

345.83  
Matus  
2012  
CA

E

a.669 724

Jean Pierre Matus Acuña  
Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile

---

# La Ley Penal y su Interpretación

---

SEGUNDA EDICIÓN, ACTUALIZADA Y REFORMULADA



 EDITORIAL  
Metropolitana

# Capítulo 1

## Presupuestos metodológicos

### 1. La ley penal como objeto de interpretación

En sentido amplio, podemos considerar actualmente como *pena o medida de seguridad*, la irrogación coactiva de un mal que recae sobre el cuerpo de una persona natural, o consiste en la privación de derechos o de bienes de una persona natural o jurídica, sin que dicho mal esté condicionado a (o consista en) la reparación de un daño exigida por un particular o esté condicionado a (o consista en) la coacción para el cumplimiento de una obligación determinada que cesa con su cumplimiento.<sup>1</sup> En palabras de ZAFFARONI (1990, p. 164) diremos que pena

---

<sup>1</sup> Aunque la definición deriva del planteamiento de KELSEN (1960, p. 122), existen algunas diferencias que debemos destacar. Primero, que no entendemos que la diferencia con las sanciones civiles esté determinada *por la finalidad* de éstas, sino únicamente por su *objetivo condicionamiento a la reparación real o supuesta de un daño exigida por un particular*. Y, en cuanto a las coacciones para el cumplimiento de ciertas obligaciones que cesan con su cumplimiento, como la privación de la libertad del testigo renuente a comparecer o declarar, no creemos apropiado asimilarlas a una forma de "reparación", pues, precisamente en ese caso (que es el mismo ejemplo de KELSEN), nada hay que reparar, sino algo que cumplir y tampoco es necesaria para su descripción recurrir a la *intencionalidad trascendente* de la sanción, más allá del cumplimiento de lo obligado. Además, el autor distingue entre *penas* como *sanciones en sentido específico*, esto es, como aquellas estatuidas "como reacción contra una acción u omisión" y *otras sanciones o actos*

es toda porción de dolor infligida por un organismo del Estado, dolor que no está destinado a reparar un daño, a pagar una indemnización, a restablecer una situación o estado anterior, o a establecer un nuevo estado o situación entre algunos ciudadanos<sup>2</sup>:

*coactivos* que “carecen de ese carácter”, “como, por ejemplo, la internación coactiva de individuos que padecen de enfermedades socialmente peligrosas”, que en términos generales podríamos identificar con la idea de *medida de seguridad*. La distinción es, sin embargo, poco operativa en este contexto, porque, por una parte, parece depender de qué podamos entender *materialmente* como “acción u omisión” fuera del derecho penal, cuya complejidad actual no parece satisfacerse con conceptos naturales u ontológicos de tales expresiones. Y por otra parte, tampoco parece que pueda distinguirse desde el punto de vista *material* (y también abstracto) con total claridad si las sanciones coactivas tradicionales del Derecho penal (penas corporales) están previstas como “reacción a una acción u omisión” o como “reacción a una condición del individuo *manifestada* en una acción u omisión”, dada su común naturaleza *incapacitante* (ROBINSON, 2012, aunque críticamente). Sin embargo, como veremos enseguida, *formalmente*, existe en el Derecho penal chileno una distinción entre *penas* y *medidas de seguridad*, de conformidad con lo dispuesto en el propio ordenamiento. Pero aquí no se diferencia entre una y otra por el hecho de tratarse o no de una “reacción a una acción u omisión”, sino únicamente si según el ordenamiento jurídico puede considerarse al responsable de un hecho como *imputable* o *inimputable* (Arts. 10 N° 1 y 21 del Código penal y 455 del Código Procesal Penal). Y tampoco se diferencia la autoridad competente para su decisión (ambos supuestos quedan sometidos a los tribunales competentes en lo criminal). Con todo, la distinción propuesta por KELSEN sigue siendo válida en *alguna medida* para explicar la distinción *formal* entre dichas *medidas de seguridad penales* y los casos de *internamientos civiles* decretados por considerarse una persona peligrosa para terceros o para sí misma, sin necesidad de acreditarse la comisión de un hecho calificado como delito y fuera del sistema de justicia criminal, como sucede en los casos regulados por el Libro VII del Código Sanitario.

En este sentido, ya lo decía PORTALIS (1978, pp. 48 y 49), en su discurso preliminar al Código Civil de Napoleón: “Las leyes penales o criminales son menos una especie particular de leyes que la sanción de todas las demás. Hablando con propiedad, no regulan las relaciones de los hombres entre sí, sino las de cada uno con las leyes que velan por todos”.

“toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del derecho, es una pena”<sup>3</sup>

En consecuencia, podemos considerar como *leyes penales* o *disposiciones penales* a las expresiones lingüísticas que de alguna manera *hacen referencia* a la imposición de penas o (y a veces también) medidas de seguridad, que se imponen coactivamente por el Estado.

En Chile y en buena parte de los países sujetos al *principio de legalidad* formal (Art. 19 N° 3 CPR), se consideran como tales las *expresiones lingüísticas escritas positivas*<sup>4</sup> o disposiciones legales que se encuentran en el *Código penal*, *sus leyes complementarias*, y en las *leyes penales especiales*, cuya aplicación se entrega por ellas mismas o por otras disposiciones legales a tribunales expresamente competentes en la materia.

<sup>3</sup> Cfr. ETCHEBERRY (1976 I, pp. 13, 15 y 20), quien señala que la pena, intrínsecamente considerada, constituye un mal, una privación o disminución de derechos personales, concepto amplio que lo obliga a entender las medidas de seguridad como una especie de penas.

<sup>4</sup> Con lo que se quiere decir, formulaciones lingüísticas cuya existencia factual es independiente del *sentido* que a dichas expresiones se les otorgue: la inscripción que se encuentra en una versión impresa del Código penal, del estilo “Art. 488 bis. El que robe o hurte uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, menor o porcino, comete abigeato y será castigado con las penas señaladas en los Párrafos 2, 3 y 4” es, en este sentido, la *disposición penal positiva*, distinguible objetivamente de la *proposición que se refiere a ella* en los términos “El Art. 488 bis castiga con las mismas penas que los robos y hurtos comunes el abigeato de bestias de silla y ganado y el Art. 488 ter, impone, en tales casos, aumentar la pena en un grado”, que pretende expresar su *sentido*. La distinción y la terminología están tomadas de HERNÁNDEZ MARÍN (1989, pp. 27-36).

Luego, en *sentido estricto y formal*, podemos considerar como *disposiciones o leyes penales* todas las expresiones lingüísticas escritas inscritas en disposiciones legales (en adelante, el texto o la letra de la ley o, simplemente, la ley o disposición penal) que hacen referencia a los casos, modos y formas de imposición de las sanciones que el artículo 21 del Código penal designa como "penas", incluyendo las que permiten su no imposición o sustitución por otra clase de sanciones. Como existe la posibilidad legal de que ciertas sanciones de similar contenido material a las previstas en dicho artículo 21, como las multas, sean impuestas por autoridades administrativas o jueces que no ejercen competencia en lo criminal, también existe la posibilidad de discutir su verdadero carácter administrativo, civil o penal. Sin embargo, esta cuestión, de indudable importancia, no será abordada en este lugar, pues no afecta la decisión acerca de si lo que hemos considerado disposiciones legales penales en sentido formal y estricto son tales, sino solamente a la de si se pueden considerar *también* como disposiciones legales penales esas otras en discusión.

Por otra parte, debemos aclarar que las *disposiciones penales* en el sentido aquí entendidas no son únicamente aquellas proposiciones condicionales que asocian a un grupo de casos una solución consistente, en principio, en la obligación de imponer una pena, como en el caso del Art. 59, letra a) de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores que dispone:

"Art. 59. Sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo :

a) Los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores o al público en general, para los efectos de lo dispuesto en esta ley"

Además, existen determinadas disposiciones, que *extienden* el ámbito de lo punible mediante una *generalización* de las condiciones que ordenan imponer una pena en ciertos casos en los cuales los hechos que se juzgan no pueden describirse como pertenecientes al grupo de casos a que hace referencia una de las disposiciones condicionales como las anteriores, por no ser posible describirlo con *todas* sus propiedades, pero al menos *si con alguna de ellas*. Así, el Art. 7° comienza por declarar "punibles" "no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa", y agrega, en su inciso final: "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento". Y el Art. 2° señala: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen un cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete".

Hay también otra clase de disposiciones legales que contemplan *generalizaciones* que no sólo amplían el ámbito de lo punible, sino también lo delimitan, al determinar *quiénes y bajo qué condiciones* han de considerarse *responsables* de los delitos, como las definiciones de *autor, cómplice y encubridor* de los Arts. 14 a 17 del Código y las que establecen los requisitos para sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos que allí se indica (Arts. 3° y 5° de la Ley N° 20.393, en relación con su Art. 1°).

Existe también otra clase de disposiciones legales que *generalizan* las condiciones en que, según su texto, *no se debe imponer sanción penal*, a pesar de que un caso pueda, de alguna manera, describirse como uno de los comprendidos en los grupos de casos que se sancionan penalmente. En nuestro Código, la mayor parte de ellas se encuentran en su Art. 10°, que declara que "están exentos de responsabilidad criminal" quie-

nes se encuentren en los casos que allí se describen. Hay otras que se refieren a grupos de casos determinados, como la del Art. 9º, en relación a la faltas; la del Art. 17, inciso final, en relación con el encubrimiento; la del inciso final del Art. 269 bis, en relación con la obstrucción de la justicia; la del Art. 159, en relación con los delitos cometidos por empleados públicos; la del inciso final del Art. 369, en relación con los delitos de violación, estupro y otros atentados sexuales; y la del Art. 489.

Y también hay *definiciones* que explicitan las propiedades de los casos comprendidos en las disposiciones a que hacen referencia, como la del Art. 366 ter del Código penal, cuando define “acción sexual”, las cuales también pueden verse como *limitaciones específicas* del ámbito de lo punible en los casos *más genéricos* de las disposiciones a que hacen referencia (lo mismo podría decirse de la descripción más detallada de “violación” o “parricidio” de los Arts. 361 y 390, respectivamente).

Por otra parte, en el Código y las leyes especiales podemos encontrar una multiplicidad de disposiciones que regulan no el *si*, sino el *quantum* de la pena o sanción, esto es, que principalmente *clasifican, definen y regulan* el tipo, naturaleza y cuantía de las sanciones a imponer a las personas declaradas responsables de un hecho considerado delito, como las clasificaciones, definiciones y reglas relativas a las clases de penas y sanciones que se contemplan en el Código penal, en la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, en la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, en la Ley N° 18.216, sobre Penas Sustitutivas a las Penas Privativas de Libertad, el Decreto Ley N° 521 sobre Libertad Condicional y la Ley N° 19.856, que crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados Sobre la Base de la Observación de Buena Conducta.

Este conjunto de *disposiciones legales* constituye lo que habitualmente denominamos Derecho penal y es, según aquí se propone, el objeto de la labor del intérprete.

La *reconstrucción y exposición sistemática* de dichas disposiciones legales y las relaciones que entre ellas existen, corresponde a las obras generales de lo que, entre nosotros, denominamos *dogmática o ciencia jurídico penal* y no es el objeto de esta investigación.<sup>5</sup>

## 2. Ley penal y norma penal

Según ALCHUORRÓN y BULIGYN (2000, pp. 134s), “los juristas tienden a identificar las normas con su formulación lingüística”, con lo que se confundiría su “formulación legal” con su “significado”, que no sería otro que “calificar como prohibidas, obligatorias o permitidas ciertas conductas o estados de cosas resultantes de ellas”. Esto significaría, según dichos autores, “que sólo se puede hablar de normas una vez

<sup>5</sup> Véase un ejemplo en POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2004, *Parte General*) y (2005, *Parte Especial*). Tampoco es el propósito de este trabajo la enunciación de las bases lógicas para la reconstrucción de *sistemas legales* penales más o menos equivalente a los *sistemas normativos*, como entienden éstos ALCHOURRÓN y BULIGYN (1975). Como he demostrado en otro trabajo (MATUS, 2008, pp. 377-400), la reconstrucción de tales *sistemas*, no parece ofrecer mejores y más fundadas soluciones a los problemas de la interpretación y aplicación práctica del Derecho penal, como en los supuestos de *redundancias normativas* a que puede reconducirse el problema del llamado “concurso aparente de leyes penales”, dado que a lo más se podrá obtener un universo de soluciones redundantes acotadas, pero ninguna razón que permita admitir una u otra como propuesta de aplicación de la ley.

que se hayan interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas". Normas serían, por tanto, "las expresiones interpretadas y, por lo tanto, dotadas de un significado definido".

Sin embargo, estas afirmaciones no pueden compartirse. Lo primero, porque buena parte de la tradición del Derecho penal que sigue el desarrollo de la dogmática alemana parece girar en torno a la distinción entre disposiciones legales y "normas", como veremos enseguida. Y lo segundo, porque salvo la referencia a un conjunto de normas *ideales* ("A es obligado a B", "se permite C", "está prohibido D" y otras expresiones por el estilo que no se refieran en modo alguno al contenido semántico de "A", "B", "C" o "D"); la "expresiones" o "formulaciones legales interpretadas" no tienen un *sentido unívoco* o un *significado definido*, más allá de la convención de quienes así lo entiendan, como aprende cualquier estudiante de Derecho al enfrentarse a las distintas interpretaciones y soluciones (sentidos semánticos) que se ofrecen por la doctrina y la jurisprudencia para la aplicación de las mismas "formulaciones legales". Es más, dado que tanto las disposiciones legales como las interpretaciones del *sentido* de las mismas, las "normas" según ALCHOURRÓN y BULYGIN, se expresan en un lenguaje natural comprensible para sus destinatarios, en ambos casos tanto la formulación lingüística factual de la "disposición legal" como de la "norma" arrastrarían los problemas de falta de univocidad e indefinición que, en el margen, presenta la textura abierta y recursiva del lenguaje natural.<sup>6</sup> Luego, una *norma* que sea el *sentido unívoco* de una disposición legal ni siquiera podría corresponder a una entidad semántica, dado el carácter abierto y recursivo del len-

<sup>6</sup> MORESO (2000, p. 114).

guaje, por lo que sólo podría concebirse como el *sentido inexpressable* de dicha disposición.

Volvamos, pues, a la distinción entre "ley penal" y "norma penal" formulada por los penalistas, la cual, contra la opinión de ALCHOURRÓN y BULYGIN, sí ha ocupado a los juristas desde hace más de cien años, al menos, a aquellos que se dedican al estudio del Derecho penal en Alemania y en los países donde esta rama del Derecho se estudia con base a las aportaciones germanas, donde a la voz "norma penal", las discusiones no han dejado de suscitarse<sup>7</sup>.

La cuestión se plantea actualmente afirmando que existirían dos "niveles" o "clases" de normas. En el "nivel superior" se encontrarían las "normas primarias" o "normas de conducta", cuya "infracción" constituiría el "injusto culpable" o lo "objetivamente injusto", según se entienda esta "norma superior" como una "norma de conducta" ("imperativa", "prescriptiva" o "directiva", según la teoría de que se trate) o como una "norma de valoración" más o menos "objetiva" del hecho, que no haría referencia a la responsabilidad de una persona, cuestión que se determinaría por otras "normas". Y en el "nivel inferior" se encontrarían las "normas secundarias" o "normas de sanción", que impondrían a los jueces la obligación de sancionar "la infracción a las normas primarias".<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Una buena visión sintética del debate puede verse en BUSTOS (1986, pp. 44 y ss). Una visión *in extenso*, donde se relaciona la evolución del concepto de "norma" con la de la sistemática de la teoría del delito, puede revisarse en la exhaustiva tesis doctoral de MOLINA (2003).

<sup>8</sup> MOLINA (2003, p. 640s). En nota al pie 12 de esta obra y lugar citados pueden verse otras versiones minoritarias (HRUSCHKA, VOGEL Y KINDHÄUSER) que asignan al concepto "norma" significados y clasificaciones algo diferentes, pero que no se apartan de la línea principal, esto es, la idea de que es posible afirmar la

En el extremo, si se llega a entender la existencia de las “normas primarias” o de “comportamiento” como las entidades verdaderamente jurídicas, cuya existencia es independiente de las *disposiciones legales*, también es posible afirmar que una “norma de sanción” o *disposición legal* que “apoye” el cumplimiento de una “norma de comportamiento” *inexistente*, no sería objetivamente una norma jurídica.

También se podría decir, sin llegar a negar la existencia jurídica de las “normas de sanción”, que éstas podrían ser “jurídicas”, pero “ilegítimas”, en la medida que no se refieran a “normas de conducta” existentes o que se refieran a “normas de conductas” estimadas “ilegítimas” (por alguna razón no prevista en el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, por no regular acciones finales, no proteger bienes jurídicos o no cumplir una finalidad que supuestamente deberían cumplir).

Sin embargo, asumir cualquiera de estas variantes que suponen la existencia “independiente” de las “normas primarias”, “de valoración” o “de conducta”, implica la aceptación o reconocimientos de ciertos criterios de “existencia” o “legitimidad” de tales “normas primarias” de carácter filosófico, moral o religioso, no sujetos a verificación objetiva (como sí puede hacerse respecto del texto mismo de las disposiciones

---

existencia de “normas jurídicas” diferentes al texto mismo de las disposiciones legales. Otra variante de esta formulación de las “normas primarias” es su formulación como expresión de “expectativas institucionalizadas de comportamiento”, en el sentido de actos comunicativos que permitirían orientar las decisiones y conductas de todos los ciudadanos y no sólo de quienes aparecerían como obligados por los imperativos que en ellas subyacerían. En este sentido, la “infracción de la norma de comportamiento” equivaldría a la “defraudación de la expectativa de conducta”. Esta es la posición de JAKOBS, que SILVA SÁNCHEZ acoge como compatible con la idea de la “norma primaria” como “directiva de conducta”, y en Chile replica OSSANDÓN (2009, p. 25).

legales) sino sólo al acuerdo de los que los admiten como tales. En palabras de BUSTOS (1987, p. 22),

“las normas aparecen así como el producto, o bien, de un ente más allá de la sociedad humana y a revelar en la naturaleza de las cosas, o una expresión de una racionalidad absoluta y abstracta como síntesis ideal de la razón humana. Las normas surgen de la cabeza de Zeus o Prometeo. Esto permite a la dogmática construir una teoría del delito sobre la base del bien y el mal, de lo justo y de lo injusto, y en que la norma tiene una capacidad de motivación valorativa sobre todos los sujetos del cuerpo social”.

Pero, y con independencia del eventual valor teórico, sistemático o político de concebir de una u otra manera la existencia y legitimidad de esta especie de “normas primarias” o “superiores”<sup>9</sup>, lo cierto es que ellas no son el objeto de la interpretación de la ley penal, que se refiere al texto de las disposiciones legales que objetivamente existen.

En efecto, la *ley penal*, en el sentido que aquí se emplea, como objeto de la interpretación, es, en *sentido estricto y formal*, el conjunto de todas las disposiciones legales que hacen referencia a los casos, modos y formas de imposición de las sanciones que el artículo 21 del Código penal designa como “penas”, incluyendo las que permiten su no imposición o sustitución por otra clase de sanciones.

Por lo tanto, desde este punto de vista, los “casos” cuya “solución” es la imposición o no de alguna de esas penas o sus sustitutos, se encuentran expresados en el texto de tales disposiciones legales y no en otro lugar.

---

<sup>9</sup> Véase una posición escéptica al respecto, en BACIGALUPO (1989 b, pp. 48 y s).

Luego, es a partir de la interpretación de tales disposiciones que existe la posibilidad de proponer la presentación del sentido de *algunas de ellas* como formulaciones lingüísticas expresadas en la forma de “normas de comportamiento” o “normas de valoración”, “normas primarias” o “normas secundarias” o cualquier otro constructo intelectual.

Sin embargo, según MOLINA (2003, p. 662s), quien se presenta, en principio, también partidario de que no es otra cosa que “el propio hecho de que está sancionado” lo que “nos permite identificar que el comportamiento cuya realización da lugar a la aplicación de la norma presuntamente secundaria, es efectivamente un comportamiento contrario a derecho”, sostiene que tal conclusión “debe ser matizada, porque si se toma en sentido absoluto es falsa”, pues no podría predicarse de disposiciones penales que existen o han existido e imponen responsabilidad penal por hechos de terceros (los hijos por los padres), castigan a los animales o a las personas con efecto retroactivo. En dichas disposiciones no podría encontrarse por la vía interpretativa una “norma primaria” o de “comportamiento” que “legitimara” el castigo. Pero una cosa es que se pretenda *políticamente* que *todas las disposiciones penales* puedan reformularse como “normas que sancionan la infracción de normas de comportamiento”, lo que sucedería, según MOLINA (2003, p. 664), en un sistema “en que rija sin excepción el principio de culpabilidad”; y otra cosa muy distinta es que las *disposiciones penales* que existan cumplan con dicho estándar político. La cuestión es que, aún adhiriendo a dicho proyecto político (como se expresa más adelante en esta obra), una cosa es la crítica política o las posibilidades de proponer una interpretación de una disposición penal limitada por dicho proyecto, y otra cosa es la *disposición penal* que se interpreta, cuya existencia no depende ni de la teoría de la norma que se adopte

para efectos sistemáticos ni de los criterios políticos con que queramos valorarlas, sino de la conformación política de cada sociedad en un momento histórico determinado, tal como lo demuestra un breve repaso de la historia de nuestra legislación penal, en la que desde nuestra independencia la fluctuante penalización y despenalización del contrabando, los delitos electorales, los tributarios, los delitos relativos a la libre competencia, al orden público, al sistema electoral, a la expresión de opiniones e informaciones, a la libertad sexual, el juego y las apuestas, va reflejando el juego y predominio de los intereses de los gobernantes en un momento determinado.<sup>10</sup>

También es posible proponer criterios de carácter *sociológico* para identificar las verdaderas “normas penales” (“primarias” o “superiores”), entendidas como un comportamiento regular observable en la sociedad. Esta es una posibilidad que también se presenta como *positivista y objetiva*, dado que, en principio, la regularidad observable de un comportamiento social puede ser afirmada o negada con pruebas empíricas cuya validez no depende de la argumentación o justificación de su existencia. Con claridad, puede verse este planteamiento en el prólogo de la versión aparecida en España del libro *Derecho penal del enemigo*, que escribe JAKOBS (2003, p. 12):

“De acuerdo con una cómoda ilusión, todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí por medio del Derecho en cuanto personas. Esta suposición es cómoda porque exime de la necesidad de empezar por comprobar en qué casos se trata en realidad de una relación jurídica y en cuáles otros de una situación ajurídica; en

<sup>10</sup> MATUS (2012, T. I, pp. 3-178).

cierto modo, como jurista nunca se corre el riesgo de topar con sus límites. Es ilusoria porque un vínculo jurídico, si se pretende que concurra no sólo conceptualmente, sino en la realidad, ha de conformar la configuración social; no basta con el mero postulado de que tal conformación debe ser. Cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social. Dicho con un ejemplo: mucho antes de la llamada liberalización de las distintas regulaciones respecto del aborto [en Alemania], estas rígidas prohibiciones ya no eran verdadero Derecho (y ello con total independencia de qué se piense acerca de su posible justificación)".

En esta versión, la "legitimidad" de las disposiciones penales, reformuladas como "normas de comportamiento", depende de su correspondencia con el comportamiento efectivamente observable en una sociedad y momento histórico determinado ("norma social vigente").

A su respecto, cabe señalar básicamente lo mismo que se ha dicho anteriormente, esto es, que para poder formular una "norma de comportamiento" que se entiende comprendida en la formulación lingüística inscrita en una disposición penal, y de la cual pueda decirse que es o no "Derecho", lo primero que debe hacerse es interpretar esa disposición penal y no otra cosa. Y para dicho procedimiento intelectual, no es necesario un análisis sociológico que permita determinar cuáles formas de comportamiento regulares son o no comprendidos por las personas como "jurídicos" (desde el punto de vista sociológico). Además, si la formulación de tales "normas de conducta socialmente reconocidas como jurídicas" fuera posible mediante procedimientos objetivos y contrastables, más allá de la mejor o peor intuición de quien afirma que tales o cuales comportamientos corresponden o no a la idea del

"Derecho" de la comunidad en que se practican, ella no sólo debiera ser independiente del análisis de las disposiciones penales, sino que serviría para su crítica o aplauso, pero no para su interpretación, que es el objeto de esta investigación.

Por otra parte, y desde el punto de vista sociológico, no parece que en todo caso las disposiciones penales tengan el propósito de "legitimar" con su formulación una "norma de comportamiento social" determinada, sino más bien, al contrario, de procurar el cese de ese comportamiento regular cuando ya no es deseable para quienes tienen el poder de dirigir la vida en sociedad, tal como lo describiera SUTHERLAND allá en los años 1930, al definir el delito como:

"parte de un proceso de conflicto, cuyas otras partes son el derecho y la pena. Este proceso comienza en la comunidad antes de la vigencia del derecho y continúa en ella y en el comportamiento de delincuentes particulares después de que la pena ha sido infligida. Parece que este proceso se desenvuelve más o menos del modo siguiente: un cierto grupo de personas advierte que uno de sus propios valores -vida, propiedad, belleza del paisaje, doctrina teológica- es puesto en peligro por el comportamiento de otros. Si el grupo es políticamente influyente, el valor importante y el peligro serio, los miembros del grupo se aseguran la promulgación de una ley y obtienen de ese modo la cooperación del Estado en un esfuerzo por proteger el propio valor. Quienes forman parte del otro grupo no aprecian tan altamente este valor, que el derecho está llamado a proteger, y hacen algo que precedentemente no era un delito, pero que se ha hecho devenir en delito con la colaboración del Estado. Esto es la continuación del conflicto, que el derecho estaba llamado a eliminar, pero el conflicto se ha hecho mayor en un sentido:

ahora el Estado se ve envuelto en él. La pena es un nuevo grado en el mismo conflicto. También es ella, a su vez, un instrumento utilizado por el primer grupo en contra del segundo, por medio del Estado".<sup>11</sup>

Desde esta perspectiva, no es necesario estar de acuerdo con las propuestas *abolicionistas* para dar por buena la explicación sobre la naturaleza política del delito que plantea HULSMAN (1984, pp. 51 y 52) en sus *peines perdues*:

"¿Qué es un crimen? ¿Qué es un hecho punible? ¿Cómo hacer la diferencia entre un hecho punible y un hecho que no lo es?

¿Por qué el hecho de ser homosexual, de drogarse o de ser bigamo es punible en ciertos países y no en otros? ¿Por qué conductas que fueron punibles en el pasado, como la blasfemia, la brujería, la tentativa de suicidio, etc., no lo son ya? Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo delictivo en un contexto se considera aceptable en otro. Según que no haya nacido en tal lugar y no en otro, en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es.

<sup>11</sup> SUTHERLAND, citado sin referencia directa por BARATTA (1989, p. 131). En este sentido, las palabras de DORADO MONTERO, citado por BUSTOS (1982, p. 59), no han perdido su primitivo valor: "Son delitos aquéllos actos que él más poderoso prohíbe ejecutar y cuya realización conmina con penas. Es decir, que el concepto de delito es de esta suerte un concepto impuesto... No existiendo acciones que sean delitos por su propia naturaleza, independiente de toda circunstancia de tiempo, lugar y persona, sólo vienen a ser tales aquéllos que caprichosamente prohíben y castigan los que mandan

No hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza *intrínseca*, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o un delito. ¿Qué hay de común entre un comportamiento agresivo en el interior de una familia, un acto de violencia cometido en el contexto anónimo de la calle, el robo con fractura en un domicilio privado, la fabricación de moneda falsa, el encubrimiento de personas, la detención y aprovechamiento de cosas robadas, una tentativa de golpe de estado etc.? No descubriremos ningún denominador común en la definición de estas situaciones, ni en las motivaciones de quienes se encuentren implicados en ellas, ni en las posibilidades de acción previstas a su respecto, sea para prevenirlas, sea para hacerlas cesar. Estas situaciones no tienen entre sí otro nexo que uno enteramente artificial, esto es, la *competencia formal del sistema* de justicia criminal en relación con ellas. El hecho de que sean definidas como crímenes resulta de una decisión humana modificable; el *concepto de crimen no es operacional*. Un buen día, el poder político cesa de perseguir a las brujas y ya no hay brujas... De un día a otro, lo que era delito deja de serlo, y el que era considerado delincuente pasa a ser un hombre honesto. Por lo menos ya no tiene que rendir cuentas ante la justicia penal. *Es la ley, pues, la que dice donde hay un crimen; es la ley, pues, la que crea al "criminal"*.

En definitiva, lo que interesa para la interpretación de las disposiciones penales no es su correlación con alguna idea externa acerca de las "normas de comportamiento" o de "valoración" que debieran ser según la posición política, filosófica o moral que se sustente, o que sean en una sociedad determinada, según pueda establecerse por la sociología, sino principalmente y, en primer término, su *dimensión semántica*, esto es

los significados que puedan ser atribuidos a los símbolos a través de los cuales éstas se expresan.

Sin embargo, por la propia naturaleza del lenguaje, su carácter recursivo y el contexto en que esta determinación del sentido semántico de las disposiciones penales se hace, se debe tener presente que, como veremos más adelante, la sola formulación del sentido que se propone para una formulación semántica determinada importa también un *aspecto pragmático*, esto es, la expresión de una proposición acerca del sentido de una disposición legal determinada, con pretensión de *convencer* a sus destinatarios (jueces y juristas en general) de que el sentido *propuesto* para la disposición que se trata corresponde de alguna manera con el de su formulación lingüística, o dicho de otro modo, que el “caso” que se dice tiene la “solución” que se indica en una disposición penal determinada, efectivamente está comprendido en ella y su solución tiene el sentido que se propone.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> COLOMA (2006, p. 28s) ejemplifica muy claramente las distinciones implícitas en lo que arriba se afirma, y que corresponden más o menos a la distinción entre el sentido *locucionario* del lenguaje, lo que arriba denominamos su *dimensión semántica*, de su *dimensión pragmática*, esto es, de las funciones *ilocucionarias* (lo que se quiere “hacer” con las palabras, esto es, el efecto que con ellas se pretende causar en el auditorio) y *perlocucionarias* (lo que efectivamente “se hace” con las palabras, esto es, el efecto causado en realidad en el auditorio), según la formulación de J. L. AUSTIN. Así, según COLOMA: “A partir del enunciado: ‘¡enciende la luz!’ que X dirige a Y se puede realizar la siguiente distinción: *Locución*. X ha dicho a Y; ¡Aprieta la tecla del interruptor que regula el paso de la energía eléctrica hacia la ampolleta montada en la lámpara! *Ilocución*. X está tratando de influir en Y para que lleve a cabo una acción determinada (encender la luz). *Perlocución*. Y ha sido influenciado para realizar la acción que ha sido ordenada por X (encender la luz).” Como puede comprobarse de este ejemplo, lo que interesa para la labor de interpretación de las disposiciones penales es principalmente la determinación de su sentido *locucionario*, con independencia de las finalidades que con su formulación se pretendan, esto es, de su sentido *ilocucionario*, y que, en nuestro

### 3. Ley penal, reglas y principios

Ya hemos indicado que entre las disposiciones legales cuyo conjunto constituye el Derecho penal, no se encuentran únicamente aquellas que asocian directamente a un supuesto de hecho determinado una pena o medida de seguridad como consecuencia, sino que entre ellas se cuentan diversos tipos de disposiciones o normas jurídicas, cuya interpretación y aplicación permiten determinar los casos a que se asocian dichas consecuencias y el modo, forma y condiciones de su imposición (o no).

Entre tales disposiciones es necesario, para un adecuado entendimiento de lo que se dirá en los próximos capítulos de esta obra, distinguir entre aquellas que pueden ser vistas como *reglas*, de aquellas que pueden ser vistas como *principios*, tanto a nivel meramente legal como a nivel constitucional, y los efectos que tal distinción tiene para la labor interpretativa.

La idea de que entre las normas jurídicas existen *principios* que, de alguna manera, cumplen en la interpretación y aplicación del Derecho una función diferente a las de las *reglas*, está más o menos extendida en la actualidad, aunque no parece existir un acuerdo de igual modo generalizado acerca de qué se entiende exactamente por unos y otras, y cuáles serían sus relaciones recíprocas<sup>13</sup>.

contexto, no son otras que convencer a los destinatarios de la corrección del sentido *locucionario* propuesto.

<sup>13</sup> Como puede verse en el análisis crítico de POSCHER (2009).

Por ejemplo, en la versión de DWORKIN (1977, p. 43-60), existirían *reglas* y *principios* o *estándares*, en general, entre los cuales todavía podemos distinguir las *políticas* de los *principios* en un sentido más o menos estricto. *Políticas* serían aquellos “estándares” que establecen un objetivo a ser alcanzado (o protegido), generalmente de carácter social, económico o político; como el propósito de evitar accidentes de tránsito de la regulación aplicable; y *principios*, los “estándares” “que deben ser observados”, no por su relación con una deseable situación social, política o económica, sino porque así lo requiere “la justicia” “o alguna otra dimensión de la moralidad”, como el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo. *Políticas* y *principios* se podrían confundir (por ejemplo, si se dijera que existe el objetivo social de que nadie se aproveche de su propio dolo), pero como *principios*, en general, no podrían confundirse con las *reglas*, de las cuales se distinguirían lógicamente: ambas establecen estándares para resolver casos concretos, pero las *reglas* se aplicarían en el modo *todo o nada*, esto es, siguiendo “automáticamente” su consecuencia normativa en caso que se cumplan sus presupuestos de hecho (incluyendo las excepciones también regladas), pero siempre que se acepte su validez o aplicabilidad al caso; mientras los *principios* no tienen ese carácter, pues su cumplimiento no es automático, primero, porque en ellos no se establecen las condiciones de su aplicación, sino más bien, razones para adoptar una decisión, razones “de peso”, que no tendrían excepciones regladas, sino que se enfrentarían a otros principios que entregarían razones para adoptar otra decisión contraria, y su enfrentamiento se resolvería en la “dimensión de peso o importancia” relativa de cada principio en el caso concreto, que no puede ser medida exactamente y sería siempre controversial. Según DWORKIN, tales *principios* existirían, en la medida que son empleados por los funcionarios para resolver los asuntos en una u otra dirección.

En cambio, las *reglas* como se dijo serían o no aplicables al caso concreto, de manera absoluta y automática y su conflicto debería decidirse, no por su peso relativo (todas las reglas tendrían el mismo “peso”, en caso de ser aplicables), sino por su aplicabilidad al caso, decidida conforme otras *reglas*, como la que establece la preferencia de una ley superior (por ejemplo, la superioridad de la Constitución frente al ordenamiento meramente legal) o las reglas tradicionales de ley posterior (como los Arts. 52 y 53 del Código Civil) y especialidad (como el Art. 13 del Código Civil). Según DWORKIN, un sistema legal, como el norteamericano, podría también dar preferencia a una regla “fundamentada en el principio más importante”.

Por su parte, ALEXY (1985, pp. 20ss), define los *principios* como una especie de normas jurídicas por medio de las cuales se establecen deberes de optimización aplicables *prima facie* y en varios grados, según las posibilidades normativas (depende de los principios y reglas que a ellos se contraponen) y fácticas (la forma cómo optimizar el deber es sólo determinable ante los hechos concretos), y sus conflictos se resolverían mediante una *ponderación* que determina su prevalencia en el caso concreto. Así vistos, los principios no ofrecen *razones para la decisión*, sino que imponen obligaciones sujetas a ponderación. Las *reglas*, en cambio, no están sujetas a ponderación, sino a la decisión de considerarse pertenecientes o no al sistema jurídico, y “cuando una regla vale, entonces hay que hacer lo que ella exige, ni más ni menos”. En esta versión, basada en la práctica del Tribunal Constitucional Alemán, son los *principios* los que permiten decidir la validez de las reglas, su pertenencia o no al sistema jurídico, antes que ofrecer razones para decidir un caso concreto.

Finalmente, podemos mencionar la postura de ÁVILA (2011, pp. 70ss), quien propone distinguir más precisamente entre *reglas*, concebidas como

“normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos”;

y *principios*, concebidos como

“normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción”.

En esta versión, es incorrecto afirmar que “incumplir un principio es más grave que incumplir una regla”,

“porque las reglas tienen una pretensión de decibilidad que los principios no tienen: mientras las reglas pretenden ofrecer una solución provisional a un conflicto de intereses ya conocido o previsible por el Poder Legislativo, los principios sólo ofrecen razones complementarias para solucionar un conflicto verificable en el futuro”,

de donde, a *igual nivel* jerárquico, las reglas preferirían a los principios.

Aún cuando existen evidentes diferencias entre estas y otras versiones de las teorías que aceptan la existencia de los *principios jurídicos* como *normas jurídicas* diferenciadas de las *reglas*<sup>14</sup>, para los efectos de esta investigación, lo relevante es que, en primer término, parece poder afirmarse que al menos el grueso de las disposiciones del Código penal y de las leyes penales especiales pueden considerarse como *reglas*, sea porque describen supuestos de hecho a los que se asocia una consecuencia aplicable (o el modo y forma de tal consecuencia), cuando se entienden válidas; y cuando se entienden válidas, hay que hacer lo que en ellas se dispone; sea porque también pueden verse como normas primariamente descriptivas con pretensión de decibilidad del caso concreto, de corresponderse la descripción con la construcción de los hechos de la causa.

Y, en segundo lugar, que buena parte de los *principios jurídicos* a que se hace referencia con esta teoría, por encontrarse en un *nivel jerárquico superior*, esto es, el constitucional, operarían como *límites*, ya sea para determinar o proponer la *validex o invalidez general de la aplicación de una regla comprendida en una disposición legal*, o para decidir o proponer la *aplicabilidad o inaplicabilidad en el caso concreto de una determinada interpretación de una disposición legal*.

En ambos casos, la operatividad de los *principios* (y también de las *reglas*) *constitucionales* como *límites* a la aplicación de una determinada *regla*, supone la interpretación de las disposiciones legales que establecen unos y otros y la formulación de tales interpretaciones y limitaciones

<sup>14</sup> Al punto que se discute si su extendido e indiscriminado empleo, en vez de limitar la discrecionalidad judicial lleva a aumentarla casi al punto de la arbitrariedad, como denuncia respecto de la práctica colombiana ESTRADA-VÉLEZ (2010).

como propuestas normativas sujetas a la decisión judicial. El texto que sigue se basa en buena parte en la consecuencia que, de lo dicho, se sigue: esto es, que no deberían considerarse *aplicables* a los casos concretos las *disposiciones penales* cuya aplicación fuese *incompatible* con alguna *regla o principio constitucional*, ya sea de manera parcial (en el sentido de que exista al menos una propuesta de interpretación *inconstitucional*) o total (en el sentido de que todas las posibles propuestas de interpretación lo sean), pues es obligación de todos los organismos del Estado (incluyendo los Tribunales de Justicia) respetar y promover los derechos humanos, tanto los garantizados en la Constitución como los establecidos en los tratados internacionales de que Chile es parte (Art. 5 de la C.P.R.)<sup>15</sup>.

No obstante, parece ser cierto que el texto de algunas disposiciones penales puede interpretarse no sólo como una *regla*, sino también como una *expresión de un principio*, como sucede, por ejemplo, con la *regla* del Art. 1º, inc. 3º del Código penal, que parece expresión del *principio* de que el error en las circunstancias de hecho no perjudica o con la *regla* del Art. 63, que parece expresión del *principio non bis in idem*. Y que incluso hay disposiciones penales que sólo parecen expresar *principios*, como la que define la finalidad de las sanciones en el régimen penal de los adolescentes (Art. 20 Ley N° 20.084) o la que establece las “reglas de determinación judicial de la pena” aplicable a las personas jurídicas

(Art. 17 Ley N° 20.393), en la medida que pueden leerse principalmente como deberes de optimización o razones para la decisión en los casos concretos, sin que se indique el supuesto de hecho preciso para la imposición o precisión de una determinada sanción penal.

En tales casos, las *reglas* de un mismo nivel jerárquico, en la medida que reflejan la *ponderación o balance* hecho por el propio legislador para expresar los *principios preferentes* subyacentes en su elección, parecen no ser, en principio, superables por la simple alegación de principios contrarios del mismo nivel jerárquico, que no regulan la situación que se ha reglado expresamente. En tales casos, el intérprete que propone su propia ponderación sobre la del legislador, le pide al aplicador que lo sustituya. Otra cosa es que la interpretación de la *regla* conduzca a una proposición normativa contraria al *principio* que la disposición legal procura expresar: la proposición normativa resultante sería contraria a un principio del mismo nivel jerárquico y podría entenderse como no válida o inaplicable al caso. Pero lo inválido o inaplicable sería la *regla* o proposición normativa resultante de la interpretación, no la expresión lingüística inscrita en la disposición penal, en la medida que es, en base a esa misma expresión, que se propone la preferencia del *principio* del mismo nivel jerárquico que en ella se contendría. Se trataría, por tanto, de un problema de inconsistencia en la interpretación antes que de conflicto entre principios y normas de un mismo nivel jerárquico<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Lo anterior no significa que *todos los tribunales* tengan *jurisdicción constitucional*, sino que todos están obligados a someter ante el Tribunal Constitucional, competente en la materia, las cuestiones de *constitucionalidad* que se les presenten en la *interpretación de las disposiciones penales sustantivas*, sin perjuicio de las facultades de la Corte Suprema y de los Tribunales de instancia para velar por la legalidad y constitucionalidad de *facto* en la tramitación de los procesos penales.

<sup>16</sup> Una solución similar, pero afirmando que se trata de un problema de superación de normas por principios, de carácter excepcional y que debe ser debidamente fundamentado, véase en ÁVILA (2011, p. 106s.)

#### 4. Ley penal interpretada. Propositiones normativas y lenguaje

Como hemos señalado, toda labor interpretativa, en la medida que emplea signos o expresiones lingüísticas diferentes a los empleados por la disposición penal interpretada, para clarificar o precisar los casos a los que en ella se asocian las penas o medidas de seguridad o las condiciones y formas de su aplicación o sustitución, pretende ofrecer una determinación semántica del sentido de la disposición interpretada (su sentido *locucionario*), esto es una propuesta de su sentido y alcance. Pero, al ser una *propuesta*, dicha interpretación tiene también un sentido *ilocucionario*, esto es, *pretende convencer* al resto de la comunidad y, especialmente a quienes son competentes para adoptar decisiones vinculantes (los jueces) de que el sentido que se propone es un sentido que es, al menos, correspondiente con el ámbito semántico del texto de la disposición interpretada y que, por lo mismo, podría servir para la calificación de un hecho como delito, o no, y para determinar la clase y medida de la sanción que le correspondería en el primer caso.

Al realizar estas proposiciones normativas, se emplea el lenguaje natural del intérprete, dentro del cual se encuentran no sólo las expresiones de uso común, sino también las de las propias disposiciones legales que se interpretan, las de otras que con ellas parecen relacionarse, las empleadas para justificar o promover su establecimiento o mantención en el ordenamiento jurídico y las que usan el intérprete y otros juristas en la labor de interpretación y sistematización. Y todas esas expresiones lingüísticas adolecen de vaguedades, definiciones recursivas, conceptos valorativos y toda la textura abierta del lenguaje natural de que forman

parte ellas y las contenidas en las disposiciones legales que se interpretan.

Luego, lo único que se puede ofrecer como producto de la interpretación de una disposición legal es una *proposición normativa* acerca del sentido que dicha disposición tendría, según el intérprete, esto es, una *propuesta de reconstrucción de su sentido* con base a su significado semántico, sus relaciones con otras disposiciones legales y la finalidad de su establecimiento o mantenimiento en el ordenamiento jurídico<sup>17</sup>.

Pero no es posible afirmar que esa propuesta de sentido sea o pueda ser "la norma" contenida en o "el sentido unívoco" de la disposición interpretada. Ese *sentido unívoco*, de existir, sería *inexpresable*, al menos en los lenguajes naturales al uso por los juristas, y por tanto, se trataría únicamente de un quimera, una entidad inexistente o al menos no operativa, como no sea más que en un nivel tan abstracto que nos diría tan poco como la afirmación "el caso que tiene las propiedades *a*, *b*, y *c* está comprendido en la norma *A* que hace obligatoria (o no) la consecuencia *B*". Y eso es decir muy poco, dado que al jurista le interesa, sobre todo, determinar en qué consisten las propiedades *a*, *b*, y *c*, esto es, cuál es su referente semántico que pueda ser contrastado con un hecho de la realidad al que se puedan, o no, atribuir tales propiedades.

<sup>17</sup> La expresión *reconstrucción* está tomada de ÁVILA (2011, p. 32), y con ello se quiere decir que si bien todo intérprete *propone* significados a los textos que interpreta, y en ese sentido puede decirse que *construye* el significado a partir de su propia experiencia, lo cierto es que para que ese significado pueda relacionarse con el texto interpretado como un sentido posible del mismo, no puede ser totalmente ajeno a dicho texto (o absolutamente propio, una *disposición* o *estipulación ex nihilo* del intérprete), sino que ha de relacionarse con los significados intersubjetivos del texto de las disposiciones interpretadas, como explicitaremos enseguida arriba.

Y, enseguida, también le interesa saber hasta qué punto es realmente obligatoria una cierta consecuencia (esto es, si existen excepciones u otras disposiciones en sentido contrario), y de serlo, la clase y medida de la consecuencia B y las posibilidades de su sustitución o modificación en el tiempo, etc.

Dicho lo anterior, debemos también decir que las características de vaguedad, recursividad y textura abierta del lenguaje natural y de los juristas, no son impedimentos para que en él exista la posibilidad de significados compartidos intersubjetivamente o, en otras palabras, para la afirmación de la existencia de significados semánticos objetivos, que habilitan el uso del lenguaje natural y de los juristas como medio de comunicación interpersonal. De hecho, de no existir esa mínima intersubjetividad, la comunicación no sería ya imperfecta, sino derechamente imposible, lo cual se desmiente por la propia realidad de nuestra vida común, en la cual podemos dudar si al alba es o no de noche, pero no dudamos que al mediodía no es de noche, que el ir hacia la izquierda no significa ir hacia la derecha, que parar no es equivalente semánticamente a ir despacio, que un plazo de treinta días corridos no significa uno de cuarenta, que matar no es equivalente semánticamente a apuntar un arma con la intención de matar, etc.

Y es por lo anterior que podemos juzgar una proposición normativa derivada de una interpretación como más o menos ajustada a la disposición penal que interpreta: porque el sentido que se ofrece de ésta es, o no, más ajustado a la letra de la disposición interpretada. Como sostiene MORESO (2000, p. 114):

“Al fin y al cabo, el lenguaje natural, si bien no es totalmente translúcido, tampoco es plenamente opaco, o, dicho en expresión

de M. Radin, <<si bien las palabras no son como cristales tampoco son como baúles de viaje, no podemos poner en ellas todo lo que queremos>> (o estipulemos)”.

## 5. Interpretación de la ley y leyes interpretativas

Una *ley interpretativa* es el conjunto de las expresiones lingüísticas inscritas en una disposición legal con el propósito de fijar el sentido normativo de otra disposición legal, mediante alguna definición o limitación que se hace en otras partes de una misma disposición legal o mediante una nueva ley<sup>18</sup>.

JIMENEZ DE ASÚA (1950, p. 367) distinguía entre interpretación auténtica contextual y aquella hecha por una ley posterior. La primera es la que se hace “en el propio texto de la ley”, e incluye las definiciones legales y las aclaraciones que en ella abundan, como son las definiciones de tentativa del Art. 7, la de armas del Art. 132, la de violencia del Art. 439 y de fuerza del Art. 440, y las de alevosía y ensañamiento, contenidas en el N°1 del Art. 12 y en la circunstancia cuarta del Art. 391, todos del C.P. La segunda, para “en casos de excesiva trascendencia, aclarar, fijando su sentido y alcance”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> KELSEN (1960, p. 349) distingue la interpretación auténtica de la privada, según sea efectuada o no por un órgano jurídico, es decir, por un órgano con poder de aplicación del derecho. Nosotros compartimos en el fondo esta opinión, pero en aras de una mayor claridad expositiva, hemos mantenido, al menos nominalmente, las distinciones tradicionales.

<sup>19</sup> En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL (1981, p.127).

Buena parte de la doctrina<sup>20</sup> considera que ley interpretativa no es una nueva ley, "no posee un nuevo contenido legal<sup>21</sup>, sino que se incorpora a la norma interpretada, aclarándola y decidiendo sus puntos oscuros. En este sentido, establece el Código Civil en su Art. 9 que las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas.

El efecto de la interpretación auténtica es obligar a todos, conforme la fórmula del Art. 3 del C.C.

Sin embargo, no basta con que una ley se declare interpretativa. El Juez debe también así declararlo. En efecto, DUCCI (1977, p. 48) señala indirectamente que está dentro de las facultades del Juez determinar, en cada caso particular, si una ley es o no interpretativa materialmente. En efecto, existen hipótesis en que una ley puede considerarse interpretativa no habiéndose así declarado por la misma o, a la inversa, puede no considerarse interpretativa una ley que así se declare, cuando se entienda que no interpreta, sino que deroga, modifica o complementa la ley que supuestamente interpretaba. En este último caso, la ley interpretativa no sería sino una nueva ley.

El efecto retroactivo de la ley interpretativa dependerá de si efectivamente es tal, o no<sup>22</sup>. Sin embargo, ETCHEBERRY (1976 I, p. 67) sostiene que tal efecto sólo es posible cuando sea más favorable al proce-

<sup>20</sup> NOVOA (1960, p. 135), ETCHEBERRY (1976 I, p. 67); CURY (1982 I, p. 152); SOLER (1951, p. 148); y el citado JIMENEZ DE ASUA.

<sup>21</sup> JIMENEZ DE ASUA, id.

<sup>22</sup> CURY (1982 I, p. 153). En este sentido también JIMENEZ DE ASUA (1950, p. 369) y SOLER (1951, p. 148).

sado en el caso concreto, no pudiéndose aplicar con efecto retroactivo una ley que le sea más gravosa.

Sin embargo, como bien señala ENGLISH (1967, p. 123), "lo que se llama interpretación legal es la formulación de una nueva proposición jurídica, y es a su vez objeto de la interpretación científica". Por de pronto, de lo expuesto queda en evidencia que, ante cualquier ley, no será esa ley a la que se otorgue valor interpretativo: es el intérprete el que le da tal carácter. En efecto, primero ha de decidir si en todas y cada una de sus partes una nueva ley está interpretando o legislando para el futuro. Y en seguida, conforme opina ETCHEBERRY (1976 I, p. 67), habrá de estudiarse si esa interpretación es o no aplicable al caso concreto, decidiendo si es o no más favorable o perjudicial al procesado, según corresponda.

Además, como intérprete, el legislador se encuentra tan limitado por el lenguaje natural como por el *principio de legalidad*, como lo estaba al producir la norma a interpretar, no pudiendo, en consecuencia llevar la interpretación a los límites de su imaginación. Una vez más, será el Juez en cada caso concreto el que decida sobre el verdadero valor, ahora a nivel constitucional de la nueva ley interpretativa.

## 6. Interpretación y aplicación de la ley penal

Mientras todo intérprete ofrece proposiciones normativas con la intención de que sean adoptadas por la comunidad como un sentido posible de la disposición interpretada, el aplicador, en nuestro sistema, el Fiscal del Ministerio Público y el Juez, llamados a tomar decisiones con fuerza

obligatoria acerca de si un hecho determinado puede considerarse o no uno de los casos comprendidos en una disposición penal, no sólo ha de interpretar dicha disposición, sino también ha de *decidir la aplicación o no al caso concreto de la proposición normativa resultante de su propia interpretación o de alguna de las ofrecidas por el resto de los intérpretes, sin capacidad de decisión en el caso concreto*<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> En la segunda parte de la primera edición de esta obra se procuraba distinguir claramente entre el proceso de *interpretación como ejercicio del poder* y la *interpretación como ejercicio del saber*, distinción que ahora se abandona por la más clara entre *interpretación y aplicación* del Derecho, según lo que se expone arriba en el texto, dado que, aunque externamente parezca inescindible la interpretación de la aplicación del Derecho por parte de quienes tienen poder de decisión sobre esta última, lo cierto es que tales procesos pueden separarse intelectualmente y todo aplicador debe realizar un proceso cognitivo de interpretación antes de tomar una decisión y, aún en el caso de enfrentar el problema con un *prejuicio que le conduzca directamente a la solución*, deberá desplegar una actividad cognitiva para hacer calzar esa decisión tomada con una interpretación de la disposición penal que a ella se ajuste.

Allí también se enumeraban otros funcionarios que, en el ejercicio de sus competencias, podían modular la aplicación de la ley penal, como las Policías y Gendarmería, al decidir o no poner en conocimiento de las autoridades los hechos que podrían calificarse como delictivos de que toman conocimiento directamente, los Servicios de Aduanas e Impuestos Internos y el Consejo del Banco Central, frente a las infracciones para cuya persecución se necesita requerimiento previo, el Ministro del Interior y los Intendentes y Gobernadores, quienes debe decidir sobre la presentación o no de requerimientos por infracción a la Ley de Seguridad del Estado. A dichas instituciones habría que agregar hoy en día a la Unidad de Análisis Financiero, en lo relativo de los delitos de lavado de dinero y, en general, a todos los funcionarios obligados a denunciar delitos que conozcan en el ejercicio de sus funciones. Hoy entiendo que tal enumeración, siendo interesante, no aporta más allá que eso, y a tales funcionarios, dado que sus decisiones producen principalmente una modulación por la vía de la reducción (hasta cierto punto y en ciertos casos), pero no ampliación, del ámbito de aplicación de una determinadas disposiciones penales, puede aplicárseles lo mismo que se dirá respecto del Ministerio Público.

Es decir, el aplicador no sólo *se propone a sí mismo un sentido* para una disposición legal que interpreta, sino que *decide*, en el caso concreto, qué disposición legal se aplicará y cuál de los sentidos propuestos por él o por terceros corresponde aplicar. Es más, el aplicador no puede escapar de esta función *constructiva* y de algún modo *creativa* y no meramente *cognoscitiva* o de *reconstrucción del Derecho*<sup>24</sup>.

Al decir de ROSS (1963, pp. 146 y ss):

“El papel creador desempeñado por el juez en la administración de justicia, al definir con más precisión o enmendar la directiva de la ley, se manifiesta rara vez. Por lo común el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el significado de la ley o por la intención del legislador. Trata así de preservar ante sus propios ojos, o por lo menos ante los ojos de los demás, la imagen [de] que la administración de justicia sólo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho, en combinación con una captación racional del significado de la ley o de la voluntad del le-

<sup>24</sup> En el sentido de considerar la interpretación como un acto de creación del derecho KELSEN (1960, p. 354); ROSS (1963, p. 146); HART (1977, pp. 158 y s); MEZGER (1946, p. 148); ENGISCH (1967, p. 139) CÖSSEL (1981, p. 142); RECASENS (1956, p. 210); DUCCI (1977, p. 106); VERNENGO (1977, pp. 125 y s); RODRIGUEZ DEVESEA (1976, p. 155); con dudas, JESCHEK (1981, p. 215) y KALINOWSKI (1973, p. 179), quien prefiere decir que la interpretación es un acto de “prudencia”. En contra, y considerando la interpretación un acto intelectual o cognoscitivo, cfr. PERELMAN (1979, pp. 198 y s); BRAMONT (1950, p. 72); CREUS (1988, p. 64); QUINTANA (1989, p. 22); MUÑOZ CONDE (1975, p. 162); BALESTRA (1966, p. 227); SOLER (1962, p. 86); JIMENEZ DE ASUA (1973, p. 102); NOVOA (1960, p. 145); CURY (1982 I, p. 147) y ETCHEBERRY (1976 I, p. 65).

gislador... Una vez que los factores de motivación combinados –las palabras de la ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos– han producido su efecto en el espíritu del juez e influido sobre él a favor de una determinada decisión, construye una fachada de justificación que, a menudo, no concuerda con la que en realidad lo hizo decidir el caso en la forma que fue decidido... si el juez desea dar una decisión que se encuentra en la zona dudosa de la regla (interpretación específica) o que incluso es contraria al significado lingüístico natural (interpretación restrictiva o por extensión), entonces busca apoyo para el resultado deseado doquiera pueda hallarlo. Si el informe de la comisión redactora de la ley puede ofrecer tal apoyo, se lo cita; si no puede ofrecerlo, se lo ignora. Cuando hay superposición de reglas, el juez goza de gran libertad, pues ello le ofrece amplia posibilidad para justificar el resultado deseado. Además, la interpretación restrictiva puede lograrse recurriendo al propósito probable de la ley. Las interpretaciones extensivas se apoyan en el argumento de que están reunidas las condiciones para el uso de la analogía. Si al juez no se le ocurre ninguna otra posibilidad, puede recurrir a meros postulados acerca de la supuesta intención del legislador, presumiendo simplemente que éste tiene que haber querido lo que es deseable para el propio juez”.

En ese momento, su labor es de carácter *político* o *discrecional*, no sujeta a otro control como no sea la limitación también *política*, en sentido amplio, que imponen los delitos de *prevaricación* del Art. 223 N° 1 y 229 en relación con el anterior, ambos del Código penal, o eventualmente la corrección por alguna vía judicial, mediante algún recurso

extraordinario (en Chile, protección, queja o amparo) o de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, si fuera el caso<sup>25</sup>.

El intérprete carente de la función de *decidir* sólo puede llegar a *influir* en el aplicador hasta donde alcanza su capacidad para convencerle de que su propuesta normativa corresponde al sentido del texto de la disposición interpretada, en relación con las otras disposiciones legales y sus finalidades subyacentes<sup>26</sup>, y cuando, además, interviene en un pleito

<sup>25</sup> En última instancia, como sostiene VERNENGO (1977, pp. 125 y ss) remitiéndose a KELSEN, los procesos de interpretación y sus métodos, no serían sino la manera cómo el Estado justifica la forma en que sus órganos (es decir, los grupos en el poder) resolverían conflictos entre terceros y entre ellos mismos y, por lo tanto, ejercicio efectivo de poder *político*: Derecho y poder aparecen en este plano inequívocamente como datos inescindibles.

<sup>26</sup> En la primera edición de esta obra también se daban algunas luces sobre la labor *dogmática*, entendida como “la reconstrucción sistemática del Derecho penal vigente”, que aquí hemos separado de la labor de interpretación propiamente tal, por considerar que la reconstrucción sistemática del Derecho vigente supone una previa interpretación de las disposiciones legales en juego o, en caso que se realice bajo el influjo de un *prejuicio que conduzca directamente a una solución*, el despliegue de argumentos que permitan una interpretación de las normas aplicadas acorde con la solución tomada previamente. En ambos casos, la *interpretación* de las disposiciones penales puede verse como un proceso intelectualmente escindible de la *proposición que de ella resulte* o de la *consecuencia dogmática a que se arrije desde un punto de vista externo al Derecho*, que puede o no ser compartido. Y esta diferencia es lo que permite discutir la mayor o menor conformidad de la *propuesta normativa* que contiene la proposición derivada de la interpretación o del sistema adoptado con la disposición penal a que hace referencia, esto es, su crítica externa, sin necesidad de aceptar los *presupuestos sistemáticos* en que ella se fundamentaría, si es este segundo caso.

Allí también, siguiendo a ZAFFARONI (1990, pp. 158 y ss), se asignaba a la *dogmática* una *función reductora del ámbito de lo punible* y *promotora de los derechos humanos*. Sin embargo, hoy en día no puedo asumir tales pretensiones de la manera activista como lo hacía en aquella época. Primero, porque la labor propiamente *política* frente a la legislación vigente entiendo debe hacerse en el marco de la discusión *política*, y no tras

determinado (por ejemplo, como acusador o defensor), que el caso concreto es uno de los comprendidos en esa proposición normativa.

Para esa labor propiamente *forense*, se requiere algo más que la formulación de una proposición normativa, producto de la interpretación de una disposición legal en un sentido determinado, y ese algo más es la capacidad de argumentación *retórica* para convencer al aplicador (o para convencerse a *sí mismo*, si es del caso que el propio aplicador duda entre diversas propuestas normativas), de que una disposición legal puede ser interpretada de una determinada manera y que el caso concreto a decidir se encuentra dentro de los que dicha interpretación prevé<sup>27</sup>. Y esta labor es *retórica*, puesto que, como hemos señalado, no sólo el *lenguaje natural* dificulta la determinación del *sentido unívoco* de las disposiciones legales, por lo que hace a toda interpretación una propuesta normativa, sino que, además, su objetivo no es la descripción desinteresada del sentido semántico de determinadas expresiones lingüísticas, sino y, sobre todo, la obtención de una decisión en el sentido propuesto (la "perspectiva del participante") que *puede o no ser adoptada por el aplicador del derecho*. Y como enseña ARISTÓTELES (2000, p. 49), ése es, precisamente, el ámbito de la *retórica*, esto es, aquél donde "deliberamos sobre lo que parece resolverse de dos modos" o, en general, "de un modo diferente".

el disfraz de un supuesto conocimiento *científico*; y por eso se enfatiza aquí en el carácter *propositivo* de la interpretación doctrinal, derivado de una actividad cognoscitiva que se espera lo más desprejuiciada posible, pero con intención de *influir* tanto de *lege* como de *sentencia ferenda*. Y en segundo lugar, porque no es del todo claro, como se verá más adelante, que *toda descriminalización* y *toda reducción punitiva* sea una forma de promover los derechos humanos, pues detrás de ella puede ir la promoción de intereses determinados de quienes quieren marginarse de una forma de control social de la cual no pueden marginarse sus destinatarios habituales.

Por lo tanto, aunque en este texto se abordarán principalmente las cuestiones relativas a los límites de la formulación de las propuestas normativas producto de una interpretación, no debe perderse de vista que tales propuestas conllevan en sí un aspecto *retórico* o *pragmático* (la pretensión de que sean aceptadas por la comunidad como correspondientes con las disposiciones legales interpretadas) y que, además, para su materialización en una decisión de la autoridad con capacidad para ello, es necesario que quien propone su aplicación en el caso concreto despliegue los recursos retóricos necesarios para convencer al aplicador de que dicha interpretación es adecuada y que el caso concreto a decidir se encuentra entre los que dicha interpretación contempla<sup>27</sup>.

### 6.1. Aplicación de la ley e interpretación de los hechos

Una de las principales funciones de los *jueces del fondo*, derivadas de su intermediación en el conocimiento de la causa de que se trata, es la *determinación de los hechos* cuya correspondencia, o no, se establecerá respecto del grupo de casos comprendido en la disposición penal que se invoca como aplicable, o no.

Esta es, por cierto, una actividad diferente a la de la *aplicación de una interpretación previa de la ley penal*, decisión cuyo presupuesto (la interpretación de la disposición penal) no requiere la vinculación a ciertos

<sup>27</sup> No es en absoluto seguro, en cambio, que tales despliegues *retóricos* "deban" fundamentarse o justificarse en determinados presupuestos éticos, morales, políticos o filosóficos, como pretenden ciertas modernas "teorías de la argumentación", dado que la aceptación de los presupuestos y métodos argumentativos que se proponen son, también, materia de argumentación (esto es, deben *convencer* al que los acepta como válidos), y su aceptación o no es, por lo tanto, independiente o innecesaria para la *deliberación* de quien debe tomar una decisión más o menos discrecional.

casos concretos para producir las *proposiciones normativas* que de ella resulten, en el sentido de que a cierto grupo de casos más o menos abstractos o genéricos corresponde cierta solución o consecuencia jurídica (una pena, una medida de seguridad, la exención de la pena, etc.).

Luego, las decisiones del *aplicador* del Derecho no recaen sólo en las *proposiciones normativas* que se le ofrecen como presuntamente aplicables a un caso determinado. Fundamental es determinar también los *hechos jurídicamente relevantes* de la causa, no sólo desde el punto de vista probatorio, sino desde el punto de vista propiamente conceptual, vale decir, se debe determinar qué son los hechos que aparecen en el proceso —a qué clase corresponden—, cuál es su significado para el derecho, y además, si estos hechos corresponden al grupo de casos al que se dice aplicable una determinada proposición normativa.

Esta importante tarea, que no es el objeto preciso de esta investigación, ha sido abordada tradicionalmente desde el punto de vista de la *subsunción*, entendiéndose por tal, en palabras de ENGLISH (1967, p. 77),

“la subordinación de un caso individual al supuesto de hecho legal... [de allí que] la subsunción de un supuesto de hecho concreto realmente dado bajo un concepto puede ser interpretada como la ordenación de este supuesto de hecho, del caso, en la clase de casos descritos por el concepto jurídico, es decir, por el supuesto de hecho abstracto de la proposición jurídica”.

ENGLISH (1967, pp. 78 y s.) trata de desentrañar la problemática de cómo establecer esta relación de subordinación, señalando las siguientes directrices: respecto de la clase de casos que contendría el supuesto jurídico, y con ello la ordenación que corresponde, es un asunto propio de la interpretación de dicho supuesto, esto es, de interpretación del de-

recho<sup>28</sup>. Determinada así una clase de casos fácticos, ésta puede servir de punto de comparación con el hecho realmente acaecido, para determinar si éste pertenece o no a la clase contenida en el supuesto jurídico. Así “la interpretación [del derecho] no sólo proporciona el material de comparación para la subsunción, sino también el punto de referencia para la comparación”. Sin embargo, el propio ENGLISH (1967, p. 78) señala que

“sigue siendo un problema difícil el saber si la ordenación en la clase de un objeto nuevo que hasta ahora no había sido considerado como perteneciente a la misma está justificada o no; es decir, con otras palabras: si la citada equiparación es admisible o no... se trata una vez más de una cuestión de interpretación acerca de qué es lo fundamental en un concepto... y si los aspectos en los cuales los casos se equiparan son o no fundamentales”.

Yendo más allá VERNENGO (1977, p. 31), señala al respecto que

“el conocimiento de los hechos, en sus variadas versiones, no es la verificación de tesis empíricas sobre la realidad, sino la admisibilidad de hipótesis posibles en el marco de una articulación normativa de los datos. Conocer hechos es aplicar normas, por paradójico que ello suene... no es la realidad la que habla, la que informa, sino es la ley la que la hace hablar, y la realidad habla cuando la articulamos conforme a criterios clasificatorios preexistentes que el derecho antepone... y, en general, conocer hechos, comprender fenómenos culturales es correlacionar circunstancias objetivas, hechos observados, en una secuencia funcional cuyo esquema ordenatorio

<sup>28</sup> En un sentido similar plantea KELSEN (1960, p. 17) que las normas jurídicas funcionan como esquema de explicitación de significados

es una pauta de comportamiento que [la] experiencia anterior reconoce como válida... interpretar hechos, procesar información fáctica, es también interpretar normas, procesar información normativa”.

Pero, con todo, siempre es posible una desvinculación entre los criterios empleados para la *interpretación judicial de las leyes penales* y los que se usan para la *interpretación judicial de los hechos* a que se aplicaría, como puede comprenderse con el ejemplo de lo que PERELMAN (1979, p. 88) denomina *ficciones judiciales*. Estas constituyen una especie de revuelta judicial ante una norma cuyos resultados percibe la judicatura como inicuos o injustos. Esta revuelta se lleva a cabo interpretando los hechos de la causa de tal manera que la norma contra la que se dirige la revuelta no sea aplicable, por no contemplar el caso como ha sido establecido mediante la interpretación de los hechos del mismo. El clásico ejemplo de este fenómeno es la revuelta, a comienzos del siglo XIX, de los jueces ingleses en contra de la legislación de la época que estableció la pena de muerte para todos los culpables de *grand larceny*, es decir, de crimen mayor. La ley enumeraba entre los crímenes mayores el robo superior a 40 chelines; los jueces, a fin de no aplicarla, estimaron durante años como máximo valor de todo robo la suma de 39 chelines. Así se mantuvieron las cosas hasta que en 1808 se evaluó en 39 chelines el robo de 10 libras esterlinas, que eran exactamente 200 chelines. En ese momento, “la ficción estalló” y la ley tuvo que ser modificada poco tiempo después.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> PERELMAN (1979, pp. 88 y s).

## 7. Interpretación y *política criminal*. Carácter *recursivo* de la interpretación y aplicación de la ley penal

De la afirmación de que el resultado de la interpretación de la ley penal es una o varias *propuestas normativas* con pretensión de ser adoptadas como correspondientes con el sentido de la disposición interpretada por parte del aplicador del Derecho, se desprende que la interpretación de la ley penal contempla tanto aspectos cognoscitivos como pragmáticos o *políticos*. Tratándose específicamente de interpretación de la ley penal, podemos especificar estos aspectos diciendo que se trata de proposiciones de *política criminal*<sup>30</sup>.

Luego, toda interpretación ofrece *propuestas normativas que son opciones de política criminal*. Desde el punto de vista que aquí hemos asumido, la principal medida de corrección de tales propuestas es su grado de correspondencia con el sentido semántico de las disposiciones legales que se interpretan. Pero, en tanto *opciones de política criminal* y *propuestas para la decisión*, a ello hay que agregar su correspondencia con las decisiones de *política criminal* que ha adoptado el legislador, según se manifiesta en las disposiciones legales aprobadas, esto es, en las finalidades subyacentes a su establecimiento y también con las existentes en el resto del ordenamiento al que se incorporan. Además, al incorporarse a un sistema de disposiciones de diferente jerarquía, la aceptación de la validez de tales propuestas normativas con relación a su compati-

<sup>30</sup> No entraremos aquí a analizar las relaciones entre *política criminal* y *dogmática penal*, en el sentido planteado por ROXIN, cuya exposición y crítica ya he hecho en otro lugar (MATUS 2011b)

lidad respecto de las disposiciones jurídicas de rango constitucional o superior que limitan *normativamente* el ejercicio del *ius puniendi* estatal, estará gobernada por el sentido de tales normas de rango superior, contempladas entre nosotros en la Constitución y los Tratados Internacionales aplicables, según veremos en los capítulos siguientes, y no por la *política criminal* del *intérprete* o del *legislador* común.

De este modo, creemos posible superar la contradicción que se manifestaba en la primera edición de esta obra, en que, bajo la influencia de los ecos de la recién terminada Dictadura militar, se sostenía que la finalidad de la interpretación del derecho era, con carácter casi exclusivo, la promoción y protección de los derechos humanos, excluyendo como finalidad de la interpretación la determinación de su sentido objetivo, sea mediante el recurso a las finalidades de la ley expresadas en ella misma o a las que expresaran sus creadores.

Lo que ahora sostenemos es que tales finalidades o más bien, limitaciones de la interpretación, no son incompatibles, sino que operan en distintos niveles y en un proceso de carácter *recursivo*:

En el nivel *constitucional*, las proposiciones normativas resultado de la interpretación de una disposición penal no debe suponer infringir los principios de legalidad y reserva, así como tampoco las prohibiciones y limitaciones formales acerca de las clases de penas que pueden imponerse, según se verá en los siguientes dos capítulos. Aquí rige, sobre todo respecto de *principio de reserva*, la idea de que la legislación penal no debería servir para limitar tanto un derecho fundamental que su contenido esencial sea imposible de realizarse lícitamente o, dicho al revés, que la interpretación debería promover y proteger los derechos humanos normativamente reconocidos.

Pero, para determinar si una propuesta normativa es o no compatible con tales derechos, es necesario formularla. Y su formulación se hace atribuyendo sentido o significado al texto de la disposición penal que se trate de interpretar. Ese sentido, para ser correcto en este nivel básico, debería ajustarse lo más posible al campo semántico de dichas expresiones, esto es, a su sentido objetivamente reconocible en el propio texto interpretado, limitado por las reglas y principios de nivel superior existentes.

Y una nueva limitación de tal sentido semántico posible surge cuando se trata de discernir la fuerza *argumentativa* de la *propuesta normativa* que así se formula, según su mayor o menor conformidad con la *política criminal* con base a la cual se decidió la incorporación de la disposición en cuestión al ordenamiento jurídico y con la que puede deducirse que existe al momento de la interpretación, según el resto de las disposiciones que puedan ser relevantes para el aplicador.

Finalmente, cuando se pasa de la interpretación a la aplicación del texto interpretado, la fuerza *argumentativa* de una *proposición normativa* correspondiente semánticamente con el texto de la ley interpretada y con las limitaciones constitucionales y de política criminal expresadas, en la medida que se dirige a un *aplicador* habilitado para *decidir*, dependerá, también, de su correspondencia con la *política criminal* del aplicador a que se dirige, sea este el legislador o el juez, cuando se trata de propuestas de *lege* o *sententia ferenda*, respectivamente.

Finalmente, la decisión del *aplicador*, cuando se trata de un órgano jurisdiccional, está también *normativamente limitada* por los *principios de legalidad de la ley penal y de las actuaciones jurisdiccionales* (Arts. 6° y 19 N° 3 C.P.R.), de manera que, en la medida que existan correctivos

jurisdiccionales disponibles, las divergencias entre el *sentido semántico* de una disposición penal y una desviación sustancial del mismo basada *únicamente* en argumentos de *política criminal del aplicador*, debiera resolverse a favor del *sentido semántico* del texto interpretado por las reglas constitucionales que someten a la ley la actuación judicial en materia penal, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

## Capítulo 2

### Fuentes de la ley penal. El principio de legalidad como límite constitucional de las fuentes de la ley penal

#### 1. Fuentes de la ley penal y principio de legalidad

##### 1.1. El aspecto formal

Por *fuentes de la ley penal* se entienden generalmente dos conceptos: fuentes de producción y fuentes de conocimiento, según se trate de quienes crean la ley penal y del objeto creado, respectivamente<sup>31</sup>. Fuentes de producción consideraremos al Estado y sus organismos<sup>32</sup>, fuente de conocimiento, a la ley penal propiamente tal.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> SOLER (1946 I, p 117); BRAMONT (1950 pp. 1 y s.); ETCHEBERRY (1976 I, p. 47); ZAFFARONI (1979, pp. 53 a 54); CREUS (1980, p.41).

<sup>32</sup> En cuanto fuentes de producción en este capítulo se estudiará al Poder Legislativo y sus límites.

<sup>33</sup> Naturalmente, puede sostenerse que existen otras fuentes de conocimiento distintas de la ley, la cual sería una fuente inmediata y las restantes, fuentes mediatas, tal como lo hace CURY (1982 I, pp. 130 y ss). Sin embargo, estas fuentes "mediatas" a que se refiere CURY, no son más que elementos interpretativos, de que la ley no puede privar al juzgador; y que aparecen necesarios, producto de la indeterminación de la propia ley, del abuso que ella hace de referencia valorativas, de la ambigüedad de las palabras, etc.

lud (Art. 1° Ley N° 20.000)? ¿Son desproporcionadas las penas frente a las sublevaciones militares puramente intentadas o más bien carece de sentido su castigo cuando se consuman? ¿Puede afirmarse que, de conformidad con las penas que se asignan a los delitos en ciertos casos, realmente considera la sociedad chilena más importante la vida de una persona que su “indemnidad sexual” o su libertad ambulatoria?

Con todo, el grueso de la idea de la *proporcionalidad* es un argumento recurrente en la discusión política y, al menos, en el margen de discrecionalidad que describe el Art. 69 del Código penal, debería ser tomada en cuenta a la hora de determinar la pena en concreto, que pide tener en consideración “la mayor o menor extensión del mal producido”.

## Capítulo 5

### Límites de la interpretación de la ley penal

#### 1. El sentido literal posible de la ley penal como límite normativo de la interpretación y aplicación de la ley penal en un sistema regido por el principio de legalidad

En los Capítulos anteriores hemos visto que la garantía *formal* de la *legalidad* es insuficiente para su materialización en la vida jurídica y social en casos de regímenes dictatoriales, en que es posible su trasgresión de *hecho*, aunque *normativamente* aparezca reconocida en el ordenamiento, como lo demuestra la historia chilena reciente.

Sin embargo, el riesgo para esta garantía no desaparece con el término de un régimen de esa naturaleza, sino también se encuentra presente en regímenes donde la separación de poderes haya llegado a tal grado de separación *funcional* que el sistema judicial se entienda como completamente *independiente* del político y, por lo tanto, *de hecho, no vinculado por la ley al momento de decidir su aplicación*, sino únicamente a su propia capacidad decisoria. En ese evento, y parafraseando a BECCARIA, en vez de la tiranía de unos pocos, caeríamos en la de muchos.

Por ello es que se debe insistir que si el *principio de legalidad tiene algún sentido*, lo es vinculando también al juez, reduciendo sus alternativas de decisión al margen más o menos amplio del *sentido literal posible* de la disposición aplicada, según la mayor o menor precisión legislativa, pues de otro modo, se dejaría “escapar por la ventana lo que tanto costó introducir por la puerta”<sup>129</sup>.

Como *límite normativo*, el *principio de legalidad* no opera mecánicamente limitando la decisión judicial (¡se trata de aplicar disposiciones escritas en lenguaje ordinario que han sido interpretadas y reformuladas como *proposiciones normativas* en ese mismo lenguaje!), sino como una *proposición normativa de rango superior* que limita el rango de tales proposiciones a la expresividad de la ley, esto es, a su *sentido literal posible*<sup>130</sup>.

Esto explica la existencia de un delito como el de *prevaricación*, del Art. 223 N° 1 del Código penal, pues si la interpretación y aplicación judicial de la ley ha de tener un límite, este es su propia *expresividad*, esto es, el que deriva de su tenor literal, al que se refiere el texto constitucional cuando señala que nadie será penado si la conducta que se castiga no se encuentra “expresamente descrita” en la ley.

<sup>129</sup> LASCURAÍN (2011, p. 57).

<sup>130</sup> No se trata, por tanto, ni de este *principio de legalidad* ni de el de *reserva*, de recursos que operen únicamente en el carácter suplementario o subsidiario que el Código Civil le otorga a los *principios generales de la legislación*, como parece proponer PALACIOS (2010, 45); sino, como aquí se sostiene, de *límites normativos de rango superior* al de la mera legalidad. Lo mismo vale para los límites contenidos en los Tratados internacionales incorporados al ordenamiento constitucional. En cambio, aquellos que fundamentan el establecimiento o modificación de figuras penales (corrupción, trata de personas, lavado de dinero, drogas, etc.), operan no como límites normativos, sino dentro de la necesaria adecuación de la interpretación a la *política criminal* del legislador (esto es, al *sentido de la ley* que pretende expresarla).

Sin embargo, con lo anterior no estamos diciendo que el juez deba aplicar mecánicamente el texto de la ley, lo cual no es posible en la realidad fáctica o normativa, ni que deba considerarse a sí mismo como la “boca inerte de la ley”, que es lo mismo anteriormente rechazado, sino simplemente, que del conjunto posible de propuestas normativas producto de la interpretación de un determinado texto legal, el juez debería tomar en consideración al fundamentar su decisión sólo aquellas que tuvieran una correspondencia semántica con el texto legal de que se trate, en la medida que no sean incompatibles con el *principio de reserva*. Y cuando el juez ordinario crea que tal incompatibilidad existe, en nuestro sistema legal, debe dejar la decisión al Tribunal Constitucional, mediante el recurso que le flanquea la propia Constitución, pues también está obligado a respetarla en esta distribución de competencias.

Dadas estas limitaciones del aplicador del Derecho penal, el intérprete privado que quiere ofrecer *propuestas normativas* compatibles con el principio de *reserva constitucional* y correspondientes tanto con el sentido semántico de la ley interpretada, como con la finalidad de su establecimiento y del conjunto de las disposiciones a que se incorpora, también debe respetar el límite de su *sentido literal posible*, si pretende que sus proposiciones normativas sean adoptadas como fundamento de la decisión de un tribunal respetuoso del ordenamiento constitucional.

No obstante lo anterior, dado que la *limitación de la interpretación al sentido literal posible* que aquí se postula es, en todo caso, *normativa*, esto es, derivada de la interpretación de las reglas constitucionales del *principio de legalidad*, su vigencia no está garantizada, más aún entre nosotros, donde, por una parte, la Corte Suprema está excluida de las penas por *prevaricación*, y por otra, el limitado régimen recursivo actualmente vigente permite la subsistencia en el sistema normativo de decisiones

judiciales que se apartan derechamente de la legalidad vigente, en el sentido de no corresponder con ninguna posibilidad semántica ofrecida por su tenor literal. Al respecto, sólo cabe seguir insistiendo en la incorrección no sólo cognoscitiva de tales decisiones, aunque tengan la fuerza coactiva que tengan, sino también política, al subvertir el orden constitucional transformando a los jueces en legisladores y privando, en los hechos, de sentido, a la garantía constitucional del *principio de legalidad*.

## 2. La determinación del *sentido literal posible* como límite y presupuesto de la labor interpretativa

De conformidad con lo anterior, para obtener una solución aceptable dentro de una concepción garantista del derecho penal, debemos procurar distinguir el proceso de determinación del *sentido literal posible de la norma*, es decir, del marco de posibilidades contenidas en ella, de todas las demás operaciones que nos conducirán a la formulación de una *propuesta normativa resultado de su interpretación* conforme con el principio de legalidad<sup>131</sup>.

<sup>131</sup> En similar sentido, ENGLISH (1967, p. 111) cita a WINDSCHEID y REGESLSBERGER como pandectista que dan preferencia al sentido literal y dentro del campo penal, la llamada teoría de la alusión, que "resta importancia al sentido literal, pero exige que al menos sea respetado como límite de la interpretación: el sentido que debe obtener la interpretación tiene que ser conciliable en alguna medida con el texto de la ley y tiene que estar expresado de alguna forma en la ley". Para el profesor ENGLISH, "este es el papel que corresponde a la interpretación literal en la teoría dominante en el derecho penal, con especial consideración al principio *nullum crimen sine lege*".

Luego, por respeto al principio de legalidad, la determinación del sentido literal posible ha de tener preeminencia sobre los restantes elementos o recursos interpretativos<sup>132</sup>.

Esta determinación, incluye, desde luego, las posibilidades contradictorias o difusas que generan las ambigüedades propias de los términos lingüísticos, y todo otro tipo de posibilidades que de dichas expresiones se generen. Por ello es que nosotros sostenemos que no basta con determinar el sentido literal posible de una norma, sino que éste sólo constituye un marco o límite —que puede llegar a ser muy amplio, ambiguo o contradictorio— dentro del cual, mediante el concurso de los restantes postulados, elementos, recursos y tópicos jurídicos ha de escogerse

<sup>132</sup> En este sentido, MUÑOZ CONDE (1975, p. 150); JESCHECK (1981, p. 215 y SOLER (1946 I, p. 150); también NOVOA (1960, p. 137), pero este autor sólo en cuanto prioriza el elemento por el llamado gramatical, pues no concordamos en todo lo que asume de la escuela de la Exégesis y CURY (1982 I, p. 156); quien sostiene que ha de operarse al interpretar "sucesivamente", principiando por el llamado elemento gramatical. También en este sentido parece dirigirse la distinción entre elemento gramatical y elemento teleológico pregonada por JIMENEZ DE ASUA (1950, pp. 390 y ss. y 1973, pp. 112 y s) y BRAMONT A (1950, pp. 82 y s), aunque no parecen decirlo claramente, lo mismo que la enunciación ordenada de reglas de interpretación que hace ETCHEBERRY (1976 I, pp. 68 y s). Un poco más cercana se encuentra la posición de CREUS (1988, pp. 68 y s), quien derechamente sostiene el método teleológico como un límite para determinar "el sentido protector de la ley", pero al mismo tiempo está por la integración de todos los elementos de interpretación. Cf., DUCCI (1977, pp. 93 y 110), para quien todos los elementos de interpretación han de jugar simultáneamente —en lo que concuerdan los fallos por él citados—. Sin embargo, este juego simultáneo de reglas de interpretación ha sido criticado como uno de los principales fallos de la ciencia jurídica, así, según ENGLISH (1967, p. 110), "cuando SAVIGNY decía que el elemento gramatical, el lógico y el sistemático "no son cuatro tipos de interpretación entre los cuales pueda cada uno elegir según su gusto y voluntad, sino diversas actividades que tienen que estar reunidas para que la interpretación tenga éxito", encubría el problema con una formulación elegante.

la *propuesta normativa* que se estime compatible con la *política criminal* existente y con las limitaciones de orden constitucional que impone el principio de *reserva*, única posibilidad aceptable dentro de un derecho penal liberador y garantizador de los derechos de las personas.

Para el aplicador del derecho, esta decisión de someterse al límite del sentido literal posible del texto interpretado, en cuanto acto volitivo, es una decisión de carácter político-jurídico que no puede eludirse. KELSEN (1979, p. 353), sostiene: "la pregunta de cual sea la posibilidad correcta en el marco del derecho aplicable, no es... ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político". Y BUSTOS (1989, p. 80) explica esta decisión política-aunque no lo declara abiertamente así-, como una forma de fijar el sentido de la ley, "que en derecho penal sólo podrá surgir objetivamente desde criterios político-criminales..., que han de partir de los límites materiales y formales a la intervención del Estado".

### 3. La determinación semántica del sentido literal posible de una disposición

La determinación filológica o semántica de una disposición penal, esto es, determinar el alcance y los límites de su sentido literal posible, supone tomar como base de partida los conocimientos que sobre esta materia ha ido acumulando la semiótica. ROSS (1963, pp. 108 a 112), hace suyo este planteamiento, y sostiene que al determinar el sentido literal

posible de un texto, buscando el sentido o significado de las palabras en que se expresa, se deben considerar los siguientes principios:

- a) Que el significado posible de toda palabra o expresión es vago, designando varios significados a la vez;
- b) Que la mayor parte de las palabras son ambiguas o tienen más de una acepción, designando varios significados a la vez;
- c) Que el significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como integrante de una determinada frase o expresión;
- d) Que el significado de una expresión no es equivalente a la suma de las palabras individuales que la componen;
- e) Que el significado de una frase o expresión-y con ella el significado de las palabras contenidas en la misma-se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto en que se dictó la norma y al cual está referida), o no lingüística (la situación dentro de la cual se posiciona la norma en el ordenamiento jurídico).<sup>133</sup>
- f) Que, en definitiva, el significado de una palabra es una función, un resultado, de la conexión-expresión, contexto, situación-en que aparece, y que no es ese significado aislado lo que se debe desentrañar, sino el de la norma en que se encuentra. En palabras del CEL-

<sup>133</sup> Así, el contexto de un artículo del Código Penal modificado por una ley posterior es la ley modificatoria y su situación, la función que dentro de la ley modificada cumple.

SIO: "no es elegante juzgar o responder atendiendo a una expresión de la ley, sin haber considerado atentamente la ley entera".<sup>134</sup>

Para ROSS (1963, p. 114),

"el principio guía para toda interpretación es el de la primaria función determinativa de significado que cumple la expresión [normal], como una entidad, y las conexiones en que ella aparece... el significado de una expresión no está constituido como un mosaico con el significado de las palabras individuales que la componen. Por el contrario, el significado que el análisis puede atribuir a los elementos individuales es siempre una función del todo en el cual aparecen".

De ello se desprende que el recurso al sentido natural y obvio de las palabras o a su significación técnica, es —según ROSS (1963, p. 114)—, "ilusorio" en cuanto a determinar el sentido literal posible de una norma y sólo cumplen un "papel modesto" dentro de la determinación contextual de las posibilidades contenidas en las normas jurídicas.<sup>135</sup>

No escapan a las consideraciones anteriores los problemas semánticos y sintácticos que puede originar la determinación del sentido literal posible de una norma<sup>136</sup>. Problemas del primer tipo genera la inevi-

table abstracción, equivocidad y ambigüedad de las palabras, aparte de su eventual calidad polisemántica. Sintácticos son los problemas derivadas de la construcción de las expresiones, como las referencias internas que contienen, las relaciones adverbiales y adjetivales, etc. Estos problemas han de solucionarse, en la medida de lo posible, recurriendo al análisis contextual del que se ha estado haciendo referencia.<sup>137</sup>

La determinación del sentido literal posible de una ley puede verse también complicada por problemas lógico-valorativos derivados de la inconsistencia del texto y de las redundancias y presuposiciones que contenga. Al decir de ROSS (1963, p. 124), estos problemas se refieren precisamente a las relaciones de las expresiones dentro del contexto de que se trata. Así, inconsistencia existe cuando "se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas". La redundancia se produce al establecer una norma "un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma". Desde el punto de vista penal, el establecimiento de esta clase de relaciones entre diversas normas se estudia con detalle en la materia que se conoce como "curso aparente de leyes", que he tratado en otra oportunidad y a la que me remito<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Citado por DUCCI (1977, p. 136).

<sup>135</sup> Además, se debe tomar en cuenta que incluso la significación técnico-jurídico de una expresión es relativa, como lo explica ENGLISH (1967, p. 106) y como puede desprenderse de los distintos significados que adquieren los términos cosa, propiedad, funcionario, dolo, culpa, etc., en la totalidad del ordenamiento jurídico.

<sup>136</sup> Al respecto, ENGLISH (1967, pp. 105 y s); DUCCI (1977, pp. 106 y s); MUÑOZ CONDE (1975, pp. 140 y s).

<sup>137</sup> ROSS (1963, pp. 119 y ss., y pp. 130 y ss).

<sup>138</sup> MATUS (2008).

#### 4. Limitaciones normativas a la determinación del sentido literal posible de las normas penales. Vigencia de las reglas del Código Civil como reglas que precisan el alcance del principio de legalidad

En la primera edición de esta obra, y contra la opinión dominante de la doctrina nacional que afirmaba la vigencia irrestricta de las reglas contenidas en el Código Civil para interpretar la ley penal<sup>139</sup>, apoyándose en una cita de BELLO en que sostiene el Título Preliminar del Código Civil "debe considerarse una introducción, no sólo al [...] Código Civil, sino a la legislación toda; cualquiera que sea, por ejemplo, la ley a interpretar"<sup>140</sup> y en la jurisprudencia de ese entonces<sup>141</sup>, se sostenía que, en materia penal, las reglas del CC relativas a la interpretación de la ley no tendrían mayor importancia, pues lo realmente importante sería la función de resguardo y promoción de los derechos del hombre que ha de tener la interpretación y aplicación de la ley penal, de conformidad

<sup>139</sup> Así, CURY (1982 I, pp.153 y ss); ETCHEBERRY (1976 I, pp. 68 y ss.).

<sup>140</sup> En este sentido COUSIÑO (1961, p. 200); DUCCI(1977, p.94); NOVOA (1960, p.137) y LABATUT(1958, p. 91). Este último sostiene que, sin embargo, existirían reglas especiales en materia penal como "garantía contra posibles abusos judiciales"; y COUSIÑO considera que es inaplicable la referencia a la equidad que hace el Art. 24 del C.C., en razón del principio de legalidad. Además debe tenerse presente que en el mismo párrafo de la cita antes transcrita, BELLO sostiene que en materia penal sólo es aplicable la interpretación restrictiva, lo que constituye una abierta contradicción con el pretendido sistema de interpretación objetiva que sostienen los autores antes citados y, además, con el Art. 23 del C.C., contemplado dentro del mencionado Título Preliminar. El texto en cuestión continúa como sigue: "En las leyes penales -dice BELLO-, se adopta siempre la interpretación restrictiva, si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición".

<sup>141</sup> Ver al respecto, DUCCI (1977, p. 94) y ETCHEBERRY (1987 I, p.14).

con lo dispuesto por el tantas veces mencionado Art. 5° inc. 2 de la C.P.R. Se agregaba que, de hecho, todo el sistema construido alrededor de la teoría del delito, lo ha sido sin considerar las reglas interpretativas del C.C, sino es en una que otra discusión aislada y se recurría a lo sostenido por ENGLISH (1967, pp.122 y ss):

"Evidentemente no se confiere demasiada importancia a las reglas generales establecidas por el derecho positivo para regular la interpretación. Prescindiendo también de la absurda prohibición de interpretar (más correctamente: prohibición de comentar)... su poder es reducido. Así, por ejemplo, si una regla de interpretación legal exige que el interprete se atenga estrictamente a la voluntad del legislador, la regla será válida y tendrá sentido pleno, pero no podrá impedir que, bajo la invocación de las verdaderas intenciones del legislador o de la imposibilidad de descubrir de manera clara y unívoca sus intenciones, se deslice una interpretación objetiva. Si por el contrario, la regla de interpretación legal exige que el intérprete descubra de alguna manera el sentido objetivo, puede suceder que se busque este sentido a través de las intenciones del legislador histórico, ya que de esta manera resulta más fácil encontrarlo. Además, las reglas de la interpretación legal necesitan a su vez de la interpretación. ¿Habría que aplicar una regla de este tipo incluso con respecto a ella misma? ¿No surgirán con esto paradojas, tal como sucedería, por ejemplo, si el legislador declarase por medio de una máxima objetiva de interpretación que él no quiere que su voluntad sea decisiva?"

Sin embargo, tales críticas y conclusiones han de ser desestimadas en su radicalidad por varias razones. Primero, porque la regla constitucional del principio de legalidad no es disponible por el intérprete en materia

penal. Segundo, porque en un sistema constitucionalmente ordenado, no parece que el intérprete pueda sustituir al legislador, allí donde el legislador ha decidido establecer una regulación<sup>142</sup>. Puede que uno esté o no de acuerdo con el sentido de dicha regulación, pero si se quiere que exista un mínimo de posibilidad de discusión que tenga algún referente intersubjetivo, habrá que asumir la existencia objetiva de tal regulación. Tercero, porque las reglas del Código Civil chileno, aunque sujetas al efecto recursivo de la interpretación (son disposiciones legales escritas en el idioma natural) carecen a primera vista de los vicios y perplejidades que se denuncian en la extensa cita anterior. Cuarto, porque esas mismas reglas, por su carácter meramente legal, también están sometidas al *principio de legalidad* y, por lo tanto, a través de su aplicación no es posible construir artificialmente delitos y penas. Quinto, porque el hecho de que la reconstrucción de la teoría del delito se haya realizado al margen de la interpretación de las normas pertinentes (en realidad, trasponiendo sus presupuestos desde la dogmática alemana), no quiere decir que ello esté bien, sino sólo que es posible y aún que pudiera ser correcto, si tal reconstrucción es compatible con el sentido de las disposiciones legales aplicables según el ordenamiento chileno. Y sexto, porque, a pesar de la pretensión de RECANSENS (1956, p. 173), quien sostiene que el científico del derecho se encuentra en un plano de igualdad con el legislador, y por tanto puede discutirle todo cuanto se trata de determinar las reglas de interpretación de la ley, parece que hay que tener mejores argumentos que la sola voluntad cuando,

<sup>142</sup> Similar argumento esgrime ahora PALACIOS (2010, p. 42), para defender también la preeminencia de las reglas de interpretación del Código civil en materia penal: no habiendo regulación penal específica en la materia, no existe ninguna razón para desechar la civil que tiene pretensión y potencialidad de aplicación.

como en el caso del Código Civil chileno, se trata de discutir no sólo la autoridad del legislador constitucionalmente reconocido, sino también la del "científico" que las expresó, don Andrés BELLO.

Por otra parte, un abandono absoluto de tales reglas, que imponen limitaciones normativas al arbitrio del intérprete, parece antes que una opción "liberalizadora" del Derecho penal, una forma de abrir la puerta a la indeterminación y discrecionalidad más allá de lo que parece permitir la vigencia del principio de legalidad, al que ha de someterse no sólo el legislador, sino también el intérprete. Y ello, sobre todo, tratándose de las reglas que ofrecen parámetros para, precisamente, determinar el *sentido literal posible* de los textos legales.

En consecuencia, dentro de nuestra actual concepción, dada la preeminencia que los elementos de interpretación contenidos en el Título Preliminar del Código civil le confieren a la determinación del *sentido literal posible* de las disposiciones interpretadas, han de tratarse como elementos auxiliares de primer orden en la precisión de dicho sentido y en el resto del proceso recursivo de interpretación, y sólo debieran dejarse de lado cuando conduzcan a interpretaciones que se aparten de la estricta legalidad penal (por ejemplo, aplicando alguna consideración de equidad para extender la interpretación más allá de su sentido literal posible) o del principio de reserva, límites constitucionales de la ley penal y su interpretación.

Otra cosa es que tales criterios sean *insuficientes* para completar el proceso recursivo de interpretación, cuyo resultado es una determinada propuesta normativa, y que, para ello, deba recurrirse a otros postulados y criterios, sobre todo dentro de los ámbitos de discreción que ofrece el tantas veces mentado *sentido literal posible* del texto. Para esa deter-

minación precisa se recurre a *postulados* y *tópicos* que refuerzan la argumentación subyacente a favor de la *propuesta normativa* que se ofrece y que serán expuestos en el siguiente capítulo<sup>143</sup>.

#### 4.1. Determinación del *sentido literal* de conformidad con las reglas del Código civil. Límites “gramatical” y “sistemático” de la interpretación.

Según el Art. 19 del Código civil, “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”. Leído a la luz del *principio de legalidad*, ese “tenor literal” puede identificarse con el contenido de lo que la Constitución refiere como la *expresa descripción de la conducta punible*, esto es; con el *sentido literal posible*.

Para su determinación, los Arts. 20, 21 y 22 C.C. ofrecen criterios bien precisos. El primero, establece que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio”. ¿Cuál es este sentido natural y obvio? Para el Código de BELLO, “el uso general de las mismas palabras”<sup>144</sup>, el cual nuestra jurisprudencia ha entendido que “no es otro que el apun-

<sup>143</sup> Este tipo de argumentos es lo que VIEHWEG (1964, p. 41 y ss) ha venido en llamar tópicos jurídicos, los que constituyen “lugares”, *loci*, que permiten encontrar una solución aceptable al problema del alcance de una determinada disposición.

<sup>144</sup> La mayor parte de la doctrina nacional considera que este es el alcance exacto de la disposición, argumentando al respecto que el sentido natural y obvio es aquél que tienen las expresiones “de acuerdo a su uso y al contexto y sentido de la disposición” (DUCCI, 1977, p. 117). Así, ETCHEBERRY (1976 I, pp. 68 y s); CURY (1982 I, p. 153). Cfr COUSIÑO (1961, p. 208), para quien “este sentido es el que determina el léxico, pues está referido al uso de las palabras por las personas instruidas y en dicha virtud, el primer auxiliar del intérprete es el Diccionario de la lengua”.

tado en el Diccionario de la Lengua”, en la especie, el elaborado por la RAE<sup>145</sup>, cuya alegación tiene la ventaja de ser *objetivamente* contrastable, frente al preeminentemente subjetivo criterio del “uso intuitivo” o “general” esgrimido sin otra fuente que la impresión del propio intérprete.

Frente al sentido natural y obvio de las palabras se puede oponer el sentido que le dan las definiciones legales y el sentido técnico de las mismas, que las prefieren, cuando así los ha empleado la ley. Así, la segunda parte del Art. 20 sostiene que “cuando el legislador las haya definido [a las palabras] expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. Regla que deja en manos del intérprete determinar el alcance de la definición legal y las materias para la cual se ha definido la expresión.

En cuanto al sentido técnico de las palabras, el Art. 21 del C.C establece que “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que parezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. Aquí nuevamente queda entregado al intérprete determinar cuándo una palabra ha sido utilizada en su sentido técnico y cuándo no<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> ETCHEBERRY (1987 I, p. 16). Aunque no existe una uniformidad –valga el caso del Art. 233 del C.P (en que no se aplica por nuestra jurisprudencia el sentido que tienen las palabras según su significado legal y tampoco el que les da la RAE) –y a veces, las Cortes han adoptado el punto de vista de la doctrina mayoritaria, Ver DUCCI (1977, p. 117).

<sup>146</sup> En este sentido, DUCCI (1977, p. 119), quien abona su posición con una cita a Bello que también hace COUSIÑO (1961, p. 42): “He introducido –comentó sobre el proyecto de 1853 el maestro venezolano– limitaciones que me parecen necesarias. Una palabra, sea técnica o no, puede emplearse impropriamente en una ley, sobre todo por

Por su parte, el Art. 22 del C.C. presenta el argumento contextual en la forma como acá se ha expuesto teóricamente<sup>147</sup>. Según esta disposición, "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía... Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto". Así, recurrir al contexto de la ley para interpretarla no sólo es necesario doctrinariamente, sino que el propio C.C. manda dicha interpretación contextual, de modo que se guardè la "debida correspondencia y armonía" entre los términos de la ley – entendiendolos incorporados a ella sus

falta de conocimiento especiales de sus autores. ¿Sería nunca racional tomar esa palabra en diferente sentido que el legislador?"

<sup>147</sup> En este sentido, CURY (1982 I, pp. 154 y s), para quien este recurso al contexto de la ley es equivalente al llamado elemento sistemático; y ETCHEBERRY (1976 I, p. 69), quien sostiene que "las palabras no deben analizarse aisladamente, sino en relación con el contexto general", pero escinde de este elemento el recurso sistemático que considera establece el inciso segundo del citado Art. 22 del C.C (p. 70). Cfr NOVOA (1960, p. 139) y DUCCI (1977, p. 143) para quienes el elemento sistemático contemplado en el Art. 22 del CC es independiente de la determinación del sentido literal posible, este último en el mismo sentido que ETCHEBERRY (1976 I, p. 70). DUCCI (1977, pp. 141 y ss) entrega además interesantes consideraciones sobre las características sistemáticas de la ley como la "correlación de las partes con un todo unitario y de las partes entre sí... [el sistema es] el conjunto de normas que se refieren a unos mismos conceptos jurídicos, que conciernen a la misma materia y que tienen igual finalidad... [el sistema] debe ser completo y coherente... [pero] en la interpretación jurídica no podemos basarnos en un [gran] sistema lógico formal del derecho... sino [en] sistemas parciales completos y coherentes".

epígrafes, títulos y subtítulos<sup>148</sup>, otras leyes y demás reglas aplicables (inclusive las de interpretación)<sup>149</sup>.

## 5. La prohibición de la *analogía* como consecuencia de la limitación que impone a la aplicación del derecho el *principio de legalidad*. Distinción con la interpretación analógica

La analogía es definida tradicionalmente como un procedimiento de integración de la ley penal, que aplica el viejo 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

<sup>148</sup> Cfr. NOVOA (1960, p. 142). Así, se ha decidido que las ofensas al pudor y las buenas costumbres sancionadas en los Arts. 373 y 374 del C.P, requieren de publicidad, aunque el texto mismo de las disposiciones no la exigen. Ello, por cuanto se encuentran agrupados bajo el epígrafe. "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres" (ETCHEBERRY, 1987 I, p. 17). Del mismo modo, se ha resuelto que en los casos del Art. 193, excepto su octavo numeral, sólo hacen referencia a documentos públicos o auténticos, no por decirlo el artículo –que no se refiere en absoluto al tipo de documentos de que se trata-, sino por encontrarse bajo el epígrafe "De la falsificación de documentos públicos o auténticos" (hay un caso citado por NOVOA (1960, p. 142), y pueden verse otros en ETCHEBERRY (1987 III, pp. 259 a 265 y 1987 IV, pp. 493 a 499).

<sup>149</sup> Así, por ejemplo, se resolvió cómo interpretar los conceptos de depósito, consignación o secuestro, contenidos en el tipo del Art. 233 del C.P, sobre sustracción de caudales públicos. Nuestra Corte ha sostenido que en este caso no es dable entender dichos conceptos en su definición de contratos civiles, sino como una referencia genérica de quien recibe a su cargo caudales públicos o particulares, aplicando una interpretación contextual que permite preferir el sentido natural y obvio de la expresión a uno técnico, por la dificultad de aplicación del técnico (referido a contratos civiles) en un contexto de actos de autoridad (ETCHEBERRY, 1987 I, p. 15).

dada, pero que es semejante a aquél o aquéllos que efectivamente estaba destinada a regir<sup>150</sup>. En palabras de MANZINI, la analogía

“es el procedimiento que consiste en asignar regulación jurídica a un caso no regulado explícita ni implícitamente por la ley, confrontándolo con otro similar, objeto de una norma de la ley, fundándose sobre el elemento de semejanza que sirvió de base al legislador para establecer la norma misma”<sup>151</sup>.

La doctrina suele distinguir entre analogía *legis* y analogía *juris*, empujando la primera de disposiciones concretas del ordenamiento jurídico, y la segunda, de principios generales del derecho. En consecuencia, se trata de un procedimiento de carácter axiológico y no puramente lógico.

Es en este sentido axiológico que fue incorporado a los textos de la época revolucionaria soviética y del nazismo alemán. De los códigos soviéticos, destacan la disposición del Art. 10 del texto de 1922 y la de los Arts. 6 y 16 del C.P. de 1926. La primera de ellas establecía que “en caso de ausencia en el Código penal de precepto específico para algún delito en particular, las medidas penales o de defensa social se configurarían conforme aquellos artículos del Código penal que contemplen delitos análogos por su importancia y calidad”<sup>152</sup>. Por su parte, el Art. 6 del texto de 1926 disponía: “se considera socialmente peligrosa toda acción u omisión dirigida contra el régimen soviético o que importe un atentado al orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino

para el período de transición al orden comunista”. El Art. 16 del mismo cuerpo legal establecía que “el acto socialmente peligroso”, no previsto expresamente por la legislación, se penaría “conforme a los actos de naturaleza más semejante”<sup>153</sup>.

En Alemania, la dictadura nazi estableció la analogía como método de integración del derecho penal, mediante la reforma del §2 del StGB de 28 de junio de 1935. El texto así reformado disponía “será castigado quien cometa un hecho que la ley declare punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo. Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponde mejor a él”<sup>154</sup>.

La analogía como método de integración en la aplicación del Derecho penal es generalmente rechazada, puesto que contraviene abiertamente el principio de legalidad, al proponer la sanción de un hecho que no

<sup>153</sup> Disposiciones citadas por ZAFFARONI (1973, pp. 226 y s.). Este mismo autor señala como ejemplo del manejo de estas disposiciones la famosa sentencia que condenó por “aborto antihigiénico” a un campesino que había practicado varias circuncisiones entre los fieles judíos del lugar.

<sup>154</sup> Citado por CURY (1988, p. 17 infra). En su época, la disposición recibió la laudatoria aprobación de buena parte de la doctrina alemana, comprometida políticamente con el régimen, como puede verse en el texto de WELZEL (1944), donde señala que esta cláusula permitiría aplicar el Derecho penal, sin limitaciones positivas, a quienes infringieran su “contenido material”, esto es, “los valores de acto de la recta conciencia que se encuentran detrás de las normas de Derecho penal”, entre los cuales menciona, en primer lugar, “la fidelidad al pueblo, al Reich, a la Führung” y “la obediencia al poder estatal”.

<sup>150</sup> CURY, (1982 I, p. 161).

<sup>151</sup> Citado por CREUS (1988, p. 49).

<sup>152</sup> Citado por CURY (1988, p. 17, infra).

está expresamente descrito como punible por la ley antes de su juzgamiento.<sup>155</sup>

Este rechazo de la analogía como método de integración en la aplicación del Derecho penal se limitaría a la llamada analogía *in malam partem*, esto es, aquélla que amplía el campo de la punibilidad. En cambio, se admite, aunque con reparos, la analogía *in bonam partem*, esto es, aquélla que extiende las causales que eximen o atenúan la pena o que permiten extender el campo de aplicación de las excusas legales absolutorias.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> En este sentido, VELASQUEZ (1988, p. 42); ANTON ONECA (1986, p. 121); JIMENEZ DE ASUA (1950, p. 425); BRAMONT A (1950, p. 101); MUÑOZ CONDE (1975, p. 151); BUSTOS (1986, p. 38); CREUS (1988, p. 50); ANTOLISEI (1949, p. 47); WELZEL (1987, p. 40); CURY (1982 I, p. 162); NOVOA (1960, p. 149); ETCHEBERRY (1976 I, p. 75); ZAFFARONI (1979, p. 102) sostiene que esta proscripción no se limita al sistema continental de derecho escrito, sino que se extiende al Reino Unido y también a Dinamarca. En el Reino Unido, la Cámara de los Lores, resolviendo el caso Cross v/s Jones, rechazó unánimemente la existencia de un poder residual de las Cortes para crear nuevos delitos o ampliar los existentes. Por su parte, el C.P. danés dispone en su Art. I que "sólo puede imponerse una pena a una conducta cuando su punibilidad este legalmente determinada o cuando sea enteramente asimilable a una de estas conductas"; en este caso sostiene el profesor argentino que los tribunales daneses han interpretado esta norma restrictivamente, de modo que se aplica el mismo principio de legalidad que en el resto de Europa.

<sup>156</sup> MUÑOZ CONDE (1975, p. 151), quien llega a sostener que este tipo de analogía se alaba; ANTOLISEI (1949, p. 50); ANTON ONECA (1986, p. 123); BUSTOS (1986, p. 37); VELASQUEZ (1988, p. 43); LABATUT (1958, p. 49); CURY (1982 I, p. 163); y con reparos, NOVOA (1960, p. 150) y CREUS (1988, pp. 51 y s). En cambio, JIMENEZ DE ASUA (1973, p. 139); BRAMONT A. (1950, p. 104); y ETCHEBERRY (1976 I, p. 76), abiertamente rechazan la aplicación analógica de la ley penal, incluso *in bonam partem*. En este mismo sentido, un fallo de nuestra jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la analogía *in bonam partem*, no dando lugar a una aplicación analógica de la excusa legal absolutoria del Art. 489 del C.P. en el caso de un reconocimiento posterior de la calidad de hijo natural (ETCHEBERRY, 1987 I, p. 26).

Por el contrario, la *interpretación analógica* es aceptada por la doctrina, distinguiéndola de la analogía propiamente tal, pues aquélla sería una especie de interpretación permitida por el ordenamiento, y la analogía propiamente tal una forma de integración en la aplicación de la ley penal prohibida por el principio de legalidad.<sup>157</sup>

Por interpretación analógica se ha entendido por algunos aquélla que desentraña casos no comprendidos en la fórmula casuística empleada por el legislador, pero sí comprendidos dentro de una fórmula o frase que los engloba, entregada a la interpretación por la ley<sup>158</sup>. Otros la entienden como resultado de la interpretación sistemática y un fenómeno de vulgar ocurrencia<sup>159</sup>. Y hay quienes la consideran sin más una forma de analogía, pero que, al estar permitida por el texto legal en el proceso de su propia interpretación y no suponer la creación de nuevas normas

<sup>157</sup> En este sentido, VELASQUEZ (1988, p. 42); ANTON ONECA (1986, pp. 120 y ss); JIMENEZ DE ASUA (1950, p. 425 y 1973, p. 140); BRAMONT A. (1950, p. 111); MUÑOZ CONDE (1975, p. 152); BUSTOS (1986, p. 38); CREUS (1988, p. 51); ANTOLISEI (1949, p. 47).

<sup>158</sup> JIMENEZ ASUA (1973, p. 140); BRAMONT A. (1950, p. 111); ANTOLISEI (1949, p. 47); ETCHEBERRY (1976 I, p. 75); y NOVOA (1960, p. 152).

<sup>159</sup> VELASQUEZ (1988, p. 42); BUSTOS (1986, p. 38) Es de notar que en base a esta interpretación analógica del derecho penal, BUSTOS (1986, p. 38) fundamenta el desarrollo por la dogmática de los delitos de omisión impropia, aunque reconoce la existencia de dudas constitucionales al respecto. Sin embargo, este tipo de interpretación extensiva del derecho penal aparece reconocido incluso por un ferviente positivista, como ROCCO (1982, pp. 20 y ss); quien sostuvo en su época que "la interpretación ... puede no ser restrictiva sino también extensiva y modificativa... lo que en nuestras materias penales aparece como vedado al interprete no es ya la interpretación extensiva de la norma legislativa, sino tan sólo la analogía, y aún esta, como le diré luego a fin de evitar repeticiones dentro de determinados límites".

(“integración”), no viola el principio de legalidad<sup>160</sup>. Por último existen quienes sostienen que el recurso a la analogía y al razonamiento analógico es ineludible al interpretar la ley y que, por tanto, nunca podría prescindirse de la analogía, pues toda interpretación sería esencialmente analógica<sup>161</sup>. Así, BOBBIO sostiene que la analogía “es interpretación en el sentido más genuino de la palabra, puesto que reproduce, no repitiendo sino desarrollando, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente<sup>162</sup>, y A. KAUFMANN que “orden—también orden jurídico— existe sólo sobre el fundamento de la analogía del ser, que es un punto medio entre identidad y contradicción”<sup>163</sup>.

Nosotros creemos que la limitación del empleo de la analogía o razonamiento analógico como método de integración para la aplicación del Derecho penal a supuestos no considerados en la expresa descripción legal es la consecuencia del *principio de legalidad*, en su formulación Constitucional, y que, por lo tanto, no sería admisible una *proposición normativa* resultado de la interpretación que se fundamentase en la analogía para sostener su aplicación a un caso concreto. Además, atendida la vinculación general que, en nuestro sistema, tienen los jueces con la legalidad (Art. 5° C.P.R.), ya no nos parece admisible, como en la primera edición de esta obra se afirmaba, la integración analógica in

*bonam parte*, pues supone la sustitución del legislador por el aplicador del Derecho.

Otra cosa es la necesidad de realizar *proposiciones normativas*, basadas en el texto legal y el razonamiento analógico, tanto *in bonam parte* como *in malam parte*, cuando es la propia ley que así lo ordena, como cuando en la descripción del hecho punible se ofrece una fórmula general o una definición y ejemplos junto con el expresiones tales como “otros casos semejantes” o “análogos”. En estos casos, sólo se tratará de determinar los otros casos a que se refiere el texto legal pero que no ha podido o querido nombrar, sin que importe una verdadera extensión del texto interpretado, pues la extensión de la punibilidad siempre estará por el principio de legalidad. Ejemplos de interpretación analógica permitida lo dan Arts. 203 (falsificación de certificados), 227 N° 3 (prevaricación por compromisarios, peritos o quienes ejerzan funciones análogas), 440 N° 2, 442 N° 2 y 3 y 443 (instrumentos aptos para ingresar al lugar del robo), 468 y 473 del C.P. (engaños para defraudar).

Pero, en el límite entre *integración* e *interpretación analógica*, nuestra Jurisprudencia, con buen criterio, ha rechazado la *interpretación analógica extensiva*. Así, se ha sostenido que no es aplicable, por analogía con los Arts. 233 y 234, el Art. 235 del CP, cuando los caudales que el empleado público aplica a usos propios o ajenos, son caudales de particulares. Del mismo modo, se rechaza considerar como equivalente a “entrar” —en los casos de robo— otras conductas que no fueran “pasar de afuera adentro”, como señala el Diccionario de la R.A.E; por lo que el uso de una fractura practicada en una vitrina de un local, para sustraer

<sup>160</sup> ANTON ONECA. (1986, p. 120); y MUÑOZ CONDE (1975, pp. 151 y s).

<sup>161</sup> CURY (1982 I, p. 162) cita a BOBBIO, SAX y KAUFMAN como autores que representan este pensamiento. Por su parte, BUSTOS (1986, p. 37); señala que “en el último tiempo se tiende a dar un sentido mayor a la analogía, sobre la base de que es muy difícil señalar las fronteras entre interpretación y analogía”.

<sup>162</sup> Citado por JIMENEZ DE ASUA (1950, p. 418).

<sup>163</sup> Citado por CURY (1982 I, p. 162).

especies desde su interior –sin ingresar completamente al local–; no constituye robo sino hurto<sup>164</sup>.

## 6. Determinación del *sentido literal posible y erratas legales*

Si el sentido literal posible de un texto legal es el límite para su interpretación, un problema puntual que puede presentarse al respecto es la determinación del mismo, cuando la ley ha sido promulgada o publicada con errores, esto es, empleando signos lingüísticos diferentes a los aprobados en el proceso parlamentario u omitiendo los que constituían el acuerdo de los órganos colegisladores.

Tradicionalmente, se ha presentado este problema distinguiendo entre defectos de redacción de la ley y defectos en su publicación o erratas de imprenta. Los primeros se consideran ley para todos los efectos y su observancia obligatoria; sobre los segundos, se sugiere los enmiende el Tribunal, aplicando sin más la ley efectivamente aprobada y publicada erróneamente<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> Ver al respecto, ETCHEBERRY (1987 I, p.25).

<sup>165</sup> Así, VON LISZT (s/f.T. II, p. 98); FONTAN BALESTRA (1966, p. 228); RODRIGUEZ DEVESA (1976, p. 155); MEZGER (1946, p. 145) y SAENZ CANTERO (1982, pp. 130 y ss.) JIMENEZ DE ASUA (1945, p. 123), estando sustancialmente de acuerdo con lo expuesto supra, difiere en el sentido de considerar que un error de imprenta que no provoca interpretaciones absurdas y cuya existencia ha sido percibida tardíamente, debe ser respetado como ley.

Sin embargo, en nuestro país la situación es algo diferente. En efecto, el trámite de promulgación y publicación de la ley está en manos del Presidente de la República, conforme disponen los Arts. 32 N° 1, 72 y 75 C.P.R. Si el acuerdo parlamentario transmitido al presidente como Proyecto de Ley contiene algún error de redacción y el Presidente la promulga, este error se convierte en ley. Del mismo modo, si se promulga un texto legal distinto del aprobado constitucionalmente, entonces este texto diverso o erróneo valdrá como ley en tanto no sea objeto de una rectificación por parte del propio Presidente o de un fallo rectificatorio del Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 8 C.P.R.).

Para rectificar una promulgación, no parece existir un plazo constitucional específico, pero como en realidad se trata de promulgar y publicar correctamente el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso, el plazo para hacerlo no debiera ser otro que el mismo plazo que se establece en el Art. 72 de la C.P.R. para la promulgación correcta de la ley, esto es, diez días.

En caso que el Presidente no haya rectificado su error en la promulgación de la ley, corresponde al Tribunal Constitucional resolver sobre el punto, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 93 N° 8 C.P.R. Para ello, las Cámaras o una cuarta parte de ellas deben recurrir ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 30 días de la publicación de la ley mal promulgada, debiendo el Tribunal rectificar el error de promulgación en su propia sentencia. Transcurrido que fuera el plazo antes transcrito, no podrá recurrirse al Tribunal Constitucional.

Nada dice la Constitución respecto a un mero error de publicación no rectificadas. En este caso, entendemos que tal error no puede constituir

una Ley de la República, pues no es facultad de los tipógrafos del Diario Oficial legislar.

Pero, a pesar de las consideraciones anteriores, aún se mantiene un punto sin resolver: en el supuesto que no se rectificara una errónea promulgación o no se corrigiera un defecto de publicación, ¿cuál ha de ser la ley aplicable? Según la doctrina antes vista, ésta sería la efectivamente publicada y no rectificada según el procedimiento constitucional establecido al efecto. Nosotros diferimos de ello y sostenemos que, si descontado el error del Presidente o del Diario Oficial, en su caso, la ley se vuelve ininteligible o su efecto es establecer un delito no aprobado por las cámaras o una agravación no acordada por el Congreso, esta ley no es aplicable.

Razones para ello encontramos en los fundamentos del sistema penal democrático y en las propias garantías consagradas en la Constitución. En efecto, no estando facultado el Presidente para dictar normas penales, la errónea publicación de una ley penal deviene en un acto inconstitucional y como tal no obliga a los Tribunales, más aún si esta inconstitucionalidad incide en violar una garantía ciudadana como es la ya vista sobre la legalidad de los delitos y sus penas. Si el Presidente no puede legislar en materia penal, menos pueden hacerlo los tipógrafos del Diario Oficial, por lo que se aplica a este tipo de error con mayor razón los argumentos antes expuestos: el simple error de publicación no constituye ley.

Pero tampoco constituye una ley obligatoria para los ciudadanos, dentro de nuestro sistema, el sólo acuerdo de las Cámaras, cumplidos que fueran todos los requisitos legales. Esta ley así acordada debe ser promulgada y publicada para obligar a los ciudadanos a respetarla, y para

hacer obligatoria su aplicación a los Tribunales de Justicia<sup>166</sup>. Y si no se encuentra promulgada o publicada correctamente, la parte no publicada o no promulgada no es obligatoria para los ciudadanos y tampoco para los Tribunales, por faltarle a esa parte un requisito esencial para ser ley. Si esta falta convierte en ininteligible el texto legal o lo hace incidir en otro vicio de constitucionalidad, los Tribunales están obligados a respetar y promover la garantía de la legalidad por sobre el fuero parlamentario atropellado de esta forma.

<sup>166</sup> En materia penal, la única excepción a este principio es la relativa a la irretroactividad de la ley más favorable, para lo cual sólo se requiere la promulgación de ésta.

## Capítulo 6

### Metodología de la interpretación

#### 1. El objetivo de la interpretación de la ley penal: *interpretación declarativa, extensiva y restrictiva*

Como hemos dicho, la corrección del paso de la formulación legal a una *propuesta normativa* como resultado de la interpretación, supone que ésta se encuentre dentro de las posibilidades semánticas del sentido literal de la norma interpretada. Sin embargo, dado que dicha *propuesta* no es la formulación legal que se interpreta, sino el resultado de la interpretación, dirigido al aplicador del Derecho, hemos sostenido también que lleva envuelto en su propia formulación un aspecto *pragmático* o *retórico*, esto es, la pretensión de convencer al aplicador de su corrección o correspondencia con el sentido literal posible de la disposición interpretada y, por lo tanto, su aplicabilidad en los casos concretos que identifica como condiciones para las consecuencias jurídicas que se tratan.

Esta *pretensión de corrección semántica* es lo que, a mi juicio, explica la insistencia de la doctrina nacional en considerar que hay un solo tipo de interpretación, la *declarativa*, que se manifiesta desentrañando el verdadero sentido y alcance de la ley, no habiendo lugar ni para la extensión ni para la restricción de los preceptos penales, señalándose

especialmente que en ella no existe lugar para argumentos *emotivos* a favor o en contra del reo. Esta doctrina encuentra respaldo en el Art. 23 del C.C., que dispone que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para cumplir o restringir su interpretación” y que “la extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido”<sup>167</sup>.

Hoy nos parece acertada esta conclusión, especialmente respecto a la idea de prohibición legal de *interpretación extensiva*, pues ello no es más que una manifestación del *principio de legalidad* y la consecuencia prohibición de la analogía. Desde esta perspectiva, hay que compartir la apreciación de ROSS (1963, p. 144), quien ha sostenido que la interpretación *extensiva* no es más que una forma de *analogía* con un claro propósito político:

“Se habla de interpretación extensiva (interpretación por analogía) cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la

<sup>167</sup> Son de este parecer CURY (1982 I, p. 157); COUSIÑO (1961, p. 217); ETCHEBERRY (1976 I, p. 72), aunque mantiene la clasificación de interpretación extensiva, por su efecto de comprender casos que “aparentemente no están incluidos en el tenor literal mismo del precepto”; LABATUT (1858, p. 95), quien también mantiene la clasificación por el efecto “aparente” que produciría establecer una “conformidad” entre el espíritu y letra de la ley”; y NOVOA (1960, pp. 142 y s.), quien llega a calificar la distinción de interpretación restrictiva y extensiva como una “terminología inapropiada”. Cfr. DUCCI (1977, p. 136) quien le da en verdad un contenido material a la interpretación extensiva, señalando que con ella “se extienden los conceptos utilizados por el legislador... dejando de lado sus elementos específicos y dando preferencia a su contenido genérico”. En la doctrina extranjera mantienen una posición similar, en cuanto señalan que el resultado de toda interpretación es siempre efecto de una correcta interpretación —o sea, declarativa— BRAMONT A. (1950, p. 94); JIMENEZ DE ASUA (1950, p. 408 y 1973, p. 118); CREUS (1988, p. 51); ANTOLISEI (1949, p. 48), ANTON ONECA (1986, p. 119) y VELASQUEZ (1988, p. 43).

aplicación de la regla a situaciones que, contempladas a la luz del sentido lingüístico natural, se encuentran claramente fuera de su campo de referencia”.

Respecto de la interpretación *restrictiva*, en cambio, habría que decir que si bien no me parece hoy en día justificable (normativamente) una posición como la sostenida en la primera edición de esta obra, que parecía inclinarse a aceptar como válida, de entrada y sin mayor discusión, toda proposición normativa resultado de la interpretación que fuese *restrictiva per se*, sí debe seguir manteniéndose que los *principios de legalidad* y de *reserva legal restringen* la interpretación: el primero, delimitándola dentro del sentido literal posible de la norma interpretada; el segundo, delimitando las *propuestas normativas* resultado de la interpretación a aquellas que no restrinjan los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos al punto de hacer imposible su ejercicio.

Luego, no es la *favorabilidad a priori* lo que hace correcta o incorrecta una interpretación, sino su adecuación a los límites normativos establecidos, no sólo a nivel legal, sino también constitucional. Con ese matiz, puede darse ahora por buena la alegación del Art. 23 como límite de la interpretación extensiva o restrictiva, en cuanto no admite como razón para proponer una determinada interpretación la sola *voluntad del intérprete*, basada en un argumento más o menos *emotivo* (“lo favorable” o “lo odioso”), no considerado por el ordenamiento jurídico en su conjunto (elemento sistemático)<sup>168</sup>.

<sup>168</sup> La extensa disquisición que se hace en la primera edición de esta obra (pp. 193-196) con base a la supuesta equivocidad de los términos interpretación extensiva y restrictiva, no consideraba que esa equivocidad, en materia penal, está resuelta de antemano por el *principio de legalidad* y por el respeto al *sentido literal posible* de la disposición interpretada

Otra cosa es, como se verá más adelante, la aceptación del *principio in dubio pro-reo* y de la adecuación de la propuesta normativa a la finalidad de la ley (la *política criminal* del legislador), como argumentos para decidir presentar una propuesta normativa *restrictiva* en caso de dudas, atendido su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, pero no como decíamos en la primera edición, citando a MUÑOZ CONDE (1975, p. 156) y ZAFFARONI (1979, p. 104), con base únicamente en una "actitud que necesariamente debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple", sino en el resultado de la *interpretación contextual* de nuestro Derecho penal. Abona esta opinión lo sostenido por el propio ANDRÉS BELLO al respecto:

"en las leyes penales —explicaba el redactor del Código Civil—, se adopta siempre la interpretación restrictiva, si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición".<sup>169</sup>

Es de esta opinión, aunque por distintas razones, nuestra Jurisprudencia —aún contra la mayor parte de la doctrina nacional—, la cual en reiteradas ocasiones ha sostenido que el *principio pro reo* implica extender todo aquello que le favorezca en la ley y restringir la interpretación de ésta en lo desfavorable. Y en mérito de lo anterior se ha resuelto que "ninguna ley penal puede ser interpretada extensivamente contra el reo. En

caso de duda sobre el significado y alcance del texto legal, éste deberá interpretarse en el sentido más favorable al reo"<sup>170</sup>.

## 2. Argumentos, métodos o elementos de la interpretación *normativamente* reconocidos para la delimitación y elección de una *propuesta normativa* dentro del sentido literal posible de una disposición penal

### 2.1. La *política criminal* del legislador o *finalidad de la ley*

La finalidad o *telos* legal ha de ser la guía fundamental que permita precisar el alcance del sentido literal de una disposición, una vez que éste ha sido precisado interpretativamente.<sup>171</sup>

<sup>170</sup> Jurisprudencia en ETCHEBERRY (1987 I, pp. 22 y ss y 1987 IV, pp. 6 y s.).

<sup>171</sup> En esta exposición hemos escogido de entre las finalidades probables de la ley la protección de los bienes jurídicos inmanentes en cada disposición, pues asumimos el respeto a los principios de legalidad y reserva como limitaciones de orden superior, según se explicó en los apartados anteriores. No obstante, estamos conscientes de que "el concepto de fin es elástico y equivoco. Su contenido se extiende desde el efecto concreto y real, como, por ejemplo, el suscitar un contramotivo frente a una acción repudiable, hasta fines tan abstractos e ideales como la garantía de la seguridad jurídica, el establecimiento de la paz, la conservación del orden público, el bienestar social... y otros similares... Además también pueden ser considerados como puntos teleológicos de referencia para la interpretación tanto intereses aislados (bienes jurídicos) como complejos conflictos de intereses cuya solución exige tener en cuenta también intereses opuestos" (ENGLISH, 1967, p. 108). Este último punto de vista se conoce como

que de él se deriva y se precisa en el Art. 19 del C.C. *Extensiva* es la interpretación que va más allá de dicho sentido literal, y *restrictiva*, la que lo limita sin otro argumento que la mera *voluntad* del intérprete.

<sup>169</sup> Citado por COUSIÑO (1961, p. 200).

En nuestra concepción, la finalidad de la ley penal, incluyendo en ella el bien jurídico que pretende proteger esto es, la *política criminal expresada en la legislación*, sólo puede considerarse como un argumento limitador del sentido literal posible de la misma, precisándola y determinándola en su justa dimensión. Al recurrir al argumento teleológico no es posible sobrepasar el sentido literal posible del texto legal. Ello, en primer lugar por cuanto es una exigencia del principio de legalidad respetarlo, tal como antes se expuso. En segundo término, porque precisamente la principal finalidad de la ley penal es establecer y determinar el ámbito de lo punible, evitando que éste sea establecido por agentes distintos del Poder Legislativo, que actúa como representante de la voluntad popular. Esto no se contradice con cuanto hemos dicho acerca de la labor reconstructiva del Juez al aplicar el derecho, como un acto de decisión concreto acerca del alcance de una norma penal. En efecto, la libertad de decisión del Juez, en cuanto órgano del Estado debe estar limitada también por el *principio de legalidad*, como ya hemos dicho, y, por tanto, por el sentido literal posible del texto. Pero este sentido literal posible sólo es un marco dentro del cual el Juez puede decidir la aplicación o no de una determinada proposición normativa que se ofrece como correspondiente con dicho sentido literal. Para adoptar tal decisión, el juez debe *convencerse* de la corrección de dicha propuesta, momento en el cual entran en juego los restantes argumentos propios de la tónica o retórica jurídica. Así, por ejemplo, la finalidad protectora de bienes jurídicos que desempeña la norma penal concreta como manifestación de una política criminal en ese sentido, puede permitir su delimitación, pero no puede habilitar para sobrepasar la función de la ley en el

---

"Jurisprudencia de intereses", más aplicable al derecho civil que al penal, por lo que nosotros no lo consideramos en esta investigación.

sentido de ser una garantía constitucional contra la arbitrariedad. En consecuencia, esta finalidad protectora de bienes jurídicos ha de servir a la interpretación de la norma penal, sólo en cuanto permite determinar de entre los casos que contemplaría su sentido literal posible aquéllos que efectivamente lesionan el bien jurídico protegido por ella. Es decir, la finalidad de la ley penal funciona como una grada más en el descenso hacia la delimitación de la propuesta normativa aplicable a un caso concreto; permite ubicarse dentro del alcance de la disposición interpretada, no salirse de él.

Según CREUS (1988, p 69), el procedimiento teleológico trata de "determinar el sentido protector de la ley, es decir, el bien jurídico que protege y la medida o modalidad con que lo protege"<sup>172</sup>. En consecuencia, los actos que no atacan el bien jurídico no pueden ser considerados como delitos. Pero también hay *finalidades*, esto es, *política criminal*, en las disposiciones que limitan el ámbito de lo punible (como las *eximentes*), lo modulan (como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad), determina penas y su modo de ejecución (y aquí entran en juego las llamadas "teorías de la pena", como ya se dijo), y, en general, en toda disposición penal que no establezca delitos.

Para determinar este *telos legal* o *política criminal*, sea el *bien jurídico* inmanente en una disposición sancionatoria o la *finalidad* particular del resto de las disposiciones penales, nuestro C.C establece en el inciso del Art. 19 la siguiente regla:

---

<sup>172</sup> Similares posiciones, aunque desde una perspectiva más bien extensiva que restrictiva del derecho penal, mantienen BRAMONT A. (1950, pp. 86 y s); JIMENEZ DE ASUA (1950, pp. 390 y ss. y 1973, p. 113); ETCHEBERRY (1976 I, p. 70); NOVOA (1960, p. 139).

“Se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Este artículo se ha interpretado considerando que los términos “intención” y “espíritu” deben tomarse como sinónimos y que esta intención o finalidad ha de descubrirse, ya sea investigando en la ley misma (argumento, elemento o método *sistemático*) o en la historia fidedigna de su establecimiento (argumento, elemento o método *histórico*).<sup>173</sup> Sistemática es la búsqueda de la finalidad de la ley a través de sus propias expresiones, considerando la legislación como un todo, y especialmente tomando en cuenta las disposiciones constitucionales. Histórico es el método que busca averiguar la intención con que se promulgó la ley en cuestión, especialmente a través del proceso constitucional de su formulación.<sup>174</sup>

<sup>173</sup> Así CREUS (1988, pp. 69 y s); CURY (1982, p. 156) y ETCHEBERRY (1976 I, p. 70). Cfr. JIMENEZ DE ASUA (1973, pp. 114 y ss) y LABATUT (1958, p. 94), quienes sostienen se debe recurrir, además, al derecho comparado y a los elementos políticos-sociales inmanentes en el momento de la interpretación, pero estas consideraciones, válidas desde el punto de vista argumentativo en general, esto es, como tópicos jurídicos, entre nosotros no debieran tener la misma *fuera* que los argumentos a que remite directamente el ordenamiento jurídico. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en el ámbito civilista se ha entendido el elemento histórico separado del aquí llamado sistemático, el cual para estos autores se denomina teleológico o lógico. Por todos, ver DUCCI (1977, pp. 120 a 136). Cfr. CURY (1982 I, p. 155).

<sup>174</sup> Y hay quienes, como DUCCI (1977, p. 125) y CURY (1982 I, p. 156), sostienen se deben entender dentro de la historia fidedigna de la ley los trabajos preparatorios y los debates entre los particulares, especialmente significantes en la promulgación del texto legal. Llega mas lejos ENGLISH (1967, p. 109), quien sostiene -citando a WINDSCHEID- que en este punto lo interesante “es ponerse en el lugar del legislador del modo más completo posible teniendo en cuenta todos los elementos que estén a nuestro alcance”, y también considerando “la situación jurídica existente en el

A pesar de que el Código civil no parece otorgar preferencia distinguible a una u otra forma de argumentación, es más o menos claro que la argumentación basada en estos métodos parte de presupuestos teóricos diferentes y, por lo mismo, potencialmente contradictorios. En efecto, si sólo ha de investigarse el sentido y finalidad de la ley por sus propias disposiciones, nos enfrentamos a la clásica interpretación objetiva<sup>175</sup>. En cambio, profundizando el método histórico, nos encontramos ante la llamada interpretación subjetiva<sup>176</sup>. Y aunque no es necesario excluir uno para recurrir al otro como decíamos erróneamente en la primera edición de esta obra, lo cierto es que, en determinadas circunstancias, su aplicación simultánea puede conducir a soluciones contradictorias<sup>177</sup>, sobre todo atendidas las peculiaridades del proceso legislativo moderno y de las negociaciones políticas envueltas, que lleva a la formulación de disposiciones que no siempre coinciden con la voluntad (manifestada en las actas parlamentarias) de todos o al menos la mayoría de quienes las proponen o aprueban.

A nuestro juicio, en tal caso será necesario recurrir a algún otro criterio o argumento que permita defender una propuesta normativa como

momento de la sanción de la ley, situación que probablemente tuvo también en cuenta el legislador”.

<sup>175</sup> Y así lo señala DUCCI (1977, p. 122), cuando la referirse a la finalidad de la ley “claramente manifestada en la propia ley” sostiene que esta finalidad es objetiva: “es pues, dentro de la propia ley, que el intérprete debe buscar la intención o espíritu de la misma con el objeto de fijar su claro sentido”.

<sup>176</sup> Así lo ha entendido al menos nuestra jurisprudencia. Al respecto, y en contra, ver DUCCI (1977, p. 125). Y otras posiciones entienden la interpretación histórica como algo similar a la interpretación progresiva, así CREUS (1977, p. 70).

<sup>177</sup> Como señala ENGLISH (1967, p. 110), “tenemos que contar con la posibilidad de que diferentes métodos conduzcan a resultados contradictorios”.

más adecuada o correspondiente con la *finalidad* de la ley (esto es, en sentido amplio, con la *política criminal* del legislador expresada en ella), *explicitándolo* en la argumentación, para posibilitar la discusión intersubjetiva de su pretendida corrección<sup>178</sup>.

Nuestra Jurisprudencia se ha pronunciado en un interesante caso entre la aplicación de estos elementos. Se trataba de determinar el alcance del antiguo Art. 509 del C.P.P. 1906 (hoy Art. 351 C.P.P. 2000), que establecía la figura del llamado delito reiterado, según la cual "en los casos de reiteración de crímenes y simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados". En la especie, los inculcados habían hurtado dos caballos a dos personas distintas y en dos ocasiones diferentes. El valor de cada uno de los caballos ubicaba las figuras en el tramo inferior de la penalidad hurto-simple delito. Pero sumados los valores, la penalidad pasaba al grado siguiente. En primera y segunda instancia se decidió que debían sumarse los valores de los animales hurtados para determinar la pena aplicable, en razón de lo establecido en la historia fidedigna del establecimiento del Art. 509 del C.P.P. Sin embargo, un voto disidente de segunda instancia señaló que el Art. 509 del C.P.P. autorizaba a considerar ambos

<sup>178</sup> Aunque sin manifestar la exigencia de explicitar el argumento que decide la cuestión, a esto mismo se refiere ENGLISH (1967, p. 120), cuando sostiene que la *praxis* de los tribunales "consiste en elegir según los casos aquel método de interpretación que conduzca a un resultado satisfactorio". Contra esta idea de la libre elección sin fundamentación se podría decir que la exigencia *normativa* de esta explicitación se encuentra en el Art. 342 d) C.P.P., que obliga a enunciar "las razones legales o doctrinales que sirvieran [...] para fundamentar el fallo", hace necesario proveer al aplicador de tales razones "doctrinales" explícitas cuando las "legales" (derivadas del Art. 19 C.C.) llevan a soluciones contradictorias.

hurtos, "como un solo delito", pero no a sumar las cuantías respectivas. La sentencia de casación acogió esta última tesis, sosteniendo, primero, que la historia fidedigna del establecimiento de la ley no aportaba antecedentes como para practicar la suma de cuantías por lo que debe recurrirse a otras fuentes de interpretación. Aplica, en consecuencia, una interpretación contextual del Art. 509 del CCP., y especialmente de la frase "se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones", y sostiene que intención del legislador fue la de tomar como punto de partida la pena correspondiente a cada uno de los delitos, sin sumar las cuantías. Agrega el fallo de casación que esta interpretación guarda "armonía con el espíritu general de la legislación" y con la "equidad natural", que tiende a moderar el rigor del texto en materias penales, según "el espíritu y la voluntad del legislador"<sup>179</sup>.

## 2.2. El espíritu general de la legislación y la equidad natural

Según el Art. 24 C.C.,

"en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Este tipo de argumento se basa en la idea de que la legislación ha de contener algunos principios generales que no pueden violarse. En tér-

<sup>179</sup> ETCHEBERRY (1987 I, pp. 18 y s.). Se puede apreciar que el recurso al espíritu general de la legislación y a la equidad natural en la sentencia, no tiene por objeto más que reafirmar, con otros argumentos, la decisión encontrada en la intención del legislador mediante un análisis contextual de la sentencia.

minos de ETCHEBERRY (1976 I, p. 70), "parece claro que debemos llegar sólo a determinados principios muy generales, y con toda certeza formalistas, esto es, a ciertas valoraciones sociales que inspiran los fundamentos de nuestra organización jurídica", y estos principios sólo tendrían un carácter supletorio en la interpretación del derecho penal<sup>180</sup>. Para DUCCI (1977, p. 153), estos principios "tienen mayor generalidad que las normas expresas de las cuales se derivan" y han de deducirse ya sea de las normas expresas de la legislación o inducirse de las mismas. Nuestra Jurisprudencia ha sostenido, por ejemplo, que es un principio derivado del espíritu general de la legislación la responsabilidad personalísima en derecho penal<sup>181</sup>, lo que quizás ya haya sido modificado con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por la Ley N° 20.393.

Es nuestra opinión que el espíritu general de la legislación, hoy en día, debe considerar no sólo principios derivados de la legislación común, sino también los derivados de las Convenciones y Tratados internacionales que han servido de fundamento para el establecimiento de ciertas regulaciones específicas o su modificación<sup>182</sup>. Pero, como advierte el Código Civil, este recurso argumentativo sólo parece tener sentido cuando no puede llegarse a una decisión adecuada siguiendo las reglas antes estudiadas, esto es, con carácter subsidiario.

Esto significa que operan para decidir entre distintas propuestas normativas correspondientes con el sentido literal posible de la norma interpretada, e igualmente justificables según los restantes argumentos

<sup>180</sup> Cfr. DUCCI (1977, p. 152).

<sup>181</sup> ETCHEBERRY (1987 I, p. 19).

<sup>182</sup> Véase detalladamente la *política criminal* de tales tratados, en MATUS (2007).

delimitadores, de modo que sea necesario argumentar todavía más para explicitar la razón de la preferencia por la proposición que en definitiva se ofrece al que debe decidir o éste adopta.

Además, dado el carácter *recursivo* del proceso interpretativo, es posible volver a considerar aquí no sólo los principios de carácter legal, sino también aquellos de carácter constitucional que, si bien no pudieran servir para sostener que una determinada proposición normativa no debería tomarse en cuenta, por infringir, por ejemplo, el *principio de reserva*, sí pudieran esgrimirse para fundamentar la preferencia por una proposición igualmente compatible con dicho principio que otra, pero que ofrece mayores posibilidades de optimización de un principio que, en el caso concreto, pueda considerarse más valioso que otro, según el argumento explicitado al efecto.

Veamos a continuación un par de ejemplos de estos principios generales.

### 2.2.1. El *principio pro reo* como parte del espíritu general de la legislación chilena

El *principio pro reo* ha sido discutido como principio interpretativo de la ley penal por gran parte de la doctrina nacional, sosteniendo ésta que tal principio sólo tiene aplicación procesal, pero no material<sup>183</sup>. Ello, por cuanto, como hemos explicado anteriormente, en lo relativo

<sup>183</sup> En este sentido, ETCHEBERRY (1976 I, p. 72) y CURY (1982 I, p. 157). Por razones similares, también sostiene que no es aplicable el principio pro-reo NOVOA (1960, p. 141). Esta discusión es, en el fondo, la misma que ya se analizó al tratar el tema de la interpretación restrictiva del derecho penal, por lo cual nos remitimos a dicho punto, a fin de no repetir lo allí expuesto.

a la interpretación de la ley se aplicaría lo dispuesto en el ya analizado Art. 23 C.C. del CC. En cambio, en materia procesal regiría el Art. 340 del CPP, que establece el sistema de convicción *más allá de una duda razonable* para fundamentar la existencia probada de los hechos que supongan la existencia del delito y la participación punible en el mismo del condenado.

Sin embargo, si bien es cierto no existe una proclamación perentoria de este principio en materia sustantiva, bien puede considerarse como perteneciente al *espíritu general de nuestra legislación*, dada la preeminencia constitucional del *principio de legalidad*, la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva. A nivel legal, las disposiciones contenidas en el Art. 18 del CP, relativas a la retroactividad de la ley más favorable al reo y aquéllas establecidas en el Art. 74 COT, respecto del efecto a favor del reo de los empates en las votaciones del Tribunales Colegiados, así como la no despreciable autoridad de BELLO en la materia<sup>184</sup>, han llevado a nuestra Jurisprudencia a sostener que por la aplicación del *principio pro-reo*, para determinar la aplicación o no con efecto retroactivo de la ley más benigna ha de estarse a la fecha de promulgación de ésta y no a la de su publicación; que existiendo dos significados de un término, ha de estarse al más restringido si favorece al procesado; y que en un caso como el del hurto, en que la evaluación de lo hurtado determina la pena, si está evaluación es de exactamente en el monto divisor (por ejemplo, cuatro unidades tributarias mensua-

les [Art. 446, N°s 2 y 3]), entonces deberá aplicarse la pena menos grave (en el ejemplo, presidio menor en su grado mínimo en vez del grado medio)<sup>185</sup>.

El *principio pro reo* también se puede observar en la distinta valoración que la ley hace de las circunstancias atenuantes y agravantes en cuanto a sus efectos en la determinación de la pena y en los efectos *benignos* que se atribuyen a las reglas concursales de los artículos 75 C.P. (*concurso ideal*) y 351 C.P.P. (*reiteración*) y, por lo mismo, se ha empleado para sostener la aplicación preferente de un tipo privilegiado como el *infanticidio* (Art. 394 C.P.) frente a uno calificado como el *homicidio calificado* del (Art. 391 N° 1 C.P.), en casos de *concurso aparente de leyes*<sup>186</sup>.

### 2.2.2. El principio de *non bis in idem* como parte del *espíritu de la legislación chilena*

La existencia de la garantía del racional y justo procedimiento, que parece incluir el respeto por la *cosa juzgada*, y de reglas como la del Art. 63 del C.P., que impiden considerar doblemente las mismas circunstancias para la calificación del delito y su agravación, parecen reflejar no sólo la idea de la estricta *inherencia* de que se habla en relación con dicha disposición del texto punitivo, sino un principio aún más general, que también se encuentra como fundamento del principio de especialidad, esto es, el principio de *non bis in idem*, que justificará la preferencia que normalmente se otorga a una sola disposición cuando dos o más concurren en la regulación de un caso determinado, de tal manera que

<sup>184</sup> Es del caso recordar nuevamente que el propio BELLO preconizaba una interpretación restrictiva –siempre– del derecho penal. “En las leyes penales –dice BELLO–, se adopta siempre la interpretación restrictiva si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición” (citado por COUSINO, 1961, p. 200).

<sup>185</sup> ETCHEBERRY (1987 I, pp. 19 a 22).

<sup>186</sup> MATUS (2008, pp. 396 ss.), donde se ejemplifica con un caso similar según el Código español de 1995, que contiene similar principio general.

tomarlas en cuenta ambas simultáneamente lleve necesariamente a tomar en cuenta dos o más veces un mismo elemento del hecho jurídico-penalmente relevante y común a todas las normas concurrentes, esto es, en los casos propuestos, el mismo hecho ya juzgado, la misma circunstancia que se usó para calificar el delito o la misma parte del mismo supuesto de hecho que se consideraría para aplicar conjuntamente la ley general y la especial.

### 2.2.3. El principio de *insignificancia* como parte del *espíritu de la legislación chilena*

El aforismo según el cual *el pretor no se ocupa de las cosas de escasa importancia*, y que permitiría limitar el alcance de las normas penales a las situaciones en que se hubiere producido un real y significativo daño a los bienes jurídicos protegidos por dichas normas, se conoce, en el ámbito penal, como el *principio de insignificancia*, y al igual que el principio *non bis in idem*, puede reconstruirse como parte del *espíritu general de la legislación*, más allá de su expresión como un tópico argumentativo. En efecto, este principio parece desprenderse de las diversas disposiciones que regulan la pena en atención a la cuantía del daño producido (delitos de malversación, hurtos, estafas y daños, por ejemplo); la general distinción entre tentativa, frustración y consumación; la distinción entre crímenes, simples delitos y faltas; así como las reglas de reiteración y concurso medial. Sin embargo, es en el ámbito procesal donde la idea de la *insignificancia* se ha manifestado últimamente en toda su amplitud, con las diversas formas de términos de las investigaciones basadas en la discreción del Ministerio Público (*principio de oportunidad, suspensión condicional*) o en los acuerdos a que puedan llegar los intervinientes (*acuerdos reparatorios, procedimientos especiales, etc.*).

Este principio de *insignificancia*, el de *non bis in idem* y el de *especialidad*, que se verá más adelante, juegan un importante rol en la determinación y solución de los problemas que se reúnen bajo la categoría de *concurso aparente de leyes penales*, para cuyo tratamiento remito al lector interesado a mi tesis doctoral (MATUS, 2008).

### 2.2.4. El principio de *vigencia* como parte del *espíritu de la legislación chilena*

Según SOLER (1962, p. 168s),

“el juez no puede negar la aplicación de un precepto. Cuando la ley ha dicho algo, debe entenderse que ha querido algo y que por regla general, ha querido precisamente lo que dice. A esta conclusión solamente le cabe la reserva resultante de la contradicción con otros preceptos, lo cual obliga a una interpretación gramáticamente distinta, por prevalencia del principio de unidad sistemática... Por eso, entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo”.

Este es el principio de *vigencia* que, aunque formulado doctrinariamente, puede reconocerse sin dificultad como un *principio general del derecho chileno*, atendida la absoluta preeminencia que la Constitución y la Ley le otorgan al texto legal en materias penales, como objeto y límite de la interpretación.

De conformidad con este principio ha de suponerse que ninguno de los términos que utiliza la ley es superfluo, por lo que a todos ha de dárseles un significado. Así, por ejemplo, aunque parezca una redundancia, la

voz “malicia” incorporada dentro de un texto penal, como en el Art. 27 de la ley de Registro Civil que sanciona la que “en escritura pública suministrare maliciosamente datos falsos sobre su estado civil”, debiera interpretarse como la exigencia de algo más allá que el requisito suponga la voluntariedad en general o dolo<sup>187</sup>.

### 2.2.5. La equidad natural

En cuanto a la equidad natural, que para ETCHEBERRY (1976 I, p. 71) es un elemento “ético-valorativo” que “actúa de acuerdo con el espíritu general de la legislación”, es imposible darle otro sentido que el mismo que se ha otorgado al espíritu general de la legislación, esto es, como un argumento para la delimitación de una proposición normativa ya ajustada al sentido literal posible del texto o la decisión entre varias que lo sean, pero nunca como uno que permita ampliar el ámbito de lo punible. Y, además, siempre que opere con carácter subsidiario o supletorio frente a los demás recursos normativamente establecidos, incluyendo los *principios generales de la legislación* ya estudiados<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> Así, en nuestra jurisprudencia (ETCHEBERRY, 1987, p. 69) se ha debatido si tal disposición elimina la presunción de dolo del Art. 1 del C.P. o constituye una forma de *dolo específico*, lo que, en ambos casos, supone ir más allá de la exigencia general de voluntariedad o dolo, cualquiera sea el sentido que quiera dársele.

<sup>188</sup> ETCHEBERRY (1976 I, p. 71) y NOVOA (1960, p. 140). En cambio, en el ámbito civil, no restringido por la legalidad estricta a que remite el ordenamiento constitucional en materia penal, podría acordarse con DUCCI (1977, p. 159) darle a la equidad el carácter de “principio hermenéutico superior”, “una primera regla de interpretación”. En la primera edición de esta obra se tendía más bien a esta idea, lo cual ahora no puedo sostener, sobre todo porque es innecesario el recurso a la equidad para fundamentar el *principio pro reo*, y porque las reglas de la *equity* que entonces transcribía, bien poca aplicabilidad parecen tener en materia penal.

Con todo, no debe pasarse por alto el fuerte poder *persuasivo* que tiene el llamado a la equidad al momento de decidir el contenido de la propuesta normativa que se ofrece al aplicador en un caso concreto o cuál de las ofrecidas pueda considerarse la más “correcta” al caso. Mal que mal, en la decisión concreta de un caso el valor retórico o argumentativo de una propuesta normativa se vuelve decisivo. Y, en palabras de ARISTOTELES, desde el punto de vista argumentativo,

“lo equitativo y lo justo son una misma cosa, y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún [...] no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una rectificación de la justicia rigurosamente legal [...] lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se la ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido”<sup>189</sup>.

### 3. Otras limitaciones normativas de la interpretación: Los principios de especialidad y posterioridad

Los principios de *especialidad* y *posterioridad* se encuentran *expresamente regulados* en los Arts. 13 y 52 a 53 C.C. y, en ese sentido, tanto como pertenecientes al elemento *sistemático* o al *espíritu general de la legislación*, habrían de entenderse también como *limitaciones normativas* más o menos autónomas de la *interpretación*, con similar valor que las reglas

<sup>189</sup> Ética a Nicómaco, Cap. X cit. por DUCCI (1977, p. 158).

generales de los Arts. 19 a 24 C.C., pues también se encuentran en el *Título Preliminar* de dicho cuerpo legal, y son, por tanto, ley vigente con aspiración a ser aplicable al resto del ordenamiento, en tanto no exista una regulación, valga la redundancia, *especial*, que las desplace, y tienen, por lo mismo, una preferencia normativa sobre cualquier otro argumento que no tenga esta clase de respaldo legal para decidir la aplicabilidad o vigencia de una disposición determinada en el caso concreto.

### 3.1. El principio de especialidad (*lex specialis derogat generali*)

Según el Art. 13 del Código civil, "las disposiciones de ley relativas a cosas o negocios particulares prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición"

En materia penal este principio, que recoge la tradición romana consagrada en el aforismo transcrito, tiene gran importancia en la resolución de los conflictos de interpretación o derivados de ella que actualmente se conocen como *concurso aparente de leyes*, cuando entre las normas concurrentes puede decirse que una regula un caso especial comprendido en otra más general y ambas están vigentes simultáneamente.

Existe una relación de especialidad entre dos preceptos penales, en su sentido lógico-formal, cuando en la descripción del supuesto de hecho de uno de ellos, el especial, se contienen todos los elementos del otro, el general, más uno o varios otros especializantes, como el caso del parricidio frente al homicidio (especialidad por extensión o adición); o cuando la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la ley especial suponen conceptual y necesariamente la de todos los

de la ley general, porque es una parte de un todo o una especie de un género conceptual, (especialidad por comprensión o especificación), como el caso de la relación entre la estafa y la falsificación de documentos privados<sup>190</sup>.

Dicho en términos más comprensivos, especialidad es la relación que existe entre dos supuestos de hecho legales, cuando todos los casos concretos que se subsumen en el supuesto de hecho legal de una norma, la especial, se subsumen también dentro del de otra norma, la general, la que es aplicable al menos a un caso concreto adicional no subsumible dentro del supuesto de hecho de la primera.

En todos estos casos, prefiere la *ley especial*, esto es, la propuesta normativa más específicamente aplicable al caso, según la interpretación de las normas concurrentes.

### 3.2. El principio de posteridad (*lex posterior derogat priori*)

Como hemos explicado, el principio de legalidad comprende el de *lex praevia* o de irretroactividad de la ley penal, que tiene también una detallada regulación en el Art. 18 del Código penal. Esta regulación se encuentra complementada por la del Código civil en materia de derogación de la ley, esto es, de delimitación del ámbito de vigencia temporal de una norma.

El Código civil señala en sus artículos 52 y 53 lo siguiente:

"Artículo 52. La derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

<sup>190</sup> SCS 6.10.1953, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. L, p. 192.

Es *expresa*, cuando la ley nueva dice expresamente que deroga la antigua.

Es *tácita*, cuando una nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

“Artículo 53. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”

Sin embargo, cualquiera que sea la clase de derogación de que se trate, sus efectos son los mismos: la expulsión del sistema de la ley o disposición derogada, sin posibilidad de volver a regir, salvo remisión expresa de una ley posterior que así lo permita:

“Es necesario, pues, que una ley expresamente devuelva su vigor a la ley derogada: la simple abolición de la ley derogatoria no puede por sí sólo dar vida a lo que ya no existe. Y es lógico que así sea. La ley es la declaración positiva y actual del legislador; su existencia no puede desprenderse por meras conjeturas”<sup>191</sup>.

Y si lo dicho vale para el Derecho civil, mucho más ha de ser necesario respecto del Derecho penal, en el cual la garantía del *principio de legalidad* impone considerar no punibles aquellos hechos que no están expresamente descritos como delitos en una ley vigente al momento de su comisión (artículo 19 N° 3, inciso 8° de la Constitución Política de la República). Luego, parafraseando la cita anterior, podríamos decir, que

un delito *derogado* por una ley posterior no puede “revivirse” por efecto de meras conjeturas acerca del alcance de la derogación de esa ley posterior, si tal “resurgimiento” no ha sido expresamente establecido por el legislador, como expresión de su voluntad soberana<sup>192</sup>.

Según la doctrina civil más autorizada, “es indudable la mayor conveniencia de usar la derogación expresa”, pues con ella “se evita las dudas”, facilitando la labor del juez, pero que existen “diversas razones” para no recurrir a ella: pereza legislativa, rapidez del proceso de despacho de las leyes, imposibilidad de tener presente todas las leyes aplicables en la materia. Por lo mismo, el caso más complejo es el de la *derogación tácita*, que opera siempre que se dicte una nueva ley, aunque ella nada diga al respecto. Es más, según la doctrina citada, la existencia

<sup>192</sup> Distinto es, en cambio, el caso de una ley en que se encuentran, desde un mismo momento, vigentes simultáneamente figuras genéricas y especiales, pues allí no existe una regla de *derogación expresa* o *tácita* aplicable, sino la aplicación de una norma *concurrente* (el principio de *especialidad*) como acabamos de ver sucede típicamente en nuestro Código penal con las figuras del parricidio y el homicidio. En estos casos, una futura derogación de los delitos de parricidio no significará que esos hechos hoy en día especialmente penados, no podrán ser sancionados con la regla general que sanciona el delito de homicidio, aunque hoy en día sea desplazada en su aplicación por el principio de *especialidad*. Aquí estamos ante dos normas de *vigencia simultánea* y, además, *compatibles* (lo que permite, entre otras cosas, la *división del título* entre autores y partícipes sin vínculo especial), ninguna de las cuales ha *derogado* a la otra. Pero la doctrina mayoritaria en Alemania y España, que acepta este *resurgimiento*, en ningún caso lo acepta cuando con ello se pasa a llevar una regla que atribuye a personas determinadas la facultad de iniciar o no un proceso penal mediante querrela o denuncia, pues con ello tal requisito quedaría anulado *de facto*; ni tampoco cuando se pasa a llevar un *privilegio*, como sería precisamente el caso de imponer pena o imponer una pena más grave a un hecho particular que el legislador especialmente ha tenido en cuenta para *despenalizarlo* o *privilegiarlo*, respectivamente (Ver con detalles: MATUS, 2008, pp. 122-124 y 273-277, respectivamente).

<sup>191</sup> ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC (1945, p. 222).

de la regla de la derogación tácita en el Código Civil “pone de manifiesto la inutilidad del artículo final de muchas leyes chilenas y francesas, cuyo tenor declara abolidas “todas las leyes contrarias a la presente””<sup>193</sup>.

Un caso especial de *derogación tácita* es el que produce el establecimiento de una *ley especial posterior incompatible*, pues se combina en ello tanto esta regulación como la del principio de especialidad.

Siguiendo la doctrina civil, allí se señala que

“es indudable que si con posterioridad a una ley general se promulga una especial, ésta prevalece sobre aquélla en todo lo que sean incompatibles; deroga las disposiciones que no puedan coexistir con las suyas propias. Esto resulta de la mera aplicación de los principios generales de la derogación tácita”<sup>194</sup>.

Otro caso especial, ha de regirse por los mismo principios ya enunciados, es el de la llamada *derogación orgánica*. Según L. ORTEGA, existe “otra especie de derogación tácita: la derogación orgánica”, que ocurre cuando el legislador, “sin una necesidad de regulación expresa”, “regula toda la materia ya regulada por la ley anterior”, no siendo “indispensable que exista incompatibilidad entre la antigua y la nueva ley”, sino más bien, que la segunda ley “se hay inspirado en principios distintos de los que lo movieron a dictar la primera”<sup>195</sup>.

<sup>193</sup> ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC (1945, p. 218).

<sup>194</sup> ALESSANDRI / SOMARRIVA / VODANOVIC (1945, p. 222).

<sup>195</sup> ORTEGA (1938, p. 8).

## 4. Postulados o tópicos sin reconocimiento normativo expreso, empleados en la interpretación como recursos argumentativos

### 4.1. Postulados o tópicos jurídicos como recursos argumentativos. Límites y practicabilidad

En la primera edición de esta obra, bajo el epígrafe “8.2.6. OTROS ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN” (pp. 230-247) se reunían de manera algo desordenada diversos postulados y recursos auxiliares en la labor interpretativa y que permiten fundamentar la argumentación a favor de la delimitación de una proposición normativa o la elección de una entre varias, más allá de los recursos normativamente reconocidos para ello, según la práctica inveterada de nuestra doctrina y Jurisprudencia<sup>196</sup>.

<sup>196</sup> En nuestra doctrina penal, ETCHEBERRY (1976 I, p. 71) se refiere a estos *topoi* como “principios no escritos de interpretación”, que desecha en virtud del mencionado Art. 23 del C.C. No obstante lo cual, no duda en aplicar lo que SOLER (1962, p. 168) ha denominado “principio dinámico” de interpretación, para justificar, en brillante argumentación, la interpretación progresiva, rebatiendo a NOVOA (1960, pp. 143 y ss.) en los siguientes términos: “cuando el Art. 417 del CP declara injurias graves a las que “fueran tenidas en el concepto público por afrentosas”, ¿se referiría al concepto público del momento en que se juzga, o al concepto público de 1874? Cuando el Art. 373 del CP se refiere a los hechos “de grave escándalo o trascendencia”, ¿se referiría a los que son hoy escandalosos o a los que lo eran en el año 1874? Las respuestas parecen obvias”. Por su parte, en España, MUÑOZ CONDE (1975, pp. 147 y s), admite la existencia y validez de estos tópicos para la construcción del sistema dogmático, llamándolos “reglas o argumentos lógicos”.

Lo que nos interesa nuevamente recalcar es la finalidad esencialmente *práctica, argumentativa o retórica* de estos *postulados, tópicos o lugares*, que se incorporan al proceso interpretativo y de aplicación del derecho penal como elementos eficaces convencer al aplicador del Derecho acerca de la razonabilidad y corrección de las *propuestas normativas* que se le ofrecen para su aplicación, producto de la interpretación y que se entienden, en este nivel, correspondientes no sólo con el *sentido literal posible* del texto interpretado y compatibles con el *principio de reserva* constitucional, sino también correctamente formuladas según las limitaciones y criterios de las reglas jurídicas aplicables (Arts. 19 a 24 C.C.).

PERELMAN (1979, pp. 118 y s) sostiene que estos tópicos son lugares específicos del derecho y que su importancia

“consiste en que suministran razones que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*”.

Luego, los tópicos jurídicos –en palabras de PERELMAN (1979, p.119)–

“no son otra cosa que argumentos que se encuentran en todas las ramas del derecho y que dan su alcance real al razonamiento jurídico que no quiera limitarse a ser mera cita de textos. Algunos de estos *loci* afirman principios generales del derecho, otros son máximas o adagios formulados en latín y otros, finalmente, indican los valores fundamentales que el derecho protege y pone en práctica”.

Lo importante en este lugar es destacar que aunque, como se hacía en la primera edición de esta obra, muchas veces estos tópicos aparecen reunidos sin un orden de preferencia o prelación, de conformidad a las limitaciones normativas que impone el principio de legalidad y el ordenamiento jurídico chileno, ha de tenerse presente que, entre nosotros, no se encuentran en el mismo nivel que los criterios analizados en los capítulos anteriores.

Naturalmente, en sistemas jurídicos no regidos por el *principio de legalidad* y que carecen de las limitaciones normativas para la formulación de una interpretación legal antes analizadas, tales reglas aparecen directamente como *tópicos jurídicos* como, por ejemplo, las recogidas en nuestro Código Civil, que bajo denominaciones variadas (*argumento gramatical, teleológico, histórico, sistemático* y otras semejantes) se suelen reunir bajo la expresión “Canon von SAVIGNY”, en homenaje a quien las formulase doctrinariamente. O la fórmula del fragmento de Marcelo en el Digesto que cita JIMENEZ ASUA (1973, p. 118): “lo favorable al reo debe ampliarse, lo que le perjudica, limitarse”. O la expresión puramente doctrinal del *principio pro reo o pro libertate*, según la cual, en la duda, ya sea en cuanto al alcance de la norma penal o a su aplicación en el caso concreto, siempre ha de decidirse a favor del acusado o de su libertad.

Pero, y hay que insistir en ello, en nuestro sistema jurídico no puede afirmarse la existencia de esta aparentemente completa libertad de elección del intérprete, por la vigencia de las reglas y principios constitucionales y legales que limitan el alcance y método de la interpretación de las disposiciones penales y, por lo mismo, el ámbito de operatividad de estos tópicos, que se presentan más bien como argumentos o razones que refuerzan la capacidad de convencimiento que tendría una

ya delimitada *propuesta normativa*, formulada respetando las limitaciones normativas existentes y, en ciertos casos, una nueva limitación de la misma, frente a su primera formulación o frente a otras propuestas normativas que concurren.

Y, al mismo tiempo, hay que decir que dada la tantas veces mencionada vaguedad y textura abierta del lenguaje natural con que se expresan las disposiciones penales interpretadas y las propuestas normativas producto de la interpretación, tales situaciones en que debe recurrirse a los *tópicos* parecen ser más habituales de las que esperarían los racionalistas del siglo XVIII.

Estos *tópicos* provienen en buena parte de las máximas y principios generales del derecho contenidos en el Título 50 del Digesto (*De diversis iuris antiqui*) y del desarrollo del derecho moderno<sup>197</sup>, y se expresan en máximas, adagios, brocardos o proverbios del derecho, descritos por GANSHOF como

“fórmulas concisas y breves, síntesis que resultan de la experiencia y de la tradición y que encuentran su crédito en su antigüedad y en su forma lapidaria. Desde el punto de vista de la forma son fórmulas concisas, brillantes, chocantes, y generalmente en latín. Desde el punto de vista del fondo son verdades de orden general que no tienen en cuenta excepciones y que ignoran la evolución del derecho. Muchas de estas máximas son, pues, incompletas, generalmente inciertas, inexactas y a veces incluso contrarias a la ley. El profesor

<sup>197</sup> PERELMAN (1979, pp. 117 y 123).

Carbonnier las califica como “doctrina anónima e inmemorial”. Y en cuanto tales, son extrañas al derecho positivo”.<sup>198</sup>

Así, las críticas contra estos tópicos jurídicos, que se centran en la inexistencia de criterios válidos para decidir su aplicación<sup>199</sup>, en su vaguedad “y en el hecho de que en un conflicto determinado es raro que las partes no puedan invocar uno u otro a su favor”<sup>200</sup>, lo que los convertiría en argumentos inútiles y poco jurídicos<sup>201</sup>, si bien pueden considerarse válidas si lo que se quiere es reemplazar con ellos las limitaciones y reglas normativamente establecidas para la interpretación de la ley penal, no lo son en cuanto a su valor *retórico* o *argumentativo* para inclinar en un caso concreto la decisión del aplicador del derecho en favor de una interpretación u otra.

Y en tanto argumentos *retóricos*, no están sujetos a otros límites que su *plausibilidad*, su virtualidad como argumentos para convencer al aplicador de la rectitud de la decisión que en su virtud se adopte, siempre que tal decisión recaiga entre proposiciones normativas correctamente formuladas, esto es, respetando los límites de los principios de legalidad y reserva, y las reglas de interpretación expresamente formuladas en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>198</sup> Citado por PERELMAN (1979, pp. 117 y s.).

<sup>199</sup> MANSON (1984, pp. 214 y s.), quien también sostiene no son propiamente jurídicos los tópicos en cuestión y que éstos no aportan en mucho a la interpretación del derecho.

<sup>200</sup> PERELMAN (1979, p. 128), para quien, junto con su vaguedad, ésta es la principal crítica que puede hacerse a los tópicos jurídicos.

<sup>201</sup> MANSON (1984, pp. 215 y s.).

Al respecto, es cierto lo que sostiene ROSS (1963, p. 148), en el sentido de que estos tópicos o máximas como él les llama, varían de un país a otro, mostrando en todos una característica fundamental que

“son conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejados de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios. Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considere deseable”.

Esta última aseveración, que encierra un aspecto crítico de estos tópicos jurídicos, debe tomarse, sin embargo, en el sentido de que, no obstante posibilitar decisiones contradictorias, al mismo tiempo posibilitan decisiones aceptables para los criterios de equidad y justicia prevalecientes, mediante argumentaciones *explícitas* y, por lo tanto, discutibles intersubjetivamente.

A esta virtualidad argumentativa de los tópicos se refiere PERELMAN (1979, pp. 128 y s.) cuando, citando a STRUCK, afirma que,

“si algunos *loci* son objeto de un *consensus* general es porque se prestan a interpretaciones diferentes, de manera que un acuerdo sobre un locus puede no constituir otra cosa que un acuerdo sobre una fórmula vacía, en cuyo caso la discusión, del mismo modo que cuando hay conflicto entre dos *loci* diferentes, debe conducir a una interpretación o a una opción que parezca suministrar la solución más razonable en la situación litigiosa”.

A lo que agrega, desde el punto de vista dogmático,

“que ninguna regla de derecho y ningún valor son absolutos y que hay siempre situaciones en que una regla, cualquiera que sea, debe

quedar limitada, y un valor, cualquiera que sea su importancia, ha de ceder ante consideraciones que en esa ocasión le sobrepasan”.

En definitiva, señala PERELMAN (1979, pp. 129 y s) que

“si bien es cierto que, gracias a los tópicos jurídicos, el juez va a disponer de una mayor libertad en la interpretación de los textos legales y en su flexibilización, esta libertad, en lugar de conducir a la arbitrariedad, aumenta los medios intelectuales de que el juez dispone para la búsqueda de una solución razonable, aceptable y equitativa... La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos”.

#### 4.2. Algunos postulados o tópicos jurídicos

En cuanto a los postulados o tópicos jurídicos propiamente tales, su enumeración y sistematización completas nos parece no sólo imposible, sino innecesario, atendido el hecho que no se encuentran sujetos al control de *corrección* intersubjetiva que podemos intentar respecto de las limitaciones y reglas de interpretación normativamente establecidas, sino únicamente a su capacidad para influir en la decisión definitiva del intérprete o el aplicador, en su caso.

Por lo mismo, en este lugar procuraremos únicamente organizar algunos de los mencionados en la primera edición de esta obra, que se recogían de las obras de PERELMAN (1979), SOLER (1962, pp. 168 y ss.) y

GÖSSEL (1981, p. 144), los cuales creemos son primariamente aplicables a la discusión propiamente penal y no se encuentran comprendidos directa o indirectamente en alguna de las reglas o principios ya analizados, clasificándolos únicamente entre aquellos que hacen referencia a la mayor o menor fuerza persuasiva del *entínema* en que se fundamentan y aquellos que constituyen en sí mismos un *entínema*, al remitirse en su expresión a las ideas de "lo justo", "lo razonable", "lo equitativo", etc., para el caso concreto<sup>202</sup>.

#### 4.2.1. Tópicos o postulados que refuerzan el valor persuasivo del argumento o *entínema* en que se funda una propuesta normativa producto de la interpretación

- El argumento a contrario

Es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una determinada proposición jurídica, que afirma una determinada calificación nor-

<sup>202</sup> KALINOWSKY (1973, pp. 166 y ss) presenta una clasificación de estos argumentos interpretativos que él denomina "medios" según su carácter extra-lógico, para-lógico o sencillamente lógico. Sin embargo, nosotros consideramos que dicha clasificación no aporta realmente luces a la cuestión, puesto que, en definitiva, tratándose de una cuestión argumentativa, más que la lógica lo que predomina es la persuasión, encontrándose todos los medios o argumentos de esta naturaleza en un plano de igualdad previo a su aplicación.

"la reelección y ajuste de los materiales que componen la norma decisoria es efectivamente una tarea en la que actúa una fuerza espiritual, discernible en las grandes construcciones jurídicas... [Esta fuerza espiritual] es la capacidad de realizar grandes síntesis estructurales, es decir, la cualidad específicamente humana que dentro del lenguaje Kantiano tiene alcances mucho más amplios que la del sentido común aristotélico... en la interpretación, el pensamiento humano debe cumplir respecto de la justicia una función... [y esta función es], dentro del complejo mundo de regulaciones de la ley, no fuera de ellas, [...] saber iluminar, revelar y hacer resplandecer a la justicia".

mativa, a falta de disposición expresa en contra, debe excluirse la validez de toda otra proposición jurídica que afirme la misma calificación.

- El argumento a fortiori

Este argumento es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición que afirma una calificación normativa, ha de entenderse que dicha calificación abarca otros casos que se encuentran con mayor razón de merecerla. Contiene dos formas que son el argumento *a minori ad maius* y el argumento *a maiore ad minus*. Así, conforme la primera de las formas, si está prohibido lesionar, también lo está matar. La segunda forma se manifiesta en el brocardo *quien puede lo más, puede lo menos*, de tanto prestigio en nuestro país.

- El argumento a coherencia

Este argumento supone que el mismo caso no puede tener dos soluciones incompatibles, permitiendo al juez eliminar la antinomia así producida. Esta antinomia ha de eliminarse a favor de una de las dos normas, para lo cual ha de justificarse esta decisión no sólo en la "aparente existencia de una contradicción", sino además en otras razones que permitan decidir la aplicación de una u otra norma. Este argumento se encuentra en la base de los casos de *concurso aparente de leyes penales*, algunos de los cuales se resuelven por la vía de la *especialidad*, *insignificancia* y *non bis in idem*, según ya hemos visto.

- El argumento apagógico o ad absurdum

Este es el argumento de la reducción al absurdo que, suponiendo la razonabilidad del legislador, permite eliminar interpretaciones que conduzcan a soluciones inicuas o ilógicas.

- *El argumento naturalista*

Consiste en la hipótesis de que el legislador es impotente ante la *naturalidad de las cosas*, ante la cual el alcance de las normas encuentra una limitación insalvable, como si se dijera que el sol sale de noche y el mediodía se produce en la madrugada y otros casos similares y extremos, respecto de los cuales siempre se puede argumentar que aunque el sol no salga de noche, puede dársele, jurídicamente, a los casos que ocurren de noche el mismo tratamiento que a los que acontecen de día.

- El principio dinámico o argumento progresivo

Conforme este principio, se justifica la llamada interpretación progresiva, que consiste en un “estar al día”, a través de una “interpretación sistemática actual”.

- *El principio ordenador o argumento sistemático (kantiano)*

Para SOLER (1962, p. 169), este principio o argumento permite la sistematización doctrinaria de la ley dando valor o peso al argumento coherente con el “punto de partida” sistemático de quien lo esgrime pues:

“la reelección y ajuste de los materiales que componen la norma decisoria es efectivamente una tarea en la que actúa una fuerza espiritual, discernible en las grandes construcciones jurídicas... [Esta fuerza espiritual] es la capacidad de realizar grandes síntesis estructurales, es decir, la cualidad específicamente humana que dentro del lenguaje Kantiano tiene alcances mucho más amplios que la del sentido común aristotélico... en la interpretación, el pensamiento humano debe cumplir respecto de la justicia una función... [y esta función es], dentro del complejo mundo de regulaciones de la ley,

no fuera de ellas, [...] saber iluminar, revelar y hacer esplender a la justicia”.

#### 4.2.2. Tópicos o postulados que se esgrimen con fuerza de *entimemas* en sí mismos, para reforzar el valor persuasivo de una propuesta normativa producto de la interpretación

- La negligencia no excusa la responsabilidad
- El derecho favorece lo legítimo o el derecho no debe ceder ante su violación

Este principio sirve básicamente para argumentar con relación al alcance de las causales de justificación que eximen la responsabilidad penal.

- Las excepciones son de interpretación estricta
- Lo que se produce una sola vez no cuenta.

Permite atemperar la pena en los casos de primerizos, a fin de evitar una sanción que, a la larga, podría ser más perjudicial que beneficiosa, no sólo para el inculpado, sino también para la sociedad toda.

- Importa lo que se ha querido y no lo que se hubiere deseado

Se han de considerar como infracciones sólo aquellas conductas que manifiesten una voluntad contraria al derecho; pero no las meras intenciones del inculpado.

- *Lo necesario está permitido.*

Las normas penales no alcanzan a las situaciones de extrema necesidad, entre las cuales se incluyen el llamado estado de necesidad exculpante.

- A lo imposible no está obligado nadie

Este principio excluye del ámbito penal las situaciones de *imprevisibilidad* o *inevitabilidad absoluta* en la interpretación del alcance de las eximentes y las reglas de la imprudencia.

- Donde la ley no distingue, no cabe al intérprete distinguir
- La ley, cuando quiso decir, dijo; cuando no quiso, calló
- La ley no omitió inconsideradamente, sino porque no quiso que fuese dicho
- Lo que es insoportable no puede ser derecho
- Se consideran excluidas todas aquellas cosas que la ley no incluyó en su enumeración
- La expresa inclusión de uno implica la tácita exclusión de otro
- Donde existe la misma razón debe aplicarse igual disposición

## Bibliografía

1. ALCHOURRÓN, CARLOS E. / BULYGIN, EUGENIO: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1975.
2. ALCHOURRÓN, CARLOS E. / BULYGIN, EUGENIO: Norma jurídica. En GARZÓN VALDÉS, ERNESTO / LAPORTA, FRANCISCO J.: El Derecho y la justicia, pp. 133-148, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
3. ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; VODANOVIC H., ANTONIO: Derecho Civil, T. I, Parte General y de las Personas, 2ª ed. Santiago, Ed. Nascimento, 1945.
4. ALEXY, ROBERT: Rechtsregeln und Rechtsprinzipien. En Archives Rechts und Sozialphilosophie, Separata N° 25, Frankfurt am Mein, 1985.
5. ANTOLISEI, FRANCESCO: Manual di Diritto Penale. Parte Generale. Milano, 1949.
6. ANTON ONECA, JOSE: Derecho Penal 2º ed. Anotada y puesta al día por J.J Hernández y L. Benitez, Akal, Madrid, 1968.
7. ARISTÓTELES: Retórica. Trad., Q. Racionero. Gredos, Madrid, 2000.

8. ASTROSA HERRERA, RENATO: Código de Justicia Militar Comentado 3° ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
9. ÁVILA, HUMBERTO: Teoría de los principios. Marcial Pons, Madrid, 2011.
10. BACIGALUPO, ENRIQUE: Manual de Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1989.
11. BACIGALUPO, ENRIQUE: La función del concepto de norma en la dogmática penal. En Revista Lecciones y Ensayos, N° 51, Universidad de Buenos Aires, 1989 (b), pp. 33 a 49.
12. BARATTA, ALESSANDRO: Viejas y nuevas estrategias en la Legitimación del Derecho Penal. En Poder y Control N° 0, pp. 77 a 92, Ediciones PPU., Barcelona, 1986.
13. BARATTA, ALESSANDRO: Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. 2ª ed. Siglo XXI Editores, México, 1989
14. BAUMAN, JÜRGEN: Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Depalma, Buenos Aires, 1973.
15. BECCARIA, CESARE: De los Delitos y de las Penas. Alianza Editorial, Madrid, 1990.
16. BECKER, GARY S.: Crime and Punishment: An Economic Approach. En Journal of Political Economy, Vol. 76. N° 2 (1968), pp. 169-217.
17. BRAMONT ARIAS LUIS: La Ley Penal. Curso de Dogmática jurídica, Lima 1950.
18. BUSTOS RAMIREZ, JUAN: Criticas de un Nuevo Derecho Penal. Temis , Bogotá, 1982.
19. BUSTOS RAMIREZ, JUAN: Introducción al derecho Penal. Temis, Bogotá, 1986.
20. BUSTOS RAMIREZ, JUAN: Control Social y Sistema Penal Ediciones PPU, Barcelona, 1987.
21. BUSTOS RAMIREZ, JUAN: Manual de Derecho Penal Español 3ª ed. Ariel, Barcelona, 1989.
22. CALSAMIGLIA, ALBERTO: Introducción a la Ciencia del Derecho. Ariel, Barcelona, sin fecha (s/f) [ejemplar en fotocopias].
23. CARRARA, FRANCESCO: Programa de Derecho Criminal, Vols I y II Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1977.
24. CEA, JOSE LUIS: Notas sobre la Inaplicabilidad y Derogación de Preceptos Legales. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 13, N°1, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986, pp.25 a 32.
25. CHRISTIE, NILS: Los Límites del Dolor, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
26. COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTON, T.S: Derecho Penal, Parte General, 2ª ed, Tomo I Universidad de Barcelona, Barcelona, 1981.
27. COLOMA CORREA, RODRIGO. Vamos a contar mentiras, tralará..., o de límites a los dichos de los abogados. En Revista de Derecho (Valdivia). 2006, Vol.19, N° 2, pp. 27-52.

28. COUSIÑO MACIVER, LUIS: La Interpretación de la Ley Penal en la Dogmática Chilena. En Revista de Ciencias Penales, Tercera Epoca. Tomo XX, N°2, Santiago, 1961.
29. CORDERO, LUIS: En qué estamos con el Derecho administrativo sancionador. En El Mercurio Legal, 16.08.2011.
30. CREUS, CARLOS: Derecho Penal. Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1988.
31. CUELLO CALON, EUGENIO: Derecho Penal, 13ª ed., Tomo I, Bosh, Barcelona, 1960
32. CURY URZUA, ENRIQUE: Derecho Penal, Parte General, Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982 y 1985
33. CURY URZUA, ENRIQUE: Ley Penal en Blanco, Temis, Bogotá, 1988.
34. CURY URZUA, ENRIQUE: La Prevención Especial como Límite de la Pena. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, fascículo III, pp. 685 a 702, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988. (1988 b).
35. DEL ROSAL, LUIS: Tratado de Derecho Penal Español. Parte General, Vol. I, Madrid, 1969.
36. DESCARTES, RENÉ: Meditaciones Metafísicas. Primera Meditación. Trad. V. Peña. Alfaguara, Madrid, 1977.
37. DIAZ V, CLAUDIO: Recepción de los Derechos del Hombre en la Legislación Interna, en Relación a la Garantía Constitucional del Debido Proceso. En Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 10, pp. 107 a 122, con comentario de Carlos Cerda, Universidad Diego Portales, Santiago, 1989.
38. DUCCI CLARO, CARLOS: Interpretación Jurídica. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
39. DWORKIN, R.M.: Is Law a System of Rules? En DWORKIN, R.M. (ed.): The Philosophy of Law. Oxford Readings in Philosophy. Oxford U. Press, 1977, pp. 38-65.
40. ENGISCH, KARL: Introducción al Pensamiento Jurídico. Guadarrama, Madrid, 1967.
41. ESCRIVA GREGORI, JOSE MARIA: La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1976.
42. ESTRADA-VELEZ, SERGIO: La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. En Universitas, 2010, N° 121, pp. 77-111.
43. ETCHEBERRY O, ALFREDO: Derecho Penal, Tomos I, II y III. Editorial Gabriela Mistral, Santiago, 1976.
44. ETCHEBERRY O, ALFREDO: El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomos I, II, III y IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
45. FERRAJOLI LUIGI: El Derecho Penal Mínimo. Traducción de Roberto Bergalli, en Revista Poder y Control, N° 0, P.P.U., 1986.
46. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL: La nueva justicia penal frente a la Constitución. LexisNexis, Santiago, 2006.

47. FERNÁNDEZ CRUZ, JOSÉ ÁNGEL: El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?. En Revista de Derecho (U.C. del Norte), Año 17, N° 1 (2010), pp. 51-99.
48. FONTAN BALESTRA: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966
49. FOUCAULT, MICHEL: La Verdad y las Formas Jurídicas 2ª ed. Gedisa, México, 1986.
50. FOUCAULT, MICHEL: Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión, 16ª ed. En español. Traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, México, 1989.
51. FUEYO LANERI, FERNANDO: Interpretación y Juez. Universidad de Chile, Santiago, 1976
52. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE ¿Tiene Futuro de Dogmática Jurídico- Penal? Temis, Bogotá, 1983.
53. GOLDSTEIN, ABRAHAM: La Discrecionalidad de la Persecución Penal en los Estados Unidos. En Revista Lecciones y Ensayos, N° 49, pp. 13 a 26
54. GÖSSEL, KARL HEINZ: La Obstención del Derecho Penal como un Proceso Dialéctico. En Boletín de Investigaciones, Año IX, N° 48 y 49, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981, pp. 141 a 152.
55. HART, HERBERT L.A.: El Concepto de Derecho. Traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
56. HART, HERBERT L.A.: Punishment and responsibility. Essays in the Philosophy of Law. 6ª Reimp. Clarendon Press, London, 1988, pp. 231-233.
57. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL: Historia de la filosofía del Derecho contemporánea, 2ª ed. Madrid, Tecnos, 1989.
58. HULSMAN, LOUK: Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa. Con entrevista de J. Bernat de Celis y post-facio de Sergio Politoff, Ariel, Barcelona, 1984.
59. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Investigación coordinada por E.R. Zaffaroni, Depalma, Buenos Aires, 1984 (Informe Preliminar) y 1986 (Informe final).
60. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (CHILE): Anuario de Justicia, Santiago, 1987, Anuario de Estadísticas Policiales (Carabineros de Chile), Santiago, 1988; Anuario de Estadísticas Policiales (Investigaciones de Chile), Santiago, 1989.
61. JAKOBS, GÜNTHER: Prólogo. En JAKOBS, GÜNTHER / CANCIO, MANUEL: Derecho penal del enemigo. Civitas, Madrid, 2003.
62. JESCHECK, HANS-HEINRICH: Tratado de Derecho Penal Parte General; Vol I. Traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir P. y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.

63. JIMENEZ DE ASUA, LUIS: Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Losada, Buenos Aires, 1950
64. JIMENEZ DE ASUA, LUIS: La Ley y el Delito: Curso de Dogmática Penal. Editorial, Andrés Bello, Caracas, 1945
65. JIMENEZ DE ASUA, LUIS: La Ley y el Delito. Editorial Sudamérica, Buenos Aires, 1973
66. KALINOWSKI, GEORGES: Introducción a la Lógica Jurídica. EUDEBA, Buenos Aires, 1973.
67. KAUFMANN, ARMIN: La Misión del Derecho Penal. En: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, pp. 118 a 130, compilador 5 Mir P., Temis, Bogotá, 1982
68. Kelsen, HANS: Teoría Para el Derecho. Traducción de la edición en alemán de 1960 por R. Vernengo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979
69. KLUG, ULRICH: Abschied von Kant und Hegel. En BAUMANN, J., Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer. Fischer, Frankfurt A.M., 1968, pp. 36-41.
70. LABATUT GLENA, GUSTAVO: Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958
71. LANDROVE, GERARDO: Sobre la Denominación y Naturaleza del Derecho Penal. En Estudios Penales, Tomo I, pp. 249 a 272, Universidad de Santiago de Compostela, 1077.
72. LAYRET, HENRY: Las Sentencias del Buen Juez Magnaud. Temis, Bogotá, 1976.
73. LASCURAÍN, JUAN ANTONIO: Principios del Derecho penal. En *del mismo* (Coord.): Introducción al Derecho penal. Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 53-79.
74. LISZT, FRANZ VON: Tratado de Derecho Penal, 3ª ed. Tomos I, II y III. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, sin fecha (s/f).
75. LISZT, FRANZ VON: La Idea del Fin en el Derecho Penal. Traducción del Programa de Marburgo por Enrique Aimone Gibson, EDEVAL, Valparaíso; 1984.
76. LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA: Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación de las experiencias de Chile y Colombia. En *Revista de Derecho (U. Austral de Valdivia)*, Vol. XXIV, N° 2 (2011), Páginas 113-138.
77. MAGGIORE, GIUSEPPE: Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1954.
78. MANSON TERRAZAS MANUEL: Kelsen y la Lógica Jurídica Formal, EDEVAL, Valparaíso, 1984.
79. MARTÍNEZ RUIZ, ROBERTO: La Interpretación de la ley y la Enseñanza de Lafaille. En *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968.

80. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE (Ed.): Derecho penal del medio ambiente. Estudios y propuesta para un nuevo Derecho penal ambiental chileno. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
81. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: La política criminal de los tratados internacionales. En Derecho penal contemporáneo, N° 19, 2007.
82. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: El concurso aparente de leyes. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.
83. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: Evolución histórica de la doctrina penal chilena. Desde 1874 hasta nuestros días. Thomson Reuters, Santiago, 2011.
84. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: ¿Por qué no bajan las tasas de criminalidad en Chile?, Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011 (b), pp. 177-132.
85. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: Comentarios a los Capítulos 42-45, (Ed.): Beccaria, 250 años después. Bdf, Buenos Aires, 2011 (c), pp. 479-494.
86. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: Legislación penal vigente en Chile. Con una introducción sobre la evolución histórica de la legislación penal chilena. Thomson Reuters, Santiago, 2012, 6 tomos.
87. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE: Ensayo sobre el sentido y finalidad de las penas privativas de libertad. En *Diritto penale contemporaneo*, 19 de enero de 2012.
88. MAURACH, REINHART: Tratado de Derecho Penal. Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
89. MERA FIGUEROA, JORGE: Recepción de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la Legislación Penal Chilena. En Cuadernos de Análisis Jurídico N° 10, pp. 63 a 78, Universidad Diego Portales, Santiago, 1989.
90. MEZGER, EDMUNDO: Tratado de Derecho Penal, 2ª ed., Tomo I, Traducido por José A. Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
91. MIR PUIG, SANTIAGO: Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva. En poder y Control N° 0, pp. 49 a 58, Ediciones P.P.U, Barcelona, 1986.
92. MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO: Antijuricidad penal y sistema del delito. Ed. Universidad Externado, Bogotá, 2003.
93. MORESO, JUAN JOSÉ: Lenguaje jurídico. En GARZÓN VALDÉS, ERNESTO / LAPORTA, FRANCISCO J.: El Derecho y la justicia, pp. 105-116, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
94. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Introducción al Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1975.
95. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
96. MUÑOZ HORMENT, HUMBERTO: Contribución al Estudio de la Teoría de los Concursos de Delitos. En Revista Chilena

- de Derecho, Vol. 13, N°2, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 335 a 381.
97. NINO, CARLOS S: El Concurso en el Derecho Penal, Astrea, Buenos Aires, 1972.
98. NINO, CARLOS S: Los límites de la Responsabilidad Penal. Astrea, Buenos Aires, 1980.
99. NOVOA MONREAL, EDUARDO: Curso de Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
100. NUÑEZ, RICARDO: Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
101. OSSANDÓN, MARÍA MAGDALENA: La Formulación de los Tipos Penales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
102. ORTEGA, LEOPOLDO: De la derogación de las leyes y especialmente de la derogación orgánica. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XXXV (1938), Primera Parte, pp. 6-12.
103. PALACIOS MORENO, FERNANDO: Estructura de la interpretación de la ley penal chilena. Santiago, Librotecnia, 2010.
104. PAUL, WOLF: Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivistas de la Pena. El Poder y Control N° 0, pp. 59 a 71, Ediciones P.P.U., Barcelona, 1986.
105. PACHECO, MAXIMO: Derechos Humanos. Documentos Básicos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
106. PASTOR, DANIEL: La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. En Nueva Doctrina Penal, 2005/A, pp. 73-114.
107. PAVARINI, MASSIMO: Control y Dominación. Traducción de Ignacio Muñagorri, Siglo XXI Editores, México, 1983.
108. PERELMAN, CHAIM: La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica. Traducido por Díez-Picazo, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979.
109. POLITOFF, SERGIO: Derecho Penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista, en Universum (U. de Talca), Año 10 (1995), pp. 95-106.
110. POLITOFF, SERGIO: Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de Derecho penal comparado. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
111. PORTALIS, JEAN-ETIENNE MARIE: Discurso Preliminar del proyecto de Código Civil Francés. Traducción de Manuel De Rivacoba y Rivacoba, EDEVAL, Valparaíso, 1978.
112. POSCHER, RALF: The Principle Theory: How Many Theories and What is Their Merit? (May 28, 2009). INSTITUTIONALIZING REASON. PERSPECTIVES ON THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXI, M. Klatt, ed., New York: Oxford University Press, Forthcoming. En SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1411181>.
113. QUEZADA MELENDEZ, JOSE: La Jurisdicción, Ediar, Santiago, 1984.

114. QUINTANA BRAVO, FERNANDO: La Interpretación: Sus Problemas y sus Límites EDEVAL, Valparaíso, 1989.
115. RECASENS SICHES, LUIS: Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
116. ROBINSON, PAUL: Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida. Trad. M. Cancio / I. Ortiz. Marcial Pons, Madrid, 2012.
117. ROCCO, ARTURO: El Problema del Método de la Ciencia del Derecho Penal. 2ª ed. Temis, Bogotá, 1982.
118. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA: Derecho Penal Español. Parte General, 5ª ed., Tomo I, Madrid, 1976.
119. RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA: Derecho Penal Español. Parte General, 7ª ed., Tomo I, Madrid, 1979.
120. RODRIGUEZ GREZ, PABLO: Teoría de la Interpretación Jurídica. Autoedición, Santiago, 1990.
121. ROSS, ALF: Sobre el Derecho y la Justicia. EUDEBA, Buenos Aires, 1963.
122. ROXIN, CLAUS: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen der Aufbau der Vebrechenslehre. 3ª edición. Beck, Munich, 1997.
123. ROXIN, CLAUS: Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Universidad de Sevilla, Sevilla, sin fecha (s/f) [ejemplar en fotocopias].
124. ROXIN, CLAUS: El Desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo. En Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, pp. 5 a 27, compilador S. Mir P., Temis, Bogotá, 1982.
125. ROXIN, CLAUS; ARZT, GUNTHER y TIEDEMAN, KLAUS: Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Ariel, Barcelona, 1989.
126. RUSCHE, GEORG y KIRSCHEIMER, OTTO: Pena y Estructura Social. Temis, Bogotá, 1984.
127. SAENS CANTERO, JUAN: Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1982.
128. SANCINETII, MARCELO: Casos de Derecho Penal. Hamurabi, Buenos Aires, 1986.
129. SOLER, SEBASTIAN: Derecho Penal Argentino Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1946.
130. SOLER, SEBASTIAN: Fe en el Derecho. Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1956.
131. SOLER, SEBASTIAN: La Interpretación de la Ley. Ariel, Barcelona, 1962.
132. SQUELLA NARDUCCI, AGUSTIN: Derecho, Desobediencia y Justicia, EDEVAL, Valparaíso, 1977.
133. TEMIS: Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Varios autores, compilador Santiago Mir Puig, Bogotá, 1982.

134. THORMAN G., CARMEN y DIAZ PINO, LUIS: Breve Análisis de la Población Procesada Internada en las Unidades Penales de Gendarmería de Chile. En Revista Chilena de Ciencias Penitenciarias y Derecho Penal, 3° Época N° 13, Gendarmería de Chile, Santiago, 1987.
135. VELASQUEZ V, FERNANDO: Principios Rectores del Derecho Penal Colombiano. En Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, N° 81, año 1988.
136. VERNENGO, ROBERTO J.: La Interpretación, UNAM, México, 1977.
137. VIEHWEG, THEODOR: Tópica y Jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964.
138. WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán. Parte General, 12° ed. 3° ed. En español, Traducción de Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
139. WELZEL, HANS: Über den substantiellen Begriff des Strafrechts, en Festschrift für Kohlrausch. Berlin, 1944, pp. 101-119.
140. WEEZEL, ALEX V.: La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Thomson Reuters, Santiago, 2011.
141. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: Teoría del Delito. Ediar, Buenos Aires, 1973.
142. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: Manual de Derecho Penal. Ediar, Buenos Aires, 1979.
143. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ediar, Buenos Aires, 1981.
144. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: Los Llamados Clásicos y la Nueva Crítica al Derecho Penal. En Revista Lecciones y Ensayos, N° 51, Universidad de Buenos Aires, 1989, pp. 13 a 32.
145. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: En Busca de las Penas Perdidas. Temis, Bogotá, 1990.
146. ZULUETA PUCEIRO, ENRIQUE: Aspectos Actuales de la Teoría de la Interpretación del Derecho. EDEVAL., Valparaíso, 1980.