

LA COMPRA DE UN LIBRO FOTOCOPIADO ES UN ACTO ILEGAL
Y ES PENADO POR LA LEY

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción, total o parcial,
por cualquier medio físico o electrónico,
incluyendo el diseño de la portada.

© JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

© LIBROTECNIA®
Agustinas 1442, Torre B, Of. 209, Santiago, Chile

Inscripción N° 213.667

Primera edición

Impreso en los talleres de Gráfica LOM
en el mes de marzo de 2012

ISBN OBRA COMPLETA: 978-956-327-062-4

ISBN VOLUMEN I: 978-956-327-063-1

IMPRESO EN CHILE

LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO

VOLUMEN I

JUAN BUSTOS RAMÍREZ (†)
HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE

ADAPTADAS AL DERECHO PENAL CHILENO POR
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

LIBROTECNIA®

En todo caso, conviene dejar aclarado que los límites al *jus puniendi* tanto en la creación de normas penales (garantías penales) que se señalarán a continuación como las que se expondrán en la lección siguiente (garantías de persecución, procesales y de ejecución) son meramente *proposiciones prescriptivas*, esto es que *no* describen lo que ocurre en los procesos de creación y aplicación de las normas penales, sino que prescriben lo que debiera ocurrir para que pudieran ser válidas en un Estado social y democrático de derecho real y efectivo (Ferrajoli, 1995, *Derecho y Razón*, 92).

La observación de la realidad normativa muchas veces pone de manifiesto que los procesos de creación de normas penales siguen más criterios de oportunismo y populismo político en lugar de ser el resultado de un serio y reflexivo análisis. Son notables a este respecto las inmediatas reacciones de los Gobiernos favorables a incriminar conductas toda vez que creen percibir una demanda social en este sentido que muchas veces proviene solo del poder mediático o ha sido inducida por éste.

La evolución de las garantías penales ha sido larga y dolorosa. Desde la Carta Magna que solo las reconoció para los pares, pasando por la Revolución Francesa que las extendió a los ciudadanos y finalizando después de la Segunda Guerra Mundial con su reconocimiento a las personas sin otra cualificación. Por consiguiente, también al niño, al adulto mujer y al adulto mayor.

Los límites al *jus puniendi* son: el principio de legalidad (*infra* 7.2); el principio de necesidad de la intervención penal (*infra* 8.1.1); el principio de dignidad de la persona (*infra* 8.1.2); el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (*infra* 8.1.3) y los principios del debido proceso (*infra* 9). Todos estos principios son aplicables tanto en la incriminación primaria como en la secundaria salvo los que se agrupan bajo los principios del debido proceso que son solo aplicables en la incriminación secundaria.

destaca la caracterización del ppo de legalidad como un ppo prop de la humanidad en el sentido

7.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

7.2.1. Concepto y alcance del principio de legalidad

El principio de legalidad marcó la diferencia entre el Antiguo Régimen y la sociedad moderna, es decir, marcó la diferencia entre dos formas de organizar la sociedad. Al capricho y la arbitrariedad del soberano se opuso la voluntad definida y constante de la razón humana expresada en la ley. Se distinguiría entre lo público y lo privado y consagraría el principio de que los poderes públicos habrían de poder actuar solo cuando una ley lo permitiera y dentro del marco de ella. El principio de legalidad vendría a revelar dos fundamentos esenciales de la nueva sociedad. Por una parte, la exclusión de la arbitrariedad y por la otra el reconocimiento de un derecho del ciudadano, el derecho de conocer previamente las políticas del poder. De ese modo, además, se abría el camino para asegurar de forma efectiva el derecho de los ciudadanos a coparticipar en las decisiones del poder.

El principio de legalidad tiene antecedentes antiguos. De forma muy primaria en la Carta Magna (1215), y ya con fuerza en la Constitución de Maryland (1776) y la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano (1791). Sin embargo, aunque pudiera parecer lo contrario, el mantenimiento de este principio no ha sido pacífico en la evolución del Estado moderno. En el s. XIX la Escuela Positiva italiana propugnaba que las medidas de seguridad podían aplicarse sin definición previa del delito a las personas peligrosas. Del mismo modo en la Alemania nazi y en la antigua Unión Soviética se desconoció el principio de legalidad al permitirse la creación de normas penales por analogía.

Como señalábamos, en cuanto a su alcance, el principio de legalidad está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la

Beccaria + poner freno al es. arbitrariedad, el capricho, con que se

normas y penal

norma o ya sea de aplicación y de ejecución de la norma debe ser formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley.

7.2.1.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CREACIÓN DE NORMAS PENALES O GARANTÍA CRIMINAL Y PENAL. La garantía criminal y penal significa que solo mediante una ley se puede crear un delito (garantía criminal) y establecer la pena que se aplicará al autor (garantía penal), tanto en su calidad como en su cantidad.

Según veíamos en lecciones anteriores, la política criminal es poder de definición que se concreta en la creación de una norma (*supra* 3). Señalábamos a continuación que el proceso de creación de la norma está preceptivamente limitado por principios que son consustanciales al Estado constitucional. El principio de legalidad ya en sí mismo es continente de dos de estos principios básicos. Por una parte, una garantía contra la arbitrariedad y, por la otra, el cumplimiento de la obligación del Estado de informar a los ciudadanos. De este modo, el principio de legalidad tiene una doble función. Una función incompleta de validez material de la norma penal al dar cumplimiento a las exigencias de exclusión de la arbitrariedad, y una función de dar validez formal a la norma penal. Sin embargo, la validez material de la norma no se adquiere con el solo cumplimiento de la publicación de la ley, sino que es necesario que la norma penal en su contenido no infrinja los principios de necesidad de la pena, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona humana que serán objeto de examen más adelante (infra 8). El cumplimiento de estos requisitos daría validez material a la norma.

Sin embargo, debemos insistir que esto no debe llevar a la confusión de que el principio de legalidad es un límite puramente formal del *us puniendi*. En sí mismo es una garantía con sólidos fundamentos materiales pues significa que el Estado ha de espe-

cificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que éstos han de tener la posibilidad real de conocerlos con toda claridad. El derecho del ciudadano a conocer y la interdicción de la arbitrariedad constituyen los fundamentos que están en la base del principio de legalidad. Por eso, constituye un error sostener que el principio de legalidad es un límite meramente formal al *ius puniendi*, pues tiene fundamentos materiales en el necesario y exacto conocimiento que los ciudadanos han de tener de los mandatos y prohibiciones como garantía frente a la arbitrariedad. En función de ese conocimiento las normas han de ser publicadas. Así se garantiza no solo la publicidad, sino también la seguridad jurídica que una sola ley regulará la prohibición o el mandato.

El principio de legalidad es un mandato que suele formularse con una fórmula latina que en su origen se debe a Feuerbach (Lehrbuch, 1801, 20): *nullum crimen nulla poena sine lege* y que posteriormente fue completada con los calificativos de *scripta, stricta, praevia i certa*.

7.2.1.2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO. Su contenido viene dado por la reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), la exigencia de taxatividad (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), la prohibición de retroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) y la prohibición de analogía por parte de los jueces y Tribunales y, en general, la exigencia en el cumplimiento escrupuloso del principio de legalidad a la hora de interpretar la ley penal (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

7.2.1.2.1. La reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). Esta prohibición es una consecuencia del mandato de que la punibilidad de una conducta solo puede ser establecida por ley o mejor dicho por una sola ley, se prohíbe que el Estado a través de diversas leyes el Estado sancione dos veces una misma

conducta, normalmente exacerbando la pena (*infra* 7.2.2.4.5). Con esta prohibición no solo se hace referencia a la exclusión de los reglamentos y de la costumbre como fuentes del derecho, sino también de los generales de derecho y de la jurisprudencia, que pueden ser en otros ámbitos jurídicos fuentes del derecho.

La reserva de ley está consagrada en el art. 19° 3° de la CPR que señala en sus incisos penúltimo y último que «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado» y que «ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella». Del mismo modo constituye una afirmación de la reserva de ley el art. 1° CP al definir delito como «toda acción u omisión voluntaria penada por la ley». El inciso primero del art. 18 CP agrega que «ningún delito se castigará con otra pena que la que se le señale a una ley promulgada con anterioridad».

Los principales problemas se plantean en la aplicación de la garantía criminal —es decir, en la descripción típica del conflicto social— y que verán con detalle más adelante (*infra* 10). No obstante, en cuanto a la garantía penal el mandato de *lex scripta* obliga no solo a establecer mediante una ley la pena asignada a cada delito, sino también su duración y contenido.

JURISPRUDENCIA. La SCS de 20-04-2005 (Rol N° 5.990-04), confirmó la sentencia del tribunal *a quo* que absolvió a la procesada de una tentativa de falta de hurto (inc. final del art. 494 *bis* CP) por vulnerar este precepto la garantía penal derivada del principio de legalidad. La antigua redacción del art. 494 *bis* CP en su inciso final la sanción de la falta frustrada y la tentativa sin determinar la pena impuesta. Tampoco se podía acudir al sistema general de incriminación y determinación de la pena de los arts. 7, 51 y 52 CP, ya que sólo hacen referencia a los crímenes y simples delitos tentados o frustrados, excluyéndose

, por tanto las faltas. Así la CS declaró que el art. 494 *bis* CP «al no contener la ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar». Véase que la aplicación de los arts. 51 y 52 CP supondría una interpretación *analógica en contra del reo* prohibida también por el principio de legalidad (*infra* 7.2.1.2.2). Esta resolución obligó a una reforma del citado precepto (Ley N° 20.140).

7.2.1.2.2. La exigencia de taxatividad y de certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). La exigencia de certeza viene expresada en el art. 19° 3° CPR en el último inciso cuando exige que la conducta deba de estar “*expresamente*” descrita en la ley.

El mandato o prohibición ha de quedar definido de tal forma que no permita la introducción subrepticia de la arbitrariedad. Con ella se rechaza la utilización de conceptos vagos y de la analogía, esto es, los supuestos en que se somete a una ley penal un hecho que según su tenor literal queda fuera de ella. Pero no solo eso, sino también las llamadas cláusulas generales y las leyes penales en blanco inconstitucionales (*infra* 10).

Pero no solamente eso, sino que significa que un mismo hecho no puede dar lugar a dos sanciones. Por ello, el principio *ne bis in idem* (*infra* 7.2.2.4.5), esto es la prohibición de la doble sanción aparezca vinculado al principio de legalidad. Si el Estado dicta dos leyes para sancionar un mismo hecho estaría formalmente dándole validez a una doble sanción, pero infringiendo claramente al dar una información equívoca al ciudadano cometiendo una arbitrariedad y con ello vulnerando los principios básicos que fundamentan el principio de legalidad, el derecho del ciudadano de tener un conocimiento inequívoco y veraz de las leyes.

El principio de taxatividad también prohíbe la imposición de penas indeterminadas o cuya duración sean de tal magnitud que de facto permita al juez imponer en concreto penas arbitrarias. Por

ejemplo, el delito de robo ejecutado con violencia o intimidación del art. 436 inc. 1º que contempla una pena de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, permitiendo al juez imponer una pena de cinco años y un día a veinte años (art. 56 CP), plantea serias dudas sobre su legalidad penal.

Ahora bien, no debe confundirse la exclusividad de la ley como fuente de las penas con una determinación rígida de las penas contraria a un *derecho penal de alternativas*.

7.2.1.2.3. La especial exigencia de sometimiento del intérprete al principio de legalidad penal (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). La prohibición de la analogía significa su rechazo como fuente creadora de delitos. Es una afirmación del imperio de la ley y un límite a la actividad judicial: el Juez no puede crear delitos. En caso contrario se transformaría en legislador y el ciudadano quedaría totalmente inerte frente al poder judicial.

Dado que este tema se relaciona con las fuentes del derecho penal, lo trataremos *in extenso* más adelante (*infra* 10).

7.2.1.2.4. La exigencia de irretroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). Implica que el Estado para poder intervenir penalmente tiene que haber puesto con anticipación en conocimiento del ciudadano la existencia de una norma pena: un hecho no puede ser sometido a una ley penal posterior.

La prohibición de retroactividad tiene diversos alcances. En primer término prohíbe que un hecho que no era punible al momento de su comisión sea juzgado por una ley posterior. En segundo lugar, impide que un hecho que al momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra pena cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior. En tercer lugar, veda que un hecho que al momento de su comisión tenga prevista una determinada cantidad de penal, se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley posterior.

No obstante, hay que dejar claro que la prohibición de la retroactividad de la ley penal no es un principio absoluto ya que se admite excepcionalmente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, como se verá más adelante (*infra* 12).

La retroactividad de la ley más favorable no es contradictoria con el sentido del principio de legalidad, sino, por el contrario, una lógica consecuencia de su fundamento. Según señalábamos el principio de legalidad tiene por objeto evitar la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con la persona. Una ley más favorable no es una ley abusiva. Por el contrario significa el reconocimiento de mayores ámbitos de libertad. Luego, la retroactividad de la ley más favorable no niega el principio de legalidad, antes lo confirma en su propia esencia garantista.

El art. 19º 3º CP penúltimo inciso prohíbe la aplicación retroactiva de la ley desfavorable al señalar que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con *anterioridad* a su perpetración.

7.2.1.3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. Ha sido objeto de discusión si las medidas de seguridad están abarcadas por el principio de legalidad. Dicho de otra forma, si las medidas de seguridad están incluidas o no en el art. 19 3º de la CPR.

De antiguo el problema se había planteado con las medidas de seguridad predelictuales. Al haber desaparecido éstas del ordenamiento penal chileno, el problema queda reducido a las postdelictuales.

Lo cierto es que para resolver este problema hay que partir de una premisa: tanto la pena como la medida de seguridad constituyen una respuesta penal a la comisión de un delito. Por tanto, tanto pena como medida de seguridad tienen por objeto ejercer el *control estatal*. Son respuestas diferentes a un hecho que previa-

mente ha sido definido como delito. El delito es el presupuesto común de la pena y la medida de seguridad.

Ratifica este punto de vista el contenido del art. 1° CPP que señala que “ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial”. Luego, esto quiere decir claramente que como una sentencia solo puede recaer a partir de un hecho que sea constitutivo de delito y como no se pueden imponer otras medidas de seguridad que las establecidas en el CPP, que respecto de éstas rige el principio de legalidad.

Esta por lo demás es la solución coherente con lo que señalábamos anteriormente en el sentido que el ejercicio de la potestad punitiva en un Estado constitucional debe mantenerse en un indispensable punto de equilibrio con la libertad y dignidad de la persona humana, y por tanto, la aplicación de las medidas de seguridad deben poseer una equivalente protección constitucional, y en especial, de la derivada del Capítulo 3° de la CPR.

La diferencia entre pena y medida de seguridad, cuestión sobre la que volveremos más adelante cuando tratemos la determinación de la pena, se remonta al derecho penal clásico. Históricamente el fundamento de la pena era la culpabilidad entendida como libre albedrío y de la medida de seguridad la peligrosidad del individuo. Tanto libre albedrío como peligrosidad son cuestiones metajurídicas. En consecuencia, el problema de la pena y de la medida de seguridad no es el fundamento sino el presupuesto y ambos tienen uno común que es el delito.

En consecuencia, si tanto la pena como la medida de seguridad en el ordenamiento jurídico chileno tienen como presupuesto común el delito, ambas están sujetas a las exigencias del principio de legalidad.

7.2.1.4. EL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*. La prohibición del *bis in idem* debe ser objeto de estudio en relación con el principio de legalidad. El hecho de que el Estado dicte dos normas sancionando un mismo hecho constituye una arbitrariedad y una vulneración de la exigencia de que la ley ha de ser estricta (principio de certeza y taxatividad).

El principio de *ne bis in idem* puede ser formulado como la prohibición de que un mismo hecho de lugar a más de una sanción. Dentro de esta prohibición queda comprendido que dos leyes establezcan sanciones para un mismo hecho, que una misma agravante pueda ser apreciada más de una vez y que un mismo hecho dé lugar a una pena y también a una sanción administrativa.

Sin embargo, uno de los puntos más conflictivos en relación con el alcance del principio de *ne bis in idem* es el que se refiere a la prohibición de aplicar al mismo presupuesto pena criminal y sanción administrativa. El problema surge de las razones últimas del principio de legalidad que son la de evitar la *arbitrariedad* y sin duda, constituye un abuso sancionar un mismo hecho como delito desde las instancias judiciales y como contravención desde la Administración (Arroyo, 1983, 19), y la de poner en conocimiento del ciudadano en forma inequívoca la materia de la prohibición, lo que evidentemente no sucede si el Estado promulga dos leyes para regular el mismo hecho.

La doctrina ha establecido que se cierra la posibilidad de establecer otra sanción por el mismo hecho cuando se comprueba que existe la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin embargo la doctrina ha admitido en ocasiones la duplicidad de sanciones por un mismo hecho siempre que sean impuestas por autoridades de distinto orden que contemple el hecho desde perspectivas distintas o *exista una relación de supremacía especial de la Administración o relación de sujeción especial con ella*, que son supuestos específicos de distinto fundamento. En todo caso,

la acumulación habría de estar, a nuestro entender, expresamente prevista en la ley. Ello debe ser así pues la acumulación de sanciones afecta al principio de legalidad pues constituye una excepción al principio de *ne bis in idem* que, como hemos visto está íntimamente vinculado a la esencia misma del principio de legalidad (De Sola, 1989, 112).

Tal sería la situación de un policía que comete un delito. Tendrá la sanción penal prevista para el delito de que se trate y además la sanción administrativa prevista en las disposiciones reguladoras de la actividad policial. Para la Administración desde su relación de supremacía concurre el interés legítimo de mantener la irreprochabilidad de los funcionarios policiales. Concurren todos los requisitos: autoridades de diferente orden, distinto fundamento y relación de sujeción especial con la Administración.

La aplicación del principio *ne bis in idem* no debe confundirse con lo preceptuado en el art. 20 CP que excluye del concepto de pena, «la separación de empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones, las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados o para instruirlos, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas». Este artículo tiene como fin diferenciar la pena de otras sanciones jurídicas, y por ende, la jurisdicción aplicable, pero no obsta para la aplicación del principio de *ne bis in idem*.

Ahora bien, si la prohibición del *bis in idem* está vinculada al principio de legalidad como hemos expresado anteriormente y el fundamento del principio de legalidad es la interdicción de la arbitrariedad y del abuso estatal al dictar dos leyes diferentes para un mismo hecho, también puede haber no solo una infracción material a este principio, sino también una procesal. Habría una infracción procesal solo porque se abra un segundo procedimiento

contra una misma persona, por un mismo hecho y con el mismo fundamento. Ello podría ocurrir, y ocurre, en aquellos supuestos límites entre el derecho administrativo y el derecho penal.

El principio *ne bis in idem* tiene una vertiente material y una vertiente procesal. Esto significa que por el solo hecho que una persona tenga abierto simultáneamente un procedimiento penal y uno administrativo, ya se estaría vulnerando el aludido principio. En esta situación de lo que no cabe duda es que ha de resolverse el conflicto y uno de los procedimientos ha de paralizarse pues de otro modo la persona afectada se vería expuesta a una situación claramente arbitraria frente al Estado. Como la potestad de los Tribunales está privilegiada constitucionalmente en el art. 73 CPR que atribuye a éstos en exclusiva la facultad de conocer causas civiles y criminales, si la Administración comprobara que los hechos presentaban indicios de delito, debe ceder ante la competencia de los Tribunales. Es la *vis atractiva* del derecho penal que, a nuestro juicio, se fundamenta en el mayor contenido de antijuridicidad que tiene la infracción penal (*supra* 4.2.2.2). Toda vez que se presenta un supuesto que puede ser constitutivo de infracción penal y administrativa, hay en el fondo un concurso aparente de leyes que hay que resolver, y si se resuelve a favor de la infracción penal se está haciendo en virtud del principio de consunción. El mayor contenido de antijuridicidad de la infracción penal consume a la infracción administrativa (*infra* 14.5).

De esta manera, a nuestro entender, la presencia de un procedimiento penal ha de conllevar necesariamente la paralización del administrativo. El problema se presentará si el penal acaba con sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria. A nuestro juicio, no podría reabrirse el procedimiento administrativo pues se estaría vulnerando la prohibición de *bis in idem* en su vertiente procesal. De *lege ferenda* sería necesaria una modificación legal

que permitiera a los jueces imponer, si la aprecia, la sanción por la infracción administrativa.

La doctrina nacional a la hora de aplicar la prohibición derivada del principio *ne bis in idem* diferencia, conforme con el texto del art. 20 CP, entre sanciones administrativas disciplinables –destinadas a determinados grupos de personas, y en especial, los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones– y gubernativas –como aquellas que se pueden imponer a cualquier ciudadano. Respecto de las primeras, Politoff/Matus/Ramírez (2004: 82) manifiestan que no rige el principio *ne bis in idem* y, en cuanto a las segundas, Cury (2005: 110) opina como inadmisibles su concurrencia con una pena, y añade, que «la circunstancia de que algunas leyes y reglamentos aceptan esa posibilidad significa solo un abuso que se debe impugnar enérgicamente, evitando a toda costa, elevarlo a la categoría de norma general».

7.2.1.5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DE NORMAS PENALES O GARANTÍA JURISDICCIONAL Y DE EJECUCIÓN. Claramente en la garantía criminal y penal se puede integrar sin esfuerzo las garantías jurisdiccional y de ejecución. Ello supone para el Estado límites en la incriminación secundaria, esto es, en la aplicación de la ley penal.

El principio de legalidad proyectado en el proceso penal se puede expresar también en latín con la fórmula *nulla poena sine iudicio*. Está recogido en el art. 19. 3º de la CP que establece que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” y en el art. 74 del mismo texto que señala que “una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales...”.

Por eso, en las leyes relativas a la organización del Poder Judicial y procesales se han de plasmar todas las garantías que comprende el principio del debido proceso y así se exige en el

art. 19 3º CPR y lo concreta la Ley N° 19.696 que aprobó el Código Procesal Penal (CPP).

En el proceso penal suele argumentarse desde el principio de legalidad para sostener la obligación del Juez y del Ministerio Público de actuar ante la sospecha de la comisión de un delito y de incoar el correspondiente proceso al que no se podrá poner término en tanto subsistan los presupuestos materiales que han dado origen a su apertura y se haya descubierto a su autor (Gimeno Sendra y otros, 1992: 62).

A este respecto, creemos que hay que hacer una distinción entre, por una parte, el principio de legalidad y por la otra, los principios de oficialidad y de oportunidad. El principio de legalidad como hemos visto es un principio que partiendo del principio de la Ilustración del reconocimiento de la antinomia individuo-Estado tiene por objeto favorecer a la persona a fin de establecer una situación de equilibrio entre ellos. Su fundamento último es la exclusión de la arbitrariedad dentro de esa relación. Luego, desde esta perspectiva el principio de legalidad no puede ser fuente de una obligación de perseguir penalmente. En esta línea tampoco desde el principio de legalidad puede sostenerse que las causas de exclusión de la responsabilidad penal o de atenuación de la pena son exclusivamente las señaladas en la ley. Nada impide que por la vía analógica, con fundamento en principios materiales fundadores del Estado de derecho, puedan estimarse causas supraleales de exención de responsabilidad penal o circunstancias atenuantes.

Para sostener la obligación de la persecución penal se suele confundir el principio de legalidad con el de oficialidad. El principio de oficialidad es el que obliga a la acción penal, no el de legalidad. Frente al principio de oficialidad se sitúa el principio de oportunidad. Este último deja dentro de la discrecionalidad la persecución penal. Ambos principios, claramente procesales, están subordinados al principio de necesidad de la intervención (*supra* 8).

De esta forma, en una situación concreta puede estimarse no necesaria la pena y consecuente y fundadamente estimarse tampoco necesaria la persecución penal. Esta decisión no tiene nada que ver con el principio de legalidad que, como decíamos, está establecido a favor del individuo.

En el derecho chileno se contempla el principio de oportunidad, aunque en forma restringida. En efecto el CPP regula el principio de oportunidad al facultar al Ministerio Público para “no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediera la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

7.2.1.5.1. *El principio de legalidad en la ejecución de las normas penales.* El principio de legalidad obliga a ejecutar la pena, no arbitrariamente, sino en los términos prescritos por la ley. Las leyes de ejecución penal deben desarrollar las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consagradas constitucionalmente destinadas en este espacio tan propenso para su vulneración.

Es importante a este respecto recordar las letras b) y c) del art. 7° b) CPR. La primera señala que «nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes»; y la segunda, proclama que «nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto». El art. 80 CP, en el mismo sentido, declara que «tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto».

Paradójicamente, nuestro sistema penal carece de una ley que regule los principios reguladores del tratamiento penitenciario, las

obligaciones y derechos los condenados o presos, así como, una completa tutela jurisdiccional. Resulta innegable que la cárcel es uno de los ámbitos donde los derechos fundamentales corren mayor riesgo de ser vulnerados, y por ende, debería ser objeto de una especial atención legislativa. Por el contrario, debemos conformarnos con el DS N° 518 de 1998 y un conjunto de normas de distinta jerarquía normativa que regulan de manera incompleta, descoordinada la ejecución de las penas –en ocasiones, vulnerándose los derechos y garantías fundamentales de la persona. En conclusión, podríamos afirmar que las garantías derivadas del principio de legalidad, salvo algunas excepciones, acompañan al sistema penal chileno hasta en el momento que el condenado ingresa en prisión.

7.2.2. Principio de legalidad penal en el derecho internacional → *llama a la atención*

Los crímenes de guerra, de *lesa humanidad* y de genocidio forman parte del derecho internacional, más concretamente del derecho internacional penal y tienen carácter consuetudinario. Estas normas a pesar de no haber sido creadas en muchos casos por una ley interna, por su carácter consuetudinario obligan a los Estados aunque no hayan ratificado los Convenios que expresamente las sancionan. Tienen carácter imperativo, *ius cogens*, son inderogables y obligan *erga omnes*. Constituyen crímenes de *derecho de gentes* que, en el caso de la tortura y el genocidio, fueron establecidos por la costumbre y posteriormente reconocidos por la ley.

A primera vista pudiera parecer que este tipo de normas serían incompatibles no solo con las disposiciones internas que sancionan el principio de legalidad, (art. 19 3° CPR), sino también con las de carácter internacional. Con la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que «nadie puede ser condenado

por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional...» y con la disposición similar contenida en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por Chile en 1972. El art. 19 3º CPR señala, como hemos visto, que «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración...». A nuestro entender las normas de derecho internacional reguladoras del derecho humanitario que son de obligado cumplimiento, constituyen «ley» en el sentido que lo establece la Constitución. Para la Carta Magna el término «ley» en esta disposición no se emplea en el sentido formal y, por tanto, de disposición que ha cumplido los trámites constitucionales y que rige a partir de su publicación o en el plazo que en ella se establezca, sino en el sentido de «norma vigente». Las disposiciones *ius cogens* son norma vigente que la ley o el tratado no ha hecho más que reconocerlas. En ese sentido debe también ser interpretado el inciso final del art. 250 CPP que, expresamente declara que «el juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados (...)».

En los últimos años el derecho penal internacional, especialmente con el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional y anteriormente con los Tribunales Penales Internacionales establecidos por mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para conocer los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, el derecho penal internacional, cuyos orígenes se encuentran en el Tribunal de Núremberg que conoció, juzgó y condenó a los jerarcas del régimen nazi, ha experimentado un notable desarrollo. El Estatuto de Roma establece cuatro categorías de delitos en cuya base están los Derechos Humanos: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y delitos de agre-

sión. Se ha dicho, con razón, que el Estatuto vino a cristalizar delitos de carácter internacional que habían sido creados por la costumbre internacional y se destaca que el propio Estatuto no constituye un catálogo cerrado de delitos. De ahí que se sostenga que el principio de legalidad tratándose de delitos internacionales tenga otra dimensión y que el conocido axioma de Feuerbach se reformule como *nullum crimen nulla poena sine iure* en lugar de *sine lege*.

El principio de legalidad tiene, como puede apreciarse, plena vigencia también en el derecho penal internacional. Se diferencia respecto del que rige en el derecho interno solo respecto de la fuente del derecho. En el derecho interno, en los sistemas jurídicos europeo continentales al que ciertamente pertenece el chileno, solo se admite como fuente la ley. En cambio, en el derecho internacional, lo pueden ser, además del tratado, tanto la costumbre como los principios generales de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, L.: (1983) «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal» en *Revista Española de Derecho Constitucional* 8, pp. 9 y ss.
- BACIGALUPO, E.: (1983) «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal» en *Anuario de Derechos Humanos* 2, pp. 13 y ss.
- BELLOCH PETIT, G.: (1998) «El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario» en *Poder Judicial* Nº 51.
- CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J.: (2000) «Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal» en *Actualidad Penal* Nº 8.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J.: (1998) *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona.

- GARCÍA ALVERÓ, R.: (1995) *Non bis in idem material y concurso de leyes penales*, Barcelona.
- GARCÍA ALVERÓ, R.: (2001) «La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de la teoría sobre la distinción de ilícitos», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor J.M Valle Muñiz*, Elcano.
- GARCÍA RIVAS, N.: (1992) *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del T. C.*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- GÓRRIZ ROYO, E.: (2004) «Sentido y alcance del *ne bis in idem* respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional (En especial la STC 2/2003 de 16 de enero)» en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIV, 2002-2003, Santiago de Compostela.
- GÓRRIZ ROYO, E.: (2003) *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP.*, Valencia.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: (2004) *El principio: non bis in idem*, Dykinson, Madrid.
- MARINA JALVO, B.: (2000) «*Non bis in idem*» y prevalencia del pronunciamiento de la jurisdicción penal. Delitos e infracciones administrativas contra el medio ambiente» (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 108.
- MATTAROLLO, R.: (2001) «La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad» en *Revista de DDHH* del Centro de Estudios Legales y Sociales y Universidad de Lanús, 1.
- MUÑOZ LORENTE, J.: (2001) *La nueva Configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, Madrid.
- OLLÉ SESÉ, M.: (2008) *Justicia Universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid.

- PÉREZ MANZANO, M.: (2002) *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia.
- SANTANA VEGA, D. M.: (1994) «Principio de oportunidad y sistema penal» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 105-136.
- SOLA, A. DE: (1989) «Principio non bis in idem y sanciones disciplinarias en el ordenamiento penitenciario», *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, pp. 105-124.
- VIVES ANTÓN, T.S.: (1982) «Estado de Derecho y Derecho Penal», *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Madrid.
- WERLE, G.: (2005) *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.