblicuo, que debe transitar la cultura en pos de la realización plena de la dignidad humana; entonces —decíamos—, es inútil buscar hasta una sombra de la moderación de las punitivas en esta constitución. Valgan algunos ejemplos, harto elocuentes y que ahorran mayor comentario. No proscribo, en contra de las tendencias cientí-

76. Cfr., nuestro trabajo *El problema de la reeducación del condenado en el Estado contemporáneo*. Antofagasta, 1993.

77. Cfr., Mayer, Max Ernest: *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Labor, Barcelona, 1937, pp. 192-193.

ficas hoy absolutamente dominantes, la pena de muerte, limitándose a expresar sobre el lúgubre argumento que: “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado” (artículo 19, número uno, párrafo antepenúltimo), como si fuese suficiente, para coartar los anhelos y desvaríos mortícolos que suelen alzar su fea cerviz en épocas convulsionadas o de recrudescimiento de formas más o menos feroces de criminalidad, una mayoría parlamentaria especial. Reaparecen, además, dos fantasmas del pasado, cuando en el artículo 19, número siete, letra “g”, se dice que “no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas”, y cuando en los artículos noveno y 19, número quince, párrafo final, en tema de terrorismo y de partidos políticos o movimientos inconstitucionales, se contemplan formas accesorias de punitiva que mucho se parecen a la muerte civil. Anotemos, además, que según el artículo 11, número dos, se pierde nada menos que un atributo de la personalidad —la nacionalidad chilena—, por el simple expediente de un decreto supremo, “en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados”; y que a idéntica consecuencia jurídica habrá de exponerse el individuo condenado “por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado”; pasaje a propósito del cual no se sabe si haya que lamentar el empleo de una fórmula tan elástica como lo de “dignidad de la patria” o “intereses esenciales y permanentes del Estado” —que destruyen completamente las exigencias legalistas del principio de tipicidad—, o congratularnos por encontrar un pasaje de la constitución en que resulta paladina la subordinación de la dignidad humana a las exigencias de una pretensa dignidad superior, que en verdad esconde los intereses contingentes y aleatorios del gobernante. Ya se ve —para no extendernos en demasía— con estos pocos ejemplos, que la posición del individuo frente al Estado no es tanto la del *ciudadano*, sino la de un *súbdito* (78).

78. Se ha omitido en el texto la consideración de las disposiciones que en la Constitución se refieren a problemas de la Parte especial; son muy pocas y no alteran lo medular de nuestra exposición. Se trata, a saber, de los artículos 19, número 4, párrafo segundo (con una no muy clara alu-

5. Antes de concluir estas rápidas observaciones sobre el lazo que hoy en día se ha comprobado que liga al Derecho penal con el constitucional, conviene destacar dos problemas teóricos y dogmáticos, de los que en definitiva depende el sentido de dichas relaciones y los frutos que puede de ellas derivarse para toda Política criminal constitucionalmente orientada. El primero de estos problemas concierne al ámbito y la eficacia jurídica de las normas constitucionales, particularmente la cuestión de su ámbito de validez personal, esto es, sus destinatarios. Ya se sabe que sobre este particular las opiniones no son, en absoluto, uniformes. Hay quienes se inclinan por pensar que las normas constitucionales configurarían una suerte de directivas programáticas, lo que significa que no resultan vinculantes sino para el legislador futuro, e incluso respecto de éste sólo en cuanto le imponen un criterio de orientación para su actividad. Esto vale en especial respecto de los derechos y deberes de los ciudadanos, o sea, la parte dogmática de una constitución. Pero así, como es fácil comprender, ninguna línea argumental proficua puede construirse en tema de las relaciones entre la constitución y el Derecho punitivo, lo que, incluso sin suscribir las pretensiones de un constitucionalismo estricto en Derecho penal, resulta francamente inadmisibile en el marco del estado actual de la dogmática de esta rama del Derecho. Hay, en cambio, otra opinión, con arreglo a la cual todas las normas de la constitución vinculan "inmediatamente, sin necesidad de especificaciones legislativas futuras, dado lo absurdo de un principio según el que la norma constitucional para devenir eficaz requiere ser incardinada en una ley ordinaria de actuación" (79). Este pensamiento está tras de la posición de Pietro Nuvolone, quien, especificando mejor este carácter inmediatamente vinculante de las normas penales de la constitución, arguye que sus destinatarios son todos los sujetos de Derecho, esto es, cualquiera que esté en condiciones de cumplir con su sentido prescriptivo respecto de sus propios poderes jurídicos; ya

sión a la *exceptio veritatis* respecto de los hechos o actos falsos que se imputen por conducto de un medio de comunicación social); 48, número 2, letras "b" y "c" (delitos que motivan una acusación constitucional en contra de ciertas autoridades políticas del Estado), y el ya referido artículo 76.

79. Cfr., Bertiol, *Diritto penale*, cit., pp. 55-56.

que, en efecto, "hay una esfera de poderes jurídicos reservados al legislador; una esfera de poderes jurídicos del gobierno y de la administración; una esfera de poderes jurídicos de la jurisdicción, y una esfera de poderes jurídicos de todo ciudadano" (80). Es esta la solución correcta. No hay que confundir la necesaria generalidad —que en este plano de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico es máxima— de las normas constitucionales con la necesidad de su concreción o particularización; de otro modo, un vasto sector de las constituciones contemporáneas corre el riesgo de permanecer inoperante, en abierto desmedro de los bienes jurídicos que quieren tutelar. La constitución política chilena, cuyas normas penales hemos examinado, sigue inequívocamente esta teoría, y proclama que sus preceptos obligan a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, así como a toda persona, institución o grupo (artículo sexto).

El segundo y último problema es una derivación ineludible de la obligatoriedad inmediata de las normas constitucionales al Poder legislativo, primero, y al jurisdiccional, después. Se trata, claro está, del control de la constitucionalidad de las leyes, tema capital para las relaciones entre lo punitivo y lo constitucional, tomando en cuenta la exclusividad legalista de las fuentes creadoras de delitos y penas. Sobre la base de las ideas de Kelsen y el trabajo de este jurista en la Austria de las primeras décadas del siglo, en muchas constituciones contemporáneas ha penetrado la idea y la realidad de un Tribunal constitucional, facultado para velar por la adecuación de las leyes a las exigencias constitucionales, y para producir la pérdida de vigencia de aquéllas cuando no se ajustan a éstas, ya sea con un carácter general —perdiendo, por lo mismo, la ley inconstitucional todo valor y dejando de existir como tal, en virtud de una enervación fulminante—, o sólo para los casos particulares en que la ley ha sido invocada y aplicada, pero conservando su validez para todos los demás que indeterminadamente caen bajo su férula. Una decisión política y valorativa está en el fondo de las facultades que se acuerden a dicho Tribunal, sobre todo si se tiene en consideración que aquí se transita por un terreno difícil, en que se oponen, de un lado, el principio de que sólo toca al Poder legislativo la facultad legiferante,

80. *Ibidem*.

no pudiéndose, en línea de máxima, admitir que las exigencias de la seguridad jurídica queden libradas a un órgano jurisdiccional, y, por otro, la idea de que la constitución sólo puede ser modificada por el constituyente y debe resultar intangible para el legislador ordinario. La segunda posición, en que se combinan curiosamente audacia y conservadurismo, parece preferible, y es la que ha permitido que códigos penales dictados bajo el influjo de ideas más o menos iliberales, hayan tenido que conformarse a las normas de constituciones respetuosas de la dignidad y de la libertad individuales⁽⁸¹⁾. Audacia, porque se trata de imponer la idea de que la seguridad jurídica, antes que en la ley, finca en la constitución, y que ninguna ley cuya constitucionalidad sea francamente sospechosa garantiza aquel valor jurídico; conservadurismo, porque de esta guisa el ordenamiento constitucional deviene intangible, aunque sólo para el Legislativo, no para el Poder constituyente. La constitución chilena prefirió optar por un camino de compromiso —otra vez—, ya que, por un lado, recogió de la experiencia constitucional francesa la institución del control previo de la legitimidad de leyes en tramitación, y alrededor de esta facultad organizó un Tribunal constitucional, y por otro confió a la Corte Suprema de Justicia, el más alto de los tribunales ordinarios, la cognición de un *recurso de inaplicabilidad*, cuya dimensión permite que este órgano “de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en gestión que se siga ante otro tribunal (...) (declare) inaplicable para

81. Caso paradigmático, el italiano, con su Código de 1930. También, en un sentido acaso más acusado, pero distinto, el alemán, con el Código de 1871 (substituido en 1975). Originariamente, el Código penal germano era indiscutiblemente liberal, pero las modificaciones que le introdujo el régimen nacionalsocialista dejaron en él, mientras el último perseveró, no ya un regusto, sino un evidente tenor autoritario, más palmario que el que evidenció el Código de Rocco durante el fascismo. Muy interesante para la comprensión del pensamiento jurídico alemán posterior a 1945, y su esfuerzo por corregir y eliminar los estragos incalculables, difíciles de aprender en toda su extensión, que el nazismo provocó en el Derecho y dogmática penales de ese país, Hassemmer, Winfried: *Tres temas de direito penal*. A.M.P./Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 1993, especialmente el primer tema, “*História das idéias penais na Alemanha do pós guerra*” (traducido por Carlos Eduardo Vasconcelos), pps. (9 y ss.) 10-18.

esos casos particulares todo precepto legal contrario a la constitución” (artículo 80), mecanismo cuya rigidez se acentúa considerando que si el Tribunal constitucional ha ya resuelto que “un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia” (artículo 83, párrafo final). Acaso sea, para todo espíritu liberal que se enfrenta a las normas penales contenidas en una constitución autoritaria, esta rígida y compromisoría solución del control de constitucionalidad de las leyes, la mejor salida, pues si bien no permite con facilidad dar un alcance mayor y más profundo a los principios liberales que aquélla consignó, tampoco favorece la penetración más capilar de su espíritu autoritario en la disciplina de los delitos y las penas.