

Derecho Penal

PARTE GENERAL

ENRIQUE CURY URZÚA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión
Casilla 114-D Santiago, Chile
Fax (56-2) - 635 4789
mriverv1@puc.cl
www.puc.cl/edicionesuc/

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
Enrique Cury Urzúa

© Inscripción N° 143.944
Derechos reservados
1982
I.S.B.N. 956-14-0808-2

Segunda edición, 1988
Tercera edición revisada, 1992
Cuarta edición, 1996
Quinta edición, 1999
Sexta edición, 2001
Séptima edición ampliada, marzo 2005, 1.500 ejs.

Diseño:
Publicidad Universitaria
Impresor:
Imprenta Salesianos S.A.

C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile
Cury Urzúa, Enrique
Derecho penal: parte general
Enrique Cury Urzúa, 3ª. ed.
Incluye bibliografía.
1. Derecho penal—Chile.
I. t.
2004 345.83 dc.21 RCA2



progresos de la teoría, poniéndola, además, a prueba cada vez que las circunstancias lo permitan.¹³² Sólo de esta manera puede "la dogmática del derecho penal servir como puente entre la ley y la praxis", procurando una equilibrada y progresiva revivificación de la aplicación de las normas punitivas a través de los jueces, y atendiendo con ello, en más alta medida, a los imperativos de justicia.¹³³

Finalmente, es necesario señalar que en la actualidad, aparte de la influencia italiana y alemana, se está dejando sentir en nuestro medio la del extraordinario florecimiento experimentado en los últimos años por la ciencia del Derecho Penal español. A partir de la década del sesenta, en efecto, la dogmática peninsular se ha situado entre las mejores de Europa, elaborando sistemas muy valiosos. Autores como CORDOBA RODA, GIMBERNAT ORDEIG, CEREZO, RODRIGUEZ DEVESA, RODRIGUEZ MOURULLO, MIR, MUÑOZ CONDE, CANCIO MELLÁ y SILVA SÁNCHEZ, por no citar sino algunos, han trascendido desde hace tiempo las fronteras de su país y sus puntos de vista se discuten al más alto nivel internacional. Dada la vinculación histórica existente entre nuestra legislación y la española, la importancia de esta evolución para la dogmática y la práctica nacional está fuera de discusión.

¹³² M. ANCEL, *El lugar de la investigación*, cit., pág. 15, proporciona, entre varios, este ejemplo excelente de lo que constituye una actitud respetable en este sentido: "Es así que (...) el derecho penal francés y algunos otros sistemas que derivan de la misma concepción, aplican a la tentativa la misma pena que al crimen consumado y que aplican, igualmente, a los cómplices las mismas penas que al autor principal. Pero si tal es la regla de principio en Francia, es sabido que la aplicación es muy ampliamente atemperada en la práctica por el juego de algunas otras instituciones de la ley represiva. La facultad que el derecho francés actual reconoce al juez penal de acordar libremente, y sin explicaciones minuciosas, las circunstancias atenuantes, hace que en realidad la represión de la tentativa o de la complicidad no sean más que muy excepcionalmente la misma que la del crimen consumado o que la del autor principal". (Los énfasis son míos). Naturalmente, los presupuestos legales son en Chile distintos que en Francia; pero aquí sólo se trata de destacar el "modo" en que los jueces de este último país abordan el problema.

¹³³ JESCHECK, 6, I, 1, pág. 35.

CAPÍTULO III LA LEY PENAL Y SU VIGENCIA

§ 7. LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

I. EL PRINCIPIO RECTOR DEL DERECHO PENAL *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*, Y SUS DISTINTOS SIGNIFICADOS

Casi todos los ordenamientos punitivos en el presente se encuentran estructurados sobre la base del principio de reserva o legalidad, con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Este principio, sobre cuyos orígenes históricos se ha dado ya una noticia breve¹, expresada de la manera más enfática posible la función de garantía que compete a la ley penal en el Estado de derecho liberal.² En efecto, a través de sus distintos significados, traza con firmeza los límites de un campo en el que todas las decisiones fundamentales competen exclusivamente a la ley, a fin de que el ciudadano cuente con la certeza de que ella —y sólo ella— le dirá precisamente lo que debe o no hacer a fin de no verse expuesto a la imposición de una pena, hasta dónde puede llegar sin ser alcanzado por la amenaza punitiva, e, incluso, la naturaleza y magnitud de las consecuencias a las cuales se lo someterá si toma el riesgo de infringir los mandatos o prohibiciones legales.³

a) Cuando se trata de los significados del principio de reserva, conviene subrayar, ante todo, que contiene una doble referencia al delito y a la pena. Su formulación tradicional, por consiguiente, puede desdoblarse en dos: por una parte, *no hay delito sin ley*, y, por la otra, *no hay pena sin ley*.⁴ Aunque es verdad que

¹ Supra, 6, II, c).

² MAURACH, I, 8, V, A, pág. 100.

³ Sobre la forma en que el principio *nulla poena* resulta complementado por la exigencia de tipicidad, infra, 16, I, b); someramente lo discute ya en este primer momento ETCHEBERRY, I, pág. 49.

ambos se encuentran estrechamente vinculados, incluso de un modo conceptual, en la práctica pueden operar con plena independencia, cosa que no siempre se enfatiza bastante y, sin embargo, es apreciable en los ejemplos siguientes:

1) La ley A establece que cierta conducta constituye un hecho punible, pero omite consagrar la pena que se asocia a su ejecución o bien manda que se le impongan las que se instituirán en un texto legal futuro destinado a regular materias conexas con aquellas de que se trata en ella. Mientras no se subsane el defecto o no se promulgue la ley a que reenvía la norma A, quien ejecute la conducta descrita por ésta no puede ser castigado -aunque en rigor ha ejecutado un delito- porque hacerlo importaría una infracción del *nulla poena sine lege*. Lo mismo sucederá si la ley A dispone que la acción en cuestión se sancione "con la pena que el juez determine" o con "la que se establece en un reglamento dictado por el Presidente de la República".⁵ En nuestro sistema jurídico-penal, la situación es semejante, incluso, cuando la ley A consagra una pena excesivamente indeterminada (vr.gr., "prisión o presidio menor o mayor en cualquiera de sus grados"; "reclusión o presidio menor o mayor en cualquiera de sus grados a presidio perpetuo"; "una cualquiera de las penas contempladas en las escalas graduales números 2 y 3 del art. 59 C.P.", etc.). En todos estos casos, la indefinición de la pena aplicable equivale a la inexistencia de su consagración legislativa (discutible).⁶

2) La ley B establece que se impondrá la pena que señala, precisa y determinadamente, "a todos los hechos que el juez considera atentatorios contra la paz social" o "a las conductas reñidas con los sanos sentimientos de piedad y probidad imperantes en la convivencia", etc. En tal caso, la imposición de la sanción no es posible, porque significaría una infracción al *nullum crimen sine lege*, aunque el *nulla poena* se encontraría a salvo. Otro tanto sucederá si la norma B impone esa pena a hechos que se describirán en un texto legal aún no promulgado, mientras este último no entre en vigor.

Como se deduce de lo expuesto, la violación de cualquiera de ambos principios es equivalente, pues al perderlo de vista puede incurrirse en la confusión de considerar que, si la ley satisface las exigencias del *nullum crimen*, cumple también las del *nulla poena* y viceversa; cosa que, como se ha demostrado, es inexacta.

Hecha esta salvedad, no existen inconvenientes para examinar en conjunto las otras características generales de ambos principios. No obstante, en lo referente a los detalles, la separación debe tenerse constantemente presente.⁷

⁵ Así, con bastante detalle, WELZEL, 5, I, págs. 35 y 36. Aunque sus observaciones se apoyan en el texto constitucional alemán, son válidas para nuestro derecho, sobre todo después de la introducción de los incs. séptimo y octavo del N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980. Véase, asimismo, RODRIGUEZ MUNOZ, notas de derecho español en MEZGER, I, 10, II, pág. 133.

⁶ Sobre esta última situación, véase lo expuesto infra, IV.

⁷ En el mismo sentido, WELZEL, 5, I, pág. 36.

La diferencia tiene gran importancia en relación con algunas cuestiones relativas a la vigencia de las leyes penales en blanco. Véase, al respecto, CURY, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, VIII, 31, págs. 119 y 120.

Históricamente estos dos sentidos del principio de legalidad se reconocen e imponen también separadamente. En efecto, el *nullum crimen* no fue del todo extraño a las legislaciones más antiguas que, aun cuando en forma imprecisa, procuraron siempre describir las conductas dignas de represión. Así ocurre ya en la Biblia, el Código de Hamurabi, las leyes griegas y romanas⁸ o el Corán. Aunque sólo fuera con propósitos de prevención general entendida en una forma rudimentaria, todos esos ordenamientos se preocupan de que el conglomerado social sepa lo que está prohibido y, salvo algunos casos de abuso de poder relativamente infrecuentes, no se imponían castigos de manera caprichosa e inesperada. Esta tendencia se encuentra ya muy acentuada en ordenamientos jurídicos más recientes -como las Siete Partidas, la Constitución Carolina o la Teresiana- que sin ella carecerían incluso de razón de ser. Por el contrario el *nulla poena*, entendido como exigencia de que la amenaza penal, su naturaleza y cuantía se encuentren también determinadas por la ley; es una conquista de las doctrinas liberales inspiradas en la filosofía de la Ilustración. Por consiguiente, su consagración definitiva sólo se produce a fines del siglo XVIII y principios del XIX.

b) El principio de reserva tiene varios significados, cada uno de los cuales se ha acentuado más o menos por la legislación y la doctrina de los distintos países, conforme a los reclamos de circunstancias históricas variables. Así, por ejemplo, la literatura alemana parece haber enfatizado especialmente aquel de sus sentidos que implica una prohibición de analogía⁹, al paso que entre nosotros suele formularse de una manera que subraya aquel en virtud del cual se prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes penales.¹⁰ Hoy, sin embargo, existe un acuerdo relativamente amplio para considerar que esos diferentes contenidos del principio son, en realidad, complementarios y se encuentran relacionados tan estrechamente que la inobservancia de cualquiera trae aparejada la de todos.¹¹ Eso lo expresa la agregación sugerida por MAURACH, según el cual el principio cumple tres funciones distintas, formuladas sintéticamente de la siguiente manera: "*Nullum crimen, nulla poena sine lege PREVIA, SCRIPTA et STRICTA*" (No hay delito ni pena sin una ley previa, escrita y estricta).¹²

1) En el primero de los sentidos señalados (no hay delito ni pena sin una ley previa), el principio de reserva implica una prohibición de *retro-actividad* que limita, en consecuencia, las facultades del legislador. Su tratamiento pormenorizado corresponde, por consiguiente, al capítulo sobre los efectos de la ley penal en cuanto al tiempo.¹³

2) En el segundo (no hay delito ni pena sin una ley escrita), significa que sólo puede ser fuente del derecho penal una *ley propiamente tal*, esto es, aquella que se ha formado en conformidad a las normas constitucionales sobre la materia. Es, por lo tanto, una limitación dirigida al juez, que no puede buscar más allá de ese margen

⁸ STRATENWERTH, 64, pág. 28, afirma que el principio se encuentra enunciado explícitamente "por primera vez en Cicerón, quien sostiene que un comportamiento pasado que no hubiese sido por sí mismo, ni legalmente, delictual y reprochable, no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa".

⁹ Cfr. MAURACH I, 8, V, A, pág. 100. Sobre ello véase asimismo ARTHUR KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de las cosas*, traducción de Enrique Barros Bourie. Santiago, 1976, págs. 35 y sigs., en sentido crítico.

¹⁰ Infra, 10, I.

¹¹ MAURACH, I, 8, V, A, pág. 100.

¹² Idem.

¹³ Infra, 10.

estrecho la solución del problema sometido a su decisión. De él se trata en los apartados siguientes de este capítulo.

3) Por último, en el tercer sentido (no hay delito ni pena sin una ley *estricta*), el principio expresa una prohibición de *analogía*, estrechamente vinculada con el aspecto anterior¹⁴, pues si se prohíbe al juez recurrir a cualquier clase de normas que no estén contenidas en una ley formal, con mayor razón ha de vedársele la creación de ellas mediante un razonamiento analógico. Por este motivo, el estudio detallado de este aspecto debiera efectuarse también dentro del presente capítulo. Sin embargo, a causa de su íntima relación con los problemas relativos a la *interpretación de la ley penal* —a la cual, en rigor, no pertenece, pero de algunas de cuyas formas es preciso delimitarlo—, se lo tratará en ese lugar.¹⁵

JESCHECK atribuye al principio, además, un cuarto significado: *nullum crimen sine lege certa*, de acuerdo con el cual se exige a la ley penal el máximo de *determinación*.¹⁶ Es así, en efecto: "los tipos penales deben estar redactados del modo más preciso posible, evitando emplear conceptos indeterminados, imponiendo consecuencias jurídicas inequívocas y conteniendo únicamente marcos penales de extensión limitada".¹⁷ Sin embargo, esta exigencia de determinación está ya implícita en la prohibición de analogía (*nullum crimen sine lege stricta*), porque ésta sólo cumplirá su función de garantía si la descripción legal de los delitos y la conminación legal de las penas es precisa e inequívoca.

c) El principio de legalidad se encontraba consagrado en el art. 11 de la C.P.E. de 1925, reemplazado actualmente por los incs. séptimo y octavo de la C.P.R. de 1980, con arreglo a los cuales "ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (*nulla poena sine lege*) y "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que sanciona esté expresamente descrita en ella" (*nullum crimen sine lege*). La primera de estas disposiciones se reitera, además, en el art. 18 del C.P., y ambas en el 1º, inc. primero, de ese mismo cuerpo legal.

El art. 11 de la C.P.E. de 1925 establecía que "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". La nueva redacción mejora en varios aspectos la formulación del principio, separándolo de *nulla poena sine iudicio*, distinguiendo el *nulla poena* del *nullum crimen* y consagrando de manera expresa la retroactividad de la ley más favorable al reo. Su texto, sin embargo, excluye todavía de la reserva las medidas de seguridad y corrección, lo cual, atendido el estado actual de la cuestión, es poco deseable.¹⁸

¹⁴ En el mismo sentido, MAURACH, I, 8, V, A, pág. 101.

¹⁵ *Infra*, 8, VI. Entre nosotros, en cambio, tratan del problema en el capítulo destinado a las fuentes del derecho penal, COUSIÑO, I, 21, págs. 88 y sigts.; LABATUT, I, 44, págs. 74 y sigts. Por su parte, NOVOA, I, 102 y sigts., págs. 146 y sigts., le reserva un apartado especial, inmediatamente después del destinado a la interpretación. Como aquí ETCHEBERRY, I, págs. 75 y sigts.; GARRIDO, I, 2, págs. 30 y sigts. y POLITOFF, 4, I, págs. 95 y sigts.

¹⁶ JESCHECK 15 III 3, pág. 122.

¹⁷ JESCHECK, *idem*. Con mucho detalle, JAKOBS, 4, págs. 59 y sigts.

¹⁸ Sobre ello, con algún detalle, *infra*, 10, III.

II. LA LEY COMO UNICA FUENTE INMEDIATA DEL DERECHO PENAL

De acuerdo con lo expuesto¹⁹, sólo puede ser fuente del derecho penal una ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha formado con sujeción a las normas constitucionales sobre la materia²⁰ (ley en el sentido del art. 1º del C.C.).

Esta exigencia, fundada en la teoría del contrato social, conserva todo su valor para el Estado Democrático de Derecho. En efecto, si ese Estado abriga la pretensión de crear el espacio más amplio posible para la convivencia y conciliación de quienes piensan y creen cosas distintas, es necesario que las prohibiciones y mandatos penales procedan de aquel de los poderes cuya configuración, por ser la más pluralista, otorga más posibilidades de expresión a "los diferentes", ofreciéndoles una oportunidad de negociar sus contenidos y sus límites. Allí, en efecto, las pretensiones de las mayorías o de los grupos dominantes tienen que concertarse, siquiera en parte, con las de las minorías y los conglomerados menos poderosos. Y ésta pareciera ser hasta ahora la única forma conocida de obtener algún acuerdo razonable para mantener al derecho penal, hasta donde sea posible, su carácter de *ultima ratio*, esto es, de instrumento subsidiario, al cual sólo se acude cuando otros mejores han fracasado en la tarea de ordenar la convivencia²¹; pues, en efecto, mediante tal expediente se asegura que la *necesidad social* de la pena sea ponderada y luego declarada por una representación proporcional de la comunidad a la cual afectará.²²

A este respecto debe tenerse presente que la ley en sentido estricto es fuente del derecho punitivo aunque no revista carácter penal expreso. Por supuesto, toda ley que establece un hecho delictivo y le impone una pena es una ley penal, pero en las que forman parte de otros ordenamientos pueden encontrarse disposiciones que producen también efectos en el campo punitivo. Así, por ejemplo, el art. 233 del C.C. establece una causal de justificación que autoriza a los padres o a quien haga sus veces para ejecutar respecto del hijo ciertas conductas típicas (violencia física constitutiva de las lesiones menos graves o leves previstas en los arts. 399 y 494, N° 5 C.P., respectivamente; amenazas del art. 297 C.P.; privaciones de libertad del art. 141, inc. primero C.P., etc.).²³ Este hecho es una consecuencia de la *unidad del ordenamiento jurídico*, conforme a la cual la esencia de cada una de sus ramas sólo puede ser aprehendida mediante una referencia al contexto de que forma parte. Y debe acentuárselo porque, tal como muchas veces se incurre en la tentación de trasladar superficialmente a otros campos los conceptos pertenecientes a una de ellas²⁴, es frecuente también olvidar sus relaciones, sobre todo cuando éstas son menos evidentes que en el ejemplo propuesto.

¹⁹ *Supra*, I, b), 2.

²⁰ JAKOBS 4, II A 1, pág. 59.

²¹ MUÑOZ CONDE, *Introducción*, II, págs. 58 y sigts. y, en especial, la exposición en págs. 79 y sigts. Véase, *asimismo*, *supra*, 3, III.

²² CURY, *La ley penal en blanco*, cit. 4, págs. 18 y sigts., con detalle y bibliografía.

²³ En el mismo sentido, con detalle, COUSIÑO, 11, 155, A, págs. 134 y sigts., en donde se examinan varios otros casos.

²⁴ *Supra*, 4, III.

a) No son leyes en sentido estricto y, por consiguiente, no constituyen fuentes del derecho penal, los decretos con fuerza de ley, esto es, aquellas manifestaciones de la potestad normativa del Poder Ejecutivo que, en virtud de una delegación de facultades realizada por el Legislativo, regulan materias propias de una ley.

La posibilidad de efectuar esta clase de delegaciones era cuestionada en general cuando regía el texto original de la C.P.E. de 1925.²⁵ La opinión prevalente las consideraba inconstitucionales y "desaconsejables políticamente".²⁶ Sin embargo, como esa Carta Fundamental no se refería al asunto -aunque de su historia se desprendería que tal silencio implicaba una desautorización²⁷ -, era posible abrigar dudas o eludir un pronunciamiento, como, en verdad, lo hizo constantemente la jurisprudencia.²⁸ La reforma de este texto constitucional, que entró en vigencia el 4 de noviembre de 1970 (Ley 17.284), puso fin al debate. Por un lado, el art. 44, N° 15 permitía expresamente que el Poder Legislativo hiciera delegación de sus facultades respecto de ciertas materias. Por el otro, en la enumeración que se hacía de estas últimas no se incluían (con toda razón) las de carácter penal. A partir de ese momento la cuestión quedó zanjada, haciéndose patente la inconstitucionalidad de los D.F.L. que crean delitos a imponen penas. Tanto más cuanto que la norma "previene expresamente que la delegación no podrá referirse a materias comprendidas en las garantías constitucionales (con ciertas excepciones que no se extienden al principio de reserva ni a las garantías procesales-penales)".²⁹ La solución aparece aun más enfatizada en el art. 61, inc. segundo de la C.P.R. de 1980, en donde la prohibición de que la autorización se extienda a materias comprendidas por las garantías constitucionales no reconoce ahora excepción alguna.

A pesar de todo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se inclinan a una solución radical y satisfactoria del problema que implicaría la declaración de inconstitucionalidad de cada una de las normas penales contenidas en D.F.L. Esa actitud se funda, sobre todo, en consideraciones de carácter práctico. Por una parte, la Corte Suprema sostiene que decisiones de esa clase importarían una invasión en las atribuciones de los otros Poderes del Estado³⁰; por la otra, se teme privar de vigencia a normas más o menos complejas, que regulan actividades de interés social considerable³¹ y cuya sustitución importaría trastornos de toda índole.

En mi opinión, ambos argumentos son insatisfactorios.

Es una responsabilidad de la Corte Suprema, establecida expresamente en el art. 80 de la C.P.R. de 1980 -que reproduce la facultad consagrada por el 86 de la C.P.E. de 1925-, trazar los límites de la potestad legislativa de los otros Poderes a través del recurso de inaplicabilidad. Sólo una concepción anacrónica del principio de separación de los Poderes del Estado podría apreciar en eso una infracción de su contenido; pues para el Estado de derecho contemporáneo, ese principio no excluye sino que presupone una interrelación constante entre dichos Poderes y, así precisamente, la limitación de cada uno por los otros, en un juego de permanente equilibrio y ajuste. Lo cierto es que nuestros altos tribunales, escudados por lo general en consideraciones formales, han renunciado una y otra vez a participar en esa delicada tarea, declinando de tal manera quizás la parte más importante de

²⁵ Véase, detalladamente, NOVOA, 1, 90, págs. 127 y sigs.

²⁶ NOVOA, 1, 90, pág. 129. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, la edición, 1, págs. 61 y sigs.

²⁷ NOVOA, 1, 90, pág. 128.

²⁸ Véase, al respecto, ETCHEBERRY, *D.P.J.*, 1, 3, págs. 16 y sigs.

²⁹ ETCHEBERRY, 1, pág. 80, GARRIDO, 1, 6, pág. 89.

³⁰ ETCHEBERRY, op. y loc. cit.; NOVOA, 1, 90, pág. 129.

³¹ ETCHEBERRY, op. y loc. cit.

su función social y desguarneciendo al ciudadano frente a los abusos de autoridad, sea que éstos procedan del Ejecutivo, del Legislativo o de ambos simultáneamente.

Por lo que se refiere a las dificultades que generaría la declaración de inconstitucionalidad de aquellos D.F.L. que infringen el *nulla poena*, creo que se las magnifica. Puesto que el recurso de inaplicabilidad sólo produce efectos respecto de una o más normas concretas para el caso determinado sobre el cual se pronuncia, difícilmente provocaría una perturbación de las relaciones jurídicas tan generalizada como la que parece temerse. Por supuesto, habría algún desorden, y el riesgo de que una actitud consistente de los tribunales lo aumentara cada vez más, al declarar sucesivamente inaplicables los D.F.L. viciosos. Pero un peligro como ése es saludable, pues fortalece el llamado de atención que se dirige a los Poderes comprometidos, induciéndolos a regularizar con prontitud la situación anómala a la que se trata de poner fin.³²

b) *Tampoco son leyes en sentido estricto y, por consiguiente, no constituyen fuente regular del derecho penal los decretos leyes*, esto es, aquellas normas dictadas por el gobierno de hecho durante un período de crisis constitucional, en el que los órganos del Poder Legislativo han cesado de funcionar.

Con todo, el problema que se presenta aquí es distinto del que plantean los D.F.L., pues, como observa ETCHEBERRY³³, en este caso no se trata de enjuiciar la constitucionalidad de tales disposiciones, porque ellas son, justamente, el producto de una situación en la que el orden constitucional se ha derrumbado y la Carta Fundamental no rige, de suerte que tampoco es posible vulnerarla.

Lo que ocurre es que en tales períodos existen de todas maneras unas relaciones sociales a las cuales es preciso regular, y quienes detentan el poder tienen que hacerlo mediante actos anómalos, cuya vigencia sólo depende de la medida en que las autoridades están en condiciones de imponerlos coactivamente. Por lo tanto, su imperio es una cuestión de hecho, que, como tal, no admite una valoración jurídica. Mientras persiste la situación irregular, esta clase de preceptos se cumplen o no, pero su validez está fuera de discusión, puesto que no hay una norma fundamental a la cual referirla.

La cuestión surge cuando se restablece el orden institucional, pues entonces sí es necesario evaluar el conjunto de los actos realizados por la administración de hecho, incluidos los D.L. de que se sirvió para ordenar las relaciones sociales mientras ostentaba el poder.³⁴

De acuerdo con lo expuesto, el principio ha de ser que los D.L. carecen de existencia en cuanto normas y, por consiguiente, sus mandatos y prohibiciones cesan de surtir efecto cuando desaparece la autoridad de facto que les otorgaba la coactividad en que se basaba su imperio. Lo cierto es, sin embargo, que, sobre todo cuando el período de anormalidad ha sido prolongado, las relaciones sociales ordenadas por esas disposiciones pueden ser numerosas y estar entrecruzadas de tal manera con las que se rigieron por normas jurídicas auténticas, que resulta prácticamente imposible separar las unas de las otras. Por esta razón, la conducta legislativa más sana pareciera consistir en efectuar un examen conjunto de los D.L., des-

³² Sobre la argumentación de los tribunales en casos específicos, ETCHEBERRY, *D.P.J.*, 1, 3, págs. 5 y 6 y IV, 483, pág. 1. Como en el texto, POLITOFF, 4, 1, pág. 100.

³³ ETCHEBERRY, 1, pág. 82.

³⁴ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, loc. cit.

cartando, sin más, todos aquellos cuyo desconocimiento no provoque problemas, y formalizando los restantes mediante un procedimiento jurídicamente (constitucionalmente) establecido. Mientras esto último no ocurra, aquellos que han creado delitos y consagrado las penas correspondientes no deben, en mi opinión, recibir aplicación.

La doctrina dominante ha operado aquí con un criterio semejante al que justifica la vigencia de los D.F.L. Los D.L., incluso aquellos que versan sobre materias penales, siguen siendo aplicados después que concluye la situación anormal, con el pretexto de evitar problemas prácticos.³⁵ Es verdad que en este caso el argumento se funda en hechos más complejos, lo cual acentúa su realismo. Aun así, creo que también aquí una actitud enérgica del Poder Judicial contribuiría a una regularización satisfactoria de la situación. Y esto no con el objeto de abogar por un formalismo vacío, sino a causa de que, en esta clase de materias, el imperio de las formas es, muchas veces, la única garantía de seguridad jurídica; por eso, habituarse a prestarles acatamiento puede ser fundamental para la preservación de la libertad.

III. LAS FUENTES MEDIATAS DEL DERECHO PENAL

Lo expuesto en el párrafo precedente no excluye la posibilidad de que otros actos legislativos cuya jerarquía es inferior a la de la ley en sentido estricto, y aun el derecho consuetudinario, puedan ser en algunos casos *fuerza mediata* del derecho penal. En efecto, esto ocurre, desde luego, cuando el precepto punitivo se remite a ordenamientos distintos cuya materia es susceptible de ser regulada en parte por *decretos, reglamentos, ordenanzas* o, incluso, por la *costumbre*. Asimismo, cuando, sencillamente, emplea conceptos procedentes de esos otros ámbitos jurídicos, cuyo sentido exacto está determinado hasta cierto punto por disposiciones contenidas en normas de menor nivel.³⁶

Ejemplos de estas situaciones se encuentran en los arts. 483 y 483b del C.P. —que, por lo demás, son muy reprobables desde el punto de vista técnico y político-criminal—³⁷ los cuales aluden reiteradamente a nociones propias del derecho mercantil. Como el art. 4º del C. de Comercio establece que “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley”, puede ocurrir que la aplicación de los aludidos preceptos dependa, en definitiva, de una norma consuetudinaria. Otro tanto cabe afirmar del art. 197 inc. segundo del C.P., en donde se sanciona la falsificación de instrumentos privados mercantiles; pues si “por obra de la costumbre comercial surgiera en nuestro país un documento mercantil diverso de aquellos que están expresamente contemplados en la legislación comercial escrita”, su falsificación debería castigarse con arreglo a esa disposición, cuya pena es más severa que la contemplada para la falsedad de un instrumento privado cualquiera.³⁸ Por otra par-

³⁵ Sobre los distintos argumentos que se invocan, según las circunstancias, permite formarse una opinión ETCHEBERRY, D.P. J. 2, págs. 2 a 5.

³⁶ En este caso, no por la costumbre. Al respecto, véase infra, a).

³⁷ Cfr. ETCHEBERRY, III, págs. 473 y sigs. y, especialmente, pág. 475.

³⁸ NOVOA, I, 85, pág. 122.

te, el art. 248 del C.P. es uno de los muchos y muy variados que pueden citarse en los cuales un decreto, reglamento a ordenanza puede determinar el contenido de la ley penal y, así, actuar como fuente mediata del derecho punitivo. En efecto, allí se castiga al “empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos.” Ahora bien, el carácter de “actos propios del cargo” a que se refiere este precepto puede encontrarse establecido en un decreto supremo, como, por ejemplo, el que contiene el reglamento del respectivo servicio, y lo mismo vale para lo referente a la determinación de los derechos que le pueden corresponder al funcionario.

En realidad, los casos en que el decreto, reglamento a ordenanza cumple una función más “ostentosa” como fuente mediata del derecho penal, son los de las *leyes penales en blanco*, a las cuales, por esto mismo —y a causa de los problemas especiales que suscitan—, he destinado un tratamiento separado en el apartado siguiente. Sin embargo, esto no significa que éstas sean necesariamente las hipótesis más importantes en las que se presenta tal situación.

a) SCHMIDTHAUSER opina que la costumbre nunca puede ser fuente del derecho penal en el sentido de fundamentar una pena. A su juicio, quienes sostienen otro criterio confunden este problema con el del valor vinculante de una interpretación de la ley existente por una jurisprudencia y doctrina constantes.³⁹ Pero lo último no es realmente una costumbre, pues ésta supone un consenso sostenido del grupo social, que bien puede ser antagónico con el punto de vista dominante en los tribunales y la literatura.

En nuestro ordenamiento, este argumento de SCHMIDTHAUSER es plenamente válido cuando no existe una remisión expresa de la ley a la norma consuetudinaria. En el caso contrario, no obstante, la costumbre adquiere el carácter de fuente mediata del derecho penal, aun para los efectos de fundamentar la pena, atendido lo dispuesto en el art. 2º del C.C. Por tal razón, en estas últimas situaciones lo decisivo para la resolución del tribunal no es la opinión uniforme de la jurisprudencia o la doctrina, sino *lo que en la comunidad se ha tenido durante largo tiempo por jurídicamente válido*.

b) Es muy discutida la cuestión relativa a si la costumbre puede derogar la norma punitiva cuando ésta cae en desuso.⁴⁰ En mi opinión, eso no es posible. Es verdad que en la práctica son numerosas las normas penales que cesan de recibir aplicación y son, incluso, olvidadas por los tribunales y la literatura. Así, ellas carecen en rigor de eficacia fáctica. Pero no por eso pierden también la vigencia *jurídica*. Quienes sostienen otra cosa ignoran la distinción entre los planos del *ser* y el *deber ser* que, si bien no conviene exagerar hasta convertirlos en mundos incomunicados, no puede sino ser reconocida como existente. La norma punitiva en desuso sigue rigiendo las situaciones para las que fue dada, aunque *de hecho* no se les aplique y, por lo tanto, no llegue a conformar ni siquiera parcialmente la realidad con su pretensión reguladora. Sin embargo, si después de mucho tiempo un tribunal la reencuentra y somete a ella su decisión, no violará el principio de legalidad. Por supuesto, en una hipótesis de esta índole existirán grandes probabilidades de que el autor se halle en *error de prohibición* y, por consiguiente, exculpado; pero esto último nada dice sobre la vigencia general de la ley, pues sólo se refiere al reproche personal que puede dirigirse al sujeto por su infracción.

c) Las causales de justificación pueden encontrar su fundamento en la costumbre⁴¹ y también en un simple decreto u ordenanza. Ello es así en virtud de la unidad de la ilicitud

³⁹ SCHMIDTHAUSER, 5, 7, pág. 68.

⁴⁰ Así, SCHMIDTHAUSER, op. y loc. cit., categóricamente.

⁴¹ Así, también, NOVOA, I, 85, pág. 123.

para el ordenamiento jurídico en general.⁴² Además, el reconocimiento de esta posibilidad permite que la legislación positiva se haga permeable a los nuevos intereses y valoraciones que se desarrollan incesantemente en la sociedad. Es precisamente por este conducto que cobra importancia práctica el concepto de la *antijuridicidad material* y se evita una rigidización inconveniente del catálogo de las causales de justificación.⁴³

Por el contrario, los casos de inimputabilidad y exculpación deben encontrarse establecidos formalmente en la ley.⁴⁴

En atención al carácter especialmente riguroso que se reconoce al derecho penal, es preciso tener en cuenta, en todo caso, que el reconocimiento de estas fuentes mediatas de sus normas debe efectuarse en forma limitada.

En cuanto a la *jurisprudencia* y la *doctrina*, aunque son auxiliares valiosos en la interpretación de la ley penal, jamás constituyen una fuente mediata o inmediata del ordenamiento punitivo.

Respecto de la jurisprudencia, sin embargo, la cuestión actualmente es objeto de controversia. Toda una corriente teórica estima, en efecto, que la norma general se concreta en la resolución judicial específica, y es en ella en donde adquiere vigencia efectiva. El asunto, cuyo tratamiento pormenorizado escapa a los límites de esta exposición, dista de ser académico. Sobre esa base puede afirmarse incluso la irretroactividad de la aplicación de las resoluciones judiciales que alteran sustancialmente el contenido atribuido a una norma por la jurisprudencia constante.⁴⁵

Finalmente, tampoco la llamada "ley del contrato" puede constituirse en fuente del derecho penal. En consecuencia, carecen de eficacia las cláusulas en virtud de las cuales uno o ambos contratantes se someten a la imposición de una pena penal en caso de incumplir las obligaciones contraídas en virtud del pacto.⁴⁶

IV. LAS LEYES PENALES EN BLANCO

*Ley penal en blanco es aquella que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta.*⁴⁷

Este concepto se aleja, hasta cierto punto, del que suele encontrarse en la literatura nacional.⁴⁸ Sobre todo porque contiene la exigencia de que la ley en blanco determine, en general, cuál será la acción o omisión que en ciertas circunstancias especiales se castigará, y porque entre las de esta clase incluye leyes penales cuyo blanco es cerrado por normas procedentes de la misma instancia legislativa. Los

⁴² Supra, 3, III, a).

⁴³ JESCHECK, 24, 3, b), pág. 212; ROXIN, 14, 9, pág. 560 e infra, 22, IV.

⁴⁴ En el mismo sentido NOVOA, I, 85, pág. 123.

⁴⁵ Así, V. STRASSBURG, *Rückwirkungsverbot and Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, cit. III, 4, b), págs. 965 y 966. Al respecto véase infra, 10, II, h); contra ROXIN, 5, 59, págs. 165 y 166. con bibliografía.

⁴⁶ Así la escasa jurisprudencia sobre el punto. Véase ETCHEBERRY, *D. P.J.*, I, 1, págs. 1 y 2.

⁴⁷ Una exposición detallada sobre mis puntos de vista en esta materia puede encontrarse en CURY, *Contribución al estudio de las leyes penales en blanco*, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. I, N° 4, Bogotá, noviembre de 1978, págs. 7 y sigts. y *La ley penal en blanco*, cit., passim.

⁴⁸ Véase, por todos, COUSIÑO, I, 19, pág. 83, LABATUT, I, 43, pág. 40. Como en el texto ETCHEBERRY, I, págs. 83 y sigts.; GARRIDO, I, 6, I, d), págs. 89 y 90.

motivos de estas dos particularidades —una de las cuales, cuando menos, aparece ahora impuesta constitucionalmente— se encontrarán en los párrafos siguientes.

a) Fundamento del empleo de las leyes penales en blanco

Una apreciación de los problemas planteados por las leyes penales en blanco requiere tener presentes, ante todo, los fundamentos de su empleo en las legislaciones. Pues, en rigor, sería deseable que el contenido de todo precepto punitivo se encontrase en él mismo, sin que fuese preciso acudir a otras normas, incluso de jerarquía inferior, para complementarlo. Pero en la actualidad esto es imposible y, probablemente, lo seguirá siendo más y más en el futuro, a medida que se extiende la protección penal de bienes jurídicos cuya consistencia depende de relaciones cambiantes, porque se hallan sujetos a la compleja dinámica de la vida contemporánea.

Así, pues, es necesario acudir a una ley penal en blanco, en primer lugar, cuando el legislador advierte que la materia sobre la cual versan las prohibiciones y mandatos puede experimentar cambios sucesivos, acelerados e impredecibles, a causa de que se encuentra referida a relaciones complejas y muy sensibles a las variaciones de situaciones diversas e interdependientes. Este es, por ejemplo, el caso de las normas que sancionan delitos tales como los cambiarios, los tributarios (delitos fiscales) y otros semejantes. Del mismo modo se requiere también de una ley en blanco cuando se estima oportuno amenazar con la misma pena una variedad de conductas, normadas orgánicamente en un texto legal extrapenal o, de manera dispersa, en varios de ellos.

El legislador debe cuidarse, sin embargo, de la tentación de echar mano a leyes penales en blanco para castigar, sin residuo, todas las infracciones a las normas reglamentarias o legales que regulan una institución, actividad o relación. Esto suele conducir a un desperdicio deteriorante del instrumento punitivo. Además a injusticias, pues el disvalor de los distintos ilícitos alcanzados por la sanción es, a menudo, diferente, y esta disparidad no puede ser aprehendida por la ley en blanco, salvo si acude a una inaceptable indeterminación de la pena. La economía legislativa no debe confundirse con la pereza ni con el afán reprobable de castigarlo todo.

Las hipótesis descritas precedentemente son las únicas en las que debe recurrirse al procedimiento de dictar leyes en blanco.

b) Clasificación de las leyes penales en blanco

Es bastante frecuente en la literatura distinguir las leyes penales en blanco propias de las impropias. Al primer grupo pertenecen aquéllas en que "el complemento se halla contenido en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa".⁴⁹ Al segundo, las que están complementadas por una ley distinta, pero de igual o superior jerarquía. De acuerdo con este criterio, las únicas que presentan auténticos

⁴⁹ MEZGER, I, 24, III, pág. 397.

problemas son las leyes en blanco "propias". Las otras, por el contrario, son una simple aplicación de técnicas legislativas sin gran trascendencia práctica.⁵⁰

En mi opinión, este punto de vista es incorrecto.

Desde luego, la mayor parte de los problemas técnicos generados por la ley en blanco se presentan cuando el complemento se encuentra abandonado tanto a una norma del mismo rango como a una instancia legislativa de jerarquía inferior. Así, por ejemplo, los que surgen si la disposición integrativa no se dicta o se deroga después de que la ley en blanco ha entrado en vigencia⁵¹ y los que provoca su modificación.

De igual manera, las cuestiones suscitadas por el error de prohibición que recae sobre el contenido o la existencia del precepto complementario son semejantes en ambos casos, aun cuando exista, naturalmente, la posibilidad de solucionarlos en forma diferente.⁵²

Pero, además, contra lo que parece ser la opinión dominante entre nosotros, también puede ponerse en duda que en las llamadas leyes en blanco impropias el *nulla poena* esté completamente a salvo, en especial cuando la disposición complementaria se encuentra en una norma extrapenal. En efecto, a esas leyes no se exige una determinación rigurosa del hecho que sancionan como la que se espera de las punitivas. Más bien se piensa que técnicamente es deseable acentuar su generalidad, evitando así lagunas en la regulación de la institución respectiva. Por otra parte, si a pesar de todo se presentan algunos vacíos, el juez cuenta con la posibilidad de recurrir a la analogía y otros medios de integración para superarlos, cosa que el derecho penal no admite, excepto dentro de límites circunscritos.⁵³ Todo lo cual complica la interpretación y aplicación de la ley penal en blanco impropia, poniendo en peligro al principio de reserva.

En realidad, cuando se sostiene que las leyes en blanco "impropias" constituyen un puro arbitrio técnico, no se tiene en cuenta el verdadero significado del principio de reserva. Como éste es una premisa válida para todo el sistema de normas punitivas, las condiciona no sólo en cuanto les exige formas más precisas, sino, sustantivamente, porque las somete a un régimen de interpretación más estricto, que circunscribe la materia de sus mandatos y prohibiciones. Por consiguiente, cuando una ley penal remite la determinación de estos últimos a disposiciones situadas en otros ámbitos del ordenamiento, introduce un cuerpo extraño en la estructura del derecho criminal que provoca, necesariamente, dificultades a su organización y funcionamiento.⁵⁴

El hecho de que el precepto complementario proceda formalmente de la misma instancia legislativa no es, pues, decisivo, y, a mi juicio, las leyes penales en blanco de ambas categorías deben ser examinadas conjuntamente; sin perjuicio, claro está, de acentuar las diferencias indispensables cuando lo exija la naturaleza de las cosas.

Las leyes en blanco impropias pueden ser, a su vez, con *reenvío interno* (el complemento se confía a otro artículo del mismo texto legal) o *externo* (la disposi-

⁵⁰ JIMENEZ DE ASUA II, 618, págs. 349 y sigts.; NOVOA, I, 83, pág. 121, quien ni siquiera aprecia una ley en blanco cuando se trata de las impropias. Con reservas, COUSIÑO, I, 19, pág. 86.

⁵¹ En el mismo sentido, COUSIÑO, I, 19, pág. 86, nota 8.

⁵² *Infra*, 28.

⁵³ *Infra*, 8, IV, c) y VI.

⁵⁴ Véase, con detalle, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 10, a), págs. 40 y sigts.

ción complementaria se encuentra en otra ley formal). Unas y otras generan problemas semejantes⁵⁵, aunque cuando la remisión se efectúa entre disposiciones de una normativa prevalentemente penal (Código Penal o leyes complementarias del mismo) las dificultades se atenúan.

c) Las leyes penales en blanco y el principio de legalidad

Como ya se ha dicho, el problema principal (no el único) suscitado por las leyes penales en blanco se refiere a su constitucionalidad⁵⁶ o, dicho de manera más general, de su compatibilidad con el principio *nulla poena*. En efecto, la cuestión radica en decidir si esas normas satisfacen la exigencia de que las conductas delictivas deben encontrarse descritas y las penas correspondientes establecidas en una ley penal previa, escrita y estricta. Para lo cual no basta comprobar que ellas constituyen una necesidad impuesta por la realidad legislativa de nuestra época⁵⁷, pues de ese hallazgo a lo sumo podría deducirse que es preciso consagrarlas *aunque vulneren el principio de reserva*, pero no que se adecuen a sus exigencias.

Para una parte de la literatura, el problema es más aparente que real, pues desde que la ley penal en blanco se remite al precepto complementario, el contenido de éste se incorpora al de aquélla, integrándose a su estructura y adquiriendo su mismo rango y calidad. Por consiguiente, el principio *nulla poena* permanece a salvo: las leyes en blanco sólo constituyen una excepción "aparente" a su vigencia.⁵⁸

Este criterio, que desde el punto de vista lógico parece impecable, se encuentra sometido, en mi opinión, a reparos materiales y prácticos, aparte de que, en el presente, no podría compatibilizarse con la disposición del art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980.⁵⁹

El principal consiste en que de esta manera el *nulla poena* se formaliza de tal manera que cesa de cumplir la función de garantía en la cual radica su fundamento. En efecto, el principio de reserva tiene por objeto primordial asegurar que los ciudadanos sepan, con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya ejecución a omisión, según el caso, trae aparejada la imposición de una pena. Para que cumpla ese cometido, la ley debe proporcionar los antecedentes necesarios sobre lo que es mandado o prohibido, pues sólo de este modo el súbdito estará enterado de lo que puede hacer o abstenerse de hacer. Al *nulla poena* no le basta con que una ley haya erigido ciertas conductas en delito, si no da cuenta, al propio tiempo, de cuáles son ellas mediante una descripción de sus rasgos esencia-

⁵⁵ *Ibid.* Otra opinión en SCHMIDTHAUSER, 3, 47, pág. 91. Asimismo antes CURY, I, I, 7, IV, b), pág. 135.

⁵⁶ ETCHEBERRY, I, págs. 84 y sigts.

⁵⁷ *Supra*, a).

⁵⁸ COUSIÑO, I, 19, págs. 83 y 85; MEZGER, I, 24, III, pág. 397: "Desde el punto de vista penal es irrelevante esta especial forma de legislación penal en blanco" "El necesario 'complemento' es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal". En el mismo sentido, pero con limitaciones impuestas por su sistema legal, JESCHECK, 12, III, 2, pág. 98.

⁵⁹ Conviene precisar que el criterio de COUSIÑO a que remite la nota anterior fue expuesto antes de la aprobación de este nuevo texto constitucional.

les. Naturalmente esto puede hacerlo también remitiéndose a esquemas trazados en otros textos legales, incluso de jerarquía inferior, pero siempre que ellos satisfagan los requisitos indispensables para dar certeza a los destinatarios respecto a lo que está impuesto o vedado. Por esto, nadie aceptaría una ley en blanco que amenace con una pena a quien infrinja "cualquier disposición contenida en un decreto supremo del Presidente de la República", a causa de que significaría crear un desconcierto general sobre la consistencia de los ilícitos punibles; y, sin embargo, también en este caso podría afirmarse que la excepción al *nulla poena* sólo es aparente, pues existe una ley "previa, escrita y estricta" que, al referirse a ellos en esa forma, incorporó a su contenido el de todos los decretos supremos que haya dictado el Presidente de la República.

El propio COUSIÑO, no obstante sostener el criterio a que me estoy refiriendo, subraya que el "verdadero reparo" a las leyes penales en blanco está en la incertidumbre en que dejan a los habitantes sobre la licitud o ilicitud de sus actos.⁶⁰ Pero siendo así, el principio de reserva no puede considerarse servido sólo porque "el precepto o hipótesis de hecho siempre tiene un origen legal, aunque se lo defina en documentos administrativos, dictados mediante autorización de la ley".⁶¹

Por otra parte, tampoco es aceptable resignarse a la evidencia de que la ley en blanco constituye una "clase especial" de leyes penales que "no satisfacen totalmente las exigencias" del *nulla poena*.⁶² Puesto que éste se encuentra consagrado en la Carta Fundamental, una norma que *no lo satisfaga totalmente* debe considerarse, sin más, inconstitucional.

El problema es actualmente más agudo, porque el inc. octavo del N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980 pareciera vedar la posibilidad de consagrar una ley penal en blanco. En efecto, con arreglo a tal norma, "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella", y esto, naturalmente, sugiere la idea de que se halla prohibida para esos efectos la remisión a otras disposiciones, sobre todo si ellas son de una jerarquía inferior. Este criterio, por otra parte, fue defendido por una considerable mayoría de los miembros de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución, de conformidad con cuyo punto de vista la disposición tenía por objeto y significaba la proscripción de toda ley penal en blanco.⁶³

En mi opinión, éste es uno de aquellos casos en que la voluntad del autor de la ley no coincide con la de esta última, pues el inc. octavo N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980 no excluye la posibilidad de sancionar una ley en blanco, sino que tan sólo la limita, subrayando más bien el *principio de tipicidad*. Sin embargo, no cabe duda de que, frente al tenor de ese precepto, es preciso enfatizar las exigencias que deben dirigirse a esta clase de normas si se quiere preservar su constitucionalidad.

A mi juicio, para alcanzar una solución satisfactoria es preciso contemplar las leyes en blanco a la luz de las exigencias materiales que yacen en la esencia del

⁶⁰ COUSIÑO, I, 19, pág. 85.

⁶¹ Idem.

⁶² Así, entre otros, NOVOA, I, 83, págs. 119 y 120, a quien pertenece la cita del texto. (El destacado es mío).

⁶³ Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399, pág. 3151.

principio *nulla poena*. Esto significa que ese género de disposiciones sólo es aceptable cuando reúne características capaces de asegurar al ciudadano el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una pena penal. Así como que el núcleo de éstos ha sido decidido inmediatamente por los representantes de la voluntad soberana del pueblo: para lo cual, en cumplimiento del mandato expreso contenido en el art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980, es preciso respetar ciertos requisitos que importan limitar el arbitrio del legislador al dictarlos.⁶⁴

1) La ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionada con una pena, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá.

Como se ha expresado, el fundamento práctico del *nulla poena* se encuentra en la necesidad de garantizar al ciudadano que lo amenazado con una sanción punitiva se hallará siempre determinado en una ley formada con arreglo a los procedimientos establecidos constitucionalmente a ese efecto y recibido la publicidad consiguiente. Sin embargo, la ley puede cumplir dicha función sin ofrecer por sí misma una descripción pormenorizada de las circunstancias en que la acción a omisión dada será objeto de castigo. Para ello le basta con alertar al súbdito sobre el hecho de que tal o cual acción u omisión puede llegar a estar sancionada con una pena si se la realiza bajo ciertos presupuestos que se encuentran precisados o llegarán a estarlo en una norma distinta, de igual o inferior jerarquía.

Esta "puesta en guardia" es, además, una invitación a informarse sobre la norma complementaria, cuyo contenido, por otra parte, queda de esta manera rigurosamente circunscrito, de suerte que no podría sorprender al súbdito. De este modo, por último, se satisface la exigencia del art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980, con arreglo al cual la conducta —pero no, necesariamente, los presupuestos de su punibilidad— debe estar expresamente —pero no, necesariamente, de manera agotadora— descrita en la propia ley que consagra la pena respectiva.⁶⁵

Cuando, por el contrario, el blanco de la ley se extiende incluso a la acción u omisión respectiva, de suerte que ella se limita a castigar la infracción de ciertas normas contenidas en otras leyes, su adecuación al *nulla poena* y, por ende, su constitucionalidad, son cuestionables. Con este procedimiento, efectivamente, se deja al ciudadano en la incertidumbre sobre lo que puede o no hacer. Y eso no tanto porque si el complemento se encuentra en un precepto de jerarquía legislativa inferior cesa de regir a su respecto la presunción de conocimiento de la ley⁶⁶—cosa que no me parece del todo exacta⁶⁷—, sino a causa de consideraciones que afectan a toda disposición de reenvío, cualquiera sea su origen.

El reparo principal deriva de que, en atención a su finalidad y funciones, las disposiciones extrapenales no describen conductas sino que se limitan a establecer reglas de cuyo cumplimiento depende la validez o los efectos jurídicos de los actos o situaciones a que se refieren. A causa de esto, su infracción puede adoptar, generalmente, una multiplicidad de formas insospechadas, muchas de las cuales, además, surgirán de interpretaciones que, sien-

⁶⁴ Una exposición pormenorizada de estos requisitos en CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 17 a 29, págs. 68 a 105.

⁶⁵ Respecto al grado de precisión que se debe exigir a la descripción de la conducta. CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 18, págs. 68 y sigs.

⁶⁶ Así, COUSIÑO, I, 19, pág. 85.

⁶⁷ *Infra*, 28.

do legítimas a su respecto, no lo son cuando se trata de establecer el sentido de un precepto punitivo, porque crean una zona de incertidumbre, sometiendo la libertad de los ciudadanos a un riesgo intolerable.

Un ejemplo de las consecuencias aberrantes a que puede conducir una ley en blanco de esta clase, no obstante servirse de un reenvío interno, lo proporciona el art. 125 de la Ley General de Ferrocarriles, de conformidad con el cual "las infracciones (de esa ley), cometidas con voluntad criminal (!) que no tengan pena especial señalada, serán castigadas con *presidio menor en su grado máximo*, y multa... por denuncia de los inspectores, de los pasajeros, o a solicitud del ministerio público". No se necesita ahondar en la interpretación de semejante disposición para comprender que, con arreglo a ella, cualquiera puede verse expuesto a la imposición de una pena privativa de libertad severa por haber incurrido en el quebrantamiento de regulaciones triviales del tráfico ferroviario, cuya extensión y significado son prácticamente imprevisibles.

El hecho de que la ley formal no necesita determinar todos los detalles del hecho punible se deduce también de la historia del art. 19, N° 3°, inc. octavo de la C.P.R. En efecto, con arreglo a las actas de la comisión que redactó el proyecto, la norma disponía originalmente que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *completa* y expresamente descrita en ella". No se conocen los motivos por los cuales más tarde el texto fue modificado y adoptó la redacción actual, pero es evidente que en ésta se abandonó la exigencia de que la descripción fuera, además de expresa, *completa*.

2) Cuando la ley en blanco se remite a una norma legislativa de inferior jerarquía, debe determinar por sí misma la sanción aplicable; a aquélla sólo puede abandonar la precisión de las circunstancias bajo las cuales la conducta será castigada.

Este asunto es debatido.⁶⁸ En mi opinión, sin embargo, no debiera prestarse a dudas.

En primer lugar, no existen motivos prácticos que justifiquen una renuncia del legislador a precisar por sí mismo los marcos penales correspondientes a cada delito. Que la descripción de una parte del tipo sea confiada a órganos legislativos más ágiles puede comprenderse porque, como se explicó, las circunstancias de las cuales depende el disvalor de una conducta suelen ser mudables y su determinación legal complicada, de manera que no existe otro recurso viable para hacerse cargo de ellas. Los límites de la pena amenazada, en cambio, pueden ser establecidos por el legislador en forma de habilitar a la jurisprudencia para hacerse cargo de las modificaciones que experimenta la valoración social de las conductas incriminadas, conservando, con todo, incólume la garantía de que en ningún caso la sanción a la cual está expuesto el ciudadano podrá sobrepasar ciertos márgenes o adoptar características insospechadas.

No obstante, el peor reparo que puede dirigirse al empleo de este procedimiento radica en que cuando la ley remite la facultad de establecer las penas a una instancia legislativa de jerarquía inferior, no dispone de recurso alguno para prevenir excesos y arbitrariedades.

⁶⁸ Véase, por todos, JIMÉNEZ DE ASUA, II, 618, e), pág. 353; así también LABATUT, 43, pág. 40; como en el texto POLITOFF 4, 1, a), págs. 105 y 106.

Para evaluar el riesgo que significa entregar a una autoridad administrativa la facultad de precisar la pena, es necesario tener en cuenta que éstas, aun con las mejores intenciones, suelen ser proclives a efectuar inconvenientes despliegues de severidad. Esto obedece, en parte, a que a menudo se encuentran demasiado próximas a los efectos inmediatos de la conducta reprobada, a causa de lo cual se inclinan a magnificarla; además, a que, por la inversa, carecen de perspectiva suficiente para apreciar la globalidad de las valoraciones ejecutadas por el legislador y, por consiguiente, de las proporciones que recíprocamente deben guardar entre sí; en fin, a que la índole de sus funciones las inclina a conceder excesiva importancia a la prevención general, descuidando, en cambio, las otras misiones de la pena y su incidencia en la determinación de sus magnitudes relativas.

CASABO ha sugerido que, quizás, en estos casos la seguridad jurídica quedaría a salvo si la ley cuida de "señalar los límites máximos" para la pena a determinar.⁶⁹ Pero esto me parece incierto, pues, o bien el límite se coloca demasiado alto, y entonces el margen de elección es tan amplio que la restricción no constituye garantía para el súbdito, o bien se lo sitúa muy abajo, y en ese caso parece inútil entregar una posibilidad de alternativa a la administración, cuando sería preferible ofrecerla directamente a la judicatura mediante el establecimiento de un marco penal flexible.

Todas estas consideraciones, en suma, conducen, a mi juicio, a impugnar la constitucionalidad de estas leyes penales en blanco "al revés"⁷⁰, pues constituyen una infracción a los fundamentos materiales del *nulla poena*. Finalmente, debe tenerse en cuenta que en el art. 19 N° 3° inc. séptimo de la C.P.R. en donde se consagra el principio, su vigencia se afirma de manera absoluta: toda pena debe estar "señalada" en una ley.

3) Las normas complementarias de la ley penal en blanco deben recibir una publicidad semejante a la de ésta, aun cuando se encuentren consagradas en un instrumento legislativo de jerarquía inferior que, en otras circunstancias, no estaría sometido a ese trámite. En la práctica, esto significa que deben ser publicadas en el Diario Oficial.

Como es evidente, sólo de esta manera cobra sentido la advertencia contenida en la ley en blanco, franqueando al ciudadano la posibilidad de informarse, por los conductos en que acostumbra hacerlo, sobre cuáles son las formas de la conducta prohibidas y permitidas respectivamente.⁷¹

4) El órgano al cual se confía la dictación del precepto complementario ha de tener una potestad extendida a todo el territorio sobre el que rige la ley nacional.

Cuando menos, este criterio debe considerarse válido en los Estados unitarios, así como en aquellos que, no obstante su organización federal, confían la dictación de normas penales sólo al Poder Legislativo central. En ellos, efectivamente, los ciudadanos están acostumbrados a que los mandatos o prohibiciones cuya infracción se amenaza con una sanción punitiva rijan sobre la totalidad del territorio nacional, de suerte que, dondequiera se hallan, las cosas que pueden o no hacer son las mismas o, por lo menos, han sido determinadas por una misma autoridad legislativa con unidad de criterio. Por consiguiente, la ley los sorprende de una manera inaceptable cuando entrega la facultad de llenar el blanco a organismos

⁶⁹ CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, 23, 1, pág. 29.

⁷⁰ Con este nombre las designa JIMENEZ DE ASUA, II, 618, e), pág. 353. Así también COUSIÑO, I, 19, pág. 85; ETCHEBERRY, I, pág. 86, el cual, al parecer, las considera, como en el texto, inaceptables.

⁷¹ En el mismo sentido, COUSIÑO, I, 19, pág. 85; ETCHEBERRY, I, pág. 86; POLITOFF 4, 1, a), pág. 105.

administrativos o legislativos regionales, provinciales, departamentales, comunales o de cualquier otra índole semejante, pues eso significa exponerlos a encontrarse con la extraordinaria situación de que en ciertos lugares del país se considera lícito lo que en otros está permitido, y viceversa.

Por supuesto, nada obsta a que, en determinadas circunstancias, el legislador atienda a las peculiaridades de una zona determinada y consagre la tipicidad de una conducta sólo cuando se la ejecuta dentro de ella. De hecho este recurso suele emplearse con relativa frecuencia. Pero ese procedimiento es distinto del de una ley penal en blanco que, al remitirse a preceptos emanados de instancias legislativas territorialmente circunscritas, se incorpora un contenido variable, cuyo sentido se altera cada vez que el ciudadano traspone determinados límites regionales. Así, por ejemplo, no hay inconveniente alguno para que la norma castigue al que trafique con una cierta sustancia en aquellas zonas del país que un decreto del Presidente de la República precisará. En cambio, es intolerable la ley que sanciona a quien ejerce el comercio ambulante infringiendo los reglamentos dictados al respecto por las municipalidades. Mientras en el primer caso los súbditos sabrán con exactitud, tan pronto se dicte el decreto supremo, que la conducta descrita puede ejecutarse en algunos lugares y se encuentra prohibida en otros, así como cuáles son éstos, en el segundo pueden enfrentarse, estupefactos, al hecho de que precisan conocer centenares de reglamentos para saber lo que va siendo permitido a medida que se desplazan por las distintas comunas del país.

Con arreglo a lo expuesto, también es inadmisibles la ley en blanco que abandona el complemento a "una orden que obliga la conducta de un sujeto determinado en un caso concreto".⁷² Esta situación involucra, más que una violación al *nullum crimen*, una infracción al principio de igualdad ante la ley, y al respecto parece existir acuerdo unánime.⁷³

Aunque el asunto se ha discutido poco, en general parece no haber inconveniente para que el complemento de la ley en blanco se encuentre en una ley extranjera⁷⁴ o —cosa que en el presente puede llegar a ser más frecuente— en normas de carácter internacional con vigencia supraestatal.⁷⁵ Con todo, es preciso enfatizar que, en tales casos, la ley en blanco sólo cobrará vigencia plena una vez que la norma extranjera o internacional a la cual se remite haya recibido la publicidad interna correspondiente, de conformidad a lo expuesto precedentemente.

Lo expresado en el párrafo anterior vale, asimismo, para aquellos casos en que la ley en blanco se remite a un tratado, en cuyo caso requiere, además, el cumplimiento de los otros requisitos establecidos constitucionalmente para la validez de dicho instrumento en el territorio de la República.

5) Puesto que el contenido de la norma complementaria integra el tipo de la ley en blanco, rige para ella la exigencia de determinación del hecho.⁷⁶ Es decir, ella debe precisar, tanto como le sea posible, los contornos de lo que está prohibido, describiéndolo, conjuntamente con la ley en blanco, de manera pormenorizada. Asimismo, debe someterse a los límites que le han sido fijados por la norma en blanco en

⁷² MAGGIORE, I, pág. 148.

⁷³ NOVOA, I, 83, pág. 121, aunque comparte la afirmación, no le atribuye las consecuencias destacadas en el texto. Esto se debe a que interpreta la noción de "orden" en una forma distinta, como se deduce de los ejemplos que propone. Sobre lo que se entiende por orden, véase RAFAEL MACKAY, *El delito de desobediencia en el Código de Justicia Militar de Chile*, Santiago, 1965, 50, págs. 103 y sigs.

⁷⁴ Asf. MEZGER, I, 24, III, pág. 397.

⁷⁵ Una exposición sobre el desarrollo de esta clase de normas y su creciente importancia para el derecho penal del futuro, puede encontrarse en JESCHECK, 2, I, 2, págs. 9 y 10 y 14, págs. 103 y sigs.

⁷⁶ *Infra*, 16, III, b), ff).

relación con la extensión de la prohibición o mandato y la naturaleza del bien jurídico al que aquélla se propone dar protección, especialmente cuando emana de una instancia legislativa de inferior jerarquía.⁷⁷

Con respecto a los problemas de interpretación de la ley en blanco y su complemento, *infra*, 8, VII. En relación con sus efectos temporales, *infra*, 10, II, f, *in fine*.

§ 8. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN EN GENERAL

a) Interpretar, en sentido estricto, significa *comprender*, esto es, "un proceso espiritual [...] mediante el cual un espíritu pensante responde al mensaje de otro espíritu, que le habla a través de formas representativas".⁷⁸

Conforme a esto, la interpretación es una forma de conocimiento que presenta la particularidad de suponer tres términos: la manifestación espiritual, la forma representativa a través de la cual aquélla se exterioriza y el intérprete. Esto provoca dificultades, pues como la manifestación espiritual cuyo sentido se trata de aprehender sólo es accesible al intérprete a través de la intermediación de la forma representativa empleada para expresarla (lenguaje oral o escrito, lenguaje musical, representación plástica, actuación, etc.), la posibilidad de comprensión de aquélla está determinada por la mayor o menor perfección del instrumento empleado a fin de exteriorizarla y por la mayor o menor corrección con que su autor se haya valido de él. A causa de esto puede llegar a suceder, incluso, que lo *manifestado* difiera de lo *pensado* por el autor, cosa que tratándose de la interpretación de la ley suscita problemas de gran significación, aparte de que se ve aún más complicada por otras peculiaridades de ella.⁷⁹

Con arreglo a lo expuesto, la interpretación en sentido riguroso sólo se da cuando se trata de "saber" el sentido de una manifestación del espíritu humano. Los procesos puramente causales que ocurren en la naturaleza se conocen, pero no requieren ser interpretados. Salvo, por supuesto, que se les atribuya un significado como expresiones de un "espíritu universal", según sucede con las corrientes de pensamiento panteísta. Pero la discusión de estos puntos de vista escapa a la presente exposición. En lo demás, sólo en sentido metafórico puede hablarse de una "interpretación" de los fenómenos causales.

Vale la pena subrayar que, en contraste con lo que a menudo se cree entre los juristas, las leyes son únicamente unas de entre las múltiples manifestaciones del espíritu humano que requieren de interpretación.⁸⁰ No sólo el texto sagrado, la obra literaria y la de arte en general tienen que ser "entendidos", sino también el acontecimiento histórico o la conducta práctica de un hombre cualquiera.

⁷⁷ Para mayores precisiones, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 22 a 26, págs. 88 y sigs.

⁷⁸ EMILIO BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, I, pág. 95.

⁷⁹ *Infra*, II, c.

⁸⁰ Así lo destaca SCHMIDTHAUSER, 5, 29, pág. 80.

b) La interpretación en general puede clasificarse, atendiendo a su finalidad, en *cognoscitiva, reproductiva y normativa*.⁸¹ La primera tiene por objeto la comprensión del sentido de la manifestación espiritual para el solo efecto de su conocimiento exacto, como ocurre, especialmente, con la interpretación filológica y la histórica; la segunda implica "hacer entender" a otros mediante la re-presentación de la manifestación espiritual, realizada por el intérprete como intermediario (interpretación musical, teatral, etc.); la tercera obedece a la finalidad de entender para mantener la vigencia de una norma de conducta (mandato o prohibición) destinada a la regulación de los valores imperantes en una sociedad (interpretación teológica, jurídica, etc.).

Naturalmente, la interpretación de la ley en vigor es de carácter *normativo y constituye* el motivo de nuestro interés actual. Sin embargo, puede haber también una interpretación de la ley puramente cognoscitiva, cuando se trata de precisar el sentido de las normas pertenecientes a un sistema jurídico histórico, como, por ejemplo, del derecho romano. Que la metodología aplicable en uno y otro caso ha de ser distinta, debiera resultar más evidente de lo que suele serlo en la práctica docente de esas disciplinas.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN GENERAL

a) De acuerdo con lo expuesto, interpretar la ley significa comprenderla.

Procurando precisar algo más esta idea, entre nosotros suele decirse que la interpretación de la ley implica fijar "su sentido y alcance". En mi opinión, la formulación no es del todo afortunada, porque supone desdoblarse una actividad que, por su naturaleza, sólo puede realizarse en forma *indivisible*. Lo que pareciera sugerir es que la interpretación debe determinar el contenido normativo de la disposición y la extensión de los casos a los cuales ella se propone afectar con sus mandatos o prohibiciones. Pero estas dos operaciones se hallan en una relación de dependencia tan inextricable que no es posible independizarlas ni siquiera conceptualmente. Un mandato o prohibición sólo tiene "sentido" en cuanto se encuentra referido a cierto círculo de casos, de tal modo que la precisión del "alcance" de la ley es una precondición para el establecimiento de su significado. Por eso aquí he preferido prescindir del concepto tradicional, que, según temo, se presta además para esquematismos y simplificaciones inconvenientes.

Puesto que la vigencia misma de toda ley depende de su comprensión, ya que sólo después de ella los destinatarios estarán en situación de acatarla y aplicarla, la teoría de la interpretación de la ley excede con mucho el campo del derecho penal. Pero como, a su vez, la interpretación de la ley penal se rige en lo fundamental por los mismos principios que la de la ley en general, resulta indispensable hacer aquí algunas precisiones que incluso permitirán entender mejor varias de las peculiaridades referentes a la comprensión de las disposiciones penales en particular.

⁸¹ BETTI, op. cit., I, 21°, págs. 347 y sigs. El autor denomina a la primera interpretación "*meramente cognoscitiva*", término que seguramente es más expresivo que el empleado en el texto, pero, por desgracia, carece de un correlato exacto en lengua española.

b) Como ya se ha dicho en el apartado precedente, la aplicación de la ley presupone su interpretación.⁸² En efecto, sólo cuando el sentido de la norma ha sido precisado es posible decidir si es apropiada al caso concreto que se trata de resolver y cómo lo soluciona.

Contra esta opinión se ha sostenido que, en el caso de leyes con un sentido perfectamente claro, la interpretación resulta innecesaria y la aplicación puede efectuarse de inmediato.⁸³ Pero el error de este criterio es perceptible si se piensa que ya para afirmar la claridad de la norma ha sido preciso interpretarla, pues sólo después de haberla comprendido se puede decir de ella que su sentido es fácilmente accesible. Por supuesto, hay casos en que la tarea hermenéutica es —o, por lo menos, parece— sencilla, de suerte que el sentido de la disposición se aprehende con tanta rapidez que pareciera no requerir esfuerzo de comprensión alguno. Pero esto no es sino aparente, pues hasta en los casos extremos —y, por cierto, más bien raros— en los que ocurre así, el entendimiento depende de todo un acervo cultural adquirido previamente por el intérprete, el cual es puesto al servicio de la comprensión en forma automática pero siempre susceptible de ser distinguida y reconocida como anterior al acto de aplicación.

Así, pues, *toda ley necesita ser interpretada*, pues sólo después de ello puede aplicársela y, consiguientemente, cumplir su función de regular la vida social.

En algunos períodos históricos se ha producido una tendencia a combatir la interpretación de manera radical, prohibiéndola, incluso, en forma expresa, como lo hiciera Justiniano respecto del *Digesto*. Muchos siglos más tarde, BECCARIA la impugnó desde un punto de vista teórico, sosteniendo que "la autoridad de interpretar las leyes penales [no] puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores."⁸⁴ Por este motivo exigía que el magistrado se limitara a efectuar un silogismo perfecto en el que la premisa mayor debía ser la ley general, la menor la acción conforme o no con la ley y la consecuencia la libertad o pena, pues consideraba que "cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aun que sea dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre".⁸⁵

Es curioso destacar que este tipo de opiniones se ha generado en consideraciones políticas antagónicas. En efecto, la prohibición de interpretar el *Digesto*, o el disgusto de Napoleón al conocer los primeros comentarios al Código Civil francés⁸⁶, se funda en el temor del autócrata de ver debilitada su autoridad por los resultados de la labor hermenéutica. Al contrario, la concepción de BECCARIA está inspirada en el deseo de impedir que una "justicia de gabinete", puesta al servicio del poder, desnaturalice las expresiones de la voluntad soberana manifestada a través de la representación legislativa. En ambas situaciones se espera preservar por este medio el imperio de la voluntad de un legislador a cuya declaración se atribuye la capacidad de mantener por sí sola un tipo de organización social en la cual se advierten ventajas aparentemente insuperables.

Prescindiendo por ahora de consideraciones materiales sobre la validez y practicabilidad de tal pretensión⁸⁷, lo cierto es que ella resulta insostenible incluso desde un punto de vista formal. Así, en efecto, si se acepta una proposición como la de BECCARIA, se tropezará con

⁸² COUSIÑO, I, 23, págs. 97 y 98; ETCHEBERRY, I, pág. 97; GARRIDO, I, 6, III, págs. 91 y 92; GARCIA MAYNES, *Lógica del raciocinio jurídico*, México-Buenos Aires, 1964, pág. 32; POLITOFF, 4, 2, pág. 119; LABATUT, I, 97, pág. 45.

⁸³ NOVOA, I, 94, pág. 134.

⁸⁴ BECCARIA, IV, pág. 75.

⁸⁵ BECCARIA, IV, pág. 76.

⁸⁶ Cfr. SOLER, *Interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, I, pág. 8, que alude también a la prohibición de interpretar el Código de Baviera.

⁸⁷ Sobre ello véase una sucinta discusión, infra, c), especialmente aa).

la dificultad de que para establecer correctamente la relación entre la premisa mayor (la ley) y la menor (el caso concreto sometido a la decisión), es imprescindible *comprender* el sentido de aquella, y, como se ha procurado demostrar más arriba, el solo esfuerzo por lograr ese objetivo implica ya un acto de *interpretación*. La verdad es que una norma que no ha sido interpretada no puede ser aplicada, sencillamente porque no es conocida, y es imposible hacer *imperar* aquello cuyo significado "no se sabe".

c) Como todo lo que se ha de interpretar, la ley es una manifestación espiritual que se ha realizado a través de una forma representativa, la cual, en este caso concreto, consiste en el lenguaje escrito. De acuerdo con lo que se ha expresado al respecto, esta inevitable intermediación de dichas formas representativas entre el autor y el destinatario crea dificultades considerables para la inteligencia exacta del sentido que se trata de comprender.⁸⁸ Y, a causa de las particularidades que rodean la generación de las normas jurídicas, éstas se ven acrecentadas. En efecto, al menos actualmente, las leyes no son jamás la creación de una voluntad individual. En el proceso de su gestación interviene una pluralidad de organismos (oficinas de la administración dependientes del Ejecutivo, Parlamento, etc.), que, a su vez, están compuestas por un número crecido de personas. Como se ha señalado con razón⁸⁹, incluso aquellos que en el seno de los cuerpos colegiados votaron en contra de lo aprobado por la mayoría, contribuyeron, sin embargo, a la formación del precepto, porque, aun con su disidencia, permitieron que la voluntad de la organización se expresara contando con el quórum necesario para ello. Si se piensa, además, que las palabras —contra lo que se creyó alguna vez— en pocas oportunidades —o, acaso, nunca tienen un significado unívoco (cosa que se agrava aún más al incorporarlas en la contextualidad de una frase), se verán las enormes dificultades que existen para determinar el contenido del mensaje que pretendía transmitir ese ente ideal y multifacético al cual en el presente denominamos *legislador* (en el sentido de *autor de la ley*). ¿Qué es lo que se ha mandado? ¿Lo que deseaba el Presidente de la República o un parlamentario cualquiera cuando pidió a sus colaboradores que elaboraran el proyecto? ¿Lo que entendieron y procuraron expresar estos últimos en el texto redactado? ¿Lo que estaban pensando que se mandaba aquellos congresales que votaron favorablemente la proposición, supuesto incluso el caso improbable de que todos lo entendieran en la misma forma? He aquí esquemáticamente presentado el cuadro de las dudas ante las cuales se encuentra el intérprete cuando aborda su tarea desde este ángulo.

Pero, aparte de esto, hay todavía otro aspecto del asunto que lo complica aún más.

El *ordenamiento jurídico*, como lo indica su nombre, constituye una totalidad orgánica, de la que las distintas normas no son partes dispersas e independientes unas de otras, sino elementos que se articulan para la integración del *sistema*. Por consiguiente, una norma no puede entenderse rectamente si no se la aprecia en su posición dentro de esa estructura cuya naturaleza depende, desde luego, del cuerpo legal existente al momento de su dictación, pero, además, de las alteraciones que

⁸⁸ Supra, I, a).

⁸⁹ COUSIÑO, I, 25, págs. 99 y 100; RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1959, 15, pág. 147.

éste pueda experimentar en el futuro, a causa de la dictación de otras disposiciones que modifiquen su configuración. A diferencia de lo que ocurre —y sólo hasta cierto punto— con el poeta o el filósofo, que envían un mensaje aislado y sin otro propósito que el de comunicarlo a sus semejantes, el legislador, por lo mismo que pretende mandar o prohibir —esto es, regir la conducta de los participantes en la convivencia— incorpora implícitamente a su manifestación de voluntad todo el tejido normativo que en el momento de efectuarla impera ya, e incluso, todo el que, aun cuando principie a imperar más tarde, afectará por fuerza a su contenido. De este modo, la interpretación de una ley nunca puede suponer sólo la reconstrucción del pensamiento de su autor —el cual, por lo demás, como se ha visto, únicamente puede determinarse en forma relativa—, sino que debe hacerse cargo de las consecuencias que para la comprensión del texto tiene su situación en el sistema jurídico actual.

Una percepción quizás algo unilateral de estos problemas ha dado origen, a mi juicio, a la ardua polémica entre las teorías *psicológica o subjetiva* y *teleológica u objetiva* de la interpretación.

aa) En conformidad a la teoría *subjetiva o psicológica*, la tarea del intérprete consiste en rehacer el pensamiento del legislador, en "repensar" lo querido por éste en el momento de poner en vigencia el precepto legal. Por consiguiente, la voluntad de la ley aparece, de acuerdo con este criterio, confundida con la del legislador. Lo que la ley quiere mandar o prohibir actualmente no es sino lo que su autor quería mandar o prohibir al promulgarla.

Este punto de vista imperó en la mayor parte de la doctrina en las postrimerías del siglo XVIII y durante la primera mitad del XIX. En parte se fundaba en consideraciones políticas semejantes a las de BECCARIA, esto es, el temor de que el texto legal fuese desnaturalizado por los intérpretes con el pretexto de desentrañar su espíritu. Pero en parte quizás aún más importante, en el respeto que inspiraban los legisladores de la época, que, según se suponía, habían satisfecho la esperanza utópica de convertir en ley positiva los dictados del derecho natural racional.⁹⁰ La norma imperante estaba ahora en armonía perfecta con las exigencias impuestas por la naturaleza de las cosas. Por esto no era admisible que su interpretación tendiera a otro objetivo que el de reconstruir la reflexión de quienes habían hecho realidad ese milagro.

La teoría *subjetiva* tropezó, desde luego, con todos los inconvenientes que existen para precisar aquello a lo cual se ha de tener por la voluntad del legislador y a los que se aludió más arriba. Pero, aparte de eso, fracasa también cuando intenta mantener vigente el sentido original de los mandatos y prohibiciones, prescindiendo de las alteraciones que implica no sólo su inserción en el sistema, sino, además, las modificaciones experimentadas por el conglomerado social al cual pretende regir. En este punto, la ilusión de haber encontrado un ordenamiento perfecto de valores intemporales a inmutables tenía que conducir a consecuencias sumamente insatisfactorias, determinando una progresiva tensión entre las normas y la reali-

⁹⁰ EBERHARD SCHMIDT, *La ley y los jueces*, en *Derecho injusto y derecho nulo*, cit., págs. 29 y sigts.; SOLER, *Interpretación de la Ley*, cit., II, págs. 14 y sigts.

dad, con una pérdida de la fe no tan sólo en la ley positiva sino en el derecho como conjunto. Al final los propios juristas, despojados ya de las convicciones jusnaturalistas que habían alentado a sus predecesores, se deslizarían durante todo el siglo XIX y principios del XX hacia un positivismo exagerado, en el cual las consideraciones de seguridad desplazaban por completo a las de justicia⁹¹; o bien hacia un "decisionismo" intuitivo y vacilante, que al romper con la primacía de la ley sumergía al mundo de las relaciones jurídicas en la incertidumbre.⁹²

bb) La teoría *objetiva o teleológica* postula que la interpretación tiene por objeto precisar la voluntad de la ley, patente en ella misma y con prescindencia de lo que pueda haber sido querido por el legislador concreto. En palabras de RADBRUCH, uno de sus expositores más clásicos, "la ciencia del derecho es la ciencia del *sentido objetivo y no del subjetivo del derecho*".⁹³ "No se propone, pues, la fijación del sentido pensado por el autor de la ley".⁹⁴ "El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor -es más, tiene que ser más inteligente-".⁹⁵ "De esta manera, no es la interpretación jurídica un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una idea hasta su último extremo".⁹⁶

Esta determinación de la voluntad objetiva de las normas jurídicas presupone la de su *finalidad (telos)*, pues es a partir de esta última que se puede fijar aquélla. El sentido de la ley, lo que ella "quiere", es dado por el *fin* que persigue, el cual debe deducirse no sólo de su propio texto, sino de las ideas que informan el derecho como unidad de significados valorativos. El punto de partida es brindado por la interpretación filológica del texto legal⁹⁷, pero luego se precisa remontar por encima de ella en una labor creadora orientada al fin de la norma, la cual procura no sólo precisar su voluntad, sino, además, desenvolver sus posibilidades implícitas de acuerdo con las exigencias cambiantes de las circunstancias.

La teoría objetiva, así entendida, es dominante en la literatura comparada contemporánea.⁹⁸ Sin embargo, no está exenta de reparos.

En primer lugar, es evidente que, aun si se desea tomar como base del proceso hermenéutico la ley en sí misma y no la voluntad de quienes la elaboraron, no es posible prescindir por completo de esta última, ya que, a fin de cuentas, por lo menos la forma a través de la cual se expresa la norma ha dependido de ella y del significado que les atribuía.⁹⁹ En tal sentido, resulta quizás algo exagerada la afir-

⁹¹ Sobre este aspecto del proceso, véase la excelente exposición de E. SCHMIDT, op. y loc. cit.

⁹² Al respecto, con gran detalle y extensa crítica, SOLER, *Interpretación de la Ley* cit. IV y sigts., págs. 31 y sigts., *Las palabras de la ley*. México 1969, VIII y sigts., pág. 72 y sigts.

⁹³ RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, cit., 15, pág. 146.

⁹⁴ RADBRUCH, op. cit., 15, pág. 147.

⁹⁵ RADBRUCH, op. cit., 15, pág. 148.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ RADBRUCH, op. cit., 15, pág. 148.

⁹⁸ Véase, por todos, aparte del ya citado RADBRUCH, BAUMANN, 13, 1, 2, págs. 136 y sigts.; CEREZO, 1, pág. 66; COUSIÑO, 1, 25, págs. 99 y sigts.; ETCHEBERRY, I, págs. 98 y 99; MAURACH, I, 9, B, pág. 107; MEZGER, I, 11; 1, pág. 138; SCHMIDTHÄUSER, 5, 31, pág. 82; SCHONKE-SCHRODER, 2, 34 y sigts., págs. 63 y sigts. Indeciso GARRIDO, I, 6, III, págs. 93 y 94. Una postura intermedia también en ROXIN, 5, 32, págs. 150 y 151.

⁹⁹ En este sentido, BETTI, *Teoría generale...* cit., II, pág. 816 y sigts.

188

mación de MAURACH, según la cual "la interpretación *histórica* ha pasado [...] a ser un recurso de último grado".¹⁰⁰ No es posible, por cierto -como ya se ha explicado-, identificar el sentido de la ley con la voluntad de los participantes en su creación; pero para fijar el significado propio de la norma es indispensable hacerse cargo de lo que fue esa intención, al menos en sus rasgos generales, ya que incluso sólo así podrá verse el contraste entre uno y otra allí donde éste existe. Es verdad que el proceso de establecimiento de la ley constituye nada más que uno de entre los varios factores que deben tenerse en cuenta para determinar el contenido de voluntad de ésta, pero me parece excesivo reducirlo a la condición de un elemento auxiliar de último rango.¹⁰¹ Lo importante no es tanto minimizar su influencia como criterio de interpretación, sino distinguir con claridad su función puramente instrumental de la calidad de meta del proceso hermenéutico que le atribuía la teoría subjetiva.

Asimismo se ha observado que la teoría objetiva incurre en una cierta tautología, pues pretende emplear el fin de la norma como guía de toda la actividad interpretativa, en circunstancias que la determinación de dicho fin solamente puede hacerse mediante una precisión del significado de los elementos que integran el precepto, lo cual presupone la interpretación.¹⁰² La crítica, con todo, es más aparente que real. Pues, como se ha destacado ya, esa finalidad puede deducirse de una consideración más general, referida al contexto del ordenamiento jurídico y, en especial de los principios constitucionales que lo rigen¹⁰³, a la cual puede relacionarse, para elevarlo a un plano valorativo, el análisis "filológico" que sirve de punto de partida a la tarea del intérprete. Por otra parte, ya SCHLEIERMACHER había enfrentado esta dificultad, resolviéndola, según opinión de DILTHEY, "de la manera más elegante". "Comenzaba con una sinopsis de la articulación, que se podía comparar a una lectura ligera; abarcaba la conexión entera, tanteando; aclaraba las dificultades, y mantenía reflexivamente todos aquellos pasajes que suministraban un atisbo de la composición. Entonces empezaba propiamente la interpretación".¹⁰⁴ En esta forma, mediante un procedimiento de "ida y vuelta" que presenta semejanzas con el de retroalimentación, superaba el obstáculo propuesto. Naturalmente, la solución no es todo lo perfecta que podría desearse. Pero es que, como también lo destaca DILTHEY, "tropezamos aquí con los límites de toda interpretación que cumple con su tarea sólo hasta un cierto grado, de suerte que todo comprender es siempre relativo y jamás se puede agotar".¹⁰⁵

cc) A mi juicio, siempre que se tengan en cuenta los alcances y dificultades expresados en el apartado precedente, la interpretación de la ley debe realizarse con arreglo a

¹⁰⁰ MAURACH, I, 9, B, pág. 107.

¹⁰¹ Va bastante más lejos que lo expresado en el texto la síntesis entre teoría subjetiva y objetiva propuesta por JESCHECK, 17, IV, 2, págs. 139 y 140: la interpretación objetiva sólo cumpliría una función auxiliar, cuando la subjetiva no es posible.

¹⁰² Así, BAUMANN, 13, I, 2, pág. 136, quien, sin embargo, admite que se trata de una objeción superable.

¹⁰³ En el mismo sentido, BAUMANN, op. y loc. cit.

¹⁰⁴ DILTHEY, *Orígenes de la hermenéutica*, en *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, N°s 46-47, Santiago, 1980, pág. 107.

¹⁰⁵ *Ibid.*

un criterio objetivo. Esto significará que el ordenamiento jurídico se encuentre en un constante proceso de desarrollo orientado precisamente por la tarea de los intérpretes, el cual lo privará, hasta cierto punto, de la certeza a que aspiró la escuela exegética. Tal cosa es inevitable. En un mundo en el que la individualidad sólo puede trascender en forma limitada y que está sometido a un cambio continuo, las reglas destinadas a ordenar la conducta de los hombres no pueden estar dotadas de una transparencia total e imperturbable que asegure su fijeza.

d) A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en los que la manera de interpretar las leyes se halla abandonada a los criterios de la jurisprudencia, el nuestro dispone de un conjunto de reglas expresas sobre la materia en los arts. 19 a 24 del C.C., las cuales reclaman aplicación general para todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las normas constitucionales y, por supuesto, también las penales.

Dichas disposiciones, que no se encontraban en el Código Civil francés, fueron tomadas por BELLO del de las Luisianas, el cual reproducía, casi punto por punto, las fórmulas elaboradas por V. SAVIGNY y consideradas tradicionalmente como la expresión clásica del punto de vista psicológico o exegético. Por esto no es raro que durante todo el siglo pasado y la primera mitad de éste, los juristas nacionales —en especial los civilistas— hayan defendido el predominio de tal concepción en nuestro ordenamiento jurídico.¹⁰⁶

Sin embargo, las investigaciones más recientes han mostrado que al efectuar el traslado a su proyecto, BELLO introdujo en los textos del modelo escogido una serie de modificaciones que no sólo alteraban su forma sino su contenido, alejándose del "canon" de V. SAVIGNY.¹⁰⁷ Así, por ejemplo —y aunque aquí es imposible hacerse cargo del asunto con la extensión que requiere—, vale la pena hacer notar que en el art. 19 del C.C. el elemento gramatical ha dejado de ser un recurso para averiguar la voluntad del autor de la ley, transformándose en un instrumento destinado a precisar el sentido de ella misma, entendido como manifestación literal de su propia voluntad. De la misma forma, en el inc. segundo de esa disposición la averiguación en torno a la "historia fidedigna" del establecimiento de la ley cumple también un puro papel de herramienta para la tarea de encontrar y fijar el *telos* de la norma (su "intención o espíritu"). Por consiguiente, debe considerarse muy infortunado que una parte de la jurisprudencia prosiga considerando los arts. 19 y sigts. del C.C. como una extrapolación del "canon" de V. SAVIGNY a nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁸ y resolviendo los problemas hermenéuticos según formulas exegéticas.

e) La interpretación de la ley es algo distinto de su integración no obstante lo cual es frecuente confundirlas, por lo menos en cuanto se incorporan al número de los recursos hermenéuticos algunos que en realidad son integrativos.

¹⁰⁶ Cfr. DUCCI, *Interpretación jurídica*, Santiago, 1977, 66, págs. 97 y sigts.

¹⁰⁷ Sobre ello, con detalle, DUCCI, *op. cit.*, 65, págs. 95 y sigts., si bien sus resultados son discutibles.

¹⁰⁸ En el mismo sentido del texto, la exposición de COUSÍNO, I, 26, págs. 102 y sigts., así como su artículo sobre la interpretación de la ley penal en la dogmática chilena, en R.C.P., tomo XX, 1961, págs. 197 y sigts. Para una consideración más detallada de los arts. 19 y sigts., véase infra, IV.

La integración de la ley tiene lugar cuando existe una *laguna legal*, esto es, cuando el ordenamiento jurídico positivo no contempla una disposición que resuelva en forma expresa el caso sometido a decisión. En tales situaciones, el juez debe, a pesar de todo, fallar el asunto que se le ha confiado, porque así lo dispone el art. 10, inc. segundo del C.O.T., para lo cual se encuentra en la necesidad de crear una norma nueva que le dé solución. Por consiguiente, en esta clase de hipótesis no tiene lugar interpretación alguna¹⁰⁹, puesto que no existe precepto cuyo sentido haya de averiguarse; el juez, aquí, integra el sistema con una regla que él formula y establece para el caso concreto.¹¹⁰ El recurso a la *equidad natural y al espíritu general de la legislación* —del cual, como se precisará más adelante¹¹¹, forma parte la *analogía*— es un instrumento propio de la integración y no de la hermenéutica.

Como lo expuesto presupone la existencia de lagunas legales que requieren de procedimiento integrativo, será rechazado por quienes consideran el ordenamiento jurídico positivo como una totalidad cerrada y carente de vacíos.¹¹² En este lugar resulta imposible detenerse sobre una consideración pormenorizada de ese punto de vista y las críticas que se le han dirigido. Sin embargo, puede sostenerse con alguna certeza que, en el presente, la opinión predominante se inclina a considerar que el *derecho*, entendido como algo más comprensivo que la pura *ley positiva*, carece de lagunas, pero, en cambio, que en esta última tales lagunas existen. La tarea integradora del juez consiste, precisamente, en cerrar los claros del ordenamiento legal acudiendo a materiales subyacentes en la idea del Derecho.

f) Atendiendo a quien la realiza, la interpretación de la ley suele clasificarse en *auténtica o legislativa, judicial y privada o doctrinaria*.

Esta clasificación ha sido objeto de críticas que en lo esencial compartimos sobre todo porque existen formas de interpretación auténtica que no proceden del legislador¹¹³, y además, porque a lo largo de la Historia sus distintos términos no siempre han podido diferenciarse con la precisión necesaria. Con todo, siendo de uso común en el campo de la docencia actual, prefiero echar mano de ella a fin de evitar innovaciones riesgosas en una materia que escapa al ámbito de mi competencia y en la cual es fácil inducir a confusión.

aa) La interpretación es *auténtica o legislativa* cuando la efectúa el propio legislador en cuanto tal y, por consiguiente, *mediante una ley*.

bb) La interpretación es *judicial* cuando la realizan los tribunales en ejercicio de su potestad jurisdiccional, al resolver un caso concreto.

cc) La interpretación, finalmente, es *privada o doctrinal* cuando la efectúa un particular, por lo común perteneciente a la profesión jurídica.

En los tres apartados siguientes, los problemas relativos a la interpretación de la ley penal se examinan sistematizándolos sobre la base de esta clasificación. En el

¹⁰⁹ Salvo, naturalmente, la que ha de hacerse para dar por establecido que ninguna de las disposiciones en vigor se refiere al caso en cuestión. Pero esto es otra cosa.

¹¹⁰ En el mismo sentido, GARCIA MAYNES, *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., págs. 25 y 41.

¹¹¹ Infra, VI, a)

¹¹² Así, en especial, los integrantes de la Escuela de Viena, encabezados por Kelsen. Véase, por todos, de este último, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Moisés Nilve, Buenos Aires, 1960, X, 7, págs. 172 y sigts.

¹¹³ DUCCI, *op. cit.*, 18, págs. 40 y 41; GARRIDO, I, 6, IV, pág. 95.

último del capítulo, en cambio, se analizan ciertas cuestiones que caen de lleno en el campo de la integración¹¹⁴, pero a las que se ha preferido asilar aquí a fin de conservar la unidad de la exposición.

III. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DE LA LEY PENAL

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación auténtica es la que realiza el legislador en cuanto tal, mediante la dictación de una ley interpretativa. En atención a su origen, esta forma de interpretación es "generalmente obligatoria" (art. 3º inc. primero C.C.), fijando, en consecuencia, el sentido de la ley en una forma que es vinculante para todos y en todo caso.

Aunque parece evidente, no está de más subrayar que la interpretación sólo es auténtica cuando se efectúa en una ley. Las opiniones privadas del autor de la ley quedan, pues, fuera de consideración.

La cuestión de si una ley es verdaderamente interpretativa o si, por el contrario, modifica, complementa o incluso deroga de manera tácita a la pretendidamente interpretada, *debe resolverse soberanamente por los tribunales con un criterio material*.¹¹⁵ Esto significa que una disposición puede ser considerada interpretativa, aunque formalmente no se atribuya ese carácter, cuando sea patente que su única finalidad radica en esclarecer y fijar el sentido de otra norma. Al contrario, la ley no es interpretativa, aunque se titule como tal, si resulta que en realidad altera, extiende o hasta contradice el alcance de aquella a la que supuestamente tenía el propósito de interpretar. La opinión contraria, que ha sido sostenida especialmente en el campo del derecho civil, implica una concesión exagerada al positivismo más extremo.

La C.S. pareció inclinarse a una concepción material cuando resolvió que para que la interpretación de una ley se estime dada por el legislador y adquiera los caracteres de obligatoria, se requiere que aparezca en la ley interpretativa el espíritu de declarar el sentido de otra ley. Asimismo, la C.A. de Valparaíso acordó el carácter de interpretativa a la ley 11.625, que hacía aplicables las agravantes de premeditación y de alevosía al robo con homicidio, porque ya antes de su dictación esa posibilidad era discutida por la doctrina y la jurisprudencia, no obstante que el nuevo texto legal no se atribuía esa calidad.¹¹⁶ Claramente se pronuncia por un criterio material la sentencia de la C.S. de 1971, según la cual "para que una ley sea interpretativa no es preciso que lo diga en términos explícitos" aunque sí "que contenga un alcance, una explicación o aclaración de la ley que interpreta, de la cual se desprenda su propósito de aclarar el sentido de ésta".¹¹⁷

Lo expuesto hasta ahora es aplicable en general a la interpretación auténtica de la ley penal. En cambio, con arreglo al punto de vista dominante, no es válida para ella la norma contenida en el art. 9º inc. segundo del C.C., según la cual "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas

en éstas". Esto significaría atribuir a la ley interpretativa un efecto retroactivo, inaceptable en atención a la vigencia constitucional del principio *nulla poena*.¹¹⁸

En mi opinión, este punto de vista es desacertado. Si la ley es en realidad interpretativa —o sea, si efectivamente no hace más que fijar el sentido de ella dentro de los marcos conceptuales preestablecidos— y si, además, la decisión respecto a esa calidad pertenece a los tribunales, no se divisa la forma en que su aplicación retroactiva vulneraría el principio de reserva, puesto que la interpretación efectuada por la ley *también hubiese podido ser realizada lícitamente por el juez* aunque aquella no se hubiere dictado.¹¹⁹ Esto último no es tomado en cuenta por COUSIÑO y ETCHEBERRY cuando distinguen entre una interpretación auténtica más gravosa y más favorable para el reo.¹²⁰ Si la ley interpretativa se ha limitado a fijar uno de los varios sentidos que era posible atribuirle ya a la interpretada según su contenido preexistente, no se percibe cómo podría llegar a ser "favorable" o "gravosa" para el autor; si hace más, ya *no es una ley interpretativa*.

IV. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA LEY PENAL

a) La interpretación judicial de la ley es aquella que ejecutan los tribunales en ejercicio de su potestad jurisdiccional. No sólo se expresa, pues, en las conclusiones que integran la parte dispositiva de los fallos, sino también, de manera más explícita, en las consideraciones de los mismos. Sin embargo, cuando exista una contradicción entre esas dos partes de una sentencia, debe entenderse, a mi juicio, que la interpretación judicial se encuentra asilada en la parte resolutive, en tanto que los considerandos contradictorios quedan reducidos a la calidad de meras opiniones doctrinales. Lo último también es válido para los argumentos que fundamentan las disidencias en un tribunal colegiado.

b) En la realización de esta labor hermenéutica, los jueces se encuentran vinculados por las normas contenidas en los arts. 19 y sigts. del C.C.

De acuerdo con ellas, el punto de partida es una investigación filológica (*gramatical*) sobre el *sentido* de la ley, que debe procurar extraerse de su propio texto (art. 19 inc. primero C.C.). Para ello, como es lógico, tiene que comenzarse por determinar la significación de las palabras, a las cuales, por lo común, se atribuirá lo que el art. 20 del C.C. denomina "su sentido natural y obvio". Una opinión muy difundida sostiene que este último corresponde a las definiciones que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española.¹²¹ Pero este punto de vista me parece equivocado, en primer lugar, porque difícilmente sería posible sustentar que, en caso de apartarse de las significaciones más populares, pueda sostenerse que son

¹¹⁴ Supra, e).

¹¹⁵ DUCCI, op. cit., 22, pág. 48.

¹¹⁶ Cfr. ETCHEBERRY, *D.P.J.*, I, 6 págs. 13 y 14. ETCHEBERRY se muestra disconforme con el último de los fallos citados, porque "en verdad nada en el texto de la Ley 11.625 permite colegir que se trate de una ley interpretativa, y ella da igualmente base para sostener el punto de vista opuesto" (op. y loc. cit. pág. 14).

¹¹⁷ ETCHEBERRY, *D.P.J.*, IV, 486, pág. 5.

¹¹⁸ Así, COUSIÑO, I, 28, A, a), pág. 105; DUCCI, op. cit., 28 y sigts., 52 y 53; ETCHEBERRY, I, pág. 102; POLITOFF, 4, 2, pág. 125.

¹¹⁹ Así, también GARRIDO, I, 6, IV, pág. 95; NOVOA, I, 95, pág. 134; SOLER, I, 14, IV, pág. 136.

¹²⁰ COUSIÑO, op. y loc. cit., en nota anterior; ETCHEBERRY, op. y loc. cit., en nota anterior.

¹²¹ Así, entre otros, COUSIÑO, I, 29, A, págs. 107 y sigts., con una discusión minuciosa del asunto que, sin embargo, no me parece convincente.

más "naturales" y, sobre todo, "obvias", las estereotipias por lo general algo anquilosadas de dicho Diccionario; además, porque no es probable que, al elaborar la norma, BELLO haya pensado en el recurso a un instrumento gramatical emanado de la Real Academia de la Lengua, por la cual, como es sabido, experimentaba poca simpatía. Por consiguiente, debe entenderse que el sentido natural y obvio de las palabras es aquel que se les concede en el uso común de las mismas.¹²²

La jurisprudencia se sirve invariablemente del Diccionario de la Academia para fijar el sentido "natural y obvio" de las palabras.¹²³ En ello se expresa la tendencia al positivismo literalista de los tribunales, que procuran encontrar soluciones escritas para los problemas, eludiendo su responsabilidad en la determinación del sentido de la ley.

Cuando la ley proporciona una definición de ciertos términos, ésta prevalece sobre su significado corriente (art. 20 C.C., in fine). No obstante, en conformidad a la misma disposición, antes de hacer tal cosa es preciso investigar si la materia sobre la cual versa la ley que se trata de interpretar es la misma para la cual se dio la definición legal. De no ser así, recupera su vigencia la norma contenida en la primera parte del art. 20 del C.C.

Tratándose de expresiones técnicas de una "ciencia o arte", se las debe "tomar en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte" (art. 21 C.C., primera parte). Si entre éstos hay un desacuerdo, el tribunal tiene que decidir por el significado más adecuado al contexto legal y, por cierto, sin dejarse determinar por puras consideraciones estadísticas. La opinión sustentada por la mayoría bien puede no corresponder a la que se acoge en la norma. Por fin, si de la propia ley aparece claramente que la expresión técnica ha sido tomada en un sentido diferente del que le atribuyen los especialistas, se debe prescindir de éste (art. 21, in fine).

Ya las salvedades aludidas en el párrafo anterior ponen de relieve que es imposible una aprehensión cabal del sentido de las normas, incluso desde el punto de vista filológico, sobre la base de su consideración aislada y puramente textual. Por esto, el análisis gramatical de un precepto sólo constituye un punto de partida que pone al intérprete un marco de referencia inicial, cuyos límites no deben ser sobrepasados.¹²⁴ Sin embargo, para perfilar de manera adecuada el contenido de significación de la norma desde el ángulo filológico, es preciso acudir todavía al recurso sistemático¹²⁵, con arreglo al cual, como *unidad de sentido*, ella debe ser interpretada en forma que entre sus distintas partes haya "la debida correspondencia y armonía" (art. 22 inc. primero C.C.) y, además, que no aparezcan contradicciones entre sus mandatos y prohibiciones y las emanadas del contexto del ordenamiento jurídico (art. 22 inc. segundo). Esta labor no sólo permitirá resolver las dudas propuestas por la inteligencia del precepto que se trata de comprender, sino que resulta indispensable también cuando se cree haber determinado con claridad su sentido mediante la simple aproximación gramatical, pues la consideración del sistema puede

demostrar que tal claridad sólo era aparente y que, en su contexto, los términos empleados por la ley adquieren un significado nuevo o, cuando menos, una extensión distinta de la que aparecía primitivamente.

Me percató, naturalmente, de que al colocar el recurso sistemático junto al gramatical, atribuyéndole una función en el momento filológico de la interpretación, altero lo que ha sido la presentación tradicional del tema entre nosotros. Esto requeriría de una explicación más extensa, que aquí, por desgracia, me es imposible ofrecer. Hay, con todo, dos puntos que me parece indispensable recalcar.

En primer lugar, puede sostenerse legítimamente que la sistemática del párrafo 4 del Título Preliminar del C.C. responde precisamente a este criterio. Siempre se ha entendido, en efecto -y no podría ser de otra manera-, que los arts. 20 y 21 del C.C. tienen por objeto complementar y asegurar la practicabilidad del inc. primero del 19. Mi opinión es que lo mismo ocurre con el 22, al cual no existe motivo alguno para atribuir la autonomía que usualmente se le confiere. También los elementos "lógico" y "sistemático" -como suele denominárselos practicando lo que, a mi juicio, es una diferenciación artificiosa- están destinados a precisar el sentido de la ley manifestado en el texto. Por eso, ellos forman parte del momento filológico en el proceso hermenéutico, al cual sirven como instrumentos de la misma forma que el gramatical.

La segunda observación se refiere a la aparente contradicción que significa colocar recursos de carácter lógico al servicio de una función supuestamente descriptiva como es la determinación del sentido de un texto. Pero en rigor no la hay. Pues en un proceso de interpretación *normativa*¹²⁶ como la exigida por la ley, las simples descripciones están excluidas desde el principio. Toda la tarea es, en realidad, *axiológica*, puesto que apunta al esclarecimiento de los contenidos de valor que se expresan en los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico. Cuando al interpretar la ley procuramos determinar el significado de un vocablo, no nos interesa establecer lo que describe, sino la función que cumple ese contenido en la determinación de un *deber*. En este plano es lícito acudir también y conjuntamente a la consideración del factor sistemático, el cual tiene por objeto, justamente, colaborar a la precisión de tal significación axiológica mediante la consideración de la unidad de las valoraciones realizadas por el ordenamiento.

Una vez fijado el marco de sentido dado por el momento filológico, es preciso todavía, para alcanzar una auténtica comprensión del precepto interpretado, hacerse cargo de su *telos*, de su fin, esto es, de lo que el art. 19 inc. segundo del C.C. denomina su "intención o espíritu", para lo cual hay que estarse a lo que de él aparece claramente manifestado en la propia ley o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Nuevamente en este caso se haría necesaria una fundamentación detenida de la sistematización que propongo, pero, en atención a la índole de la obra, tampoco ahora puedo hacerla. Con todo, vale la pena subrayar que en el art. 19 inc. segundo del C.C., las palabras "intención" y "espíritu" son empleadas como sinónimos, y que la primera posee una significación identificable con la de *telos* o "fin". Por otro lado, quienes asilan tradicionalmente en esta disposición al elemento llamado "histórico", prescinden de que la norma se refiere de modo primordial a la posibilidad de investigar la intención o espíritu de la ley interpretada, aludiendo a la "historia fidedigna de su establecimiento" sólo como a uno de los recursos a que puede acudirse para la determinación de aquéllos.

En la consideración de lo que la propia ley manifiesta sobre sus fines, ha de tenerse presente, una vez más, que ella no está integrada por un artículo o párrafo aislado, sino por el complejo de mandatos y prohibiciones relativos a una misma materia. Ley, en este sentido, no es un precepto, sino una voluntad manifestada que frecuentemente es menester precisar mediante la apreciación de una variedad de

¹²⁶ Supra, I, b).

¹²² Como en el texto, ETCHEBERRY, I, pág. 69; GARRIDO, 6, V, pág. 98; POLITOFF, 4, 2, pág. 128.

¹²³ Véase, sobre ello, ETCHEBERRY, *D.P.J.*, I, 7, págs. 14 y sigts. Otra opinión en GARRIDO, op. y loc. cit en nota anterior, para el cual el criterio del texto sería actualmente dominante. El asunto es discutible.

¹²⁴ Así, BAUMANN, 13, I, 2, d), págs. 139 y 140; GARCIA MAYNES, *Lógica del raciocinio jurídico*, cit. I, 3, págs. 23 y 24; ROXIN, 5, 28 y sigts., págs. 148 y sigts.

¹²⁵ Así, JESCHECK, 17, IV, 1, a), pág. 138.

exteriorizaciones. Aquí, sobre todo, cobran significación las disposiciones constitucionales, cuyo sentido condiciona el de la totalidad del ordenamiento jurídico.¹²⁷

Por lo que se refiere a la "historia fidedigna del establecimiento" de la ley, me parece, contra la opinión dominante, que no sólo ha de tenerse por tal la del proceso constitucional de su formalización. También forman parte de ella los trabajos preparatorios e, incluso, los debates entre particulares cuando hayan encontrado una expresión pública significativa y sean reveladores de la situación cultural y ético-jurídica imperante en el momento de la generación de la ley.¹²⁸ Lo importante es que tales antecedentes sean comprobables, pues en tal sentido debe entenderse la exigencia establecida por el adjetivo "fidedigna".

Lo que a mi juicio debe ser subrayado al concluir esta ojeada de conjunto, es que los distintos momentos del proceso hermenéutico, así como los diferentes recursos de que el intérprete puede valerse con respecto a cada uno de ellos, no deben tratarse como "elementos" o "instrumentos" aislados y relativamente autosuficientes situados en una relación de subsidiariedad. Jamás será posible aprehender el sentido profundo de una norma desde una sola perspectiva y con prescindencia de los restantes enfoques.¹²⁹ Por esto, no obstante la formulación aparentemente tan perentoria y excluyente del art. 19, inc. primero del C.C., ha de entenderse que él sólo señala un orden de "sucesividad" en la operación, impuesto por las limitaciones inherentes al modo de conocer del ser humano.

c) Todo lo expuesto sobre la interpretación judicial es válido para la ley penal.

A este respecto, por consiguiente, sólo vale la pena recalcar un punto que suele generar equívocos: el relativo a la procedencia de *interpretar analógicamente* las leyes punitivas.

La *interpretación analógica*, tal como aquí se entiende, no es más que uno de los recursos destinados a la fijación del sentido de las normas en el ámbito sistemático. Supone sencillamente, atribuir a un texto cuyo significado es dudoso, el mismo que se le otorga en otra u otras leyes cuyo contenido ya ha sido interpretado y esclarecido, sobre todo cuando estas últimas "versan sobre el mismo asunto" (art. 22 inc. Segundo C.C.).

En tal acepción, la interpretación analógica tiene que distinguirse de la *analogía* empleada como recurso para la integración de lagunas legales¹³⁰, y es, por lo tanto, lícito acudir a ella a fin de fijar el sentido de las leyes penales.¹³¹

¹²⁷ Sobre este último punto, con detalle y bibliografía, BAUMANN, 13, I, 2, a), págs. 136 y 137; SCHMIDTHÄUSER, 5, 34, págs. 83 y 84. En un sentido algo diferente, BETTI, *Teoria generale...*, cit., II, págs. 811 y 812.

¹²⁸ En sentido amplio, también COUSINO, I, 29, B), pág. 110.

¹²⁹ En este sentido, DUCCI, op. cit., 63, págs. 63 y sigs., con jurisprudencia y bibliografía; GARRIDO, I, 6, V, pág. 97, nota 23.

¹³⁰ *Infra*, VI, a).

¹³¹ Claramente, en este sentido, JIMENEZ DE ASUA, II, 660, pág. 481, quien, sin embargo, prefiere prescindir del rótulo "interpretación analógica" y habla en su lugar de "interpretación extensiva". A mi juicio, la sustitución no es deseable, porque como se verá *infra*, d), se trata de cosas distintas. La mal llamada interpretación "extensiva" puede ser no sólo el resultado de una interpretación realizada mediante el recurso analógico, sino producirse a causa del empleo de cualquier otro dentro del proceso hermenéutico. A su vez, una interpretación "analógica" puede conducir también a resultados que importen restringir el significado aparente del texto legal o, simplemente, a confirmarlo. En el mismo sentido del texto, COUSINO, I, 21, pág. 90.

d) Por lo que se refiere a los resultados de la interpretación, suele distinguírsela en *declarativa*, *restrictiva* y *extensiva*.¹³² Tales términos no se hallan suficientemente definidos y es difícil conceptuarlos en forma correcta, por lo mismo que corresponden a una inadecuada percepción del proceso hermenéutico.

La interpretación sería declarativa cuando de ella resulta que la voluntad de la ley coincide con lo que a primera vista aparece de su tenor literal; restrictiva cuando conduce a decidir que aquélla pretende regir un ámbito más reducido que el que se deduciría de éste, y extensiva en el caso inverso. Sobre la base de tal distinción se ha sostenido, a veces, que la interpretación extensiva de la leyes penales se encontraría vedada.¹³³

Este punto de vista, que significa una extrapolación del principio procesal *in dubio pro reo* al campo de la hermenéutica, carece de fundamento. Puesto que la interpretación tiene precisamente por objeto determinar la verdadera voluntad de la ley, sus resultados no pueden sino ser *declarativos*, en el sentido riguroso del término. La interpretación sólo interpreta, no extiende ni restringe. Por eso, cuando de ella resulta que una norma penal se refiere a un número mayor de casos que los que aparecían de su consideración literal, nada obsta para que se la aplique a todos ellos, sin que eso importe violación alguna al principio de legalidad¹³⁴, y así se deduce, por lo demás, del art. 23 del C.C., con arreglo al cual "lo favorable a odioso de una disposición no se tomará en cuenta para *ampliar o restringir su interpretación*. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedente".

Por otra parte, como advierte Etcheberry¹³⁵, no es infrecuente que una interpretación "restrictiva" resulte desfavorable para el inculpado, como ocurre siempre que se interpretan de esa manera "disposiciones benignas". En tales casos, en efecto, al procesado le conviene una interpretación extensiva.

Naturalmente, es preciso hacerse cargo de que en muchos casos los límites entre lo que constituye *interpretación (extensiva)*, permitida y lo que ya es franca *integración por analogía* prohibida son, en la práctica, difíciles de establecer.¹³⁶ En tales circunstancias, cuando la duda persiste aún después de concluido el proceso hermenéutico, debe prescindirse de la "extensión sospechosa para evitar la infracción al *nulla poena*". Pero ésta es sólo una consideración práctica que nada tiene que

¹³² Así, por ejemplo, NOVOA, I, 100, pág. 142, quien, sin embargo, no le atribuye real importancia práctica.

¹³³ En el presente es difícil encontrar quienes sostengan este punto de vista en forma amplia. De manera cautelosa se refiere al punto BAUMANN, 13, I, 3, pág. 140.

¹³⁴ Así, entre otros, CEREZO, I, pág. 203; CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 58; COUSINO, I, 30, pág. 112; ETCHEBERRY, I, pág. 109; GARRIDO, I, 6, VI, págs. 102 y 103; JESCHECK, 17, IV, 4, pág. 141; JIMENEZ DE ASUA, II, 660, pág. 481; MEZGER-BLEI, 10, III, pág. 29; NOVOA, I, 100, pág. 143; RODRIGUEZ DEVESA, I, pág. 190, con restricción: "Sin embargo, cuando la norma, por defecto de técnica legislativa, es confusa a indeterminada, de tal manera que no hay otra posibilidad de llegar a una decisión respecto a su contenido, la regla de que hay que restringir lo odioso sigue, a mi juicio, conservando su validez"; SCHMIDTHÄUSER, 5, 42 y 43, págs. 87 y 88, distinguiendo entre "tipo literal" (aparente) y "tipo de interpretación"; SCHONKE-SCHRODER, 2, 42 y 43, pág. 66, con una limitación. Al parecer también opina de este modo LABATUT, I, 49, pág. 48, pero su punto de vista no es explícito.

¹³⁵ ETCHEBERRY, I, pág. 110.

¹³⁶ MEZGER-BLEI, 10, III, pág. 29.

ver con la licitud de la interpretación extensiva ni importa aplicación del principio *odiosa sunt restringendo*.¹³⁷⁻¹³⁸

La jurisprudencia emplea estos conceptos en una forma confusa. Así, en un solo caso se ha sostenido que, para incluir las estampillas del Seguro Obrero entre aquellas cuya falsificación castiga el art. 181 del C.P., es preciso hacer una interpretación extensiva de dicha disposición (sentencia de casación); que basta con una declarativa (sentencia de segunda instancia) y que la inclusión es procedente hasta con una interpretación restrictiva (sentencia de primera instancia).¹³⁹ Toda esa fundamentación engorrosa y contradictoria conduce, sin embargo, en los tres fallos, a una misma solución. Eso demuestra que de lo que se trataba era, en suma, de hacer una interpretación correcta del art. 181 del C.P., para lo cual las referencias contradictorias al carácter declarativo, extensivo o restrictivo de la misma eran inútiles, no significaban cosa alguna y entorpecían la inteligencia del asunto.

e) En cuanto a sus efectos, en el ordenamiento jurídico nacional rige la norma de que la interpretación judicial de toda ley —por consiguiente, también de las penales— sólo tiene valor “respecto de las causas en que actualmente” se realiza. Esto, por lo demás, es así en todos los sistemas de origen continental (por oposición al anglosajón o “insular”). En la práctica, sin embargo, una jurisprudencia constante y firme puede llegar a imponer interpretaciones invariables, cosa tanto más deseable cuanto que contribuye a la seguridad jurídica. Por esto, cierta tendencia a la vacilación que en muchas materias expresan nuestros tribunales, debe considerarse infortunada, y hay que alentar los esfuerzos que se hagan por superarla.

Esto no significa abogar por una jurisprudencia rígida, que acata ciegamente sus precedentes, pues ello conduce también a una situación insatisfactoria, porque el derecho se vuelve inhábil para ir regulando los nuevos conflictos a que da origen la evolución de la realidad. Pero es diferente que la jurisprudencia se adapte progresiva y reflexivamente a los cambios, abandonando con fundamento ciertos puntos de vista superados, a que resuelva simultáneamente casos idénticos de manera distinta, atribuyendo caprichosamente interpretaciones encontradas a una misma ley. Para el grupo social lo primero es comprensible; lo segundo, en cambio, desconcertante.

V. LA INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA DE LA LEY PENAL

La *interpretación doctrinal* de la ley penal es aquella que realiza la *ciencia del derecho penal*¹⁴⁰ y tiene, por lo tanto, un carácter extraoficial. En un sistema como el que impera actualmente carece, en consecuencia, de autoridad vinculante.

No siempre ha sido así. Como lo demuestra GUZMAN BRITO en un trabajo reciente¹⁴¹, se trata de una característica muy marcada en los sistemas actuales de derecho codificado y

¹³⁷ Por esto me parece equivocado el alcance que da RODRIGUEZ DEVESA a la reserva citada supra, nota 120.

¹³⁸ En relación con este punto, es certera la sintética exposición de MAURACH, I, 9, A. 2, pág. 106: “la interpretación se mantiene dentro del marco del precepto jurídico dado: concentra su malla, investiga el ámbito afectado por el precepto sin extenderse más allá de sus límites. Por el contrario, la ampliación rebasa conscientemente sus límites, manteniendo como punto rector un precepto jurídico concreto”.

¹³⁹ ETCHEBERRY, D.P.J. I, 11, págs. 23 y 24.

¹⁴⁰ Supra, 5, I.

¹⁴¹ ALEJANDRO GUZMAN BRITO, *La fijación del Derecho*, Valparaíso, 1977. Véase, especialmente, XII y XIII, págs. 35 y sigts.

que ha imperado asimismo en otros tiempos por largos períodos; pero hay también épocas prolongadas en las que la fijación de las normas ha corrido precisamente por cuenta de la ciencia jurídica.

Aunque ese autor, con prudencia, limita su indagación al derecho privado¹⁴², hay motivos de sobra para pensar que el fenómeno descrito también se ha producido de esa manera, por lo menos en forma parcial, dentro del campo del ordenamiento punitivo.

Con todo, es evidente que el sistema de los autores más respetados ejerce una influencia considerable sobre la interpretación judicial, condicionándola, de este modo, indirectamente. Por otra parte, esto es más significativo en el ámbito del derecho penal, pues, con arreglo al art. 500, N° 5° del C. de P.P., los fallos criminales deben contener “las razones legales o *doctrinales* que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, y para establecer la responsabilidad o la irresponsabilidad civil de los procesados o de terceras personas citadas al juicio”. De esta forma, la interpretación doctrinal adquiere aquí una significación supletoria de los textos legales que acrecienta su incidencia en las decisiones de la jurisprudencia y le otorga una función primordial en el proceso hermenéutico.

En la obra de GUZMAN BRITO, además, se destaca el papel indispensable que cumplen los grandes sistemas de doctrina en la fijación del derecho, incluso cuando éste tiene carácter legal o codificado.¹⁴³ “Un código legislativo tendrá pleno éxito si se basa en trabajos científicos previos, cuyo contenido sintetizador, cuyo sistema comprensivo, cuya amplitud de tratamiento de instituciones y problemas, provengan del hecho de ser estos trabajos precisamente epigonales respecto de una dilatada actividad anterior”¹⁴⁴. Es ilustrativa a este respecto la descripción de cuatro ejemplos históricos que el autor analiza en detalle¹⁴⁵ y dan cumplida prueba de su aserto. Pero todo esto, evidentemente, ya no se refiere a la interpretación de la ley; sino a la formación del derecho, y tiende, más bien, a mostrar la estrecha relación que puede existir entre ambos procesos.

A causa de que su actividad no está determinada por la necesidad de resolver un caso actual y de que se la efectúa con mayor independencia respecto de los textos legales, la interpretación doctrinaria tiende a ser, por una parte, más flexible que la judicial, y por la otra, más sistemática, esto es, más abstracta, general y unitaria.¹⁴⁶ Por eso mismo, sin embargo, un intercambio entre ambas resulta enriquecedor para cada una de ellas: la interpretación judicial gana en contenido de justicia y en coherencia si se hace cargo de los progresos experimentados por la ciencia, y esta última obtiene de aquélla el material al que se aplican sus elaboraciones y preserva de ese modo el realismo de su construcción. Al propio tiempo, con todo, las dos actividades tienen que conservar la posición derivada de sus puntos de partida. Una ciencia de “caso por caso” concluye reducida a simple comentario. A su vez, una jurisprudencia de puros conceptos y abstracciones se expone a incurrir en injusticias.

¹⁴² GUZMAN BRITO, op. cit., III, pág. 19.

¹⁴³ GUZMAN BRITO, op. cit., XIV, págs. 40 y sigts.

¹⁴⁴ GUZMAN BRITO, op. cit., XIV, págs. 41 y 42.

¹⁴⁵ GUZMAN BRITO, op. cit., XXIX y sigts., págs. 91 y sigts.

¹⁴⁶ SCHMIDTHAUSER, 5, 30, págs. 80 y 81.

VI. LA INTEGRACIÓN DE LA LEY PENAL. EL PROBLEMA ESPECIAL DE LA ANALOGÍA

Como se ha expresado ya, la *integración de la ley* presupone una situación en la que no existe precepto expreso para resolver el conflicto, no obstante lo cual el juez debe adoptar una decisión sobre él, arreglándose a una norma que, en el hecho, debe poner por sí mismo. Posiblemente la formulación más característica de ese procedimiento se encuentra en el ya clásico art. 1º, inc. segundo, del Código Civil suizo, de acuerdo con el cual "*a défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, a défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait a faire acte de législateur*" (a falta de una disposición legal aplicable, el juez decidirá según el derecho consuetudinario y, a falta de una costumbre, según las reglas que él mismo establecería si hubiese de actuar como legislador).

Es conveniente destacar que en la exposición precedente he preferido hablar de "norma puesta por el juez", a fin de sustraerme a la polémica sobre la función creadora de derecho de la judicatura. Aquí no me pronuncio, pues, sobre si la norma que "pone" el tribunal ha sido tomada de un ordenamiento jurídico suprallegal (derecho natural) de principios estructurales dados por la índole de las relaciones comprometidas (naturaleza de las cosas), o si, sencillamente, la ha creado en forma autónoma.

En el derecho nacional, la norma más general sobre integración se encuentra en el art. 24 del C.C. que, a mi juicio de una manera impropia, habla de interpretar "los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". Pues, en verdad, ninguno de los recursos aquí mencionados puede servir para interpretar una ley, sino tan sólo para suplir un silencio que acaso venga determinado, en el caso concreto, por la oscuridad o las contradicciones de las disposiciones positivas.

La *equidad natural* debe entenderse en el sentido aristotélico¹⁴⁷, como adecuación del texto de la ley positiva, dada con caracteres de generalidad referidos a situaciones de ordinaria ocurrencia, a casos especiales en los cuales, a causa de sus particularidades, la regulación entregada por esa norma resultaría injusta y, por consiguiente, debe considerársele inaplicable; o bien como formulación de una norma para un caso respecto del cual, en atención a su singularidad, la ley ha guardado silencio. Parte, pues, del presupuesto de que para la situación sometida a la decisión del tribunal no hay un precepto expreso del cual echar mano, porque la solución ofrecida por los existentes es, en el caso concreto, inaceptable, o porque sencillamente la ley no da una.¹⁴⁸ En cuanto al *espíritu general de la legislación*, se refiere a un conjunto de principios que pueden obtenerse mediante *inducción* a partir de las disposiciones del ordenamiento,

¹⁴⁷ ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*, V, X. Véase, a este respecto, el interesante trabajo de AGUSTIN SQUELLA, *La concepción de la equidad en Aristóteles*, en *Dos concepciones de la equidad*, Valparaíso, 1981, págs. 13 y sigs. A pesar de la admiración que experimentaba BELLO por el sistema jurídico anglosajón, es improbable que esta noción haya sido empleada en el art. 24 C.C. en el sentido que aquél le atribuye. Sobre tal concepto de *equity*, véase la breve pero certera explicación de RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, traducción de Fernando Vela, Madrid, 1958, págs. 52 y sigs.

¹⁴⁸ Así también, acentuando el carácter de la *equidad* como procedimiento de *integración*, GARCIA MAYNES, *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., I, 8, págs. 88 y sigs.

y desde los que posteriormente puede alcanzarse, por *deducción*, la solución para los casos particulares *no legislados* y sometidos a la decisión del juez.

Puesto que, como se ha expresado, en ambos casos nos encontramos frente a fórmulas de *integración*, ninguna de ellas puede ser empleada para crear nuevos delitos o agravar las penas, en obsequio al principio de legalidad. Lo cual, como se verá más adelante, no significa que carezcan de toda aplicación en el ámbito del derecho penal.¹⁴⁹

a) Entre los recursos de que puede echarse mano para hallar una solución de equidad se encuentra la *analogía*, de acuerdo con la que, según el aforismo romano, "en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". Así, pues, la analogía supone aplicar la ley a un caso *para el cual no ha sido dada*, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir.

Contra lo que a veces se afirma, la analogía no tiene un carácter puramente lógico, sino, primordialmente, axiológico. En efecto, la afirmación de que el hecho A (no regulado por la ley) es semejante al B (regulado por la ley) importa una *valoración* que el juez debe realizar con antelación al razonamiento lógico. Sólo a partir de ese juicio de valor es posible poner la premisa mayor: "A es semejante a B", de la cual se seguirá que, siendo la menor "B está resuelto por la ley en la forma C", ha de concluirse: "A debe también ser resuelto en la forma C".¹⁵⁰ Esto introduce en el raciocinio analógico un elemento de incertidumbre acentuado.

En atención a lo expuesto, la *analogía se encuentra prohibida, en virtud del principio "nulla poena", como instrumento destinado a crear delitos o agravar penas.*

Algunas investigaciones relativamente recientes (BOBBIO, SAX, KAUFMANN) tienden a negar esta conclusión. Aquí, de entre ellas, se destaca la de ARTHUR KAUFMANN.¹⁵¹ Con arreglo a su punto de vista, toda aplicación de la ley, en cuanto importa reducción de un principio general abstracto al caso concreto, sólo puede hacerse analógicamente (en un sentido más bien clásico).¹⁵² Pues entre la prescripción de la norma y la situación que se trata de enjuiciar nunca habrá *identidad* propiamente tal (igualdad absoluta), sino tan sólo semejanza, *analogía*. Por consiguiente, tratar de excluir la aplicación analógica de las normas del derecho penal equivale a negar la existencia misma de tal ordenamiento. "Orden -también orden jurídico- existe sólo sobre el fundamento de la analogía del ser, que es un punto medio entre identidad y contradicción, entre igualdad y diferencia".¹⁵³

Con esto, sin embargo, no se rechaza la vigencia del principio *nullum crimen sine lege*. Sólo se precisa que él no implica "una prohibición estricta de la analogía". "Dice, más bien, que el tipo de la acción castigable debe ser establecido por una ley penal formal, esto es, más o menos descrito. Por ello, la analogía encuentra su frontera en el derecho penal en el tipo de ilicitud que sirve de base al supuesto de hecho legal. Lo que queda más allá es investigación jurídica libre" inadmisibles.¹⁵⁴ Para KAUFMANN, por ende, la analogía es permitida también en el derecho penal, pero sólo dentro de los límites del tipo, y así su investigación se refiere más bien a unas precisiones metodológicas que a un intento de sobrepasar restricciones político-criminales, las que en lo sustancial comparte.

¹⁴⁹ Infra, b).

¹⁵⁰ En el mismo sentido, con detalle, GARCIA MAYNES, *Lógica del raciocinio jurídico* cit., IV, I, págs. 155 y sigs. Muy precisamente, también, ARTHUR KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de las cosas*, cit., V, págs. 76 y sigs.

¹⁵¹ ARTHUR KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de las cosas*, cit.

¹⁵² ARTHUR KAUFMANN, op. cit., especialmente V, págs. 71 y sigs.

¹⁵³ ARTHUR KAUFMANN, op. cit., V, pág. 73.

¹⁵⁴ ARTHUR KAUFMANN, op. cit., VII, págs. 101 y 102.

¹⁵⁵ Supra, IV, d).

aa) Aparte de las consideraciones que ya se han hecho sobre la necesidad y dificultad de distinguir claramente entre lo que aquí entendemos por *analogía* y lo que hemos denominado *interpretación extensiva*¹⁵⁵, el principal problema relativo a este punto consiste en determinar si la prohibición a que se alude tiene un carácter relativo a la creación de delitos y agravación de penas, como se deduce de nuestra formulación, o es, por el contrario, *absoluta*, extendiéndose a todo el ámbito del derecho penal. En mi opinión, lógicamente, el criterio correcto es el primero.

Esto significa que sólo se prohíbe la integración mediante analogía cuando se la emplea en perjuicio del reo (*analogia malam partem*), pero que es lícito acudir a ella en beneficio del autor (*analogia bonam partem*).

A mi juicio, esta conclusión se deduce, en primer lugar, de los textos legales imperantes, pues tanto los incs. séptimo y octavo del N° 3° del art. 19 de la C.P.R. de 1980 como el 18 del C.P. disponen solamente que lo que no puede hacerse si no lo autoriza una ley expresa es "establecer penas" o "castigar". Por consiguiente, nada obsta a la construcción analógica de eximentes, cuya consecuencia será excluir el "castigo". Y si eso es posible, *a fortiori* debe serlo también la elaboración analógica de atenuantes.

Por otra parte, tanto la Constitución como la ley consagran expresamente la retroactividad de la norma penal más benigna. Ahora bien, si en esto ha querido hacerse excepción al principio de reserva para beneficio del reo, uno puede pensar lícitamente que pertenece al espíritu general de la legislación hacerlo imperar únicamente cuando su inobservancia perjudica al autor.

Por último, aceptar la analogía *bonam partem* coincide con los fundamentos más profundos del *nulla poena*. Si, como afirma NOVOA siguiendo a LISZT, el derecho penal está "encargado de proteger no a la comunidad, sino al individuo que se rebela en su contra"¹⁵⁶ entonces parece lógico evitar que se sorprenda a éste mediante la imposición de una pena no prescrita en la ley, pero nada impide que se le conceda una absolución o una atenuación inesperadas.

Contra este punto de vista se ha invocado, en primer lugar, el hecho de que también las normas relativas a "eximentes, atenuantes, etc.", son leyes penales con igual título que las que definen tipos delictivos y establecen penas¹⁵⁷, pero este argumento, puramente formal, me parece poco convincente por razones obvias. Aquí lo que se debe discutir no es el carácter penal de estas o aquellas normas, sino la necesidad y conveniencia de extender la eficacia del *nulla poena* a todo el campo del ordenamiento punitivo, así como si ésta es la consecuencia que ha de extraerse de su formulación en la Constitución y las leyes.

Entre nosotros se sostiene también una razón histórica que militaría en contra del punto de vista sostenido aquí. En efecto, en el Código Penal español de 1848 la enumeración de circunstancias atenuantes concluía con una cláusula que admitía expresamente su construcción analógica, la cual fue eliminada -sin hacer constar las razones- por los redactores de nuestro Código. De aquí se deduciría la voluntad al menos tácita de los legisladores de prohibir también la analogía *bonam partem*.¹⁵⁸

¹⁵⁶ NOVOA, *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*. Caracas, 1977, V, pág. 28.

¹⁵⁷ JIMENEZ DE ASUA, II, 683, pág. 527.

¹⁵⁸ ETCHEBERRY, I, pág. 114; NOVOA, I, 106, págs. 151 y 152.

Pero este argumento otorga, en nuestro concepto, más importancia a la voluntad del autor de la ley -por lo demás sólo presunta y, en consecuencia, difícilmente reconducible a la historia "fidedigna"- que a la que puede deducirse del contexto de ella misma, y, por consiguiente, no me parece concluyente. En cuanto al criterio de ETCHEBERRY, según el cual la analogía en beneficio del reo no importaría una violación de la Constitución, pero sí de la ley, porque prescindiría de su voluntad de regir el caso¹⁵⁹, olvida, a mi juicio, que la construcción analógica de eximentes y atenuantes se basa, precisamente, en el supuesto de que existen motivos para afirmar que la voluntad extraída del contexto normativo es la de no castigar o conceder una morigeración de la pena en la situación de que se trata. De otra manera no habría propiamente analogía, sino puro capricho del juzgador.

Por lo que se refiere a la supresión del N° 8° del art. 9° del C.P. español de 1848, que consagraba las atenuantes por analogía, la Comisión Redactora la aprobó en su sesión 811., de 17 de mayo de 1870, "unánimemente y sin discusión".¹⁶⁰ En la misma forma se eliminó también del texto nacional el N° 23 del art. 10 del C.P. español, en el cual se autorizaba la creación de agravantes por analogía, en la sesión 9a de 21 de mayo de 1870.¹⁶¹ Por lo tanto, no existen antecedentes sobre los motivos que condujeron a esas decisiones.

Sin embargo, pueden encontrarse indicios de lo ocurrido examinando los comentarios de PACHECO a esos preceptos.

Desde luego, el autor español critica severamente -y con toda razón- la disposición que permite construir agravantes mediante analogía¹⁶², pues esa norma vulnera sin discusión el principio de legalidad. Por el contrario, PACHECO justifica la inclusión de una cláusula analógica en materia de atenuantes¹⁶³, que considera indispensable para evitar la rigidez ocasionada por una casuística inflexible. Sin embargo, al pronunciarse sobre este último punto, el comentarista español hace un rodeo retórico, exponiendo primero las razones por las cuales parecería lógico impugnar también la analogía en beneficio del reo, para sólo después discutir y desestimarlas.

Como la opinión de PACHECO gozaba de gran autoridad entre los redactores del C.P., es verosímil pensar que la exclusión de las cláusulas analógicas tanto en el catálogo de las agravantes como de las atenuantes se debió a un mal entendido. Una lectura superficial de sus comentarios producía la impresión de que el autor español impugnaba las dos disposiciones y, por tal motivo, ambas fueron suprimidas. Afortunadamente, no se incluyó prohibición expresa alguna y, por consiguiente, es posible una interpretación contextual que coincida con el verdadero criterio de PACHECO.

En el derecho comparado, la analogía *bonam partem* se encuentra hoy ampliamente aceptada.¹⁶⁴

La jurisprudencia nacional, siguiendo el criterio -a mi juicio erróneo- que prevalece en la doctrina, rechaza la analogía en favor del reo o, por lo menos, elude un pronunciamiento. En este último sentido, es ilustrativa la actitud observada por la Corte Suprema de Santiago en el fallo citado por ETCHEBERRY, *D.P.J.*, 13, pág. 26: Se aprueba la absolución, fundada

¹⁵⁹ ETCHEBERRY, I, pág. 114.

¹⁶⁰ Actas, pág. 238.

¹⁶¹ Actas, pág. 261.

¹⁶² PACHECO, I, págs. 249 y sigts.

¹⁶³ PACHECO, I, págs. 210 y sigts.

¹⁶⁴ Véase, por todos, BACIGALUPO, II, b), 2, III, pág. 92; CEREZO, I, pág. 204; CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 59; ROXIN, 5, 44, pág. 158; SCHONKE-SCHRODER, 2, 16, pág. 60; STRATENWERTH, 84 y 85, pág. 36. En Chile apoya este punto de vista POLITOFF, 4, 1, págs. 116 y 117. Implícitamente también GARRIDO, I, 6, V, pág. 101.

por el tribunal de primera instancia en un razonamiento analógico, pero se suprime el considerando que contenía ese argumento.¹⁶⁵

bb) Es corriente distinguir entre *analogía legis* y *analogía juris*.¹⁶⁶ La primera resuelve el caso no previsto de conformidad con lo establecido para uno semejante por una disposición legal; la segunda, con arreglo a los principios generales del derecho.

La distinción no sólo me parece inútil, como ya lo puntualizó BINDING, sino que, hasta cierto punto, incorrecta. Pues en los casos de la llamada *analogía juris*, la solución no pareciera encontrarse acudiendo a un procedimiento analógico, al menos como éste ha sido entendido tradicionalmente, ya que no se la busca en un precepto dado para una situación semejante a la que se enjuicia, sino en principios generales aplicables, por eso, a cualquier caso.

b) Lo expuesto en el párrafo aa) del apartado precedente es válido no sólo respecto de la analogía, sino, en general, para toda forma de *integración* de la ley. Esto significa que tal procedimiento está prohibido en el campo del derecho punitivo, pero únicamente si se pretende hacerlo operar en perjuicio del procesado. Es lícito, por consiguiente, acudir a la equidad natural o al espíritu general de la legislación, cuando se hace *bonam partem*.

c) Como se ha destacado en forma reiterada, la prohibición de analogía es una consecuencia del principio de legalidad. Por lo tanto, una conquista del pensamiento liberal que se ha impuesto ampliamente a los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Puede, así, decirse que a partir de las primeras décadas del siglo XIX impera en las legislaciones penales de todo el mundo.

Sin embargo, a lo largo de casi dos siglos no podía dejar de experimentar vicisitudes. Así, la analogía fue permitida por el Código Penal soviético de 1922, y tal autorización continuó surtiendo efecto por mucho tiempo, basada en el argumento de que a la ley socialista importa más sancionar las infracciones graves a los intereses sociales que garantizar el derecho de los individuos a ser castigados sólo cuando su conducta se encuentra prevista en una ley formal.¹⁶⁷ Este criterio, no obstante, se fue abandonando progresivamente, de suerte que, a partir de la reforma de 1960, el art. 3º del Código Penal de la U.R.S.S. consagraba una formal prohibición de analogía, suscrita asimismo por la doctrina.¹⁶⁸ Con todo, no es posible decir hasta qué punto tal prohibición se entendió por la práctica en el mismo sentido que le atribuye la jurisprudencia occidental.

Generalmente se ha concedido mayor significación al abandono de la prohibición por el derecho penal alemán en la época del nacionalsocialismo, entre otras causas, tal vez porque significó el quiebre de una tradición jurídica particularmente brillante e influyente, y porque dio lugar a excesos bastante conocidos y comentados. Una ley de reforma de 28 de junio de 1935 modificó, en efecto, el parágrafo 2 del Código Penal alemán, estableciendo expresamente la posibilidad de castigar

¹⁶⁵ En los últimos años, con todo, este punto de vista tiende a evolucionar.

¹⁶⁶ Véase ETCHEBERRY, I, pág. 74; JIMENEZ DE ASUA, II, 661, pág. 483 y sigs.

¹⁶⁷ Cfr. JIMENEZ DE ASUA, II, 674 y 675, págs. 505 y sigs., con detalle y bibliografía. Una ojeada general sobre los fundamentos del derecho penal en los países socialistas, JESCHECK, *El Derecho Penal y su aplicación en la Zona Soviética de Ocupación de Alemania*, Tübingen, 1962, especialmente II y III, págs. 11 y sigs.

¹⁶⁸ ZDRAVOMISLOV y otros, 2, 3, págs. 10 y 11.

conductas que correspondieran al "pensamiento básico" de la ley penal, y aparecieran como dignas de pena "para el sano sentimiento popular".¹⁶⁹ La norma, que significaba una aceptación amplia de la construcción analógica, permaneció en vigencia hasta el año 1945, en el que se la derogó por la legislación del Consejo de control establecido por las potencias aliadas, la cual restableció la vigencia del *nulla poena*.

En el presente, por ende, el único ordenamiento punitivo occidental que autoriza declaradamente la analogía es el de Dinamarca. En efecto, el Código Penal danés de 1930, que rige desde 1933, establece tal posibilidad en su art. 1º.¹⁷⁰ De acuerdo con la información proporcionada por JIMENEZ DE ASUA, la jurisprudencia habría empleado con prudencia la norma y podrían abrigarse fundadas esperanzas de que proseguirá haciéndolo así en el futuro.¹⁷¹ A eso contribuiría el hecho de que el art. 1º del Código Penal danés sólo acepta una rigurosa *analogía legis*. Otra opinión en COUSIÑO¹⁷², quien estima que los tribunales de ese país también tienden a ir peligrosamente lejos en la elaboración de construcciones analógicas inadmisibles. Por supuesto, frente a cuestiones de esta clase no es correcto emitir un juicio definitivo prescindiendo de la cambiante realidad de los pueblos, su historia y tradiciones. Sin embargo, es posible expresar el anhelo de que, en obsequio a la libertad, seguridad y derechos fundamentales del hombre, se llegue a la consagración unánime del principio *nulla poena* y, por consiguiente, de la prohibición de analogía.

VII. INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN BLANCO

Como la ley en blanco es de carácter penal, su interpretación tiene que cumplir todas las exigencias que rigen la de las normas de esa clase. Esto se encuentra fuera de discusión. Los problemas surgen, más bien, cuando se trata de interpretar la disposición complementaria en su conexión con el tipo en blanco.

Usualmente, en efecto, la disposición complementaria no tiene sólo por finalidad cerrar el blanco de la ley que remite a ella. En la mayoría de los casos persigue primordialmente regular la materia civil, administrativa o de cualquier otra índole extrapenal a que se refiere en concreto. En tales hipótesis, la disposición no es penal por su origen, sino que inviste esa naturaleza sólo cuando cumple la función de integrar el tipo en blanco. Esta ambivalencia de la norma complementaria puede, como es obvio, generar dificultades.

El punto de partida para resolver estos problemas debe encontrarse en la afirmación de MEZGER según la cual "el necesario 'complemento' es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal".¹⁷³ Entonces, como una de las funciones del tipo -en sentido amplio- es garantizar al ciudadano contra arbitrariedades, advirtiéndole lo que se encuentra prohibido o mandado bajo amenaza de una pena, y como uno de los

¹⁶⁹ Véase, en especial MAURACH, I, 10, II, B, 2, págs. 114 y 115, que destaca la relación de esta reforma con la redacción del Código Penal soviético y da noticias sobre sus consecuencias ulteriores.

¹⁷⁰ Sobre las razones en que se funda esa disposición, véase JIMENEZ DE ASUA, II, 672, pág. 503.

¹⁷¹ JIMENEZ DE ASUA, II, 672, pág. 504. Con cierta reserva, POLITOFF, 4, 1, pág. 115.

¹⁷² COUSIÑO, I, 21, pág. 93.

¹⁷³ MEZGER, I, 24, 111, págs. 317 y 318. Los énfasis son míos.

supuestos para que cumpla esa función son las exigencias referentes a la interpretación de la ley penal, éstas deben regir asimismo la de los complementos que la integran. Sólo así recibirá aplicación efectiva el *nullum crimen sine lege praevia et stricta*.¹⁷⁴

De este criterio se deducen varias consecuencias:

a) Cuando la disposición *complementaria forma parte de la ley en blanco*, no es admisible cerrar las lagunas que deja su texto mediante una integración analógica. Esta conclusión es válida, aunque en el campo en que esa norma está llamada a regir directamente el recurso a la analogía esté permitido o, incluso, sea imperativo. Mientras sólo se trate de darle aplicación en ese ámbito, por supuesto, siempre se podrá o deberá extenderla analógicamente; pero cuando se la conecta al tipo en blanco, tal procedimiento es inadmisibile.

b) Cualquiera sea el procedimiento que se adopte en materia de interpretación, la *del tipo ya integrado debe realizarse de acuerdo con los criterios que presiden la de la ley en blanco*. Por consiguiente, si se sigue el método subjetivo, la voluntad del autor de dicha ley prevalece sobre la del de la disposición complementaria. A su vez, cuando se decide por una interpretación objetiva, son los fines de la ley en blanco, deducidos de ella misma y de su posición en el contexto del ordenamiento jurídico, los que predominan. Si esto resulta imposible, sea porque el contraste entre ambas normas es tan categórico que lo impide, sea porque la ley en blanco no proporciona unos puntos de apoyo suficientemente sólidos para la tarea hermenéutica -por ejemplo, no precisa el bien jurídico- no queda sino optar por la inconstitucionalidad del tipo resultante, demostrada por esta situación.

c) Las leyes en blanco admiten una *interpretación auténtica*, como cualquier otra. Pero ha de tenerse en cuenta que, con arreglo al art. 3° inc. primero del C.C., "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". En esta disposición la expresión "legislador" está empleada en su sentido estricto y, por lo tanto, ella reserva la facultad de hacer interpretación auténtica a la ley formal. Consiguientemente, cuando se trata de leyes en blanco propias no es *interpretación auténtica la que pretenda efectuar del tipo la disposición complementaria*. La instancia legislativa de inferior jerarquía puede, ciertamente, aclarar o explicar el sentido de las normas integrativas de una ley en blanco que ella misma ha dictado previamente. Pero, por una parte, al hacerlo tiene que cuidarse de no sobrepasar los límites impuestos a sus facultades por la Constitución y el propio tipo en blanco formal y, por la otra, lo que prescriba en este sentido no tendrá jamás efecto retroactivo, aunque pretenda expresamente dárselo.¹⁷⁵

VIII. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES (REMISIÓN)

Es indudable que los problemas relativos al *concurso aparente de leyes penales* son características cuestiones hermenéuticas, como se destacará oportunamente. No obstante, como su inteligencia adecuada requiere un conocimiento previo sobre la naturaleza y efectos del auténtico *concurso de delitos*, he preferido reservar su estudio para el capítulo correspondiente, sacrificando el sistema a las necesidades pedagógicas.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Véase la resolución 6 del Coloquio de Friburgo de Brisgovia, según la cual la interpretación de las leyes en blanco se debe realizar de acuerdo con los principios usuales del derecho penal, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1° y 2° trimestre de 1983, Toulouse, Edition Tres, 1983, págs. 41 y sigts.

¹⁷⁵ Con detalle, sobre todo lo que se expone en este apartado, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 30, págs. 111 y sigts.

¹⁷⁶ *Infra*, 44.

§ 9. LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Las normas jurídicas expresan imperativos cuya pretensión de validez es, en principio, ilimitada. Sin embargo, la realidad impone el hecho de que en el mundo coexiste una multiplicidad de Estados, de manera que la voluntad soberana de cada uno de ellos tiene que detenerse allí donde empieza la aspiración de vigencia de la de los otros. La teoría de los *efectos de la ley penal en el espacio* se ocupa, precisamente, de las normas de *derecho interno* que procuran conciliar esta antinomia, estableciendo reglas que limitan el ámbito de validez espacial de las leyes nacionales.

Con lo expuesto queda en claro que aquí nos encontramos frente a disposiciones pertenecientes al derecho nacional. Por lo tanto, resulta impropio el rótulo "derecho penal internacional" con el cual se ha propuesto, a veces, designarlas.

I. LOS PRINCIPIOS SOBRE VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL EN GENERAL

Existen cuatro principios clásicos en materia de validez espacial de las leyes penales, cada uno de los cuales resuelve en forma distinta el problema relativo a cuál es el ámbito espacial sobre el que tendrán vigencia las normas punitivas de un ordenamiento jurídico.

Los principios aludidos son los siguientes:

a) El principio de la *territorialidad*, conforme al cual la ley de un Estado pretende regir todo hecho punible ejecutado en su territorio, cualquiera sea la nacionalidad del autor, de la víctima o de los intereses jurídicamente protegidos. Considerado una consecuencia lógica de la *soberanía* de los Estados, predomina actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

b) El principio de la *nacionalidad o personalidad*, según el cual la ley de un Estado sigue a sus nacionales en dondequiera éstos se encuentren, prescindiendo del lugar en que se ha ejecutado el hecho. Lo decisivo, por lo tanto, es la nacionalidad *del autor* del delito (principio de nacionalidad *activo*) o del titular del bien jurídico que el delito lesiona o pone en peligro (principio de nacionalidad *pasivo*).

La distinción entre los principios de nacionalidad activo y pasivo no es clara. La opinión dominante en el derecho comparado los caracteriza como se hace aquí¹⁷⁷, pero es preciso reconocer que con ello tienden a confundirse el principio real o de defensa con el de nacionalidad o personalidad pasivo.¹⁷⁸ En la literatura chilena NOVOA¹⁷⁹, ETCHEBERRY¹⁸⁰ y yo hasta la primera edición de esta obra¹⁸¹, designamos principio de personalidad pasivo a aquel según el cual la ley nacional pretende regir hechos ocurridos en territorio extranjero, cuando tanto el autor como la víctima son chilenos. De esta manera, ese principio puede vincularse luego a la disposición del art. 6° N° 6° del C.O.T., así como con otras normas que

¹⁷⁷ COUSIÑO, I, 48, pág. 180; BACIGALUPO, pág. 119; JAKOBS, 5, 8, pág. 93.

¹⁷⁸ Véase, al respecto, la prolija exposición de COUSIÑO, I, 48, B, págs. 183 y sigts.

¹⁷⁹ NOVOA, I, 109, pág. 154.

¹⁸⁰ ETCHEBERRY, I, pág. 126.

¹⁸¹ CURY I°, I, 9, I, b), pág. 167.