

ALEX VAN WEEZEL
EDITOR

**HUMANIZAR Y RENOVAR
EL DERECHO PENAL
ESTUDIOS EN MEMORIA
DE ENRIQUE CURY**

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

LA PRETERACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

ANTONIO BASCUÑAN RODRÍGUEZ*

La teoría del derecho de inspiración analítica maneja dos concepciones de sistema jurídico¹. La concepción del sistema jurídico como sistema institucional relaciona normas con acciones de establecimiento y aplicación de normas bajo un modelo diacrónico (dinámico), representado como pirámide o arborescencia. El criterio central de esta concepción es el de pertenencia: diversas normas pertenecen a un mismo sistema cuando comparten un fundamento último de validez procedimental². La concepción del sistema jurídico como sistema del caso relaciona normas bajo un modelo sincrónico (estático), representado como un conjunto axiomatizado de proposiciones. El criterio central de esta concepción es el de aplicabilidad *lato sensu*: diversas normas son aplicables a un caso y en consecuencia forman el sistema jurídico de ese caso cuando satisfacen las condiciones de pertinencia, aplicabilidad *stricto sensu*, coherencia y completitud³.

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad Adolfo Ibáñez y en la Universidad de Chile. El autor agradece a Constanza Salgado Muñoz, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, y a Ignacio Ananías Zaror y Diego Morales-López, asistentes de investigación de los programas de Magister del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su ayuda en la búsqueda bibliográfica y sus observaciones a un borrador de este trabajo.

¹ Rodríguez, "La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos", *Análisis Filosófico* 26 (2006), pp. 242-276.

² Raz, *El Concepto de Sistema Jurídico* (UNAM, México, 1986), especialmente pp. 151 ss.

³ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (reimpresión de la 1ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987), especialmente pp. 81 ss.; para la aplicación de la distinción a la determinación temporal del sistema jurídico del caso, Bulygin, "Tiempo y validez", en Alchourrón y Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho* (Centro

El ideal de racionalidad sistemática que inspira a la dogmática jurídica hace uso de ambas concepciones de sistema. Usa la concepción del sistema jurídico institucional para identificar su objeto inmediato de análisis, que es un conjunto de formulaciones de normas tenidas por válidas conforme a criterios procedimentales de reconocimiento que atienden a consideraciones temporales. Las formulaciones de normas que pertenecen al sistema en un momento determinado son aquellas que han sido establecidas por un acto humano realizado en un momento previo y no han sido derogadas por otro acto humano realizado en un momento posterior al de su establecimiento pero anterior al momento de referencia para su consideración como normas válidas. Así identificadas, las normas que corresponden a esas formulaciones son concebidas por la dogmática como un conjunto compuesto por proposiciones normativas y sus consecuencias, relacionadas entre sí por un principio de coherencia. Metodológicamente, esto significa que la dogmática explora los posibles sentidos de las disposiciones legales, justifica la atribución a ellas de un sentido determinado, infiere las consecuencias de esas normas, explora las posibles incongruencias entre las normas, sus consecuencias normativas y algunos principios implícitos, así como los posibles vacíos regulativos derivados de la interpretación de las disposiciones legales, y formula propuestas de solución para esas contradicciones y vacíos con una pretensión de generalización. Este modelo axiomático corresponde parcialmente al concepto de sistema jurídico del caso. Se diferencia de él en que para la dogmática no hay una fijación pragmático-institucional de los hechos del

Continuación nota ¹

de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), pp. 195-214. Como lo advierte Rodríguez, en la teoría originaria de Alchourrón y Bulygin la concepción axiomatizada de sistema jurídico no se reduce al sistema jurídico del caso, sino que se extiende al completo sistema jurídico institucional vigente en un lugar y momento determinados. Esa concepción corresponde al ideal axiomático de la dogmática jurídica, heredado de los sistemas de derecho natural racionalistas de los siglos XVII y XVIII (infra nota 4). La concepción del sistema jurídico del caso, en su formulación más estricta, es bien conocida por la doctrina penal, precisamente a propósito de su determinación temporal, pues corresponde a la fórmula acuñada por Edmund Mezger para identificar el objeto de comparación en la estimación de la calidad favorable o desfavorable de las leyes penales sucesivas; según Mezger, lo que debe compararse es “el total estado jurídico aplicable al caso” (Strafrecht – Ein Lehrbuch [3ª ed, Duncker & Humblot, Berlin y München, 1949], § 8-III, pp. 67-68).

caso, sino que estos son introducidos conjeturalmente⁴. Y se diferencia asimismo en que la dogmática asume que las normas pertenecientes al sistema son por definición también aplicables *stricto sensu*.

Esta asunción corresponde al caso rutinario de aplicación judicial del derecho, en que las normas que conforman el sistema jurídico del caso pertenecen a la *lex fori* y *praesens*, o sea, al derecho del sistema jurídico institucional al que pertenece el tribunal que lo aplica y que se encuentra vigente al momento de su aplicación. Pero la práctica judicial también conoce la aplicación del derecho extranjero o internacional y del derecho derogado; según algunos, incluso debería admitir la aplicación del derecho penal cuya vigencia es inminente. Por eso, la formación del sistema jurídico del caso puede requerir la consideración de los criterios de aplicabilidad en razón de territorio, que en conjunto forman el derecho internacional privado⁵, así

⁴ El ideal dogmático de un “sistema total del caso”, es decir, una representación anticipada del universo total de hechos jurídicamente relevantes y las normas a ellos aplicables, representa o bien una imposibilidad epistémica o bien una asignación irracional de recursos para la absorción del costo de la argumentación. La identificación conjetural de los casos a la luz de los cuales son reformuladas las proposiciones normativas y sus consecuencias bajo un ideal de racionalidad sistemática obedece a criterios pragmáticos de relevancia, por lo general vinculados a los casos que la tradición doctrinaria y jurisprudencial considera paradigmáticos, ya sea como casos rutinarios o como casos difíciles. Lo dicho no quita que ese ideal dogmático del derecho como un conjunto de normas abstractas diferenciado, consistente y exhaustivo desempeñe una función metodológica esencial en la moderna cultura jurídica europea continental. Al respecto, denominando “sistema maestro” a ese ideal, Alchourrón, “Sobre derecho y lógica”, Isonomía 13 (2002), pp. 11-33; en relación con la teoría de Alchourrón, Redondo, “Lógica y concepciones del derecho”, Isonomía 13 (2002), pp. 35-54; Bulygin, “Sistema deductivo y sistema interpretativo”, Isonomía 13 (2002), pp. 56-60; Rodríguez (supra nota 1), pp. 242-276.

⁵ La aplicación de la ley penal extranjera se encuentra en principio excluida por el derecho penal internacional chileno, que sigue el principio extendido en el derecho penal internacional comparado y el derecho internacional privado de que la ley penal aplicable por los tribunales de un Estado es exclusivamente la *lex fori* (artículo 304 del Código de Derecho Internacional Privado: “Ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás”). El principio reconoce excepciones en el derecho internacional público y el derecho penal comparado: (a) la aplicación de la *lex loci delicti commisi* cuando se ejerce jurisdicción extraterritorial bajo el principio de jurisdicción universal, o bajo el principio pasivo de personalidad, y ésa es la ley penal más favorable, (b) la aplicación del derecho extranjero extrapenal que complementa leyes penales en blanco de la *lex fori*, (c) la consideración del derecho penal extranjero, en conexión con la concesión de la extradición pasiva y la afirmación de jurisdicción extraterritorial en virtud del principio pasivo de personalidad (Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht [4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010], pp. 33-35; Brownlie, Principles of Public International Law [6ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2003], p. 306). Finalmente, está

como de los criterios de aplicabilidad en razón de tiempo, que en conjunto forman el derecho intertemporal⁶.

La preteractividad de la ley penal, es decir, la aplicación de la ley penal derogada, es una posibilidad lógica y pragmática del derecho intertemporal penal. En homenaje al profesor Enrique Cury Urzúa me propongo examinar la aplicación de la ley penal derogada, a la que propongo denominar "preteractividad", bajo el derecho intertemporal penal chileno. Para ello seguiré este orden: en primer lugar (I) expondré algunas premisas analíticas del derecho intertemporal penal y luego (II) los principios del derecho intertemporal penal chileno. Sobre esa base, procederé a analizar los casos de preteractividad de la ley penal, distinguiendo entre (III) la aplicación preteractiva de una ley penal cuyas consecuencias son comparativamente favorables al afectado y (IV) la aplicación preteractiva de una ley penal cuyas consecuencias son comparativamente desfavorables al afectado.

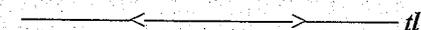
Continuación nota ⁵

la eventual aplicación de normas de derecho internacional público provenientes de fuentes no convencionales en conexión con la aplicación de normas punitivas pertenecientes a la *lex fori* (o *lex loci delicti commisi*, en su caso) que sancionan conductas constitutivas de crímenes bajo el derecho internacional penal.

⁶ La denominación "derecho intertemporal" se encuentra asentada en la doctrina alemana: Dannecker, *Das intertemporale Strafrecht* (J. C. B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1993); Hess, *Intertemporales Privatrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1998). En el derecho francés es más usual la denominación "derecho transitorio", debido particularmente a la influencia de la obra de Roubier, *Les conflicts des lois dans le temps* (Librairie du Recueil Sirey, París, 1929, 1933), tomo I y II. Eugenio Bulygin propone usar los términos "tiempo externo" y "tiempo interno" de la norma para referirse, respectivamente, al lapso en que la norma se encuentra vigente y al lapso en que los hechos que acaecen son regulados por la norma (Bulygin [supra nota 3], pp. 198 ss.). La distinción es correcta pero la terminología induce a error. El único tiempo que cabe describir como "interno" a la norma es el que corresponde a un criterio temporal incluido por la norma como elemento de su supuesto de hecho –por ejemplo, si una norma sancionara los comportamientos que se cometan dentro de seis meses a contar de una determinada fecha–. Esa es ciertamente una posibilidad institucional. Como se verá, en la dogmática penal la consideración de esa posibilidad es de la mayor importancia para definir el concepto de ley temporal. Pero por regla general el tiempo que corresponde al lapso en que los hechos que acaecen son regulados por la norma es tan externo a la norma como el tiempo de su vigencia. En uno y otro caso, ese lapso es determinado por reglas distintas de la norma, los criterios de validez-pertenencia en el caso de la vigencia y los criterios de validez-aplicabilidad en el otro caso. Tal como lo señalara Ernst von Beling, en esto la condición normológica de los criterios de aplicabilidad temporal es idéntica a la condición normológica de los criterios de aplicabilidad territorial: ambos criterios son externos a la norma cuya aplicabilidad regulan (von Beling, *Die Lehre vom Vebrechen* [reimpresión de la edición de Tübingen 1906, Scientia Verlag, Aalen, 1964], pp. 242-245).

I. PREMISAS ANALÍTICAS DEL DERECHO INTERTEMPORAL PENAL

Conforme a las reglas de reconocimiento y cambio del sistema jurídico, la vigencia de la ley se extiende en el tiempo, en un plazo que va desde un día determinado hasta otro día determinado, si es que es derogada. Esto se puede graficar así⁷:



Es importante advertir que por "ley" no se entiende un cuerpo normativo específico, sino el sistema jurídico (institucional) momentáneo al que pertenecen las normas que conforman el sistema jurídico del caso. El concepto de sistema jurídico momentáneo se define a partir de la observación de que toda modificación de las disposiciones que pertenecen al sistema jurídico institucional altera la composición de los elementos de ese sistema y en esa medida genera un nuevo sistema de normas. Según este concepto, un mismo sistema jurídico (institucional) continuo es un conjunto de sistemas jurídicos momentáneos sucesivos⁸. El sistema jurídico del caso se forma por referencia a un determinado sistema jurídico momentáneo.

Conforme a esta idea, no se requiere que un cuerpo normativo sea sustituido íntegramente por un nuevo cuerpo normativo para utilizar con propiedad las expresiones "ley anterior" y "ley posterior". Un mismo cuerpo de normas –por ejemplo, el Código Penal– es *ley anterior* y *ley posterior* cuando sufre una modificación. Por esta razón, el inicio de la vigencia de una ley cualquiera implica por definición el término de vigencia de una ley anterior, y su término implica por definición el inicio de vigencia de otra

⁷ Donde: (i) por "t" se entiende la secuencia de momentos en que tiene existencia temporal la ley; (ii) por "<" se entiende el momento en que comienza la vigencia de la ley; (iii) por ">" se entiende el momento en que termina la vigencia de la ley. El sistema de notación que se utiliza para representar gráficamente las correlaciones reguladas por el derecho intertemporal corresponde en gran medida a la notación propuesta por Fränberg, *Retroactivity, Simulativity, Infractivity*, en Bjarup y Blegvad (ed.): *Time, Law and Society* 64, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie-Beiheft* (1995), pp. 55-72.

⁸ Raz (supra nota 2), p. 55; Bulygin formula la distinción mediante el uso de los términos "orden jurídico" (= sistema jurídico continuo) y "sistema" (= sistema jurídico momentáneo) (Bulygin [supra nota 3], p. 199).

ley posterior: siempre se trata de una sucesión de leyes vigentes. Eso cabría graficarlo del siguiente modo⁹:



No obstante, dado que el sistema jurídico momentáneo relevante para la determinación del sistema jurídico del caso es uno solo, en lo sucesivo se prescindirá de explicitar gráficamente que se trata de una sucesión de leyes vigentes. Eso se da por supuesto.

La doctrina tradicional acerca de la aplicabilidad temporal de la ley o doctrina de los efectos de la ley en el tiempo distingue tres casos: la retroactividad, la actividad y la ultractividad¹⁰. Esta distinción expresa la identificación de tres posiciones cronológicas del hecho regulado, según la correlación del momento de su acaecimiento y el período de vigencia de las normas legales. Así, hay retroactividad cuando se aplica una ley a un hecho acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia; hay actividad cuando se aplica una ley a un hecho acaecido durante su vigencia, y hay ultractividad cuando se aplica una ley a un hecho acaecido con posterioridad al término de su vigencia. Se trata, en suma, de una distinción entre tres modos posibles de existencia de una relación triádica: la relación entre una norma con vigencia temporal y un hecho acaecido temporalmente.

Esta concepción es insuficiente. La doctrina tradicional trata el acto de aplicación como un acto atemporal. Eso es consecuencia de su consideración de las normas que pertenecen al sistema institucional (la ley vigente) como normas por definición aplicables *stricto sensu*. Pero es claro que para la práctica judicial el acto de aplicación es un acto jurídico que también tiene lugar temporalmente. En tanto acto que tiene lugar en el tiempo, la sentencia judicial es un acto necesitado de correlación reflexiva con la vigencia de la ley. Lo mismo debe decirse de cualquier acto de evaluación del hecho como

⁹ Donde “*it*”, “*<*” y “*>*” tienen el sentido definido supra nota 7.

¹⁰ Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal (3ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1964), tomo II, p. 617; con particular rigor conceptual, Oliver Calderón, Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes Penales (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007), pp. 64-66.

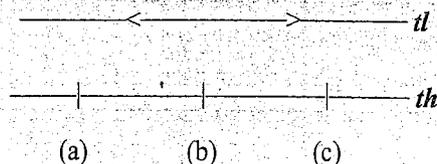
hecho regulado: ese acto no se realiza al margen del tiempo, sino en una determinada posición temporal, correlativa a la de posición temporal de la norma legal aplicada y la posición temporal del hecho regulado. Luego, la correcta premisa analítica del derecho intertemporal debe consistir en considerar los modos posibles de existencia de una relación triádica, es decir, de una relación entre una norma con vigencia temporal, un hecho acaecido temporalmente regulado por ella y un acto de aplicación de la norma al hecho, que también acaece temporalmente.

Siguiendo un uso terminológico establecido, para designar la correlación temporal entre el período de vigencia de la norma legal y el acaecimiento del hecho por ella regulado se empleará el término “efecto” (de la norma respecto del hecho). Como ya se dijo, las correlaciones temporales entre el momento del acaecimiento del hecho regulado y el período de vigencia de la norma legal son tres:

- (a) efecto retroactivo: aplicación de la norma a un hecho acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia;
- (b) efecto activo: aplicación de la norma a un hecho acaecido durante su vigencia;
- (c) efecto ultractivo: aplicación de la norma a un hecho acaecido con posterioridad al término de su vigencia.

Lo expuesto se puede graficar del siguiente modo¹¹:

¹¹ Donde: (i) “*it*”, “*<*” y “*>*” tienen el sentido definido supra nota 7; (ii) por “*it*” se entiende el momento en que tiene existencia temporal el hecho regulado por la ley, y (iii) por “*i*” se entiende el momento en que acaece el hecho regulado por la ley. El concepto de “hecho regulado por la ley” puede corresponder a estados de cosas muy diversos. Para el derecho penal, el hecho es un comportamiento humano. Pero para el derecho privado o público puede ser un hecho de la naturaleza, un comportamiento humano, o las consecuencias de uno y otro, es decir, un estado jurídico. En todos los casos, el hecho regulado puede tener diferentes duraciones temporales. Por tal razón “el momento en que acaece” el hecho es un concepto sujeto a definición normativa: las reglas del derecho intertemporal atienden a algún criterio para identificar un punto cronológico como el instante relevante del acaecimiento del hecho regulado.



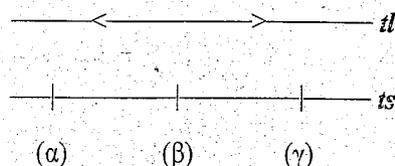
En estricta analogía con las distinciones anteriores, se empleará el término “aplicación” (de la norma por un acto) para designar la correlación temporal entre el acto de evaluación del hecho bajo la norma, representado por la sentencia judicial, en su carácter de acto paradigmático de aplicación del derecho, y la norma aplicada. Las correlaciones temporales entre el momento del acaecimiento del acto de aplicación y el período de vigencia de la norma legal son igualmente tres:

(α) aplicación preactiva: aplicación de una norma por un acto acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma;

(β) aplicación inactiva: aplicación de una norma por un acto acaecido durante el período de vigencia de la norma;

(γ) aplicación postactiva: aplicación de una norma a un acto acaecido después de terminado el período de vigencia de la norma.

Lo expuesto se puede graficar del siguiente modo¹²:



¹² Donde: (i) “tl”, “<” y “>” tienen el sentido definido supra nota 7; (ii) por “ts” se entiende el momento en que tiene existencia temporal el acto de aplicación judicial de la ley (“s” = sentencia) y (iii) por “|” se entiende el momento en que acaece el acto de aplicación judicial de la ley.

La coordinación de ambos esquemas de correlaciones temporales arroja nueve posibilidades lógicas de relaciones temporales triádicas, graficadas en la siguiente tabla:

		correlación norma/hecho		
		(a) efecto retroactivo	(b) efecto activo	(c) efecto ultractivo
	(α) aplicación preactiva	(1)	(2)	(3)
correlación norma/acto de aplicación	(β) aplicación inactiva	(4)	(5)	(6)
	(γ) aplicación postactiva	(7)	(8)	(9)

El reconocimiento jurídico de (algunas de) estas posibilidades analíticas de correlación temporal depende de la satisfacción de ciertos presupuestos metafísicos, lógicos y pragmáticos. En la modesta metafísica del pensamiento jurídico, el tiempo es una secuencia lineal de puntos discretos. Esto significa que la posición de cada momento en esa secuencia se fija irrevocablemente. Si no fuera una secuencia de puntos discretos, cada momento podría moverse, anticipándose o postergándose en relación con otros momentos. Si no fuera una secuencia lineal, sino, por ejemplo, circular, un momento anterior a otro podría pasar a ser un momento posterior a aquél. Pero para el pensamiento jurídico la posición temporal de cada momento es una, única e irrevocable. El pensamiento jurídico asume también que relaciones temporales entre los momentos son transitivas. Así, por ejemplo, si el acto de aplicación tiene lugar después del hecho, y el hecho acaeció después de terminada la vigencia de la norma legal, entonces el acto de aplicación también tiene lugar después de terminada la vigencia de la norma legal. Finalmente, la praxis jurídica, al menos la penal, presupone que cuando se aplica una norma a un hecho éste ha acaecido con anterioridad al acto de aplicación. Esto, por cierto, sólo es efectivo en sentido estricto respecto de los actos de aplicación dotados de autoridad institucional; pero también

es extensible a los actos de aplicación que reproducen anticipadamente el sentido del acto institucional. Aunque el consejo jurídico tenga lugar antes del acaecimiento del hecho, esa evaluación anticipada se hace bajo la presunción de que el acto institucional de aplicación de la ley que se anticipa tendrá lugar con posterioridad al hecho que es objeto de evaluación.

Estos presupuestos excluyen del conjunto de posibilidades reconocidas por el derecho intertemporal los casos (2), (3) y (6). Un acto de aplicación de una norma que acaece antes de la entrada en vigencia de la ley no puede, en un sentido práctico de “poder”, aplicarla a hechos que acaecerán durante la vigencia de la ley –caso (2)– o después de terminada su vigencia –caso (3)–. Un acto de aplicación que acaece durante la vigencia de la ley tampoco puede, en un sentido práctico de “poder”, aplicar la ley a hechos que acaecerán después de terminada su vigencia –caso (6)–.

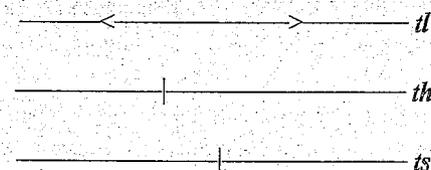
El caso (9) se encuentra institucionalmente excluido. Su exclusión es consecuencia de la institución de la derogación expresa¹³. El sentido normativo elemental del acto de derogación de una norma es declarar su inaplicabilidad a casos que acaezcan con posterioridad a la derogación. Esta razón concurre, obviamente, a justificar la exclusión de los casos (3) y (6).

Los restantes cinco casos, esto es, los casos (1), (4), (5), (7) y (8), representan posibilidades práctico-institucionales abstractas de relaciones temporales triádicas cuya admisibilidad concreta es una cuestión contingente, que depende del derecho intertemporal vigente. En este lugar simplemente corresponde su descripción abstracta.

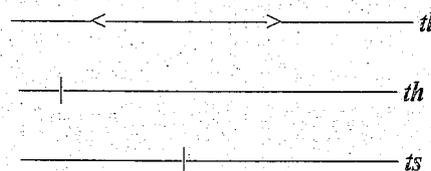
El caso (5) es el caso rutinario de la praxis. En este caso, tanto el hecho como el acto de aplicación acaecen durante el período de vigencia de la norma, por lo que la norma aplicable es la *lex praesens*. Siguiendo la propuesta terminológica de Åke Fränkeberg, cabe denominar este caso como

¹³ Kelsen, “Derogation”, en Newman (ed.): *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962), pp. 339-354; *él mismo*, *Allgemeine Theorie der Normen* (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979), pp. 84-92; Aguiló, *Sobre la derogación* (Distribuciones Fontamara, México, 1995), especialmente pp. 98-99; Bascuñán Rodríguez, “Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 18 (2000), pp. 227-261.

“simulactividad”, es decir, aplicación inactiva con efecto activo. Su representación gráfica es la siguiente¹⁴:



El caso (4) es el caso paradigmático de retroactividad, que corresponde a la aplicación inactiva de la norma legal con efecto retroactivo. Su representación gráfica es la siguiente:



El caso (1) es un caso anómalo de retroactividad. En este caso, se aplica una norma legal preactivamente, es decir, con anticipación a su entrada en vigencia. En virtud del principio de la transitividad, toda aplicación preactiva tiene necesariamente efecto retroactivo. Su representación gráfica es la siguiente:

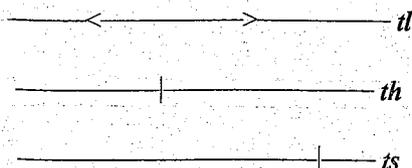


La aplicación preactiva es anómala, porque diluye la conexión institucional entre la aplicación de la ley y su vigencia. En mi opinión, esta anomalía basta para justificar su consideración como un caso institucionalmente

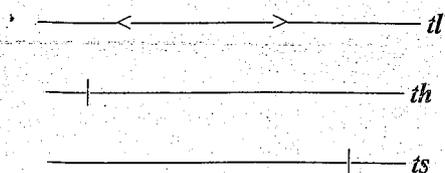
¹⁴ Para todos los esquemas que siguen: “tl”, “ts”, “th”, “<”, “>” y “|” tienen el sentido definido supra notas 7, 11 y 12.

excluido. Con todo, algunos autores justifican su admisibilidad, en situaciones en que el deber de aplicación retroactiva de una norma aparece como concreción de un principio de justicia política de mucho peso y no puede satisfacerse de otro modo que anticipando la aplicación de una ley que aún no entra en vigencia, pero cuya entrada en vigencia resulta inminente.

El caso (8) es un caso de aplicación postactiva de la ley con efecto activo. Esto último lo distingue esencialmente del caso (9). Su representación gráfica es la siguiente:



Finalmente, el caso (7) es otro caso de aplicación postactiva de la ley, pero con efecto retroactivo. Esto lo distingue del caso (8), y también esencialmente del caso (9). Su representación gráfica es la siguiente:



El caso (8) es el caso usual de aplicación postactiva. El caso (7) es un caso inusual de aplicación postactiva y de retroactividad, pero no del todo desconocido en la praxis y la doctrina. Los casos (7) y (8) son casos de aplicación de una ley penal derogada. Propongo denominar ambos casos de aplicación postactiva como “preteractividad” de la ley penal¹⁵. Esta denomi-

¹⁵ Bascuñán Rodríguez, “La aplicación de la ley penal derogada”, Revista del Abogado 17 (Colegio de Abogados, Santiago de Chile, Noviembre de 1999), pp. 10-13, especialmente p. 11; “La aplicación de la ley penal más favorable”, Revista Jurídica UPR 69 (2000), pp. 29-133, especialmente p. 34, nota 10. La distinción es aceptada por Oliver (supra nota 10), pp. 68-69. Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez usan los términos “ultractividad” y “preteractividad” como sinónimos (Politoff y Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal – Parte General [2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003], p. 127).

nación cumple la función de distinguirlos terminológicamente del caso (9). Para este caso conviene reservar el término “ultractividad”. Así definidas la ultractividad y la preteractividad, puede afirmarse que la ultractividad corresponde a un caso de aplicación postactiva de la ley con efecto ultractivo, institucionalmente excluido para el derecho intertemporal en virtud de la derogación expresa. La preteractividad, en cambio, es un caso de aplicación postactiva de la ley con efecto activo o retroactivo, cuya admisibilidad depende de las reglas del derecho intertemporal de cada sistema jurídico y de cada rama del derecho al interior de un mismo sistema jurídico.

El objetivo de este trabajo es examinar su admisibilidad bajo las reglas del derecho intertemporal penal chileno. Pero antes de pasar a ese análisis, conviene advertir tres consecuencias de carácter general que se obtienen del esquema de análisis ofrecido.

En una situación de sucesión simple de leyes –casos (1), (4) y (8)– la determinación de la ley aplicable consiste en la selección de un sistema jurídico del caso correspondiente a un sistema jurídico momentáneo de entre dos opciones; en una situación de sucesión compleja de leyes –caso (7)–, hay más que dos opciones para la selección. En ambas situaciones, que esa selección constituya o no la solución de un “conflicto” depende de si en el sistema jurídico existe o no un imperativo de aplicación conjunta de todos los sistemas jurídicos momentáneos comprendidos por la sucesión. Ese principio no parece regir en sistema jurídico alguno. La premisa del derecho intertemporal en todos los sistemas jurídicos parece ser que debe identificarse un solo sistema jurídico momentáneo para formar el sistema jurídico del caso: ya sea el vigente al momento de los hechos, o el vigente al momento de la sentencia, o bien, en casos de sucesión compleja, el vigente en algún momento intermedio. En el derecho intertemporal penal, la formación de un sistema jurídico del caso con normas que corresponden a distintos sistemas jurídicos momentáneos –la *lex tertia*– sólo se admite por algunos para el caso excepcional en que la satisfacción de los criterios de aplicabilidad temporal, que ordenan en principio atender a un único sistema jurídico momentáneo, aparezca como problemática a la luz de sus propios fundamentos¹⁶. Pero los criterios de aplicabilidad del derecho intertempo-

¹⁶ Básicamente, cuando la aplicación con efecto retroactivo de una ley posterior que considerada globalmente más favorable para el caso concreto pueda producir consecuencias que son

ral no tienen por objetivo resolver antinomias generadas por la aplicación simultánea de todas las leyes que forman parte de la sucesión. Su función es evitar esa aplicación simultánea.

Esto distingue a los criterios de aplicabilidad del derecho intertemporal del criterio de aplicabilidad temporal denominado “derogación tácita”. La derogación tácita siempre opera como criterio de solución de antinomias entre las normas que pertenecen *prima facie* a un mismo sistema jurídico del caso, que ya ha sido formado a partir de la identificación del derecho aplicable *stricto sensu* en virtud de las reglas del derecho internacional privado (o internacional penal) y el derecho intertemporal. En otras palabras, lo que se denomina “ley anterior” y “ley posterior” en el contexto de la derogación tácita no son distintos sistemas jurídicos momentáneos, sino normas que pertenecen al mismo sistema jurídico momentáneo, cuya entrada en vigencia tuvo lugar en momentos distintos¹⁷.

Lo mismo debe decirse de las reglas de solución de redundancias que en el derecho penal son denominadas como “concurso aparente”. La operación del concurso aparente siempre tiene lugar como exclusión (desplazamiento) de una o más normas que pertenecen *prima facie* a un mismo sistema jurídico del caso. Por tal razón, cuando en un cuerpo normativo se deroga expresamente una disposición que consagraba norma que era *lex specialis* respecto de otra norma cuya vigencia se mantiene, la relación concursal aparente que existía entre ellas no decide la cuestión la ley aplicable según el derecho intertemporal. Dependiendo de los criterios del derecho intertemporal penal, la ley aplicable al caso después de la derogación de la *lex specialis* puede ser tanto ésta (aplicación postactiva con efecto activo) como la *lex generalis* (aplicación inactiva con efecto retroactivo). El principio, enteramente correcto, de que en virtud de las relaciones concursales aparentes la *lex generalis* recobra su aplicabilidad cuando deja de ser aplicable la *lex specialis* no es un criterio para la identificación de sistemas jurídicos momentáneos, sino para formación del sistema jurídico del caso

Continuación nota ¹⁶

parcialmente desfavorables en comparación con la ley anterior. Acerca de la (in)admisibilidad de la formación de la *lex tertia* en el derecho intertemporal penal, Bascuñán, “La Ley Penal”, Revista de Derecho UAI, 1 (2004), pp. 219-227, especialmente pp. 218-223; Bascuñán, “Ley Penal”, Revista de Derecho UAI, 1 (2005), pp. 361-386, especialmente pp. 369-371.

¹⁷ Bascuñán (supra nota 13), pp. 236 ss.

que ya ha sido identificado por su correspondencia a un sistema jurídico momentáneo, como por ejemplo: si la *lex specialis* es declarada inaplicable por inconstitucional, entonces recobra su aplicabilidad la *lex generalis*, o también: si queda refutada en juicio la prueba de los hechos que corresponden exclusivamente a la *lex specialis*, entonces puede recalificarse el hecho punible bajo la *lex generalis*. Es cierto que para el derecho intertemporal penal es relevante la conclusión de que no se ha desinclinado el hecho sancionado por la *lex specialis* aunque se la haya derogado, que esa conclusión se deduce de la vigencia de la *lex generalis* y que ese razonamiento coincide con la caracterización de la relación entre ambas normas como de concurso aparente. Pero la conclusión del derecho intertemporal penal sería idéntica aun si la norma que comparativamente es *lex generalis* nunca hubiera coexistido en un mismo sistema jurídico momentáneo con la norma que comparativamente es *lex specialis* y por lo tanto nunca hubieran tenido esa relación concursal en un mismo sistema jurídico del caso. Tal sería la situación si se derogara una norma punitiva que configuraba un supuesto de hecho de alcance restringido para reemplazarla otra que configura un supuesto de hecho más amplio, comprensivo del anterior¹⁸.

Las confusiones son evitadas cuando se tiene a la vista el orden metodológico sucesivo de las operaciones que intervienen en la formación del sistema jurídico del caso: (a) la formación *prima facie* del sistema jurídico del caso, aplicando criterios de pertinencia (i.e., competencia *ratione materiae*) y criterios de aplicabilidad territorial y temporal, y (b) la formación definitiva o concluyente del sistema jurídico del caso, resolviendo en relación con el sistema identificado *prima facie* los problemas de interpretación, las antinomias y redundancias, y, en su caso, el tratamiento de situaciones de lagunas o de derrotabilidad.

¹⁸ Sin claridad sobre esta diferencia, en Bascuñán (supra nota 13), pp. 243-245 se considera que los casos de derogación expresa de una *lex specialis* que entró en vigencia con posterioridad a la *lex generalis* exigen ser resueltos bajo la idea de la recuperación de aplicabilidad de la *lex generalis*. Tal como se señala en el texto principal, esos casos deben ser resueltos bajo los principios del derecho intertemporal, seleccionándose como sistema institucional de referencia ya sea el sistema jurídico momentáneo vigente al momento del hecho (en el cual la *lex specialis* desplazaba a la *lex generalis*) o bien el sistema jurídico momentáneo vigente al momento de la sentencia (en el cual la *lex generalis* es la única norma pertinente).

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERTEMPORAL PENAL CHILENO

Las principales reglas del derecho intertemporal privado chileno se encuentran en la Ley de 7 de octubre de 1861, sobre efecto retroactivo de las leyes. Esta ley no contempla criterios de aplicabilidad temporal relativos a la ley penal. Las reglas del derecho intertemporal penal chileno se encuentran en disposiciones de otros cuatro cuerpos normativos: (i) el artículo 18 del Código Penal (ii) el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política (iii) el artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y (iv) el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹⁹. Las reglas del Código Penal consagran criterios de aplicabilidad vinculantes para los fiscales del Ministerio Público y los tribunales de justicia. Las reglas de la Constitución Política son además vinculantes para el legislador. La posición jerárquica de las reglas de los tratados internacionales sobre derechos humanos es incierta. En todo caso, tienen al menos el mismo carácter vinculante que las reglas legales.

La primera cuestión que todo derecho intertemporal debe resolver es la fijación de los criterios de identificación cronológica de los momentos que

¹⁹ Código Penal: "Artículo 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. / Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. / Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. / En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades". Constitución Política, artículo 19 N° 3 inciso octavo: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos único que una nueva ley favorezca al afectado". Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

son relevantes para establecer las relaciones temporales entre la norma legal, el hecho regulado y el acto de aplicación de la norma al hecho²⁰.

La identificación de los momentos de inicio y término del período de vigencia de la ley penal se sujeta a las reglas generales del sistema jurídico chileno (artículos 6°, 7°, 8° y 52 del Código Civil, artículo 75 de la Constitución Política). Conforme a estas reglas, la norma legal se encuentra vigente desde el día de su publicación en el Diario Oficial hasta el día de entrada en vigencia de la norma legal que la deroga, salvo que una regla especial disponga el cumplimiento de un plazo o condición para el inicio o término de su vigencia²¹. El derecho intertemporal penal chileno ofrece sin embargo a este respecto un problema interpretativo: el artículo 18 inciso primero del Código Penal, así como el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política, utilizan el término "promulgada" para referirse a la propiedad de la ley que constituye la condición temporal de su aplicabilidad.

²⁰ La presuposición de un único momento de comienzo de la existencia de una ley no pasa de ser una metáfora naturalista. La existencia de la ley es un hecho institucional, definido por reglas constitutivas. Una norma legal cuenta como existente o como inexistente para una de tres posibles consideraciones institucionales: (a) para ser objeto de actos institucionales de autenticación, conservación o divulgación, (b) para ser objeto de afectación por un acto con significación normativa, o bien (c) para ser usada como razón justificatoria de una decisión. En el supuesto (a) la norma legal cuenta como existente para gatillar la realización de actos administrativos requeridos para la operatividad de criterios procedimentales de validez vinculados al uso de textos autoritativos. En el supuesto (b) la norma legal cuenta como existente para ser afectada por un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa de cambio cuyo fin es la derogación o modificación de la ley, o bien por un acto en ejercicio de una potestad normativa de adjudicación cuyo objeto es la afirmación de la validez o la invalidación de la ley. En el supuesto (c) la norma legal cuenta como existente para ser aplicada, ya sea como guía del comportamiento por parte de su destinatario, o bien en un acto de adjudicación cuyo fin es el juzgamiento de un caso. No hay necesidad conceptual ni práctica de que las tres dimensiones institucionales de existencia de la ley se subordinen a un mismo criterio cronológico.

²¹ Al término de vigencia de la ley en virtud del ejercicio de una potestad normativa sujeta a reglas de cambio (derogación expresa) debe agregarse la posibilidad institucional de su término de vigencia por el ejercicio de una potestad jurisdiccional sujeta a reglas de adjudicación. Tal es el caso de la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, que cancela la validez de la ley declarada inconstitucional (artículo 93 N° 7, 94-iii Constitución Política). Por su parte, la derogación tácita no implica el término de vigencia de la ley anterior (al respecto, Bascuñan [supra nota 15], p. 236). En esto, la situación de la norma legal tácitamente derogada y el precepto legal declarado inaplicable por inconstitucional (artículo 93 N° 6 Constitución Política) es idéntica: ambos son excluidos del sistema jurídico del caso en virtud de un criterio de solución de antinomias, pero ambos siguen perteneciendo al sistema jurídico institucional.

De esta peculiaridad, la doctrina dominante ha deducido la admisibilidad de la aplicación preactiva de la ley más favorable.²²

La inferencia no es procedente. En el contexto histórico originario del Código Penal chileno (1874/75), el uso del término “promulgada” implicaba la propiedad de la ley de encontrarse publicada en el periódico oficial (artículo 6° inciso segundo del Código Civil de 1855/57). Sólo a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 9.400 (D.O. de 6 de octubre de 1949) en los artículos 6°, 7° y 8° del Código Civil, el derecho chileno distingue la promulgación de la ley de su publicación en el Diario Oficial y subordina la vigencia de la ley –su “obligatoriedad”– a la publicación, salvo que la ley disponga expresamente algo distinto. Por esa razón, es correcto afirmar que la ley “promulgada” en el sentido del Código Penal corresponde a la ley “publicada” en el actual sentido del Código Civil. La incorporación de la disposición del Código Penal en la Constitución Política de 1980²³ intensifica ciertamente el problema interpretativo, debido a que en sus disposiciones acerca de la formación de la ley la propia Constitución distingue entre promulgación y publicación de la ley (artículo 75). Pero los antecedentes históricos son suficientes para justificar la consideración de la expresión “promulgada” en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política como una expresión incorrecta, susceptible de interpreta-

²² *Labatut*, Derecho Penal-Parte General (2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1954), tomo I, pp. 101-102; *Cousiño MacIver*, Derecho Penal Chileno (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1975), pp. 120-123; *Etcheberry Orthustegui*, Derecho Penal –Parte General (3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1987), tomo I, pp. 143-144, 148-149; *Politoff y Matus*, “Comentario a los artículos 18 a 49”, en *Politoff Lifschitz y Ortiz Quiroga*, Texto y Comentario del Código Penal Chileno (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002), tomo I, pp. 266-267; *Politoff y Matus y Ramírez* (supra nota 15), pp. 129-130; *Garrido Monit*, Derecho Penal, Parte General (2ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005), p. 118; *Cury*, Derecho Penal-Parte General (7ª ed., Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005), p. 230; *Couso*, “Comentario al Artículo 18”, en *Couso y Hernández*, Código Penal Comentado (Abeledo Perrot – LegalPublishing Chile, Santiago, 2011), pp. 430-431.

²³ La tradición constitucional chilena garantizaba la irretroactividad de la ley penal con una norma cuya redacción era anterior al Código Penal de 1874/75. Constitución de 1828: “Artículo 15. Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo”. Constitución de 1833. Artículo 133. “Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”. Constitución de 1925: “Artículo 11. Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”.

ción correctiva. Por cierto, con esta constatación no basta para resolver la cuestión de la admisibilidad de la preactividad de la ley penal, pues como bien observan Alfredo Etcheberry y Luis Cousiño, el caso usual de aplicación judicial preactiva se refiere a leyes penales favorables promulgadas y publicadas, pero sometidas a un plazo de vacancia legal²⁴.

El argumento más importante a favor de la interpretación correctiva de la expresión legal y constitucional “promulgada” es de carácter sistemático (no simplemente lingüístico-sistemático, como su pretendida concordancia con la distinción constitucional entre promulgación y publicación de la ley, sino pragmático-sistemático). Conforme al artículo 18 del Código Penal la propiedad de la ley a la que se refiere la expresión “promulgada” es una condición general de la aplicabilidad de la ley. No se reduce a la aplicabilidad de la ley más favorable, sino que gobierna la cuestión más general de la determinación del momento a partir del cual la aplicación de la ley a un hecho tendría efecto activo y no retroactivo. Entender en este contexto la expresión “promulgada” en el actual sentido procedimental específico, como estadio previo a la entrada en vigencia, implicaría sostener que el derecho intertemporal penal chileno permite la aplicación intractiva con efecto activo de una nueva ley penal, favorable o desfavorable, antes de que ella satisfaga las condiciones para su entrada en vigencia conforme a las reglas generales del sistema jurídico chileno. Esto es absurdo, a menos que se quiera sostener que la entrada en vigencia de las leyes penales se sujeta en Chile a reglas especiales²⁵. Por esta razón, debe entenderse que “promulgada” significa en rigor “obligatoria” (i.e., vigente) conforme a las reglas generales del sistema jurídico²⁶. Esto vale también para el artículo

²⁴ *Etcheberry* (supra nota 22), p. 149; *Cousiño* (supra nota 22), p. 121.

²⁵ Esta es una consecuencia que incomprensiblemente ha escapado a la doctrina que afirma la preactividad de la ley favorable, la cual sólo se concentra en la interpretación de la expresión “promulgada” en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal. Pese a que el inciso primero del artículo 18 del Código Penal usa la misma expresión, todos los autores sostienen que la vigencia de las leyes penales se sujeta a las reglas generales del sistema jurídico chileno. El hecho es tanto más incomprensible si se tiene presente que en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política la expresión “promulgada” sólo es usada por la parte de la disposición que prohíbe el efecto retroactivo de la ley penal.

²⁶ Así, *Novoa Monreal*, Curso de Derecho Penal Chileno (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1960), libro I, tomo I, pp. 191-192; *Mera Muñoz*, “En torno a la aplicabilidad del texto original de la Ley 19.450”, *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* 1 (Universidad San Sebastián, 1999), pp. 195-200; *Bascuñán Rodríguez*, “Aplicación de leyes penales que carecen

19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política²⁷. La justificación de la aplicación preactiva de la ley penal más favorable requiere argumentos de mayor peso que la explotación de este arcaísmo del Código Penal²⁸.

El momento en que cuenta como existente del acto judicial de aplicación de la ley es fácil de identificar: corresponde al día de la fecha de la resolución (artículo 169 del Código de Procedimiento Civil).

La identificación del momento de existencia del hecho punible depende de la interpretación del término “perpetración”, empleado por los artículos 18 inciso primero del Código Penal y 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política. A diferencia del derecho alemán y a semejanza del derecho español, el derecho intertemporal penal chileno no contempla una regla legal que resuelva esta cuestión. La cuestión aún no ha sido tratada

Continuación nota ²⁶

de vigencia”, Revista del Abogado 22 (Junio de 2001), pp. 18-21; *Bascuñán* (supra nota 16) (2004), pp. 213-215; *Oliver* (supra nota 10), pp. 31-35.

²⁷ Los criterios de aplicabilidad temporal de los tratados internacionales de los derechos humanos son en este punto neutrales: no establecen criterios específicos de identificación de la entrada en vigencia de la ley que prohíben u ordenan aplicar retroactivamente. Sus referencias al “derecho aplicable” y a “la ley” (artículo 15-1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 9° Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969) tienen que ser complementadas con las reglas de reconocimiento y los criterios de aplicabilidad de cada sistema jurídico estatal.

²⁸ El argumento de mayor peso en la jurisprudencia previa a la Ley 17.727 (D.O. de 27 de septiembre de 1972), consistía en la evitación de la injusticia de dictar sentencia de término ante la inminente entrada en vigencia de una ley penal más favorable (*contra Gutiérrez Quiroz*, SCS 7.IX.1953, Revista de Derecho y Jurisprudencia 50 [1953], pp. 153-159). Siguiendo a Sebastián Soler, Eduardo Novoa Monreal consideraba que ese problema debía resolverse por la vía del indulto (*Novoa* [supra nota 26], p. 192). Desde la introducción del inciso tercero en el artículo 18 Código Penal, que ordena la adecuación de las sentencias ejecutoriadas a las leyes posteriores favorables, el argumento ha perdido su peso. A pesar de ello, en la jurisprudencia posterior a 1972 se ha aplicado como ley más favorable incluso una ley penal derogada durante su vacancia legal, es decir, que nunca tuvo vigencia (la Ley 19.450, D.O. de 18 de marzo de 1996). Al respecto: *Mera* (supra nota 26), pp. 195-2000; *Bascuñán* (supra nota 26), pp. 18-21; *Bascuñán* (supra nota 26), pp. 215-216. Enrique Cury sostiene que el hecho de que “la nueva ley tendrá que ser aplicada tarde o temprano” priva de fundamento a las objeciones a la preactividad previas a la reforma de 1972 (*Cury* [supra nota 22], p. 230). Eso implica invertir los términos de la discusión: la objeción a la tesis de la preactividad no consistía en hacer valer el efecto de cosa juzgada de la sentencia de término, sino la congruencia del sistema en cuanto a la relación entre vigencia y aplicabilidad de las leyes penales.

sistemáticamente por la doctrina chilena²⁹. Como es obvio, mientras más tarde se fije ese momento en la sucesión de instantes discretos abarcados por la ejecución de la acción típica o su equivalente omisivo, más ámbito se reconoce para la aplicación al hecho de una nueva ley con un efecto calificable como activo (y no como retroactivo). La cuestión no constituye una dificultad frecuente para la práctica judicial, porque lo usual es que principio y término de ejecución del hecho punible acaezcan durante la vigencia de la misma ley penal, y porque en el caso excepcional más importante de prolongación extendida de la comisión del hecho punible —el delito permanente— su propia estructura resuelve la pregunta haciendo aplicable la ley posterior al tramo cronológico cubierto por ella. Pero se trata de una pregunta de la mayor importancia teórica, pues la justificación racional de su respuesta exige la coordinación de la teoría de la pena con la teoría de las normas. Como sea, resuelto el problema interpretativo, la

²⁹ Una muestra particularmente expresiva de la confusión que rodea el tratamiento de esta cuestión se encuentra en *Politoff y Matus* (supra nota 22), pp. 265-266. Los autores postulan como momento de la comisión “aquel en que se ejecuta la acción prohibida, o en el que el hechor debía ejecutar la acción prohibida” (el énfasis es del original), en circunstancias que lo que debe precisarse es si atender al principio o al término de la ejecución realizada o esperada; por otra parte, de su tesis que el delito continuado se comete desde el primer acto de la serie hasta su término ellos también deducen que “la ley aplicable es la más favorable de entre las que han estado vigentes durante la realización de la serie”, en circunstancias que el momento del delito determina cuál puede ser considerada como ley vigente, pues la aplicabilidad de la ley más favorable procede incluso con efecto retroactivo. Este error procede de *Novoa* (supra nota 26), p. 201 y ha encontrado acogida en la jurisprudencia de la Corte Suprema: *contra Espinoza y otros*, SCS 14.XI.1957, Revista de Derecho y Jurisprudencia 54 (1957), pp. 499-503; con posterioridad, la Corte Suprema cambió de criterio, aplicando como ley vigente al momento del hecho la que entró en vigencia durante la comisión de un delito continuado, aunque fuera desfavorable en comparación con la ley vigente al inicio de su comisión: *contra Jaramillo Phillips*, SCS 26.VII.1965, Revista de Derecho y Jurisprudencia 62 (1965), pp. 253-315. En dos casos sobre omisión de retorno de divisas provenientes de exportaciones, la Corte Suprema consideró que no tenía efecto retroactivo una regla que ofreció a los autores de omisiones incurridas bajo la legislación anterior un nuevo plazo para el cumplimiento de su obligación, sometiéndolos a nuevas sanciones para el caso de incumplimiento (*contra Rengifo Echeverría*, SCS 10.I.1959, Revista de Derecho y Jurisprudencia 56 [1959], pp. 1-9; *contra Rodríguez Villagrán*, SCS 20.V.1959, Revista de Derecho y Jurisprudencia 56 [1959], pp. 87-90); en cambio, en un caso sobre blanqueo de capitales, la Corte Suprema (SCS 20.V.1998) consideró que había efecto retroactivo prohibido en la aplicación de la norma punitiva a casos en que si bien el aprovechamiento había sido posterior a su entrada en vigencia, la adquisición ilícita del bien se había producido con anterioridad; al respecto, críticamente, *Szczaranski Cerda*, “De tempore delicti”, Gaceta Jurídica 228 (1998), pp. 7-15.

determinación del momento de existencia del hecho punible en cada caso concreto es una cuestión sujeta a prueba.

En cuanto a los criterios de aplicabilidad temporal de la ley penal, el juego de las disposiciones mencionadas al inicio de esta sección permite identificar inequívocamente dos principios del derecho intertemporal penal chileno:

(i) se encuentra prohibida la aplicación de la ley penal con efecto retroactivo, cuando ella es desfavorable al acusado (prohibición de leyes penales *ex post facto* o garantía de *lex praevia* derivada del principio de legalidad); esta prohibición vincula a los órganos encargados de la aplicación de la ley penal y al legislador;

(ii) se encuentra mandada la aplicación de la ley penal con efecto retroactivo, cuando ella es favorable al acusado o incluso al condenado (principio de *lex mitior*); este imperativo vincula indiscutidamente a los órganos encargados de la aplicación de la ley penal, en virtud de lo dispuesto por los incisos segundo y tercero del artículo 18 Código Penal; su carácter vinculante para el legislador es incierto.

Como se puede apreciar, ambos principios responden directamente a la pregunta por la aplicabilidad de la ley vigente al momento del acto de aplicación (aplicación intractiva). Si su aplicación al hecho tiene efecto retroactivo, dependiendo de su carácter desfavorable o favorable está prohibida o mandada. Si su aplicación es imperativa, queda resuelta la cuestión de aplicabilidad *stricto sensu* que determina la formación del sistema jurídico del caso. Pero si su aplicación está prohibida, queda pendiente la cuestión de aplicabilidad *stricto sensu*: ¿absolución por ausencia de ley penal aplicable o aplicación postactiva de la ley penal derogada?

Si es admisible la aplicación postactiva de la ley penal derogada, se abre la pregunta por la aplicación con efecto retroactivo de una ley que es más favorable al acusado que la ley vigente al momento del hecho y que la ley vigente al momento del acto de aplicación, cuya vigencia tuvo inicio después del hecho y tuvo término antes del acto de aplicación.

Además, la cuestión del posible rango jerárquico supralegal del imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable exige tratar

la pregunta de si el legislador puede o no establecer reglas especiales que ordenen la aplicación postactiva de una ley penal desfavorable.

Finalmente, es claro que ninguno de los dos principios mencionados cubre la simulactividad, es decir, el caso rutinario de de la ley penal –caso (4)–, en el cual la aplicación intractiva se hace con efecto activo y no retroactivo.

Estas cuatro cuestiones quedan resueltas cuando se examina el tratamiento de la preeractividad de la ley penal.

III. LA PREERACTIVIDAD DE LA LEY PENAL COMPARATIVAMENTE FAVORABLE

1. La aplicación postactiva con efecto activo (aplicación de la ley penal derogada que se encontraba vigente al momento del hecho):

Como se ha visto, si entre el momento de la perpetración del hecho punible y el momento de la realización del acto judicial de aplicación de la ley penal a ese hecho se ha producido un cambio legal, y si la nueva ley es desfavorable al acusado, el tribunal no la puede aplicar intractivamente. Luego, el tribunal tiene dos opciones: o bien considera que ninguna ley es aplicable al hecho, porque la que estaba vigente al momento de su perpetración se encuentra derogada y la ley que la derogó no puede aplicarse con efecto retroactivo por ser desfavorable, o bien considera que la ley vigente al momento de la perpetración del hecho es aplicable aunque se encuentre derogada.

Afirmar la primera alternativa implica sostener que por regla general el tribunal sólo puede aplicar intractivamente las leyes penales. Esta es una tesis razonable, cuando su consecuencia es la inadmisibilidad de la aplicación preactiva: una ley que no ha entrado en vigencia no ha sido obligatoria para nadie y por lo tanto en principio no puede ser aplicada al hecho como razón justificatoria de la condena o absolución del acusado. Distinto es el caso de la aplicación postactiva: si la ley estaba vigente al momento de la perpetración del hecho, era obligatoria para el acusado, a quien precisamente se imputa su infracción. Aún así, en el derecho comparado se conoce la tesis jurisprudencial denominada “doctrina de la supresión” (“*rule of abatement*”), que sostiene precisamente la inaplicabilidad de la ley penal

derogada, a menos que una regla expresa (“*saving provision*”) disponga lo contrario³⁰. En otras palabras, la doctrina hace de cargo del legislador en cada caso de cambio legislativo de leyes penales la procedencia de la preteractividad de la ley penal.

Desde un punto de vista político-criminal las consecuencias de la doctrina de la supresión son coincidentes con el imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal favorable, cuando el cambio legislativo consiste en la desincriminación del comportamiento que antes era punible. Pero cuando el cambio legislativo ha sido desfavorable para el acusado, las consecuencias de la doctrina de la supresión son absurdas: ella atribuye a un cambio legislativo cuyo propósito consiste en intensificar para el futuro la reacción punitiva el efecto de producir para el pasado la impunidad de los mismos comportamientos punibles. Por esta razón, la legislación federal norteamericana reaccionó en contra de esa doctrina durante el siglo XIX, estableciendo como criterio general de aplicabilidad de la ley penal el imperativo de aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho, aunque se encuentre derogada³¹.

³⁰ Al respecto, con indicación de jurisprudencia y doctrina inglesa y norteamericana, *Bascuñán* (supra nota 15) (UPR 2000), pp. 50-62.

³¹ Federal Congress. Act of February 25, 1871. An Act prescribing the Form of the enacting and resolving Clauses of Acts and Resolutions of Congress, and Rules for the Construction thereof, SEC. 4. *And be it further enacted*, that the repeal of any statute shall not have the effect to release or extinguish any penalty, forfeiture, or liability incurred under such statute, unless the repealing act shall so expressly provide; and such statute shall be treated as still remaining in force for the purpose of sustaining any proper action or prosecution for the enforcement of such penalty, forfeiture, or liability” (citado según 16 Stat. 432, Forty-First Congress, Sess. III, Ch. 71; la disposición se encuentra actualmente en 1 U.S.C. § 109). Obviamente, un imperativo de aplicación preteractiva de la ley penal de carácter general y absoluto, como esta disposición, entra en conflicto con el principio de *lex mitior*. La Corte Suprema federal de los Estados Unidos intentó resolver esta dificultad mediante la distinción entre la derogación de una ley penal que hace procedente la doctrina de la supresión (el cambio legislativo favorable al acusado) y la derogación puramente formal de una ley penal (“*technical abatement*”, el cambio legislativo desfavorable para el acusado) que no hace procedente la doctrina de la supresión. A juicio de la Corte, la *saving provision* federal se restringiría a este segundo caso: *Hamm v. City of Rock Hill*, 379 U.S. 306, 314 (1964). La distinción de la Corte Suprema no se impuso en el nivel federal, pero sí en algunas jurisdicciones estatales, notablemente la del Estado de California: *In re Estrada*, 408 P. 2d 948 (1966), *People v. Rossi*, 555 P. 2d 1313 (1976), remontándose a *Sekt v. Justice's Court of San Rafael TP.*, 159 P. 2d. 17 (1945) y *Sobey vs. Molony*, 104, P. 2d. 868, 870 (1940). Al respecto, *Bascuñán* (supra nota 15) (UPR 2000), pp. 50-62.

El análisis de la situación en el derecho chileno exige distinguir dos etapas: (i) el primer siglo de vigencia del Código Penal y (ii) desde 1975 hasta el presente.

Entre los comentaristas del Código Penal es constatable la consideración de que los incisos primero y segundo del artículo 18 del Código Penal establecen una disyunción fuerte, conforme a la cual es aplicable al hecho punible o bien la ley vigente al momento del hecho o bien la ley posterior más favorable³². Interpretando la jurisprudencia de la Corte Suprema de la primera mitad del siglo XX, Eduardo Novoa Monreal sostuvo la tesis de que el principio general del derecho intemporal penal chileno es la aplicabilidad de la ley vigente al momento del hecho, por lo que en caso de derogación ha de aplicarse la ley penal derogada a menos que la ley posterior sea más favorable³³. La tesis fue mantenida por Alfredo Etcheberry³⁴ y en sus resultados también por Gustavo Labatut³⁵.

³² *Fernández*, Código Penal de la República de Chile Explicado y Concordado (2ª ed., Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1899), pp. 137-140; *Vera*, Código Penal de la República de Chile Comentado (Imprenta de P. Cadot, Santiago, 1883), p. 153. Con todo, la consideración predominante es que el artículo 18 inciso primero Código Penal tiene por principal finalidad prohibir el efecto retroactivo de las leyes penales, en concordancia con la definición de delito del artículo 1º Código Penal: por todos, *Fuensalida*, Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno (Lima, 1883), tomo I, pp. 161-162. De la jurisprudencia de 1875, el año de la entrada en vigencia del Código Penal, son particularmente ilustrativos los casos *contra Pedro Hernández* (SCA La Serena, 11.III.1875, Gaceta de Tribunales 1875 [1876], pp. 136-137), en que el voto de mayoría aplica la pena del delito de allanamiento de morada como ley posterior más favorable y el voto disidente —“acuerdo”— considera aplicable la pena arbitraria por el delito de injurias conforme a las leyes 6ª, 20 y 21, título 9º, partida 7ª; *contra José Baeza* (SCA La Serena, III.1875, Gaceta de Tribunales-1875 [1876], pp. 158-159), en que se aplica la ley de 7 de agosto de 1849, sobre hurtos y robos, por ser menos rigurosa que el Código Penal, y *contra Juan Tobar* (SCS, 16.VI.1875, Gaceta de Tribunales-1875 [1876], pp. 565-566), en que se confirma la aplicación de la misma ley.

³³ *Novoa* (supra nota 26), p. 192, calificando la aplicación de la ley penal derogada como “ultractividad”. Las sentencias a las que se refiere Novoa son *contra Galaz Parraguez* (SCS 5.IX.1936, Gaceta de los Tribunales [1936], pp. 330-332) y *contra López López* (SCS 1.VIII.1939, Gaceta de los Tribunales [1939], pp. 359-360). La primera resuelve un caso de preteractividad de la ley vigente al momento por cambio posterior desfavorable; la segunda, un caso de ley intermedia.

³⁴ *Etcheberry Orthustegui*, Derecho Penal-Parte General (Carlos E. Gibbs A. Editor, Santiago, 1965), tomo I, p. 122.

³⁵ *Labatut* (supra nota 22), pp. 96-97, calificando al principio general de aplicación de la ley vigente al momento del hecho como “irretroactividad” y a la ultractividad como “excepción”

La doctrina del primer siglo de vigencia del Código Penal se encuentra afirmada con admirable nitidez en una sentencia de 1983 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso *Benquis Tarragán*³⁶, que rechaza un recurso de amparo. El recurrente, procesado como autor del delito de quiebra fraudulenta bajo la Ley 4.558 (D.O. 4 de febrero de 1929) sostuvo que la derogación de dicha ley por la Ley 18.175 (D.O. 28 de octubre de 1982) había acarreado la ilegalidad de su procesamiento. Frente a ese argumento, la Corte observó que la Ley 18.175 no era aplicable retroactivamente al caso, por ser ley desfavorable, y que a pesar del cambio legislativo no se había producido vacío alguno de punibilidad respecto del comportamiento imputado al procesado. De estas premisas la Corte dedujo que le era aplicable la Ley 4.558 sin que tal conclusión se vea alterada por la circunstancia de haberse derogado posteriormente la referida Ley 4.558, circunstancia irrelevante para propósitos del recurso.³⁷

Recurrida de apelación, la sentencia de la Corte de Santiago fue confirmada sin consideraciones por la Corte Suprema³⁸. Si este tribunal hubiera mantenido esa tesis, la preteractividad de la ley penal no sería problemática para la doctrina ni la jurisprudencia. Pero la decisión de la Corte de Santiago tenía una debilidad: no enunciaba una regla o principio que justificara la aplicación de la ley derogada. Como es obvio, su aplicación no se deduce de la irretroactividad de la ley posterior desfavorable ni de la ausencia de ley posterior favorable. Esa debilidad hizo posible el surgimiento de otra jurisprudencia en la Corte Suprema.

En 1987, en el caso *contra Pazo de Armas*³⁹, la Corte Suprema dictó una sentencia que contiene un razonamiento idéntico a la doctrina de la supresión.

Continuación nota ³⁵

a ese principio. En las memorias de grado de Marcelo Cibié Paolinelli (*Cibié*, Efectos de la ley penal en el tiempo [Ed. Universitaria, Santiago, 1954], pp. 35 ss.) y (*Trejos Martínez*, Validez temporal de la ley penal y sus efectos [Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1984], pp. 80 ss.) la "ultractividad" considerada problemática corresponde exclusivamente a la preteractividad de las leyes temporales, esto es, leyes comparativamente desfavorables.

³⁶ SCA Santiago, 28.X.1983, Fallos del Mes 300 (1983), pp. 677-678. La sentencia está firmada por los ministros Marcos Libedinsky y Carlos Cerda, y el abogado integrante Jorge Varela.

³⁷ SCA Santiago 28.X.1983, considerando 3º, p. 678.

³⁸ SCS 7.XI.1983, Fallos del Mes 300 (1983), p. 677.

³⁹ SCS 13.VIII.1987, Fallos del Mes 345 (1987), pp. 530-532.

Al momento del acaecimiento de los hechos -1983-, se encontraba vigente la Ley 15.231 (texto refundido, coordinado y sistematizado conforme al D.S. 307, del Ministerio de Justicia, D.O. 23 de mayo de 1978) cuyo artículo 46 sancionaba el comportamiento del acusado. El 1º de enero de 1985 entraron en vigencia las Leyes 18.287 (D.O. 7 de febrero de 1984) y 18.290 (D.O. 7 de febrero de 1984); la primera derogó la Ley 15.231 y la segunda contempló en su artículo 220 una norma punitiva semejante al artículo 46 de la Ley 15.321. La sentencia de primera instancia, de 15 de enero de 1985, absolvió; la sentencia de segunda instancia, de 8 de agosto de 1986, confirmó la absolución. La Corte rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco como querellante, sosteniendo que la Ley 15.231 ya no podía ser aplicada por encontrarse derogada (considerandos 5º, 7º y 8º) y que la Ley 18.287 tampoco podía aplicarse retroactivamente (considerandos 6º y 8º). La Corte basó su primera afirmación en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal y su segunda afirmación en el inciso primero. Esto demuestra la incorrección de sus premisas: el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal sólo impide la aplicación de la ley derogada cuando es aplicable la ley posterior como ley más favorable y la conjunción del inciso primero con el segundo prohíben la aplicación retroactiva sólo cuando la nueva ley es desfavorable. En rigor, la Corte resolvió el caso como si sólo se hubiera dictado la Ley 18.287, es decir, como si la derogación de la Ley 15.231 hubiera generado una regulación en la que el comportamiento antes punible bajo el artículo 46 de la Ley 15.231 quedara desincriminado. En otras palabras, decidió el caso en los mismos términos con que la doctrina de la supresión interpreta los efectos de la derogación de las leyes penales.

Esta tesis no se impuso en la jurisprudencia posterior. La tesis que ha dominado la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1991 -y que se encuentra en germen en un *dictum* de *contra Pazo de Armas* (considerando 7º)- proviene de la obra de Luis Cousiño MacIver. En 1975, Cousiño introdujo una variación en las consideraciones acerca de la admisibilidad de la aplicación de la ley penal derogada, relativizándola. Conviene reproducir el pasaje en cuestión:

"Se dice que la ley es ULTRACTIVA cuando sigue rigiendo, no obstante su formal derogación, para el juzgamiento de hechos acaecidos durante su vigencia. Es una actividad posterior a la extinción y perecimiento de la ley, que contraría,

en principio, el aserto de ellas rigen desde su promulgación y vigencia hasta su derogación, pero que se conforma con la máxima *tempus regit actum*.

No obstante, la verdad es que la ultractividad de la ley en casos particulares, implica la afirmación de que la derogación no siempre es absoluta y total, cualesquiera sean los términos que se empleen, pues lleva la *conditio* de su subsistencia para regir estos casos. En efecto, esta solución es el corolario de la irretroactividad de la ley posterior y lo dispuesto en el art. 11 de la Constitución Política, ya que por imperio ineludible de este precepto, el delincuente debe ser juzgado conforme a la ley derogada.

Aunque podría pensarse, a primera vista, que los principios de la IRRETROACTIVIDAD y de la ULTRACTIVIDAD son idénticos y que ambos se confunden, la verdad es que ello sólo es cierto en un caso de irretroactividad (vid. § 32.3°)⁴⁰, pero no así en el otro (vid. § 32.1°)⁴¹. En efecto, es necesario distinguir entre dos hipótesis diversas: 1° si el hecho es punible para ambas leyes —la anterior y la nueva— es cierto que junto con declararse la no reactividad de la segunda (más gravosa), se declara la ultractividad de la primera; 2° si el hecho es configurado como delito únicamente en la ley actual, es evidente que su irretroactividad no significa la ultractividad de ninguna ley, pues ella no existe.

Como consecuencia de lo anterior, no obstante su semejanza y aplicación paralela en muchos casos, los principios de la irretroactividad y de la ultractividad son conceptos diversos, que se encuentran en planos no siempre coincidentes⁴².

Como salta a la vista, en el primer párrafo transcrito Cousiño constata que la aplicabilidad de la ley se sujeta a un principio —*tempus regit actum*: la ley aplicable es la ley vigente al momento del acto⁴³— distinto del que gobierna

⁴⁰ “3° la nueva ley castiga con mayor severidad un delito existente” (Cousiño [supra nota 22], p. 116).

⁴¹ “1° la nueva ley crea un delito que anteriormente no se encontraba contemplado como hecho punible” (Cousiño [supra nota 22], p. 115).

⁴² Cousiño (supra nota 22), pp. 118-119.

⁴³ El aforismo latino corresponde a un principio del derecho intertemporal privado: la forma de los actos jurídicos debe regularse según la ley vigente en la época en que se verificó el acto; el equivalente en el derecho internacional privado es el principio *locus regit actum*, esto es, que la forma de los actos se rige por la ley del lugar de su realización (Savigny, Sistema de Derecho Romano Actual Libro III, cap. ii, § cccclxxxviii [F. Góngora y Compañía, Madrid, 1879], tomo IX, p. 366).

pertenencia de la ley al sistema jurídico institucional, la cual termina con su derogación. Debido a su falta de diferenciación entre la validez como pertenencia al sistema jurídico institucional y la validez como aplicabilidad o pertenencia al sistema jurídico del caso, Cousiño entiende esa diferencia como una contradicción. En el segundo párrafo transcrito Cousiño intenta explicar esa contradicción, ahora calificada como aparente, mediante la consideración de que las normas derogatorias implican una excepción parcial a los efectos de la derogación, ordenando la subsistencia de la ley derogada para los casos acaecidos con anterioridad a su derogación. Esto, por supuesto, es incorrecto. Los criterios generales de aplicabilidad temporal de la ley existen en el sistema jurídico con independencia de las normas derogatorias. Ciertamente, una ley puede contemplar reglas especiales de aplicabilidad junto con las normas derogatorias, pero son reglas distintas e independientes entre sí. Además, es obvio que la pretractividad de la ley derogada no es un “corolario” de la prohibición de aplicación con efecto retroactivo de la ley posterior⁴⁴. Advirtiendo que su explicación resulta implausible, Cousiño intenta salvarla en el tercer párrafo mediante una distinción, con la cual restringe el ámbito de aplicación de su idea de *conditio* implicada por la norma derogatoria al caso en que la ley posterior conserva la punibilidad que establecía la ley anterior.

De más está decirlo, la conclusión que Cousiño deriva de su distinción es por completo improcedente. Lo que en su ejemplo hace que el hecho siga siendo impune bajo la ley posterior que sí lo sanciona es precisamente la aplicabilidad de la ley vigente al momento del hecho, que no lo sancionaba. No es que la ley vigente al momento del hecho ya “no exista”: lo que no existe es una norma punitiva pertinente en el sistema jurídico del caso, el cual corresponde a la ley vigente al momento del hecho.

⁴⁴ Es un complemento que se requiere para evitar que la derogación de la ley anterior por una desfavorable produzca como efecto una laguna de punibilidad que sería absurda. Ciertamente, conforme a la doctrina de Novoa Monreal, puede decirse que una misma disposición legal chilena —el artículo 18 inciso primero del Código Penal— establece ambos principios: (a) la irretroactividad de la ley posterior al momento del hecho, y (b) la pretractividad de la ley vigente al momento del hecho. Pero (b) no es una consecuencia lógica de (a), sino que ambos son consecuencias lógicas del imperativo de aplicación de la ley vigente al momento del hecho. Como sea, en ningún caso puede afirmarse que el artículo 11 de la Constitución Política de 1925 estableciera la pretractividad de la ley vigente al momento del hecho.

A pesar de todos sus defectos, la tesis de Cousiño ha tenido eco en la doctrina y la jurisprudencia posteriores en lo que se refiere a dos de sus afirmaciones: (i) que la "supervivencia" de la ley derogada se basa en la ley posterior, y (ii) que esa supervivencia supone como condición que exista continuidad entre la ley derogada y la ley posterior en lo que se refiere a la configuración del supuesto de hecho. Esta especie de "ultractividad" sería una excepción a la derogación formal de la norma, justificada por su perduración material. En 1991, en el caso *Errázuriz Talavera y otros*⁴⁵ la Corte Suprema acogió un recurso de apelación interpuesto en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó para la mayor parte de los recurrentes el amparo que había sido interpuesto contra una resolución que sometió a proceso a varios ejecutivos de un banco bajo el antiguo procedimiento penal, dejando sin efecto ese procesamiento. El tribunal de instancia había procesado aplicando la ley vigente al momento de los hechos, que ya se encontraba derogada y sustituida por una nueva ley que también regulaba los hechos. En su sentencia, la Corte Suprema plantea el problema jurídico del caso en los siguientes términos:

"[S]i esa situación [i.e., la aplicación de la ley derogada al momento del procesamiento] fuera jurídicamente posible se trataría de un caso de ultra actividad o sobrevivencia de una ley derogada, como se la denomina en la doctrina penal, y tendría que surgir como consecuencia de que las nuevas disposiciones de la ley derogatoria contemplaran o regulan similares o idénticas conductas que la ley regulada"⁴⁶.

La Corte no cita su fuente doctrinal, pero tanto la terminología empleada como la formulación de la doctrina coinciden con la obra de Cousiño. Aplicando esta doctrina al caso, la Corte constata algunas diferencias entre la ley vigente al momento del hecho y la ley vigente al momento de la sentencia, y en base a esa constatación concluye que la ley vigente al momento del hecho no es aplicable al caso⁴⁷. En cuanto a la aplicabilidad de ley vigente

⁴⁵ SCS 17.VI.1991, Fallos del Mes 391 (1991), pp. 219-223.

⁴⁶ SCS 17.VI.1991, considerando 8º, Fallos del Mes 391 (1991), p. 220. En el caso, la ley derogatoria —la ley que contenía la norma derogatoria de la ley anterior— era también la ley posterior —la ley vigente al momento del acto judicial de aplicación—: la Ley 18.840, Orgánica del Banco Central (D.O. de 19 de abril de 1990).

⁴⁷ SCS 17.VI.1991, considerandos 5º y 7º a 9º.

al momento de la resolución, la Corte no se pronuncia, presumiblemente por considerar que es obvia la inadmisibilidad de su aplicación con efecto retroactivo. En ausencia de ley aplicable, la Corte revoca la resolución que sometió a proceso a los imputados.

La decisión de la Corte Suprema es susceptible de crítica bajo sus propios presupuestos. Aunque la Corte identifica varias diferencias entre las dos leyes, del contexto se deduce que la razón más importante como premisa de su decisión es que el supuesto de hecho de la nueva norma punitiva era más extenso que el supuesto de la norma punitiva derogada. Esa diferencia es sin embargo irrelevante a la luz de la propia doctrina de Cousiño y la Corte Suprema. Si el ámbito de comportamientos cubierto por el sentido de los términos legales posteriores abarca el ámbito cubierto por el sentido de los términos legales anteriores en todo lo que es pertinente para el caso, la norma punitiva derogada "subsiste" y sigue siendo aplicable al caso, por lo menos en su condición de norma de comportamiento. El nivel de referencia de la doctrina no son las disposiciones fijadas en los textos legales (el nivel formal, derogado) sino su sentido y alcance, esto es, las normas correlativas (el nivel material, subsistente)⁴⁸.

Las sentencias de la Corte Suprema de 1987 y 1991 tienen en común que ambas absuelven por falta de ley aplicable al caso. Como es evidente, esa solución es incompatible con la tesis de la disyunción fuerte sostenida por la doctrina durante el primer siglo de vigencia del Código Penal. En *contra Pazo de Armas*, la decisión del caso es lógicamente consistente con las premisas de la Corte Suprema: en ese caso, son las premisas las incorrectas. En *Errázuriz Talavera y otro*, en cambio, la decisión del caso es

⁴⁸ Así, *Bascuñán* (supra nota 15) (1999), p. 13; *Bascuñán* (supra nota 16) (2005), p. 365; conformes, *Polihoff y Matus y Ramírez* (supra nota 15), p. 127, *Cousó* (supra nota 22), p. 431. No advierte este problema Jean Pierre Matus, quien considera además que esta sentencia es equivalente a la sentencia de la Corte Suprema en *contra Pazo de Armas* (*Matus Acuña*, La ley penal y su interpretación [Ed. Jurídica Congreso, Santiago, 1994], p. 64; reiteran esta consideración *Polihoff y Matus* [supra nota 22], p. 269). Como arriba se observó, en el considerando 7º de *contra Pazo de Armas* se formula una comparación entre el artículo 46 de la Ley 15.231 y el artículo 220 de la Ley 18.290; pero en el contexto de esa sentencia se trata de un mero *dictum*: la *ratio* de su decisión es la tesis de que la derogación de una ley implica su inaplicabilidad postactiva. Esa tesis es incompatible con la *ratio* de la decisión de la Corte Suprema en *Errázuriz Talavera y otros*.

falaz. Pues de la doctrina de Cousiño y de las premisas de la Corte Suprema no se deduce la falta de ley aplicable⁴⁹.

En casos resueltos durante la primera década del siglo XXI la jurisprudencia de la Corte Suprema ha afirmado la preteractividad de la ley penal derogada, aplicando la doctrina de Cousiño y *Errázuriz y otros*⁵⁰. En la línea jurisprudencial originada por la reforma de la Ordenanza de Aduanas efectuada por la Ley 19.738 (D.O. de 19 de junio de 2001), la Corte ha considerado que pese a las modificaciones introducidas en el nivel de las disposiciones legales existe continuidad en el nivel de las normas correlativas, por lo que la aplicación preteractiva de la ley derogada se encuentra asegurada, a menos que las normas de la Ley 19.738 resulten más favorables⁵¹. Lo mismo cabe decir de una sentencia relativa a distintos delitos

⁴⁹ En *Bascuñán* (supra nota 15) (1999), p. 13 se sostiene que el resultado al que arriba la Corte Suprema en el caso en cuestión es un resultado posible bajo la doctrina de la preteractividad. Eso requiere una precisión: la absolución (revocación del procesamiento) es una conclusión posible bajo el artículo 18 Código Penal; justificar esa conclusión por la ausencia de ley aplicable es sin embargo imposible bajo dicho precepto.

⁵⁰ La doctrina de *Errázuriz y otros* ha tenido una progenie distinta, no menos equivocada. En la línea jurisprudencial surgida a raíz de la introducción del delito de microtráfico por el artículo 4º de la Ley 20.000 (D.O. de 16 de febrero de 2005) se ha sostenido que es ahora la aplicación retroactiva de la ley más favorable lo que requiere identidad del hecho punible en la ley anterior y posterior (*contra Valenzuela Grandón*, SCS 18.XI.2008; *contra Yáñez Vargas*, SCS 17.XII.2009; *contra Vásallo Schanni*, SCS 16.VIII.2010). El error de la Corte consiste en comparar la legislación anterior y posterior al margen de la consideración del caso. Lo que el tribunal debe comparar es el sistema jurídico del caso que corresponde a un sistema jurídico institucional momentáneo (Ley 19.366) y el que corresponde al otro (Ley 20.000): esa comparación exige la subsunción conjetural de los hechos del caso bajo uno y otro sistema jurídico. Si bajo la Ley 20.000 los hechos son subsumibles en su artículo 4º, entonces ella es ley aplicable con efecto retroactivo por ser más favorable, y la especulación de sus posibles relaciones sistemático-comparativas con la Ley 19.366 está de más. Conforme en la crítica a la jurisprudencia, *Couso* (supra nota 22), pp. 431-433.

⁵¹ La primera decisión de esta línea jurisprudencial es *contra Schalchli Melo*, SCS 11.XI.2002. El voto de mayoría sigue el planteamiento de *Horvitz Lennon*, "Problemas de aplicación de ley penal en el tiempo del delito aduanero", *Revista de Derecho* (del Consejo de Defensa del Estado) 6 (abril de 2002), pp. 103-110, conforme al cual "es posible comprobar una identidad material entre la conducta típica del antiguo fraude aduanero y el ahora contenido en el delito de contrabando impropio" (loc. cit.). Parcialmente en el modo con que es planteada por Horvitz y totalmente en el modo con que es planteada por el voto de mayoría de la Corte, la tesis elude la dificultad que surge de la derogación de la disposición que tipificaba el fraude aduanero. Ambos llegan incluso al punto de desconocer que la eliminación del supuesto de hecho referido al fraude aduanero fue deliberada, y que se basó en objeciones derivadas del

de significación sexual, en razón de las modificaciones desfavorables introducidas por la Ley 19.617 (D.O. de 12 de julio de 1998)⁵², así como por las leyes 19.846 (D.O. de 4 de enero de 2003) y 19.927 (D.O. de 14 de marzo de 2004)⁵³.

Continuación nota ⁵¹

principio de legalidad. En particular, la afirmación de la Corte, en el sentido de que la Ley 19.738 "refunde en un solo delito lo que antes eran los de fraude y contrabando" (considerando 4º) es sencillamente falsa, pues como lo reconoce Horvitz, no todo comportamiento anteriormente calificable de fraude aduanero resulta posteriormente calificable de contrabando. Luego, la cuestión no puede darse por resuelta en abstracto. Tal como lo demuestra el extenso voto de prevención de esta sentencia, la Ley 19.738 puede tener o no un efecto desincriminatorio, para cuya constatación se requiere un examen riguroso de los hechos en cada caso concreto a fin de determinar si son o no subsumibles bajo la norma que tipifica el nuevo delito de contrabando impropio (considerandos 11º a 17º). Conformes con la tesis del voto de prevención: *Horvitz Lennon*, "Problemas de aplicación en el tiempo en los delitos aduaneros", *Revista de Estudios de la Justicia* 3 (2003), pp. 119-130; *Bascuñán Rodríguez*, "Fraude Aduanero", *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005), pp. 680-685; *Rodríguez Collao y Ossandón Widow*, *Delitos Aduaneros* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010), pp. 63-64. El voto de mayoría ha perdurado sin embargo en la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema, transcrito literalmente: *contra Ortega Merino*, SCS 18.V.2004; *contra Muñoz Alfaro*, SCS 31.VIII.2004; *contra Labarca Abarca y otro*, SCS 2.IX.2004; *contra King Vilensky*, SCS 8.X.2008. Como nota histórica, cabe señalar que la conclusión errónea de la Corte Suprema en *Errázuriz y otros* tuvo un eco en el voto disidente de las sentencias *contra Schalchli Melo* y *contra Ortega Merino* que estuvo por absolver en razón de que el elemento subjetivo requerido por la norma que tipificaba el fraude aduanero era más estricto que el simple dolo requerido por el nuevo delito de contrabando impropio; esa diferencia demostraría el incumplimiento del requisito de que "el tipo antiguo y actual sean similares, análogos o coincidentes" (considerando 6º, citando *Errázuriz y otros*).

⁵² *Contra Spiniak Vilensky y otros*, SCS 2.VIII.2008, comparando la regulación del favorecimiento de prostitución de menores establecida por la Ley 19.617 en el artículo 368 del Código Penal con la regulación del mismo delito establecida por la Ley 19.927, concluyendo que "siendo punible la conducta comprobada a la fecha de los acontecimientos como, asimismo, hoy día, en su actual redacción, habrá de determinarse cuál legislación resulta más beneficiosa", y aplicando la primera, en su calidad de ley vigente al momento del hecho, por resultar menos gravosa en lo concerniente a la pena pecuniaria (considerando 25º).

⁵³ *Contra Spiniak Vilensky y otros*, SCS 2.VIII.2008, comparando la regulación de la interacción de significación sexual con ocasión de la producción de material pornográfico con menores edad establecida por la Ley 19.617 en el artículo 366 quater del Código Penal con la regulación de la producción de material pornográfico con menores de edad establecida por la Ley 19.846 y por la Ley 19.927, concluyendo que las nuevas leyes "no importan de manera alguna que las conductas regidas conforme a la regulación antigua hayan sido derogadas por la ley sobre pornografía infantil y que los procesos que se sustancian con anterioridad a la publicación de ésta a partir de esa fecha no se puedan sancionar" (considerando 32º). La conclusión de la Corte requiere una traducción para ser aceptable, pues como es evidente los comportamientos nunca son objeto de derogación. La mejor versión de esa confusa redacción consiste en que la Corte

En cuanto a la doctrina, la tesis de Cousiño y la jurisprudencia de la Corte Suprema es recogida de modo particularmente visible por Sergio Politoff y Jean Pierre Matus en su comentario al artículo 18 Código Penal. Conviene reproducir el pasaje respectivo:

*"[N]o constituye excepción al principio de retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal, que continúa rigiendo materialmente. Esto puede ocurrir por expresa disposición legal (p. ej., art. 59 Ley 19.366, que deroga la Ley 18.403, pero mantiene su vigencia "para la sanción de los delitos en ella contemplados), o porque, materialmente, el hecho punible mantenga su carácter de tal en otra norma distinta a la derogada. Este es el caso de la derogación de una figura especial, ya contenida en una norma general que no ha sido derogada (p. ej. parricidio en relación con homicidio: derogado el primero subsiste la punibilidad por el segundo), o de la derogación formal de una norma penal, mediante una ley que contiene entre sus disposiciones otra norma que sanciona el mismo hecho punible que ha sido aparentemente dejado sin sanción. En este último caso, para dar valor ultractivo a esta clase de normas las SSCS 13.08.1987 y 17.06.1991 exigen que la disposición nueva y derogada sean 'enteramente semejantes o idénticas' (cfr. Matus (1994:62s.). En todos estos casos, la ultractividad de una ley penal no afecta la aplicación del art. 18 CP, por lo que siempre ha de estarse a la ley más favorable al procesado al momento de su juzgamiento"*⁵⁴.

El contexto al que pertenece el párrafo transcrito está dado por la idea de Politoff y Matus de que el artículo 18 del Código Penal establecería una regla general (irretroactividad), una excepción (retroactividad favorable) y una contraexcepción (ultractividad). Pero la preteractividad de la ley favorable no puede ser considerada una excepción a la retroactividad de la ley favorable. Ellos resuelven el problema tratando dentro de su contraexcepción un caso que no lo es. De allí el comienzo del párrafo transcrito.

En la descripción de la preteractividad como una derogación aparente de una disposición penal que continúa rigiendo materialmente se encuentra recogida la idea de Cousiño, con todo su déficit analítico. En contra de las

Continuación nota⁵³

constata que ninguna de las leyes posteriores al hecho contemplan presupuestos de punibilidad más exigentes que la ley vigente al momento del hecho que sean relevantes para el juicio de tipicidad, y que por esa razón no son más favorables a los acusados.

⁵⁴ Politoff y Matus (supra nota 22), pp. 268-269, los destacados son del original.

consideraciones de Politoff y Matus debe observarse que toda derogación expresa es, por definición, formal: ella opera en el nivel de referencia de las disposiciones legales, es decir, de las formulaciones de normas fijadas en textos dotados de autoridad. El efecto material de la derogación expresa es siempre el mismo: la cancelación de la pertenencia de la disposición al sistema jurídico institucional implica la inaplicabilidad de la norma a los casos acaecidos con posterioridad a su término de vigencia. Este efecto se produce sin restricciones en todos los casos de derogación de una ley penal. La derogación expresa de las leyes penales no reviste particularidad alguna. El hecho de que la ley penal derogada pueda seguir siendo aplicable a casos acaecidos antes de su derogación no es una excepción a los efectos de la derogación expresa, que los restrinja, sino una consecuencia de los criterios de aplicabilidad que forman el derecho intertemporal penal. Ninguna derogación expresa se vuelve aparente por esa razón⁵⁵.

La contraposición que hacen Politoff y Matus entre preteractividad fundada en una regla especial y preteractividad fundada en la perduración material de la punibilidad en una disposición no derogada, como modos disyuntivos de justificación de la aplicación de la ley derogada, es incorrecta. Conforme a su propia doctrina, para que la regla especial no constituya una excepción al imperativo de aplicación retroactiva de la ley más favorable debè darse esa perduración material de la punibilidad. Luego, no son modos disyuntivos de justificación de la preteractividad: lo esencial es la perduración material y la regla especial es redundante.

⁵⁵ La idea de que la justificación de la preteractividad de la ley penal exige relativizar los efectos de la derogación es explicable en un contexto como el de la doctrina de la supresión (*rule of abatement*), que precisamente atribuye a la derogación el efecto de hacer inaplicable la ley derogada, aún a casos acaecidos con anterioridad a su derogación. Esa relativización es la función que cumple la noción de "supresión técnica" (*technical abatement*) elaborada por la Corte Suprema federal norteamericana (supra nota 31). De hecho, la definición de la preteractividad por Politoff y Matus coincide casi literalmente con esa noción. Pero es el caso que en el derecho chileno no existe un equivalente a la doctrina de la supresión, ni en el Código Penal, ni en la Constitución Política, ni en la jurisprudencia —salvo por *contra Pazo de Armas*—, ni en la doctrina. Lo único que explica la idea de Cousiño, Politoff y Matus es una asunción tácita de la inadmisibilidad de la aplicación de una ley derogada como efecto de su derogación, o sea, el error de la Corte Suprema en *contra Pazo de Armas*. El uso del término "ultractividad" para referirse indistintamente a la aplicación postactiva con efecto ultractivo y a la aplicación postactiva con efecto activo o retroactivo es expresivo de esa asunción. Pero, cómo se ha visto, ésa es una asunción injustificada a la luz del derecho intertemporal penal chileno.

La contraposición que hacen Politoff y Matus entre las dos hipótesis de perduración material de la punibilidad –derogación de figura especial, sustitución de una ley por otra– es irrelevante. Que la modificación legal consista en eliminar algunas disposiciones de un cuerpo normativo que subsiste o reemplazar un cuerpo normativo por otro carece de importancia para el derecho intertemporal penal. Que en el ejemplo de Politoff y Matus (derogación de la norma que sanciona el parricidio) sea aplicable la *lex generalis* no derogada se debe a que esa es la norma más favorable. Si, en cambio, fuera derogada la norma que sanciona el infanticidio, ella seguiría siendo aplicable a los casos acaecidos bajo su vigencia en su calidad de *lex specialis* más favorable.

Finalmente, la vinculación de la doctrina de Cousiño a la jurisprudencia de la Corte Suprema en *Errázuriz Talavera y otros* constituye un retroceso a la posición originaria de Jean Pierre Matus, acrítica de esa jurisprudencia⁵⁶. Eso es inconsistente con la posición más crítica que adoptan ambos autores en sus *Lecciones de Derecho Penal*⁵⁷.

Todo lo dicho demuestra cuan inciertas son las bases sobre las que reposa la doctrina de la continuidad material como fundamento de la preteractividad. Para eliminar esa incertidumbre y justificar concluyentemente la preteractividad de la ley penal es indispensable formular el criterio que la autoriza u ordena y demostrar que ese criterio pertenece al derecho chileno. En otras palabras, se debe superar la confusión de Cousiño y volver a la doctrina de Novoa Monreal.

Conforme a esta doctrina, el fundamento de la preteractividad de la ley penal vigente al momento de la perpetración del hecho punible es institucional. Él se encuentra en la disposición legal que enuncia el principio general del derecho intertemporal penal chileno. Cuando el artículo 18 Código Penal dispone que “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración” establece dos reglas: (i) que la ley aplicable al hecho punible es la que se

⁵⁶ Supra nota 48. Obsérvese que el retroceso incluye la errada equivalencia entre *Errázuriz y otros* con *contra Pazo de Armas*.

⁵⁷ Supra nota 48.

encontraba vigente (= “promulgada”) al momento de su perpetración⁵⁸ y (ii) que la ley cuya vigencia se inicia con posterioridad a la perpetración del hecho punible no le es aplicable. Es decir, no sólo establece la prohibición de aplicación de la ley penal con efecto retroactivo, sino que también establece el imperativo de aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho, es decir, de toda aplicación de la ley penal con efecto activo, ya sea intractiva o postactivamente. Este imperativo cubre por lo tanto el caso de la simulatividad de la ley penal y el caso de la preteractividad de la ley penal que consiste en la aplicación postactiva con efecto activo⁵⁹.

Así identificado el fundamento de la preteractividad de la ley penal vigente al momento del hecho, queda completamente esclarecida la función que desempeña la doctrina de Cousiño de la correspondencia material entre la ley penal derogada y la ley penal vigente al momento del acto judicial de aplicación. No se trata de una condición positiva necesaria de la preteractividad de la ley derogada, sino de una condición negativa suficiente para la aplicación retroactiva de la nueva ley, por ser más favorable al acusado. En otras palabras, lo que produce efectos jurídicos no es la correspondencia sino la falta de correspondencia: ella implica despenalización o reducción de la intensidad punitiva en la ley vigente al momento del acto de aplicación. Por eso, la consecuencia no es simplemente la inaplicabilidad de la ley derogada sino la aplicabilidad de la nueva ley: absolución si despenaliza, tratamiento atenuado si reduce la intensidad punitiva⁶⁰.

La consideración no es trivial o redundante, porque el imperativo de aplicación preteractiva de la ley penal vigente al momento del hecho puede entrar en conflicto con el imperativo de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Lo que la doctrina de Cousiño enuncia es que en

⁵⁸ Literalmente, el texto legal sólo exige que la ley se encuentre promulgada con anterioridad a la perpetración del delito. Pero es obvio que debe tratarse de una ley promulgada y no derogada con anterioridad a la perpetración del hecho. De lo contrario, en virtud de los efectos de la derogación expresa esa ley sería inaplicable al hecho acaecido con posterioridad a su derogación.

⁵⁹ Así, *Bascuñán* (supra nota 15) (1999), p. 12; *Bascuñán* (supra nota 16) (2005), pp. 364-366; así también, el voto de prevención en *contra Schalchli Melo* (supra nota 51), considerando 1°.

⁶⁰ Así, *Bascuñán* (supra nota 15) (1999), p. 13; *Bascuñán* (supra nota 16) (2005), p. 366; *Couso* (supra nota 22), pp. 442-443.

caso de conflicto el imperativo que prevalece es el que ordena la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. En tanto la interpretación de las relaciones sistemáticas entre el inciso primero y el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, la doctrina es inobjetable. Precisamente la función del inciso segundo es hacer una excepción a las dos reglas del inciso primero: el inciso segundo identifica un caso en que la aplicación retroactiva de la ley penal no sólo es admisible (excepción a la prohibición de retroactividad) sino obligatoria (excepción al imperativo de preteractividad); ése es el caso de la ley penal más favorable.

Lo expuesto conduce a reformular los criterios de aplicabilidad del derecho intertemporal penal chileno consagrados en el artículo 18 del Código Penal. Conforme a la interpretación que aquí se defiende esos criterios consisten en tres reglas de primer nivel –(i), (ii), (iii)– y una regla de segundo nivel –(iv)– consistente en un criterio de solución de una antinomia entre criterios de aplicabilidad temporal. El sistema se enuncia así:

(i) se encuentra mandada la aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho, ya sea que ella se encuentre vigente o derogada al momento del acto de su aplicación;

(ii) se encuentra prohibida la aplicación de la ley penal con efecto retroactivo, cuando ella es desfavorable al acusado;

(iii) se encuentra mandada la aplicación de la ley penal con efecto retroactivo, cuando ella es favorable al acusado o incluso al condenado;

(iv) en caso de conflicto entre el imperativo (i) y el imperativo (iii), prevalece el imperativo (iii).

Es importante advertir que pese a que el artículo 19 N° 3-viii de la Constitución Política reproduce el artículo 18 inciso primero del Código Penal, la regla (i) no debe entenderse incorporada en la norma constitucional, y por lo tanto sólo tiene rango legal en el sistema jurídico chileno. La razón de ello es que el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política consagra un derecho o garantía individual, que como mínimo debe corresponder a un presunto interés o expectativa de las personas. Pero nadie tiene un interés o expectativa en ser condenado en virtud de la aplicación de la ley penal vigente al momento de la perpetración de un hecho; la expectativa o interés de las personas consiste en *no* ser condenado en virtud de una ley

que no estaba vigente al momento del hecho. Por esta razón, el derecho o garantía constitucional debe entenderse como referido exclusivamente a la prohibición de aplicación de una ley penal *ex post facto*. Esa es, por lo demás, la norma que corresponde a la tradición constitucional: la prohibición de la retroactividad de la ley penal⁶¹.

Finalmente, la interpretación del artículo 18 del Código Penal que se ofrece demuestra la corrección de la tesis de la disyunción fuerte, mantenida por la jurisprudencia y la doctrina del primer siglo de vigencia del Código Penal. Bajo el artículo 18 del Código Penal, en un caso de sucesión simple de leyes penales, sólo hay dos alternativas para el tribunal: aplicación de la ley vigente al momento del hecho o aplicación de la ley vigente al momento de la sentencia. Por eso la decisión de la Corte Suprema en *contra Pazo de Armas* es incompatible con el Código Penal. Por eso, también, la decisión de la Corte Suprema en *Errázuriz y otros* es incompatible con sus premisas, si es que ellas corresponden al Código Penal.

2. La aplicación postactiva con efecto retroactivo (aplicación de la ley penal intermedia)

La situación tradicionalmente denominada por la doctrina penal como “ley intermedia” corresponde al caso (7) de la tabla arriba expuesta, esto es, al caso de la aplicación de una ley derogada a un hecho acaecido antes de su entrada en vigencia. Dado que la aplicación de ley intermedia por definición tiene efecto retroactivo, su aplicabilidad no puede fundarse en el inciso primero del artículo 18 del Código Penal, que ordena la aplicación (intractiva o postactiva) de la ley vigente al momento del hecho, o sea, la aplicación de una ley con efecto activo. Por tal razón, su aplicabilidad sólo puede fundarse en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, es decir, cuando la ley intermedia es más favorable al acusado que la ley vigente al momento del hecho y que la ley vigente al momento de la sentencia.

⁶¹ Así, *Bascuñán* (supra nota 15) (1999), p. 12; *Bascuñán* (supra nota 16) (2005), pp. 364–366. El imperativo de la preteractividad de la ley penal vigente al momento del hecho no es una concreción del principio de legalidad en su sentido garantístico, sino en su sentido sistémico. Por cierto, una combinación de retribucionismo radical y disolución de la libertad individual en autonomía colectiva podría reducir la función garantística del principio de legalidad a un efecto derivado de su función sistémica. Pero esa reducción no corresponde a una formulación verosímil de los arreglos institucionales propios de la tradición constitucional.

Fundamentar su aplicabilidad en el imperativo de aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable implica, sin embargo, sostener que este imperativo no sólo abarca la aplicación intractiva –i.e., de la ley vigente al momento de la sentencia– sino también la aplicación postactiva –i.e., de la ley derogada al momento de la sentencia–. Eso no es fácil de justificar.

La doctrina dominante no advierte mayor problema en la consideración de la ley intermedia como norma más favorable de aplicación imperativa. Su razón consiste en derivar una nueva consecuencia del uso del término “promulgada” por el artículo 18 del Código Penal: la regla no exige que la ley se encuentre vigente al momento del acto de aplicación⁶². En contra de la doctrina dominante, Guillermo Oliver ha hecho valer la tesis de que el fundamento de justicia política del imperativo de aplicación retroactiva de la ley más favorable se encuentra en el principio de proporcionalidad, concretamente, en la prohibición de exceso que de él se deriva. De esta premisa, Oliver deduce una interpretación restrictiva del artículo 18 inciso segundo del Código Penal, conforme a la cual la ley más favorable ha de encontrarse vigente al momento de su aplicación. Eso excluye la aplicabilidad de la ley intermedia⁶³.

Si el principio de proporcionalidad fuera el único fundamento de justicia política del imperativo de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable, la tesis de Oliver sería irrefutable: por tratarse de una ley derogada, la ley intermedia es irrelevante como medida del merecimiento

⁶² *Etcheberry* (supra nota 22), p. 147; *Cousiño* (supra nota 22), pp. 126-127; *Garrido* (supra nota 22), p. 123; *Cury* (supra nota 22), p. 232. Sin pronunciarse al respecto, *Politoff y Matus* (supra nota 22), p. 267; *Politoff y Matus y Ramírez* (supra nota 15), p. 132; *Couso* (supra nota 22), pp. 437-438. La consideración del término legal “promulgada” como razón de texto para validar la aplicación de las leyes intermedias lleva a Politoff, Matus y Ramírez a inferir equivocadamente que el rechazo doctrinario y jurisprudencial a la aplicación de la Ley 19.450 –una ley que nunca entró en vigencia (supra nota 28)– implicaría rechazo de la ley intermedia (*Politoff y Matus y Ramírez*, loc. cit.); acertadamente, *Couso* observa que se trata de cuestiones distintas (supra nota 22), p. 438.

⁶³ *Oliver Calderón*, “¿Debe aplicarse la ley intermedia?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 25 (2004), pp. 303-325; *él mismo* (supra nota 10), pp. 419-428. No está de más observar que la consideración de la prohibición de exceso como fundamento del imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal favorable era compartida por la doctrina nacional de fines del siglo XIX y principios del siglo XX: *Fuensalida* (supra nota 32), pp. 162-163; *Claro Solar*, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898), p. 69.

o necesidad de la pena al momento de la sentencia. Nada quita, sin embargo, que para el caso de la ley intermedia el imperativo de aplicación con efecto retroactivo responda a otras razones. Esas razones justifican la idea de una consolidación de la posición legal más favorable al destinatario de las normas de comportamiento penalmente relevantes por consideraciones de lealtad procesal que pesan sobre el Estado. Dado que la aplicabilidad de la ley posterior más favorable depende del momento en que tenga lugar el acto de su aplicación, y dado que el Estado no puede forzar al individuo a exigir la aplicación sobre sí de una ley penal –que como mínimo implica la tematización pública de un fragmento de su vida privada–, se justifica que la entrada en vigencia de una ley posterior más favorable consolide ese estatus legal del beneficiado con ello, sin que el riesgo de su eventual derogación futura tenga que ser asumido por él. Es cierto que la ley intermedia ya no vale como medida de merecimiento o necesidad de la reacción punitiva y que por esa razón su aplicación no corresponde conforme al principio de proporcionalidad. Pero sí valió como tal medida y durante el tiempo en que tuvo ese valor el Estado omitió aplicarla. Ese es un fundamento suficiente para justificar la aplicación de la ley intermedia como ley penal más favorable, es decir, de su aplicación postactiva con efecto retroactivo⁶⁴. Naturalmente, la razón de texto legal para su admisibilidad no es el uso del término “promulgada” por el artículo 18 del Código Penal, sino el hecho de que el precepto sólo exige que la ley más favorable sea promulgada (i.e., entre en vigencia) después de la perpetración del hecho y antes de dictarse la sentencia, y ambos requisitos son obviamente satisfechos por la ley intermedia⁶⁵.

⁶⁴ En *Bascuñán* (supra nota 15) (UPR 2000), p. 95, se postula la necesidad de identificar un momento procesal que consolide el estatus jurídico favorable del imputado o acusado. Pero eso es innecesario: precisamente la aplicabilidad de la ley intermedia como ley más favorable consolida el estatus más favorable con su entrada en vigencia (*Roxin*, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, [3ª ed., C.H. Beck, München, 1997], p. 123). La observación de Guillermo Oliver, en orden a que esta fundamentación del imperativo de aplicación de la ley intermedia no alcanzaría a justificar su aplicación retroactiva en contra de una sentencia firme conforme al artículo 18 inciso tercero del Código Penal (*Oliver* [supra nota 10], pp. 429-430), no es del todo convincente. Es cierto que el componente de lealtad procesal del Estado desaparece cuando el afectado por la reacción punitiva del Estado ya ha sido condenado; pero la modificación de la sentencia firme también es un acto de aplicación de la ley imperativo para el Estado. La aplicación de la ley intermedia elimina de raíz las eventuales consecuencias adversas para condenado de la omisión del Estado.

⁶⁵ Correctamente, *Novoa* (supra nota 26), p. 199.

El caso más desconcertante es el que plantean las leyes intermedias que corresponden a errores del legislador. Es decir, casos de vacíos de punibilidad que se producen por inadvertencia con ocasión de modificaciones de leyes, las más de las veces en contextos de remisiones complejas, y que una vez advertidos son subsanados mediante una nueva modificación legal⁶⁶.

Bajo el principio de legalidad, no cabe duda de que el error legislativo cuenta como desincriminación del hecho, por lo que su aplicación intractiva con efecto activo se encuentra asegurada: los hechos acaecidos bajo su vigencia son impunes y el remedio legislativo constituye una ley posterior desfavorable cuya aplicación con efecto retroactivo se encuentra prohibida. A partir de esta obviedad, se vuelve problemática su aplicación con efecto retroactivo como ley más favorable en los cuatro contextos concebibles: (i) en un acto de aplicación judicial que tiene lugar durante su vigencia (aplicación intractiva), ya sea (a) durante la investigación o juicio del hecho punible, o bien (b) después de dictada la sentencia de término; (ii) en un acto de aplicación judicial que tiene lugar después de su derogación por el subsanamiento legislativo (aplicación postactiva), ya sea en el contexto procesal (a) o bien en el (b). Desde un punto de vista político-criminal hay una gradación de plausibilidad, desde (i)(a) en el extremo más plausible hasta (ii)(b) en el extremo menos plausible⁶⁷.

La distinción entre la conclusividad de la aplicación simulativa del error legislativo y la falta de conclusividad de su aplicación con efecto retroactivo

⁶⁶ En *Bascuñán* (supra nota 15) (UPR 200), pp. 123-131 se analiza una línea jurisprudencial del Estado de California (1978-1985) referida al problema. La Ley 19.738 (D.O. de 19.06.2001) introdujo con su artículo 24 una situación de esta índole, que fue remediada por el artículo 23 de la Ley 19.912 (D.O. de 14 de noviembre de 2003). La Ley 19.738 dispuso que las referencias legales a los delitos de fraude y contrabando debían entenderse hechas al delito de contrabando contemplado en el artículo 10-f) de la misma ley; pero ese literal contempló el delito de declaración falsa en la exportación de mercancías, correspondiendo el artículo 10-e) al nuevo delito de contrabando. Luego, entre el 19 de junio de 2001 y el 14 de noviembre de 2003 se pudo entender que existía un vacío de punibilidad respecto de todos los casos que se remitieran a las normas de fraude aduanero o contrabando para la punición de comportamientos. El vacío fue resuelto unánimemente, sin embargo, mediante una interpretación correctiva del artículo 23 de la Ley 19.738.

⁶⁷ Esta valoración diferenciada de los efectos del error legislativo bajo el principio de legalidad y bajo el principio de *lex mitior* es el núcleo de la jurisprudencia californiana sobre el punto, sentado en *People v. Beatty*, 148 Cal Rptr. 319 (1978).

obedece al hecho de que el imperativo de aplicación retroactiva de la ley más favorable no es una consecuencia o concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad. En tanto concreción de un mandato de optimización, no puede operar con la conclusividad de una regla. La expresión más radical de esta diferencia se encuentra en la idea de la jurisprudencia norteamericana consistente en sostener que el fundamento de la aplicación retroactiva de la ley más favorable se encuentra en la intención del legislador, que la ley constituye una presunción de esa intención y que la evidencia de que la regulación ha sido el producto de una equivocación o una inadvertencia del legislador refuta esa presunción⁶⁸. Esa idea va sin embargo demasiado lejos. La ley no es un medio de prueba, entre otros, de la voluntad del legislador, sino que es el hecho institucional constitutivo de esa voluntad. Por esa razón, los criterios de aplicabilidad que conforman el derecho intertemporal penal no pueden desentenderse de la dimensión estrictamente institucional de la ley para admitir o no su aplicabilidad, ya sea intractiva o postactiva, y con efecto activo o retroactivo.

Nada quita, sin embargo, que el propio legislador, al momento de remediar el error o subsanar la inadvertencia, establezca una regla especial, que afirme la pretractividad de la ley anterior a su modificación errónea. En su calidad de *lex specialis*, esa regla revertiría la prioridad del imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable sobre el imperativo de aplicación pretractiva de la ley penal vigente al momento del hecho. En tal caso, el tribunal que dejara de aplicar la ley intermedia ya no desconocería la dimensión estrictamente institucional de la ley. Se enfrentaría, eso sí, a la cuestión de si el legislador puede establecer excepciones al imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable.

Lo dicho es aplicable por igual a todo caso de impedimento legislativo a la aplicación de una ley intermedia. En una sucesión compleja de leyes penales, la ley posterior que prohíbe aplicar la ley intermedia es por definición desfavorable al afectado, pero no viola la prohibición constitucional

⁶⁸ Al respecto, *Bascuñán* (supra nota 15) (UPR 2000), pp. 126-130. La jurisprudencia se basa en la consideración de la doctrina de la supresión (*rule of abatement*) como una interpretación de la intención del legislador y en el concepto de supresión técnica (*technical abatement*) como un estado de cosas que revierte esa presunción, y extiende ese concepto al caso del error legislativo. La extensión, por supuesto, es falaz: la supresión técnica se caracteriza porque no se produce solución de continuidad en la punibilidad del comportamiento (supra nota 31).

de leyes *ex post facto*. Lo que esta prohibición constitucional excluye es la aplicación de un sistema jurídico del caso desfavorable para el afectado que corresponda a un sistema jurídico momentáneo surgido con posterioridad al hecho. Pero la regla que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley intermedia no configura un sistema jurídico aplicable al caso, posterior a los hechos, que sustituya al sistema jurídico del caso vigente al momento de los hechos. En tanto esa regla respeta la aplicación de la ley vigente al momento de los hechos –y eso hace, precisamente, cuando prohíbe la aplicación con efecto retroactivo de la ley intermedia– no infringe la prohibición constitucional de leyes *ex post facto*. La consolidación del estatus más favorable al afectado que eventualmente surja con posterioridad a los hechos, que fundamenta la aplicación de la ley intermedia, no está protegida por el principio de legalidad sino por la consideración de lealtad procesal que sirve de fundamento adicional al principio de *lex mitior*. Por esa razón, el parámetro de control de constitucionalidad de la decisión que impide la aplicación de la ley intermedia no se encuentra en la garantía de *lex praevia*, sino en lo que pueda considerarse como el fundamento constitucional del principio de *lex mitior*. Esta es la pregunta esencial de la preteractividad de la ley penal desfavorable.

IV. LA PRETERACTIVIDAD DE LA LEY PENAL COMPARATIVAMENTE DESFAVORABLE

Es un lugar común en la doctrina y la jurisprudencia chilenas considerar que la Constitución Política de 1980 establece el imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable⁶⁹. Eso es un error. Tanto la sintaxis de la disposición constitucional como su historia fidedigna demuestran que el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política simplemente no prohíbe al legislador establecer un imperativo de aplicación con efecto retroactivo, si la ley posterior a la comisión del hecho es favorable. La razón de ello fue eliminar del texto constitucional cualquier objeción a la validez de los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal, cuestión que había sido planteada por la doctrina –aunque nunca afirmada con consecuencias institucionales adversas a la operatividad de esas reglas– bajo la redacción del artículo 11 de la Constitución Política de 1925, que

⁶⁹ Por todos, *Politoff y Matus y Ramírez* (supra nota 15), p. 129.

establecía una prohibición absoluta de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal⁷⁰.

No obstante, lo que el sentido literal del texto de la Constitución no impone al intérprete puede ser alcanzado por éste mediante otros argumentos. Por una parte, la consideración del contenido normativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos como criterios orientadores de la interpretación de las disposiciones constitucionales ofrece un punto de apoyo para la reformulación de la autorización constitucional como un imperativo. Por otra parte, el reconocimiento del principio de proporcionalidad como un esquema de justificación racional de los actos estatales de afectación de los derechos humanos que es inherente al Estado de Derecho ofrece un punto de apoyo para hacer valer la ley vigente al momento de la sentencia en todo aquello que no contradiga la prohibición de su aplicación con efecto retroactivo desfavorable.

La cuestión crucial para la dogmática constitucional no consiste, por lo tanto, en decidir si se cuenta o no con suficiente apoyo institucional para sostener que la aplicación retroactiva de la ley más favorable es imperativa para el legislador, sino en decidir cuán concluyente es ese imperativo. Es decir, si constituye un auténtico constreñimiento deontológico a la prerrogativa de determinación del legislador democrático –como lo es la prohibición de efecto retroactivo desfavorable de la ley penal–, o si más bien constituye un mandato de optimización, abierto a la ponderación.

La sola consideración del derecho comparado y la historia del derecho penal chileno bastan para demostrar que el imperativo de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal favorable no comparte la conclusividad práctica de la prohibición de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal desfavorable. El rango simplemente legal del principio de *lex mitior* durante los siglos XVIII y XIX y la mayor parte del siglo XX en occidente, la existencia de las *saving provisions* en el derecho norteamericano y la prioridad del efecto de cosa juzgada en la mayoría de los sistemas jurídicos y en Chile hasta 1972 contrastan con la condición de auténtico principio básico de la moralidad interna al derecho que tiene la prohibición de aplicar leyes penales *ex post facto*.

⁷⁰ Extensamente sobre el punto, *Bascuñán* (supra nota 16) (2004), pp. 210-212.

La mejor demostración de la falta de conclusividad del imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal favorable se encuentra, sin embargo, en el reconocimiento generalizado de la preteractividad de las leyes temporales como excepción a ese imperativo.

1. La ley temporal

Por "ley temporal" se entiende, paradigmáticamente, una ley que tiene una vigencia predeterminada y que establece un trato punitivo más severo que la ley que la sucede al término de vigencia, la cual por lo general era la ley vigente con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley temporal. Esta peculiaridad justificaría la aplicación de la ley temporal a los hechos acaecidos durante su vigencia, aunque la ley vigente al momento del acto de aplicación sea más favorable. Se trata de un caso de aplicación postactiva con efecto activo de una ley desfavorable, que prevalece sobre la aplicación inactiva con efecto retroactivo de una ley favorable.

La doctrina admite generalizada y pacíficamente que las leyes temporales constituyen una excepción al imperativo de aplicación retroactiva de la ley más favorable⁷¹. Eso es en verdad sorprendente, atendida su convicción acerca del rango constitucional del imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal favorable. Se trataría de una excepción no reconocida por el tenor literal de la ley que sería válida no obstante su incompatibilidad con una garantía constitucional.

La discusión acerca del fundamento de esta excepción es bien conocida, incluyendo la certera objeción de Günther Jakobs a la idea tradicional de que la eficacia de las leyes temporales depende de la certeza sobre su preteractividad como una *petitio principii*⁷². La mejor versión de ese fundamento,

⁷¹ *Novoa* (supra nota 26), pp. 197-198; *Etcheberry* (supra nota 22), p. 148; *Cury* (supra nota 22), pp. 232-233; *Garrido* (supra nota 22), pp. 113-114; *Polittoff y Matus* (supra nota 22), p. 268; *Polittoff y Matus y Ramírez* (supra nota 15), pp. 133-134; con aprehensiones, *Cousio* (supra nota 22), pp. 435-437; en contra, *Cousiño* (supra nota 22), pp. 130-132.

⁷² *Bascuñán* (supra nota 15) (UPR 2000), pp. 44-46. La doctrina nacional dispone de un argumento local para justificar la preteractividad de la ley temporal. Como el artículo 18 inciso segundo del Código Penal presupone la promulgación de una nueva ley, y en los casos de las leyes temporales son éstas las que disponen el cese de su vigencia sin que ninguna nueva ley sea promulgada, la ley posterior al cese de su vigencia no quedaría sujeta al imperativo

que evita esa falacia, se encuentra en la observación de Edmund Mezger, en el sentido de que las leyes temporales en rigor no son leyes transitorias sino leyes especiales. Ellas expresan una disvaloración más intensa del hecho atendiendo a determinadas circunstancias, la cual se mantiene para los hechos cometidos en esas circunstancias, a pesar del cambio posterior de esas circunstancias. El test de reconocimiento de una ley temporal es, por lo tanto, una prueba de conversión: si la correlación cronológica entre la comisión del hecho y las circunstancias particulares que se expresa en la vigencia transitoria de la ley podría formularse en el supuesto de hecho de una ley de vigencia indefinida, entonces es una ley temporal⁷³.

Esto significa que las leyes temporales están sometidas al mismo parámetro de control de constitucionalidad que están sometidas todas las leyes especiales: la prohibición de discriminación que se deriva del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad. En otras palabras, el imperativo de aplicación retroactiva de la ley más favorable se encuentra abierto a ponderación. El legislador puede justificar ante la Constitución una valoración diferenciada de los hechos pasados, en tanto pasados, respecto de los hechos futuros, aunque todos ellos infrinjan la misma norma de comportamiento.

Continuación nota ⁷²

de aplicación retroactiva del artículo 18 del Código Penal (*Novoa* [supra nota 22], p. 198). El argumento es una demostración de los absurdos a que se puede llegar cuando se desvincula la interpretación de los términos legales de las categorías a las que responden. En el contexto del artículo 18 del Código Penal, la promulgación de una nueva ley debe entenderse como el surgimiento de un nuevo sistema jurídico momentáneo al cual corresponde un nuevo sistema jurídico del caso. Cuál sea la causa de ese surgimiento, si la entrada en vigencia de una norma o término de vigencia de otra norma, ello es irrelevante.

⁷³ En los términos de Mezger: "En verdad, sólo es una pregunta de la técnica legislativa si se dispone que será sancionada la importación realizada hasta el 1° de abril, o bien que la ley perderá su vigencia el 1° de abril" (*Mezger* [supra nota 3], p. 71). Es importante notar que el fundamento de la doctrina de las leyes temporales no sólo justifica la aplicación postactiva con efecto activo de una ley desfavorable, sino que también podría justificar la inaplicabilidad activa o postactiva de una ley favorable con efectos retroactivos. Si, por ejemplo, una ley temporal dictada después de una catástrofe natural agravara las penas del hurto y el robo y además flexibilizara los requisitos de la legítima defensa de la propiedad, la doctrina de las leyes temporales justificaría que esta flexibilización no beneficiara a los responsables por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley. La misma razón que obsta a la aplicación retroactiva de la ley posterior más favorable al término de vigencia de la ley temporal impide la aplicación retroactiva de la ley temporal como ley más favorable, ya sea durante su vigencia o después de ella (conforme, *Oliver* [supra nota 10], pp. 458-460).

Si esa valoración puede expresarse en una regulación sometida a un término especial de vigencia y en una regulación especial del hecho, entonces también puede expresarse en una regla especial de aplicación preteractiva de la regulación del hecho que se deroga.

2. Las reglas especiales de preteractividad

Sergio Politoff y Jean Pierre Matus citan como ejemplo de regla especial de preteractividad el artículo 59 de la Ley 19.366 (D.O. de 30 de enero de 1995), que derogó la Ley 18.403 (D.O. de 4 de marzo de 1985), sobre tráfico de estupefacientes⁷⁴. La Ley 20.000 (D.O. de 16 de febrero de 2005), que derogó a su vez la Ley 19.366, contempla una regla similar en su artículo 1º transitorio. En lo que se refiere a la aplicabilidad del derecho penal sustantivo, uno y otro artículos son del siguiente tenor:

Ley 19.366	Ley 20.000
Artículo 59. Derógase la Ley 18.403. Con todo, la Ley 18.403 continuará vigente para los efectos de la sanción de los delitos en ella contemplados y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, en cuyo caso la pena se regulará, además, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.	Artículo 1º (transitorio). Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la Ley 19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el artículo 193 del Código Aeronáutico continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.

Como se puede apreciar, ambas reglas son redundantes. Ambas disponen la preteractividad de la ley vigente al momento del hecho, ordenando que la penalidad sea determinada conforme a los criterios de aplicabilidad del artículo 18 del Código Penal. O sea, establecen exactamente lo mismo

⁷⁴ Politoff y Matus (supra nota 22), p. 268.

que dispone el artículo 18 del Código Penal. Su previsión es sin embargo expresiva de la incertidumbre que causan la doctrina de Cousiño y la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de la preteractividad⁷⁵.

Distinto es el caso del artículo 9º transitorio de la Ley 19.738 (D.O. de 19 de junio de 2001), que modificó la Ordenanza de Aduanas, del siguiente tenor:

“Artículo 9º (transitorio). Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997”.

Como salta a la vista, se trata de una regla que establece la preteractividad de la ley penal derogada, con independencia de si las normas de la ley penal que la sustituye son o no más favorables. Para todos los casos en que las normas de la Ley 19.738 fueran más favorables, el artículo 9º transitorio dispuso la aplicación preteractiva de una ley penal desfavorable. Por eso es una auténtica regla especial de preteractividad: en virtud de su calidad de *lex specialis* (artículo 13 del Código Civil) prevalece sobre el artículo 18 del Código Penal y no se encuentra subordinada al imperativo legal de aplicación retroactiva de la ley penal favorable establecido en el inciso segundo de ese precepto.

La apreciación de esta regla por la Corte Suprema es ilustrativa de su falta de diferenciación reflexiva. En *contra Schalchli Melo*⁷⁶ y *contra King Vilensky*⁷⁷, el voto de mayoría consideró al artículo 9º como un argumento más a favor de su –falaz– tesis de la no derogación del fraude aduanero

⁷⁵ En ese sentido, las reglas no perlocucionariamente superfluas, pues compensan esa incertidumbre. A ello se debe quizás que en la línea jurisprudencial originada por la introducción del delito de microtráfico (supra nota 50) no se haya dudado acerca de la aplicación preteractiva de la ley derogada.

⁷⁶ SCS 11.XI.2002, considerando 7º.

⁷⁷ SCS 8.X.2008, considerando 7º.

por la Ley 19.738. En *contra Muñoz Alfaró*⁷⁸ y *contra Labarca Labarca*⁷⁹, el voto de mayoría lo consideró inconstitucional para el caso en que las normas punitivas establecidas por la Ley 19.738 fueran más favorables, por infringir el principio de *lex mitior* supuestamente consagrado por el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución Política. La primera consideración es inconsistente: si el artículo 9° es válido, entonces no hay más que considerar acerca de la derogación o no derogación de la norma que sancionaba el fraude aduanero respecto de todos los casos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 19.738. Para todos esos casos, el artículo 9° dispone que la ley aplicable es la ley derogada. La segunda consideración afecta el núcleo del problema, pues descarta por completo la validez de la preteractividad de una ley penal desfavorable en comparación con la ley vigente al momento de la sentencia. Como se ha dicho, bajo el principio de proporcionalidad esa posibilidad no puede ser descartada de plano, en abstracto.

La manera correcta de enfrentar el problema consiste en examinar la constitucionalidad de la regla especial de preteractividad bajo la prohibición de discriminación (derecho de igualdad ante la ley) y la prohibición de exceso (proporcionalidad). Si ambos estándares constitucionales son satisfechos, la regla constituye el fundamento institucional suficiente de la aplicación preteractiva de la ley derogada, aun desfavorable al imputado o acusado. El artículo 9° de Ley 19.738 no satisface esos estándares: no hay razón alguna, invocada por el legislador o que pueda ser reconocida por el intérprete, que justifique no extender la nueva valoración del merecimiento y necesidad de pena de los delitos aduaneros, expresada en la Ley 19.738, a los hechos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigencia. Para todos los casos en que la aplicación del artículo 9° implica mantener una pena inmerecida o innecesaria a la luz de la nueva valoración (aplicación postactiva con efecto activo desfavorable), el artículo 9° es por lo tanto discriminatorio y excesivo; para los demás casos, es redundante⁸⁰.

⁷⁸ SCS 31.VIII.2004, considerando 6°.

⁷⁹ SCS 2.IX.2004, considerando 6°.

⁸⁰ A esta conclusión llega el voto de prevención en *contra Schalchli Melo* (considerando 8°-10°), concluyendo que el artículo 9° de la Ley 19.738 no satisface esos estándares. Conforme con el resultado; *Bascuñán* (supra nota 51), pp. 680-685. Procedimentalmente, debe observarse no obstante que esta no era una cuestión de casación en el fondo, ni es actualmente

3. La prohibición constitucional del efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad

El artículo 93 N° 7 de la Constitución Política otorga al Tribunal Constitucional la facultad de resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el N° 6 del mismo artículo. El artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política dispone por su parte que el precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

El uso del término “derogado” para describir el efecto de cancelación de validez del precepto legal declarado inconstitucional, es decir, el término de la pertenencia de la disposición (y con ella, de la norma correlativa y sus consecuencias normativas) al sistema jurídico institucional es, por cierto, incorrecto. La derogación es un acto realizado en ejercicio de una potestad reconocida por una regla de cambio del sistema. Quien deroga las leyes es quien tiene potestad para establecerlas. En el caso de la declaración de inconstitucionalidad, la ley es invalidada por su contradicción con una norma de jerarquía superior, en ejercicio de una potestad reconocida por una regla de adjudicación del sistema⁸¹.

Continuación nota ⁸⁰

una cuestión de nulidad, sino de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 9° de la Ley 19.738, el tribunal no puede dejar de aplicarlo, y en su virtud, dejar de aplicar preteractivamente las normas preexistentes, aun si el efecto es desfavorable.

⁸¹ Sobre las relaciones entre la derogación y la invalidación por inconstitucionalidad, *Schmill Ordóñez*, “La Derogación y la Anulación como Modalidades del Ámbito Temporal de Validez de las Normas Jurídicas”, *Doxa* 19 (1996), pp. 229-258; *Orunesu y Rodríguez y Súcar*, “Inconstitucionalidad y Derogación”, en *Comanducci y Guastini*, *Análisis de Derecho* (Giapichelli, Torino, 2000), pp. 153-193; también en 2 *Discusiones* (2001), pp. 11-58; *Guastini*, “Validez y derogación”, 2 *Discusiones* (2001), pp. 59-63; *Ezquizaga Gamuzas*, “Sobre ‘Inconstitucionalidad y Derogación’”, 2 *Discusiones* (2001), pp. 65-78; *Schmill Ordóñez*, “Observaciones a ‘Inconstitucionalidad y Derogación’”, 2 *Discusiones* (2001), pp. 79-119; *Perot*, “Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico”, 2 *Discusiones* (2001), pp. 121-134; *Orunesu y Rodríguez y Súcar*, “Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación”, 2 *Discusiones* (2001), pp. 135-150.

El uso del término se explica, sin embargo, como una manera de hacer explícito el efecto *ex nunc* (prospectivo) de la declaración de inconstitucionalidad⁸². La razón que explica esta regulación se encuentra en la lúcida observación de Savigny de que asumir como principio la retroactividad del cambio legal –en este caso, de su invalidación– conduce inevitablemente a la arbitrariedad en su aplicación selectiva, ante la imposibilidad práctica de revisar todas las situaciones surgidas bajo la ley anterior⁸³. Por cierto, la transferencia de esta consideración a la invalidación por inconstitucionalidad es una demostración de la relativa banalidad de las normas constitucionales como razones invalidatorias. Pues si fueran normas estrictamente fundamentales, cabría entender de modo no problemático que todas las situaciones anteriores que las contradicen se encuentran abolidas y no merecen reconocimiento ni protección. En eso consiste, precisamente, la distinción entre la simple derogación y la abolición: que ésta no tolera la aplicación preteractiva de las reglas abolidas⁸⁴.

En un sentido importante, así es como cabe entender el principio de *lex mitior*, particularmente en los sistemas jurídicos que lo hacen prevalecer sobre la institución de la cosa juzgada: como una abolición de la declaración legal previa de merecimiento o necesidad de la pena. De aquí que la aplicación del artículo 94 de la Constitución Política a la declaración de

⁸² Así, la explicación del veto presidencial que introdujo la regla respectiva: “[S]e precisa que la inconstitucionalidad de los decretos supremos opera con ambos efectos *ex nunc* y *ex tunc*, no teniendo ningún valor. / En cambio, se precisa que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un autoacordado, instrucción general del Ministerio Público, decretos con fuerza de ley y preceptos legales sólo tienen un efecto derogatorio y, por ende, no producen efecto retroactivo en su declaración de inconstitucionalidad”. (Oficio de observaciones del Ejecutivo a Cámara de Origen, de 16 de agosto de 2005, en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 20.050 - Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica*, 26 de agosto de 2005), p. 2724. No está de más observar que la idea del veto de que un “efecto derogatorio” no obsta a la preteractividad de la ley derogada expresa correctamente la tesis de este trabajo.

⁸³ Savigny (supra nota 43), libro iii, capítulo ii, § cccclxxxv, p. 355. Para algunas consideraciones de derecho comparado sobre los efectos *ex nunc* y *ex tunc* de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, Nogueira Alcalá, “El control represivo concreto y abstracto de constitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en Zúñiga (coord.): *Reforma Constitucional* (Lexis Nexis, Santiago, 2005), pp. 593-625.

⁸⁴ Savigny (supra nota 43), libro iii, cap. ii, §§ cccxcviii-ccc, pp. 427-442.

inconstitucionalidad de una ley penal sea tan desconcertante. Entre nosotros, Felipe Caballero Brun ha reaccionado contra ese desconcierto, proponiendo que se interprete la prohibición constitucional de efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad como prohibición de afectación de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, esto es, permitiendo la aplicación del estado jurídico resultante de la invalidación de la ley declarada inconstitucional a hechos acaecidos con anterioridad⁸⁵. Su propuesta se basa, sin embargo, en premisas falsas, y sus resultados son insatisfactorios a la luz de sus propios propósitos.

La regla constitucional hace aplicable al cambio en la composición del sistema jurídico institucional –al nuevo sistema jurídico momentáneo– generado por la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley el principio del artículo 9º del Código Civil. Qué cuenta como “efecto retroactivo”, eso depende de los criterios de aplicabilidad que conforman el derecho intertemporal. La Ley sobre efecto retroactivo de las leyes de 1861 es en rigor un catálogo de distinciones de casos en los que la ley declara que la aplicación de la nueva ley no es retroactiva –y por lo tanto, no infringe el artículo 9º del Código Civil– y casos en que sí lo es –y por lo tanto le está prohibida al tribunal–. Tratándose del derecho intertemporal penal, su constatación es relativamente simple: el efecto retroactivo consiste en aplicar una ley a un hecho acaecido (“perpetrado”) con anterioridad a su entrada en vigencia (“promulgación”). Esa aplicación está prohibida por el artículo 18 inciso primero del Código Penal y mandada por sus incisos segundo y tercero. El artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política la prohíbe sin excepciones para el caso de la cancelación de validez que es consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, a contar del día de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que la declara (artículo 94 inciso final de la Constitución Política).

Luego, la cuestión interpretativa consiste en decidir si lo correcto es atribuir al artículo 94 inciso tercero el carácter de *lex specialis* respecto de las reglas constitucionales generales sobre aplicabilidad de la ley, incluida la penal, o si atribuir al imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal

⁸⁵ Caballero Brun, “Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del tribunal constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal”, *Revista de Derecho* 19 (Valdivia, 2006), pp. 161-185.

favorable, ya sea como concreción del principio de proporcionalidad o como interpretación de la constitución conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, el carácter de *lex specialis* respecto de la prohibición de efecto retroactivo establecida en el artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política. Los antecedentes sistemáticos parecen avalar la primera alternativa⁸⁶. En todo caso, si se considera justificada la segunda alternativa, no tiene sentido restringirla a casos aún no resueltos por sentencia ejecutoriada. En el derecho chileno la operatividad del principio de *lex mitior* está definida por el artículo 18 del Código Penal, que desde 1972 lo hace prevalecer sobre la institución de la cosa juzgada⁸⁷.

En la consideración de las razones a favor de una u otra alternativa interpretativa al menos dos cosas están fuera de discusión⁸⁸. Es falso que no se disponga de otro procedimiento para evitar la aplicación de una norma punitiva inconstitucional. Ese procedimiento se encuentra en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucional (artículo 93 N° 6 de la Constitución Política). Cuando Caballero sostiene que el Tribunal Constitucional carecería de competencia para declarar inaplicable un pre-

⁸⁶ El argumento más importante a favor de la segunda alternativa interpretativa es que la aplicación retroactiva irrestricta de las leyes penales favorables no alcanza el nivel de imposibilidad práctica que alcanzaría la aplicación retroactiva irrestricta de leyes del derecho privado o público, afectando todos los estados jurídicos consolidados bajo el derecho preexistente. No es inverosímil conjeturar que la prohibición de retroactividad del artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política fue establecida precisamente en consideración a ese nivel de complejidad, teniendo a la vista la experiencia del Tribunal Constitucional español con casos de derecho administrativo (al respecto, *Checa González*, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, *Ius et Praxis* 10 [2004], pp. 45-75).

⁸⁷ Esta consideración debe valer también para efectos de la procedencia de la acción de inaplicabilidad, a ser interpuesta en la gestión judicial efectuada para solicitar la adecuación de la sentencia ejecutoriada al nuevo estado jurídico surgido con ocasión de la invalidación de la ley penal en que se fundó la condena. La gestión debe iniciarse presuponiéndose la aplicación retroactiva de la “derogación” de la ley declarada inconstitucional y la acción debe ejercerse durante la gestión para el caso que el tribunal considere todavía aplicable a la ley declarada inconstitucional, en virtud de la prohibición de efecto retroactivo del artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política.

⁸⁸ A las que cabría agregar la irrelevancia del término “promulgada” como exigencia específica de la aplicación retroactiva de la ley más favorable (supra nota 72): el cambio en el sistema jurídico institucional introducido por la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley es en todo equivalente al cambio que habría introducido su derogación por una norma legal derogatoria que entrara en vigencia (i.e. fuera promulgada).

cepto legal derogado simplemente demuestra que confunde los conceptos de validez-pertenencia y validez-aplicabilidad de la ley⁸⁹. Precisamente porque en virtud del artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política la ley declarada inconstitucional —la que ya no pertenece al sistema jurídico institucional— sigue siendo aplicable preteractivamente —sigue perteneciendo al sistema jurídico del caso— es que su “derogación” no constituye obstáculo para su control de constitucionalidad con el fin de declararla inaplicable. Por cierto, el tratamiento de los hechos acaecidos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia del Tribunal Constitucional queda reducido a esta posibilidad, sin que a su respecto tenga sentido una declaración de inconstitucionalidad. Pero esa es la consecuencia institucional de la prohibición de efecto retroactivo establecida por el artículo 94 inciso tercero de la Constitución Política. A favor de Caballero puede decirse que en su momento su error era compartido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; pero éste ya ha cambiado de criterio, considerando a la ley “derogada” como ley *prima facie* aplicable y por lo mismo susceptible de ser declarada inaplicable por inconstitucional⁹⁰.

En segundo lugar, es falso que la aplicación preteractiva la ley penal desfavorable constituya una anomalía conceptual. Cuando Caballero sostiene que se trataría de “un extrañísimo caso” no amparado por teoría de la ley penal alguna⁹¹, desconoce que la cuestión de la aplicabilidad preactiva, inactiva y postactiva de la ley en los cinco casos posibles conforme a la tabla arriba expuesta no es una pregunta que tenga respuesta analítica sino institucional. Esa cuestión es decidida por las reglas del sistema jurídico. La primera regla del Código Penal chileno sobre aplicabilidad temporal es el imperativo de aplicación de la ley vigente al momento del hecho (artículo 18 inciso primero del Código Penal). La prohibición constitucional del efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad simplemente asegura como irrestricto el campo de dominio de ese imperativo.

⁸⁹ *Caballero* (supra nota 85), p. 170.

⁹⁰ STC 1.III.2011, considerando 10° a 13°, con indicación resumida del tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia previa.

⁹¹ *Caballero* (supra, nota 85), p. 170.