

DERECHO Y POLÍTICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:  
EL CASO DEL DERECHO PENAL

Miguel Soto P.

(Borrador)

"EL OÍDO

1. El oído es un órgano al revés: sólo escucha el silencio.
2. Si el oído no fuera un órgano al revés, es decir, un órgano hecho para escuchar el silencio, sólo oiríamos el ruido ensordecedor que producen las galaxias, nebulosas, planetas y demás cuerpos celestes en sus desplazamientos a través de los enormes espacios interestelares.
3. Los sonidos, ruidos, palabras, etc., que capta nuestro oído, son realmente burbujas de silencio que viajan desde la fuente emisora que las produce hasta el órgano receptor de silencio que es el oído".

JUAN LUIS MARTÍNEZ, "LA NUEVA NOVELA "

o, usando una metáfora más directa (prosaica) y operative:

"La discreción, como el agujero de una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierto un círculo de restricciones que la rodea"

RONALD DWORKIN

1º) El objetivo de este trabajo es defender la necesidad de una recodificación del derecho penal chileno, como la mejor, quizás la única, forma de recuperar el contenido liberal ilustrado del principio de legalidad de los delitos y las penas, renovando y recuperando también, por su intermedio, el sentido que en ese contexto tenía la relación entre legislación penal y política criminal, luego entre derecho y poder.

2º) Se asume, también, naturalmente, como presupuesto inamisible, que la referida relación, entre legislación penal y política criminal, no puede plantearse en los mismos términos teniendo como contexto

de la misma, (en rigor, según se verá, como referente ideal, ético), el modelo del moderno Estado constitucional de derecho, que teniendo como modelo el Estado liberal de derecho dieciochesco. El Estado moderno.

3°) Obviamente si esa contextualización afecta a la legislación penal en sentido estricto, de ley formal y escrita, con mucha mayor razón y en forma mucho más profunda, afectara a la totalidad del sistema penal, al derecho penal propiamente tal.

4°) Se ha escogido referir el análisis sólo a la legislación penal en sentido estricto y más restrictivamente aún, sólo a algunos problemas vinculados a la misma, de un lado, por razones prácticas, para hacer más manejable el tema y, del otro, porque históricamente el problema de la legalidad, del principio de legalidad, se formuló y desarrollo, en el Estado moderno, teniendo a la vista primero y principalmente la ley escrita.

5°) Luego, la modulación que por intermedio del principio de legalidad se postuló introducir de las relaciones entre poder y derecho, estaba formulada considerando como el derecho del que se servía, del que podían y debían servirse el poder y la política, a la ley escrita, expresión a su vez de la democracia de las mayorías.

6°) Como es obvio, las relaciones precedentemente apuntadas se manifestaron con mucho mayor intensidad que en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico en el ámbito del derecho penal, que aún hoy, en teoría, sigue respondiendo mucho más a una teoría del derecho construida sobre la

noción de fuente del derecho, que a una teoría del derecho fundada en la noción de argumentación, de retórica o de hermeneutica.

7º) Por to mismo, en el ámbito penal el principio de legalidad, el imperio de la ley, adquirió una importancia, una fuerza o intensidad, mayor que en los restantes sectores del ordenamiento jurídico, mayor incluso que en el derecho administrativo; en razón de to anterior y por el objeto mismo de la regulación, en el ámbito penal, originariamente, el principio de legalidad definía, antes que nada, las relaciones del legislativo con el judicial.

8º) El vehículo que empleaba el poder, que debía emplear el poder, para expresar y hacer efectivas sus decisiones políticas, sus decisiones de política criminal, era antes que ningún otro y principalmente la ley en sentido estricto, contexto en el cual, supuesto que el poder político, en este ámbito, era ejercido, prioritariamente y en función de la "soberanía popular", por el poder legislativo, por el parlamento, a este le correspondía, privativa y excluyentemente, definir el contenido y sentido normativo del "derecho-ley" y cualquier intromisión en ese ámbito, cualquier ejercicio de discrecionalidad, de los juzgadores en la "aplicación" de dicha decisión normativa, era reputado automáticamente usurpación ilegítima de potestades ajenas.

9º) Supuesto to anterior, resulta evidente que la problemática relativa a la discrecionalidad judicial, en el Estado legal de derecho y también, con otras connotaciones, en el Estado constitucional de derecho, lleva envuelto el problema de los límites, condiciones y circunstancias en que el poder de definir la criminalidad (legal) del acto compete también al Juez.

10°) Subsecuentemente y en todo caso, el esclarecimiento de la relación entre ley y política criminal, constituye un momento insoslayable en la elaboración teórica del estatuto constitucional del derecho penal, o, si se prefiere, de la "Constitución penal", en la que, indubitadamente, un primerísimo lugar y todavía, por suerte, el más cierto, corresponde al principio de legalidad de los delitos y las penas.

11°) Lo anterior, no solo en referencia a la definición de las relaciones (de la distribución del poder), entre el legislativo y el judicial, sino también, e incluso antes, en referencia a la restricción del poder, que en todo evento, en distintos niveles (y a to menos, con significativas diferencias formales), ambos comparten, de definir a imputar responsabilidades penales; restricción esta que naturalmente constituye una (la) garantía para el ciudadano y, en ese sentido, dota de contenido material al principio de legalidad.

En el marco de las complejas relaciones entre derecho y poder, to apuntado en el párrafo inmediatamente precedente, no es sino una manifestación de to que Kaarlo Tuori, a nuestro entender con acierto, ha denominado "...la paradoja del Rechtsstaat"; esto es la (auto) limitación del poder (derecho) del Estado por el poder (derecho) del Estado; limitación, restricción, contraposición, circularidad, que es precisamente la característica que define al Estado moderno y al derecho que le es propio y viceversa.

12°) En el ámbito específicamente penal y con no menos acierto, ello ha sido también destacado por Claus Roxin, señalando "...un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de

la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatan".

Esto es, en definitiva, que la salvaguarda de las garantías de los ciudadanos constituye una finalidad del derecho penal, tanto o más importante que la prevención de los delitos, la protección de bienes jurídicos o, aún, si se acepta, que la sanción de los delincuentes.

Aún más, incluso, si con Günther Jakobs, se niega que la pena, que el derecho penal, proteja bienes jurídicos, para afirmar, en su lugar, que frente al proceso de comunicación, de expresión de sentido, que suponen los quebrantamientos de normas, se busca garantizar, confirmar, autoconstatar la identidad normativa de la sociedad, de todas formas debe incluirse la salvaguarda de las garantías, pues es indudable que ellas también concurren a constituir la identidad normativa de la sociedad que se quiere garantizar con el derecho penal.

13°) Por to tanto, la recuperación de contenido normativo, vinculante y de la significación política liberal-ilustrada del principio de legalidad de los delitos y las penas importa, en primer lugar, la recuperación, la (re) activación eficaz de su función de garantía para el ciudadano, en cuanto límite (el único cierto y unánimemente aceptado) del "ius puniendi estatal".

14°) En definitiva, se postula, en primer lugar, que dentro del marco que supone el modelo del Estado constitucional de derecho y por ende limitado por el respeto a los derechos fundamentales y, muy especialmente, por el reconocimiento de la autonomía ética de la persona, la decisión política relativa al

merecimiento y/o necesidad de pena de una conducta, que determina su incriminación, vía tipificación, compete y es de responsabilidad (política, pero también jurídica) de los legisladores, que respetando ese marco y la "realidad", pueden actuar al efecto con relativa autonomía.

Vale decir, a este nivel es el legislativo el que, dentro de los límites reseñados, debe tomar decisiones normativas duras, debe respetar la importancia y significación del principio de legalidad de los delitos y las penas, asumiendo y realizando por ende, el carácter de "última ratio" del derecho penal.

La exigencia, por tanto no se agota en to puramente formal, sino que se extiende también a to material y a to simbólico.

15°) Paralelamente, y en segundo lugar, se postula, que dentro del mismo marco institucional y, por ende, con las mismas limitaciones generales, la concreción de la norma, vía razonamiento o argumentación jurídica, es de competencia de los órganos jurisdiccionales, que en todo evento deberán respetar el sentido de las decisiones normativas del legislativo.

Vale decir, el interprete no puede sustituirse al legislador en el ejercicio de las potestades que son propias de este último, cuando menos y en términos absolutos en to que atañe a las garantías de los individuos, a las decisiones positivas de incriminación, de allí entonces la prohibición absoluta de la "analogía in malam partem" y también, en cuanto no resulta posible deslindarla de aquella, de la interpretación teleológica o extensiva in malam partem.

16°) En este contexto y en tercer lugar, se postula la necesidad de dar especial eficacia a los recursos técnicos que articulan la relación entre el legislativo, el judicial y los ciudadanos dentro del marco del

principio de legalidad; estos es, las exigencias derivadas de aquel, del "nullum crimen, nulla poena sine lege certa", o mandato de determinación de la conducta punible y el "nullum crimen, nulla poena sine lege stricta", o proscripción del ámbito penal de todas las formas de analogía en perjuicio del inculpado.

17°) En virtud de esta última exigencia, que constituye un mandato dirigido al Juez, postulamos, en cuarto lugar, que deben excluirse del ámbito penal todas las formas de argumentación analógica in malam partem, tanto la "analogía legis", como, con mayor razón, la "analogía iuris", tanto la analogía propiamente tal, como sus formas encubiertas de interpretación analógica, e interpretación teleológico-extensiva.

Como recurso técnico para dotar de plausibilidad a la prohibición de la analogía, Comanducci y Guastini, sostienen que esta se resuelve en la obligación de argumentar a contrario, "más precisamente: en la obligación de usar el argumento a contrario, no como mero argumento interpretativo, sino como recurso productivo" de una nueva norma de contenido negativo.

18°) En el ámbito metodológico to anterior supone aceptar la tesis de Klaus Günther y postular en quinto lugar, que deben separarse las cuestiones relativas a la validez de una norma, de las relativas a su aplicación, que darían lugar a dos discursos diferentes, complementarios y no excluyentes, uno relativo a la justificación de la validez de las normas y otro relativo a la adecuación de la aplicación de las normas en el caso concreto.

Lo anterior, según es evidente, importa, a su vez, tener que rechazar la conocida tesis de Robert Alexy, según la cual el discurso jurídico, no sin algunas importantes correcciones, ajustes y agregados,

podría ser entendido como un caso particular o especial del discurso práctico general; to que también ha sido rechazado por Jürgen Habermas, quien, en su lugar, ha adherido y asumido la tesis de la distinción.

19°) El mandato de determinación, por su parte, se dirige al legislador, para, asumiendo que algún grado de indeterminación, por ende, de "discrecionalidad" (a nivel de to legal), necesariamente va a existir, imponerle la obligación de ser to más preciso y descriptivo posible en el establecimiento del núcleo de la prohibición, en términos tales que este exprese o permita deducir el fin de protección que del precepto, cuya determinación es una decisión normativa del legislador.

Luego, que, consecuentemente, se privilegien, se refuerzen en la técnica legislativa, los componentes cognositivos de la actividad de juzgador. 20°) Es en este contexto, que a nivel de legislación penal, postulamos en sexto lugar, que la satisfacción de esta exigencia y naturalmente también de otras de igual o mayor relevancia, impone considerar como un objetivo de mediano o largo plazo, una efectiva recodificación integral de toda nuestra legislación penal, que permita recuperar el contenido liberal ilustrado del principio de legalidad y que importe por ende, de un lado, una drástica reducción del volumen, absolutamente inflacionado, de la misma y del otro, permita depurar adecuadamente y reformular acorde las exigencias del principio de legalidad en general y del mandato de determinación, en particular, los tipos penales que se dejen subsistentes.

Naturalmente, a nivel de la totalidad del ordenamiento jurídico-penal, a nivel de derecho penal, la reunificación reductora que se postula, importara una oportunidad inmejorable para aumentar substancialmente sus niveles de coherencia y racionalidad sistemática y político-criminal.

Pese a la imperiosa necesidad que, tanto a nivel de los concretos tipos, aisladamente considerados (a nivel de legislación penal), como, más en general, a nivel de todo el derecho penal chileno, existe de alcanzar cotas mínimas de coherencia sistemática y racionalidad, la labor precedentemente reseñada se concibe como una labor a mediano plazo, o quizás mejor a largo plazo; primero, por las dificultades técnicas que encierra una empresa de esa envergadura y segundo, por el grado de madurez o cuando menos de sensatez, que la misma exige de los concretos legisladores históricos.

21°) Finalmente, en séptimo lugar, acogiendo una lúcida y fundada propuesta de Luigi Ferrajoli, junto a la (re) codificación, debería introducirse en la Constitución una reserva reforzada de código, en cuya virtud todas las normas relativas a delitos, penas y procedimientos penales deberían incluirse vía reforma en los códigos correspondientes, exigiendo adicionalmente al efecto quórum especiales, cualificados, para la aprobación de nuevas leyes penales o procesales penales.

En el intertanto, asumiendo la poca viabilidad que hoy puedan tener propuestas que, en la imperante "cultura de la emergencia y de la seguridad ciudadana", puedan aparecer, por garantistas, utópicas, no podemos sino compartir el diagnóstico que precisamente a propósito de un estudio sobre el principio de legalidad, formulara recientemente Wolfgang Naucke, sobre la situación en Alemania y que naturalmente debe multiplicarse varias veces para que de cuenta de la situación en nuestro país.

"El derecho penal ha quedado en una insostenible situación; ya ha nacido ese algo distinto del derecho penal, pero no es en absoluto algo mejor que el derecho penal".

BIBLIOGRAFIA

- Aarnio A., "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica", tr. E. Garzón V., Madrid, 1991.
- Alexy R., "teoría de la argumentación jurídica", tr. M. Atienza a Y. Espejo, Madrid, 1993; "El concepto y la validez del derecho", tr. J.M. Seña, Barcelona, 1994 y "Teoría del discurso y derechos humanos", tr. L. Villar B., Bogotá, 1995.
- Aragón M., "Constitución y democracia", Madrid, 1989.
- Atienza M., "Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica", Madrid, 1991; "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Madrid", N° 1, 1997; "La vinculación del Juez a la Ley", pp. 245 y ss.
- Austin J., "Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia", tr. F. González V., Madrid, 1981.
- Bachof O., "Jueces y constitución", tr., R. Bercovitz R.-C., Madrid, 1985; "Normas constitucionais inconstitucionais", tr. port., J.M.M. Cardoso, Coimbra, 1994.
- Bachofen J.J., "El derecho natural y el derecho histórico", tr. F. González V., Madrid, 1978.
- Baratta A., "El Estado de Derecho: historia del concepto y problemática actual", en Rev. Sistema, Nos. 17-18, Madrid, 1997; "Estado de derecho, derechos fundamentales y "derecho judicial", en Rev. de Cs. Jcas., U. de Costa Rica, No.57, 1987, pp. 117 y s.s. y "Principios del derecho penal mínimo. (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", tr. B. Lenzi, en Rev. Doc. Penal, pp. 623 y ss..
- Bascui M., a cura di, "Diritto penale controllo di razionalità a garanzie del cittadino", Padova, 1998.
- Bascuñan R.A., "La aplicación de la Ley penal más favorable", Santiago, 2000 (inérito); "La aplicación de la ley penal derogado", Rev. del Abogado, N°17, 5, 1999.
- Betegon J. y otros, "Lecciones de teoría del derecho", Madrid, 1997.
- Castanheira N.A., "O principio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu criterio dogmático", Boletín da Fact. de direito U. de Coimbra", 1984, pp. 307 y ss..
- Cerri A. y otros, "Il principio di ragionevolezza della giurisprudenza della corte costituzionale. Riferimenti comparatitici", Milán, 1992.
- Clavero B., "Los derechos y los Jueces", Madrid, 1988; "Happy Constitution, Cultura y lengua constitucionales", Madrid, 1997.
- De la Barra R., "Sistema inquisitivo versus adversarial; cultura legal y perspectivas de la reforma procesal penal en Chile", en Rev. lus. et Praxis, Año 5, No. 2, Talca, 1999.
- Desportes F. y otro, "Le nouveau droit penal", Paris, 1994.
- Díaz E., "Estado de derecho y sociedad democrática", Madrid, 1998.
- Dworkin R., "Los derechos en serio", tr. M. Guastavino, 2º reimp. de la tr, esp. Barcelona, 1993; "El imperio de la justicia", tr. C. Ferrari, rev, por E. Abril, Barcelona, 1988.
- Ferrajoli L., "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", tr. P. Andrés I. y otros, Madrid, 1995;

- "Derechos y garantías. La Ley del más débil", tr. P. Andrés I. y otra, Madrid, 1999; "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho", tr. M. Beloff y otro, en Rev. Nueva doc. penal, 19981A .
- Figueroa M.A., "La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista", en AAW., "Congreso Internacional: Andrés Bello y el Derecho", Santiago, 1982.
- Günther K., "De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un "cambio de paradigma" en el derecho penal?, en Inst. de Cs. Cri. de Frankfurt y otros, editores, "la insostenible situación del derecho penal", Granada 2000; "Un concepto normativo de coherencia para la argumentación jurídica", en Rev. Doxa, Nos. 17-18, 1995, pp. 271 y ss..
- Habermans J., "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso", tr. M. Jiménez R., Madrid, 1998.
- Hart H.L.A., "El concepto de derecho", tr. G. Carrió, Bs.As., 1978.
- Hassemer W., "Sistema jurídico y codificación; la vinculación del Juez a la Ley", tr. M.V. Martínez B., en A. Kaufmann y otro, editores, "El pensamiento jurídico contemporáneo", Ed. Debate Madrid, 1992; "Crítica al derecho penal de hoy", tr. P.S. Ziffer, Buenos Aires, 1992.
- Hierro L., "estado de derecho", México, 1998.
- Jakobs G., "Derecho penal, P.G., Fundamentos y teoría de la imputación", tr. J. Cuello C. y otro, Madrid, 1995.
- Kaufmann A., "Analogía y naturaleza de la cosa", tr. E. Barros B., Santiago, 1976.
- Kelsen H., "Teoría pura de Derecho", tr. R. Vermejo, México, 1986.
- Laporta J.F., "Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo, en V. Camps, Ed., "Historic de la ética, 3, La ética contemporánea", Barcelona, 1989; "Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", Rev. Doxa, N°s 15-16, V.1., 1994.
- Lüderessen K., "El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios "europeos tradicionales". O: ¿adios al derecho penal europeo tradicional?", tr. M. Cancio M., en Cuadernos de doc. y Js. penal, V. 9 A. Buenos Aires, 1998.
- Mac Cormick N., "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", tr. M. Atienza y otro, en J. Betegón y otro, Ed., "Derecho y moral. Ensayos analíticos", Barcelona, 1990; "Estado de Derecho y rule of law", en J. Thesing, comp. "Estado de Derecho y democracia", Buenos Aires, 1999.
- Marinucci G.- Dolcini E., "Corso di diritto penale", P.G.,1, 2° ed.,Milán, 1999; "Note sul metodo della codificazioni penale", en Riv. ital.dir. proc.penale, N°2, 1992.
- Maurach R.-Zipf H., "Derecho penal", P.G., 1.,tr.J. Bofill G. y otro, Buenos Aires, 1994.
- Menezes C.A., "Cinecia do direito a metodologia o jurídica nos finais do século XX", Rev. da ordem dos advogados, año 48, Lisboa, 1988.
- Mir S., "Introducción a las bases del derecho penal", Barcelona, 1976.
- Naucke W., "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado", en "La insostenible ....cit.",

pp. 531 y ss.

- Palazzo F.C. y otros, "Valore a principi della codificazioni penale: le esperienze italiana, spagnola a francese a confronto", Milán, 1995.
- Politoff S., "Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho", en rev. Gaceta Jca., N°172, Santiago, 1994; "Derecho penal", TI,P.G., Santiago, 1997.
- Prieto S.L., "Constitucionalismo y positivismo", México, D.F., 1997.
- Roxin C., "Derecho penal", P.G., tr. D.M. Luzón P. y otros, Madrid, 1997.
- Silva S.J.M., "Aproximación al derecho penal contemporáneo", Barcelona, 1992; "perspectivas sobre la política criminal moderna", Buenos Aires, 1998.
- Soler S., "Mi fe en el derecho y otros ensayos", Buenos Aires, 1956.
- Tarello G., "Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII. Corso di filosofía del diritto", Genova, slf; "Cultura jurídica y política del derecho", tr. I.Rosas,A.,México D. F., 1995.
- Teubner G., "II trilemma regolativo. A proposito della pólemica sui modelli giuridici post strumentali", tr. it.de G.Vardaro, en Política del dir.,1987.
- Tiedemann K., "Constitución y derecho penal", tr. L. Arroyo Z., en Rev. esp. de der. const., 33, Madrid, 1991.
- Tuori K., "Positivismo crítico y derecho moderno", tr. D. mena y otros, México, 1998.
- Vásquez R., comp. "Interpretación jurídica y decisión judicial", México, 1998.
- Von Feberbach P.J.A.R., "Tratado de derecho penal común vigente en Alemania", tr. E.R. Zaffaroni y otra, Buenos Aires, 1994.
- Zagrebel'sky G., "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", tr. M. Gascón , Madrid, 1995.