

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD PENAL*

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Universidad Adolfo Ibáñez

Universidad de Chile

Se ha dicho muy bien que si los triángulos
hicieran un dios, le darían tres lados.
Montesquieu, *Cartas Persas* (Carta LIX).

I

De cara a la redacción de una constitución, tarea a la cual se encuentra abocada una convención constitucional recientemente electa en Chile, no tiene sentido revisar la intrincada trama de distinciones conceptuales y de constelaciones de casos que ha construido la jurisprudencia constitucional comparada, así como la europea y (latino)americana de los derechos humanos, acerca de los alcances de las formulaciones del principio de legalidad penal en los textos constitucionales y las convenciones interestatales-regionales de derechos humanos. Lo que tiene sentido es preguntarse más bien en abstracto si y con qué alcance cabe establecer en la constitución una formulación relativa al principio de legalidad penal.

Dicho brevemente: considero que una propuesta de dar máxima protección constitucional al principio de legalidad penal es un sinsentido. Lo que debe protegerse son los derechos individuales susceptibles de afectación por el ejercicio del poder punitivo. El principio de legalidad no es un objeto o fin de protección constitucional, sino un medio institucional de protección. Por eso, lo que corresponde es preguntarse de qué modo brinda esa protección y hasta dónde ese modo de protección es algo que cabe establecer en una constitución como indisponible para la política legislativa democrática, y de ser el caso, si queda suficientemente afirmado y de mejor manera por otras instituciones o desarrollos conceptuales del derecho y la dogmática constitucionales.

Asumo como hipótesis de trabajo que el principio de legalidad penal se inserta en un contexto institucional en el cual existe algún modo de control de

* El texto corresponde al desarrollo de una presentación efectuada por el autor en el Seminario internacional “Principios de Derecho penal material para una futura Constitución chilena”, organizado por el Instituto de Ciencias Penales de Chile los días 23 y 24 de junio de 2021.

constitucionalidad de la ley penal y que el principio de legalidad es operativo como parámetro de control (“justiciable”). En consecuencia, la no-satisfacción de la condición impuesta por el principio de legalidad implica la ilegitimidad (invalidez, inaplicabilidad) de la afectación estatal de los derechos individuales mediante el establecimiento o la aplicación de la ley penal.

Bajo esa hipótesis, mi punto de partida de dogmática de los derechos fundamentales es que el principio de legalidad penal no ha de entenderse como una norma de derecho fundamental, sino como una norma que impone una condición necesaria para la legitimación de la afectación estatal de derechos fundamentales mediante la aprobación y aplicación de leyes penales¹. En su carácter de condición necesaria, es una garantía protectora de los derechos fundamentales, primero del destinatario de la norma de comportamiento jurídico penalmente relevante y luego del imputado o acusado de infringirla, o condenado por su infracción.

Partiendo de esta premisa y de esa hipótesis de trabajo, la tesis que defenderé aquí consiste en formular una propuesta que evita lo que considero como los dos monstruos que acechan la redacción de una nueva constitución, los Escila y Caribdis que amenazan con hacer naufragar la navegación constitucional.

En un extremo se encuentra lo que me gustaría denominar como “postmodernismo punitivo”. Esta es la idea de que el orden de los derechos fundamentales no implica únicamente un límite jurídico al poder punitivo del Estado, sino que provee también “directrices e impulsos” que obligan al Estado a ejercerlo. Esta idea conduce al reconocimiento de un interés de rango constitucional en la punición, ya sea como interés colectivo o incluso individual, como un derecho a la pena de otro deducido de un derecho a la seguridad, un derecho a la verdad o, bajo una teoría de efecto triangular de los derechos fundamentales, un derecho al reconocimiento de la calidad de víctima de afectación de derechos por el condenado. Esto implica una lógica de ponderación de ese interés con el interés del titular de los derechos afectados por el ejercicio del poder punitivo del Estado, erosionando potencialmente la incondicionalidad de las garantías que los protegen.

En el otro extremo se encuentra lo que me gustaría denominar como “maximalismo garantista”. Su divisa es “más es mejor”: todo lo que las tradiciones jurídicas occidentales han desarrollado como concreciones garantistas concep-

¹ Esta premisa la he desarrollado en BASCUÑÁN, Antonio, “La ley penal como acto estatal de afectación de derechos fundamentales”, en LOBO, Juan Francisco (coord.), *En conquista de los derechos humanos. Libro homenaje a José Zalaquett Daher*. Santiago: LegalPublishing Chile, 2017, pp. 113-138. La premisa no relativiza el peso específico del principio constitucional de legalidad, sino que, por el contrario, lo intensifica (*infra*, nota 4).

tualmente asociables al desarrollo del principio de legalidad penal por la cultura europea continental, incluyendo sus equivalentes en el *common law*, deben ser constitucionalizados y ojalá entendidos como parte del *ius cogens* del derecho internacional público.

En contra de ambos extremos propongo un minimalismo garantista.

Es una propuesta garantista, y en esa medida, contraria al postmodernismo penal. En virtud del compromiso con una teoría liberal de la justicia como trasfondo de una constitución entiendo que en el plano del ejercicio del poder punitivo del Estado el orden de los derechos fundamentales solo ha de reconocer como tales los intereses del afectado por el ejercicio de ese poder². El interés en la protección de bienes jurídicos correlativos a esos derechos frente a afectaciones provenientes de comportamientos humanos es un interés colectivo³. El principio de legalidad es un constreñimiento deontológico a la afectación de derechos fundamentales como medio de proteger esos bienes, que no se deja ponderar con dicho fin de protección⁴.

Pero es al mismo tiempo una propuesta minimalista. Esto, en un sentido preciso, exige diferenciar entre el conjunto de garantías que el legislador ha establecido desde fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX como prohibiciones y/o imperativos dirigidos a la judicatura (condena, sentencia) y la administración (ministerio público, policía, cuadro de funcionarios que intervienen en la ejecución de la pena) y aquellas garantías de ese conjunto que quepa imponer al legislador como un deber de segundo orden, referido a las prohibiciones y/o imperativos legales. Este minimalismo responde a una exigencia elemental de superación de etnocentrismo. Así como ninguna determinación cultural local por ese solo hecho puede ser considerada una exigencia universal de justicia, así también ninguna determinación cultural puede ser considerada por ese solo hecho como necesitada de formulación constitucional.

² El desarrollo de esta idea se encuentra en la monografía citada en la nota anterior y también en BASCUÑÁN, Antonio, “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, *Revista de Estudios de la Justicia* (2007), N° 9, pp. 47-74.

³ El reconocimiento de un derecho procesal de la víctima a intervenir en la investigación y el juicio penal es algo distinto, que puede ser sistemáticamente integrado en un diseño orientado a asegurar el interés colectivo en el ejercicio del poder punitivo del Estado. En mi opinión, no debe existir derecho constitucional a intervenir como parte en el proceso penal; a lo más, un mandato de optimización dirigido al legislador de considerar y proteger a la víctima.

⁴ Dicho en términos del principio de proporcionalidad: una afectación estatal de derechos fundamentales que no satisfaga las exigencias derivadas del principio de legalidad penal que quepa considerar como genuinas exigencias fundamentales de justicia es un medio en sí mismo ilegítimo, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La historia del principio de legalidad penal es en lo esencial la historia del desarrollo de un principio de la Revolución francesa por la cultura generada por la codificación penal europea continental durante el siglo XIX y su recepción durante el siglo XX. Que el segundo desarrollo haya reproducido el primer desarrollo, esta vez identificando prohibiciones y deberes dirigidos al legislador, se explica precisamente como un fenómeno etnocéntrico: una ratificación supralegal del valor del diseño histórico legal tal como la cultura local lo entiende⁵.

Por esta razón, una propuesta minimalista genera automáticamente el riesgo de ser malentendida, como si se tratara de una propuesta de devaluación. De lo que se trata, por el contrario, es de identificar de qué modo pretende proteger el principio de legalidad los derechos del imputado, acusado o condenado con sus diversas concreciones garantísticas y preguntarse si esos modos específicos son de tal manera fundamentales que haya que consagrarlos en la constitución en vez de entenderlos suficientemente afirmados por exigencias constitucionales generales relativas al Estado de derecho o especiales relativas a alguno de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por el poder punitivo. Para la realización de este ejercicio, el estándar de comparación del derecho constitucional europeo continental es naturalmente el derecho constitucional federal estadounidense.

II

La primera distinción que se impone es entre la garantía concreta del principio de legalidad penal que puede contar como estándar elemental de justicia y las demás, que forman en conjunto el sistema de fuentes de las normas penales. Esa garantía es por supuesto el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, es decir, la prohibición de aplicar con efecto retroactivo la norma penal (desfavorable). No es casual que todas las normas que consagran el principio de legalidad, desde el art. 8º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) hasta el art. 49-1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/09), pasando por la Declaración Universal de Derechos

⁵ La afirmación es, por cierto, una generalización. El examen detenido de la jurisprudencia constitucional alemana, italiana y española muestra sin duda importantes diferencias. Algunas de ellas se derivan de las variaciones existentes en las formulaciones de las normas constitucionales. Otras, de la mayor o menos sensibilidad del tribunal a la diferenciación de los niveles de referencia constitucional y legal. Lo mismo cabe decir de la jurisprudencia europea e inter(latino) americana de derechos humanos. La primera es notoriamente más sensible que la segunda a la diferenciación de los niveles de referencia interestatal y estatal. Eso es sin perjuicio de la amplia coincidencia entre ambas en cuanto a su orientación postmodernista.

Humanos (1948), tengan precisamente esa formulación. Lo único que ellas explícitamente garantizan es la prohibición de establecer o aplicar normas penales con efecto retroactivo.

Algunos de los textos mencionados incorporan junto a esta garantía el principio de *lex mitior*, atendiendo al carácter de criterios de derecho intertemporal penal que ambos comparten. Pero como señalaré en la última sección de este trabajo, el principio de *lex mitior* no puede ser identificado ni confundido con la garantía de *lex praevia*.

Asumo sin cuestionar ni considerar necesitado de justificación su valor o peso específico como principio elemental de justicia y, por tal razón, como una garantía constitucional que constituye un constreñimiento deontológico al legislador. En cuanto a su formulación, me limito a señalar lo siguiente:

(i) es preferible que la garantía se refiera diferenciadamente a la norma que configura el delito y a la norma que señala la pena, tal como lo hace el derecho internacional de los derechos humanos; esto clarifica su ámbito de aplicación y permite modular los efectos que la disposición pueda tener para la inferencia de las demás garantías del principio de legalidad penal a partir de esta garantía;

(ii) la garantía tiene que exigir la vigencia de la norma penal *durante* la perpetración del hecho; no tiene sentido exigir su vigencia simplemente anterior al hecho si no sigue vigente durante el hecho y es inductor a error referirse a un “momento” de perpetración del hecho, porque la realización del supuesto de hecho puede corresponder a un período, si es que perdura más de un día;

(iii) la garantía debe extenderse a las infracciones y sanciones administrativas; en la medida en que la formulación no implique consecuencias para el sistema de fuentes de las normas configuradoras de la infracción, no hay problemas sistemáticos derivados de la sujeción del derecho administrativo sancionador al principio de irretroactividad;

(iv) en cuanto a las medidas de seguridad, la cuestión puede ser dejada a la jurisprudencia constitucional o regulada expresamente; dado que la formulación de la garantía constitucional no implica otras consecuencias que la irretroactividad, cabe distinguir entre medidas de seguridad que corresponda imponer conjunta o sucesivamente con una pena, es decir, que supongan responsabilidad penal, y medidas de seguridad que corresponda imponer en lugar de una pena, esto es, que no supongan responsabilidad penal; solo las primeras deben ser alcanzadas por la garantía constitucional, independientemente de que el legislador extienda la garantía a las segundas⁶;

⁶ La pregunta sobre si la afectación del derecho que importa la imposición de la medida de seguridad debe o no justificarse en una norma legal en sentido estricto no es una cuestión

(v) en cuanto a las demás reglas del derecho público relativas al ejercicio del poder punitivo —organización de tribunales y de la administración pública encargada de la ejecución de la pena, procedimiento penal y de ejecución de la pena—, la cuestión puede ser dejada a la jurisprudencia o regulada expresamente; dado que la formulación de la garantía constitucional no implica otras consecuencias que la irretroactividad, cabe distinguir entre las reglas que inciden en la naturaleza y extensión de la pena al momento de la condena y las demás reglas: solo las primeras son cubiertas por la garantía, las demás quedan sujetas al principio general del derecho intertemporal público, esto es, su aplicación *in actum*.

III

Las demás garantías concretas derivadas del principio de legalidad, que en conjunto forman el sistema de fuentes de las normas penales en la tradición europea continental, son expresadas con la formulación *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta et certa*. Esto significa que la norma penal debe ser una norma convencional, esto es, fijada de modo deliberadamente exhaustivo en un texto dotado de autoridad (reserva de precepto jurídico: *lex scripta*); que en su aplicación no puede generalizarse su alcance más allá de su sentido literal posible (prohibición de analogía *in malam partem: lex stricta*), y que en su formulación debe identificarse con razonable precisión el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (taxatividad: *lex certa*).

A estas tres garantías debe ser agregada de modo conceptualmente diferenciado una cuarta, la garantía de *lex propria*, para así poder referirse nominativamente a la exigencia de reserva estricta de ley o reserva parlamentaria. No cabe confundirla con la garantía de *lex scripta*, porque también la regulación reglamentaria satisface plenamente la exigencia de convencionalidad. Tampoco cabe confundirla con la garantía de *lex certa*, porque la contribución de la regulación reglamentaria a la regulación legislativa puede precisamente consistir en incrementar la satisfacción del mandato de determinación. La garantía de *lex propria* responde exclusivamente al fundamento democrático del principio de legalidad: exige que la norma penal sea formulada por el órgano más pluralmente representativo de la voluntad popular. Las otras garantías no suponen necesariamente una realización de ese fundamento democrático. Ellas responden

que haya de ser resuelta a propósito de la prohibición de su aplicación con efecto retroactivo (al respecto, *infra*, nota 17).

a un fundamento liberal, ya sea asegurando la operatividad de la garantía de *lex praevia* o bien consagrando una determinada comprensión del principio de la separación de poderes⁷.

Exigir constitucionalmente la satisfacción de este conjunto de garantías por las normas que señalan las penas me parece correcto. El sistema de triple determinación que es usual en la codificación penal europea continental –definición de las penas en la parte general, mención nominativa y determinación de un marco de extensión de la pena en la parte especial y regulación legal de un margen razonable de determinación puntual judicial– satisface esas garantías y al mismo tiempo deja suficiente espacio para el ejercicio de la política legislativa democrática. Existen por supuesto focos de tensión, como la extensión tolerable del marco legal en la parte especial y el modelo de días-multa para la determinación judicial de esa pena, pero ellos pueden ser manejados por la jurisprudencia constitucional. En lo demás, son otras las garantías constitucionales a las que corresponde delimitar ese espacio.

Lo problemático es extender esa misma exigencia constitucional a las normas que en conjunto configuran las condiciones necesarias de la punibilidad. Esto es, por cierto, reconocidamente problemático. No hay apelación al sistema de fuentes de la codificación que no incluya un amplio *caveat*. Las anomalías de cara a esas garantías son tan relevantes –el contenido del dolo, los fundamentos de la posición de garante, la delimitación de la autoría mediata y de la complicidad, las reglas de cuidado debido e incumbencia, la inercia extensiva derivada de la prioridad del criterio teleológico-objetivo de interpretación– que una y otra vez surge la interrogante de si el paradigma en crisis pueda sostenerse.

Como se dijo en el inicio, la principal razón por la cual la posición garantista de la cultura europea continental adhiere al principio de legalidad penal en este ámbito, no obstante todas sus anomalías, es etnocéntrica. La solución burguesa al inicio del siglo XIX fue entender el bloque *scripta-stricta* como contenido implícito de la garantía de *lex praevia*, la única explícitamente consagrada por la codificación penal. Esa es su autoconcepción garantista. Abierta puede quedar la pregunta de hasta dónde se trata en rigor de una falsa conciencia, dada la primacía del proyecto político al que se vinculaba, que consistía en la sujeción del poder punitivo del cuadro de funcionarios, incluidos los jueces, a un cuerpo

⁷ Esta tesis la he desarrollado en “La garantía de ‘lex propria’ como concreción del principio de legalidad penal”, en: GARCÍA, Ana María; NAVARRO, Enrique, *Derecho procesal constitucional. Libro homenaje a Juan Colombo*, en publicación (Valencia: Tirant lo Blanch). La cuestión es tratada de manera enteramente coincidente con la tesis por ROMANO, Mario, “Corte costituzionale e riserva di legge”, en VASALLI, Giuliano (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 29-48.

formado por los representantes de los ciudadanos⁸. Lo que aquí importa es el compromiso de ese programa con el sentido garantista del diseño institucional, atendida la contribución de ese sentido a la legitimación de ese diseño.

La incorporación de esa garantía en el derecho constitucional de la segunda mitad del siglo XX conllevó la recepción –siempre incómoda– de su contenido implícito por la justicia constitucional, añadiéndose –ahora que el legislador era destinatario de las prohibiciones y deberes correlativos– la garantía de *lex certa*. Este era un presupuesto naturalmente asumido como interés del legislador durante el siglo XIX que se vio radicalmente trastocado en el siglo XX por la experiencia totalitaria. Imponer al legislador de la postguerra el diseño de la codificación –intensificadamente explicitado⁹– fue un acto de ratificación de la autocomprensión garantista de ese diseño. El valor simbólico de esa ratificación explica la adhesión a la construcción cultural del principio de legalidad penal.

Una apreciación con más perspectiva exige asumir que la garantía de *lex praevia* no tiene por qué ser constitucionalmente asociada con el sistema de fuentes de la codificación penal. Esa es una asociación contingente, no una necesidad conceptual o normativa. Por cierto, la asociación constitucional tiene el valor simbólico antedicho: ratifica el compromiso con un diseño histórico cuya destrucción está a su vez asociada con la experiencia más traumática de Europa desde el terror de la Revolución Francesa. Sus costos institucionales son, sin embargo, innecesariamente altos. Pues implica establecer un control judicial de las decisiones del legislador sobre la base de un complejo de reglas que no pueden ser asumidas categóricamente, involucrando además eventualmente un tribunal formado por jueces que no poseen el entrenamiento profesional requerido para comprender cabalmente ese diseño institucional.

IV

Una solución mejor que la constitucionalización de la autocomprensión garantista de la codificación es la identificación de instituciones propias del

⁸ Esto explica que la garantía de *lex scripta* haya sido comprendida culturalmente como comprensiva de la garantía de *lex propria*. El extraordinario desarrollo de la función regulativa de la administración del Estado a partir de fines del siglo XIX exige sin embargo su diferenciación conceptual.

⁹ La intensificación del principio que importó el desarrollo constitucional de la garantía de *lex certa* explica que se la haya comprendido también como una exigencia de *lex propria*. La identificación precisa del sentido de esa exigencia en el marco de las posibles relaciones entre ley y reglamento, o entre ley parlamentaria y ley gubernativa validada por delegación, exige sin embargo su diferenciación conceptual.

derecho constitucional que puedan brindar una adecuada protección a los derechos fundamentales del afectado por el ejercicio del poder punitivo del Estado, dejando a cargo del legislador la cuestión de mantener o no el sistema de fuentes de la codificación¹⁰.

Desde el punto de vista de la política legislativa, no tengo objeciones que formular a la consagración de las garantías de *lex scripta* y *stricta*¹¹. Eso sí, las entiendo racionalmente justificadas como el modo cultural heredado de optimizar la garantía de *lex praevia*, cuyo control se encuentra en manos mucho mejores cuando es efectuado como control de legalidad de las actuaciones del cuadro de funcionarios por los tribunales superiores de la judicatura común u ordinaria.

En ningún caso las entiendo como una consagración consistente del principio de separación de poderes. Este principio no supone la exclusión de fuentes no convencionales del derecho ni mucho menos impone una metodología jurídica¹². Lo que exige el principio de la separación de poderes es (i) la consagración orgánica de una distinción entre poderes de regulación y poderes de adjudicación, en el sentido de excluir el poder de adjudicación respecto de los poderes reguladores y asegurar la independencia del poder adjudicatorio

¹⁰ No atenderé aquí a las exigencias derivadas de la condición que tiene Chile como Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asumo simplemente que, en tanto el sistema jurídico chileno satisfaga esas exigencias, el Estado no incurre en incumplimiento de la convención y por lo tanto no hay lugar para un “control de convencionalidad”. Luego, son exigencias que debe tomar en consideración el legislador chileno al regular el sistema de fuentes de las normas penales.

¹¹ Más bien, por el contrario, en las dos oportunidades en que correspondió integrar una comisión formada por el Ministerio de Justicia para redactar un anteproyecto de Código Penal (2013 y 2018) propuse incluir reglas que intensificaran ese modelo, consagrando explícitamente la garantía de *lex scripta* de una manera semejante al art. 4-1 del Código Penal español de 1995, y autorizando la inaplicabilidad de leyes penales indeterminadas por los tribunales ordinarios, como era la práctica en el *common law*, que en sus resultados equivale a un control difuso de constitucionalidad. Ambas propuestas fueron rechazadas; la segunda por razones sistémicas atendibles y la primera por consideraciones estratégicas para mí incomprensibles hasta el día de hoy.

¹² La atribución de esa metodología jurídica a Montesquieu –“la boca que pronuncia las palabras de la ley”, “seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” (*Espíritu de las Leyes*, libro XI, capítulo 6, § 47)– es un error, por más extendido que se encuentre. Al respecto: BASCUÑÁN, Antonio, “El mito de Montesquieu”, en MARÍN, Juan Carlos; SCHOPF, Adrian (eds.), *Lo público y lo privado en el Derecho. Libro homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago: LegalPublishing Chile, 2017, pp. 3-169; también, “‘Bocas de la ley’ y ‘poder nulo’: La fuerza del malentendido sobre Montesquieu”, en GALLEGO, Javier (ed.), *El derecho y sus construcciones. Diálogos con la forma del Derecho de Fernando Atria*. Lima: Palestra Editores, 2020.

respecto de todo otro poder; (ii) la sujeción de la regulación administrativa a la regulación legal, y (iii) la sujeción de la adjudicación a la regulación.

Si el legislador introdujera otro sistema de fuentes para las normas que describen el hecho punible, el aseguramiento de la garantía de *lex praevia* respecto de esas fuentes podría darse a través del control del efecto retrospectivo de la decisión judicial imprevista. Esto implicaría adoptar la institución del *prospective overruling*. En el contexto del diseño institucional articulado por el principio de legalidad esa institución es impertinente. En ese contexto, la solución correcta consta de dos pasos: primero evaluar el cambio jurisprudencial bajo la garantía de *lex scripta*, y segundo, si la satisface, evaluar la consideración de una exención de responsabilidad penal por error de prohibición para el acusado. El *prospective overruling* es una compensación institucional de la admisión de la jurisprudencia como fuente del derecho para satisfacer la prohibición de establecer normas jurídico-penales *ex post facto*¹³.

La garantía de *lex certa* también puede ser entendida como una exigencia constitucional, pero tampoco requiere una consagración específica respecto de las normas penales. El mandato de determinación o la prohibición de vaguedad de las formulaciones de las normas por los poderes regulatorios es un principio de *fairness* fundamental del trato que el Estado da a las personas. Pertenece al diseño institucional del Estado de derecho¹⁴, o bien al derecho al debido proceso adjetivo (*procedural*), en el sentido de la jurisprudencia constitucional federal estadounidense¹⁵. Sin duda, una nueva constitución chilena debería contemplar disposiciones en este sentido. Con eso basta para el desarrollo de esta garantía por la jurisprudencia constitucional¹⁶.

¹³ De aquí que solo podría tener relevancia allí donde la formulación de la norma de comportamiento no está sujeta a la garantía de *lex stricta*, como es el caso de las causas de justificación: un cambio jurisprudencial adverso al interés del imputado por su efecto restrictivo del tipo de permisión es una alteración de estándares jurídicos que no se encuentran sometidos al sistema de fuentes de las normas penales. Pero –como lo enseñan las sentencias de 22 de noviembre de 1995 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *W v United Kingdom* y *CR v United Kingdom*– un cambio en ese nivel de referencia difícilmente puede aceptar la aplicabilidad de la formulación jurisprudencial preexistente. También aquí se deja integrar mejor como solución la consideración de un eventual error de prohibición indirecto (error de permisión).

¹⁴ Art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana; art. 9-1 de la Constitución de España.

¹⁵ LAFAVE, Wayne R., *Criminal Law*. California: West Publishing, 2017 (6ª ed.), pp. 134-142.

¹⁶ Naturalmente, el carácter penal de la consecuencia jurídica asociada a la realización del supuesto del hecho, unida a la afectación eventual de derechos que conlleva la investigación y el juicio penal, hace más relevante el imperativo de determinación de su formulación. Pero eso no exige un estándar constitucional especial o específico, porque la garantía de *lex certa*

En cuanto a la garantía de *lex propria*, también puede ser entendida como una exigencia constitucional, en dos sentidos diversos, ambos distinguibles del principio de legalidad penal: (i) como una restricción a las posibilidades de delegación que el legislador hace a la regulación por el ejecutivo, ya sea una delegación recepticia (es decir, delegación de potestad legislativa) o una delegación no recepticia (es decir, mera delegación de espacio para regular administrativamente), establecida a propósito de la regulación constitucional de la delegación; (ii) como una condición necesaria de legitimación de la afectación de un derecho fundamental específico, por ejemplo, de la libertad ambulatoria¹⁷. Lo primero es contextualmente dependiente de la forma de gobierno; lo segundo, no.

En ambos casos, es la regulación constitucional la que debe identificar las condiciones de validez de la delegación. La doctrina constitucional de la garantía de *lex propria*, conforme a la cual la norma legal debe proveer el “núcleo esencial” del supuesto de hecho y solo puede dejar al reglamento su “regulación complementaria”, es un error derivado de la confusión entre esa garantía y la garantía de *lex certa*.

Esa doctrina es analíticamente inconsistente, porque un mismo estándar no puede servir a la vez como criterio de determinación óptima o suficiente del supuesto de hecho de la norma penal y como criterio de admisibilidad del reenvío de la norma sancionatoria a otras disposiciones legales o reglamentarias para la identificación del respectivo supuesto de hecho. La razón es simple: una norma sancionatoria que efectúa un reenvío deliberadamente renuncia a determinar en todo o parte el supuesto de hecho, con cargo a su determinación por otra norma. Luego, es a esta otra norma, o bien a ambas en conjunto, a las que cabe aplicar el estándar de determinación óptima o suficiente del supuesto de hecho. Aplicarlo a la norma que efectúa el reenvío es absurdo.

Además, esa doctrina postula un criterio semántico allí donde es necesario un complejo regulativo de distribución de competencias. El caso paradigmático de aplicación de ese criterio –un catálogo reglamentario taxativo de instancias de la clase definida por el concepto legal– resulta inocuo desde el punto de vista de la distribución de competencias: si el concepto legal satisface la garan-

no puede ser más que un principio, en el sentido de un mandato de optimización. Al respecto, acertadamente: NAVARRO, Pablo; MANRIQUE, Laura, “El desafío de la taxatividad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (2005), N° 58, pp. 807-836.

¹⁷ Este es el lugar adecuado para el tratamiento de la legalidad de las medidas de seguridad (*supra*, nota 6). La privación de la libertad ambulatoria, por ejemplo, debe requerir justificación legal, ya sea que corresponda a la ejecución de una pena, medida de seguridad por hechos pasados o medida administrativa de pura protección prospectiva.

tía de *lex certa*, entonces el catálogo reglamentario o bien limita su campo de denotación, o bien es ilegal. Lo relevante son los casos de delegación que no corresponden a ese paradigma. Eso solo puede ser resuelto por la dogmática constitucional. Por más que le pese a la dogmática penal, no es asunto suyo. La diferenciación analítica que antes propuse sirve precisamente para poner esto de manifiesto.

El peor error al que conduce la confusión entre las garantías de *lex certa* y *lex propria* es el de considerar que la complementación de la ley penal en blanco por un reglamento es un problema institucionalmente equivalente al de la complementación de un tipo abierto o parcialmente indeterminado por la jurisprudencia. Desde el punto de vista del fundamento democrático quizás pueda afirmarse un paralelo, pero desde el punto de vista del fundamento liberal se trata de una antítesis. El reglamento, que es *lex scripta*, puede contribuir a la satisfacción de la exigencia de *lex certa* incrementando con ello la exigibilidad de la *lex stricta*. Todo eso en conjunto asegura la operatividad de la garantía de *lex praevia*. En otras palabras: desde el punto de vista del fundamento liberal lo que hace problemática la complementación jurisprudencial puede precisamente ser evitado mediante la complementación reglamentaria¹⁸.

V

¿Debe una constitución contemplar la cláusula de Tokio, esto es, una reserva de legitimidad para las fuentes no convencionales del derecho penal internacional¹⁹? Estimo que no. La comunidad política debe decidir bajo qué condiciones está dispuesta a ejercer como Estado el poder punitivo. Esas condiciones definen también su ejercicio conforme a la jurisdicción universal. Si somete su ejercicio a un principio constitucional de legalidad penal, no admitirá esas fuentes. Si no somete su ejercicio a ese principio constitucional, dejará al legislador la decisión de asociar o no el ejercicio de su jurisdicción penal que sea coincidente con el interés punitivo de la comunidad internacional al mismo sistema de fuentes bajo el cual ejerce su jurisdicción penal territorial. En ninguno de esos casos se trata de un asunto a ser regulado por una constitución coherente²⁰.

¹⁸ El desarrollo de estas ideas se encuentra en la monografía citada *supra*, nota 7.

¹⁹ Art. 7-2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; Art. 15-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Arts. 10 y 22-1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Art. 49-2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁰ Es pensable una tercera opción: una constitución que no someta el ejercicio del poder punitivo estatal a un principio constitucional de legalidad penal y que imponga al Estado el

VI

Como última cuestión cabe referirse al tratamiento constitucional del principio de *lex mitior*, esto es, el imperativo de aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable que entra en vigor con posterioridad a la perpetración del hecho. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos y la Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo consagran junto a la garantía de *lex praevia*. Entre uno y otro principio existe, sin embargo, una diferencia fundamental²¹.

La prohibición de aplicar la ley penal con efecto retroactivo tiene el carácter de un constreñimiento deontológico a la voluntad del legislador o del tribunal de tratar del mismo modo los hechos previos y posteriores al cambio legal, *aunque haya* razones pragmáticas que así lo justifiquen. En cambio, el imperativo de aplicar una ley penal con efecto retroactivo es un principio que limita la voluntad del legislador o del tribunal de tratar de modo distinto los hechos previos y posteriores al cambio legal, *siempre que no haya* razones pragmáticas que así lo justifiquen.

El tratamiento de la justicia transicional ha puesto de relieve que la operatividad de la garantía de *lex praevia* tiene presupuestos pragmáticos elementales que no son tematizados por las normas constitucionales. Pero dándose esos presupuestos —una premisa necesaria si el Estado constitucional de derecho es

ejercicio del poder punitivo en interés de la comunidad internacional, basado en el derecho internacional penal, prohibiendo al legislador una restricción de las fuentes de ese derecho. Esta es una decisión fundamental de política criminal, no una cuestión propia del principio de legalidad.

²¹ Esta idea la he desarrollado en BASCUÑAN, Antonio, “El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 23 (2015), pp. 11-68; también en: “El derecho intertemporal penal chileno y el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia* 26 (2017), pp. 168-217. La idea que defiendo corresponde por entero al modo en que la Corte Constitucional italiana ha entendido que el principio de *lex mitior* es un principio constitucional. Al respecto: MARINUCCI, Giorgio, “Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale”, en VASALLI, Giuliano (ed.), ob. cit. *supra* nota 7, pp. 77-90. La tesis de que el principio de *lex mitior* es una concreción más del principio de legalidad es insostenible. La doctrina que afirma esta tesis se remonta a un fundamento común tan indiferenciado —la protección de la libertad individual— que no puede justificarla sistemáticamente (la exposición canónica en España de esta perspectiva equivocada se encuentra en HUERTA TÓCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española De Derecho Constitucional* 39 [1993], pp. 81-114). En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien acudió al precepto relativo principio de legalidad penal para introducir el principio de *lex mitior* en el derecho europeo de los derechos humanos, en su decisión no deja dudas acerca de su diversidad de fundamento (*infra*, nota siguiente).

efectivo—, la garantía de *lex praevia* opera como regla inderrotable por cualquier otra clase de consideraciones pragmáticas.

En cambio, en el nivel constitucional el principio de *lex mitior* nunca puede operar con más conclusividad que la prohibición de trato discriminatorio derivada del principio de igualdad o la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad. Pues en el principio de *lex mitior* no es más que eso: la conjunción de ambos principios en la adscripción *prima facie* del efecto institucional de la abolición al cambio más favorable sobrevenido en la ley penal.

Con eso basta, no obstante, para entender que el principio de *lex mitior* implica una consecuencia categórica al imponer un estándar de congruencia: si el cambio legal expresa una nueva medida de valoración del merecimiento y/o necesidad de pena de un comportamiento, entonces desautoriza por excesiva la medida de valoración que expresaba la ley derogada. La ley desfavorable derogada no puede, por lo tanto, ser considerada como ley aplicable *por la sola razón* de haber estado vigente al momento del hecho²². Solo una razón de peso y distinta de esa consideración puede justificar el trato penal diferenciado. Pero puede haber una razón que así lo justifique sin arbitrariedad.

En ningún otro aspecto relativo al diseño institucional del poder punitivo del Estado se manifiesta de modo tan nítido la improcedencia de una constitucionalización de la regulación legal. La codificación penal se ha decidido, en general, por formular un imperativo categórico de aplicación con efecto retroactivo del cambio legal favorable, salvo por el caso de las leyes temporales²³. Eso implica

²² No obstante los reparos que pueda hacerse por otras consideraciones, en esto la formulación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es extraordinariamente elocuente: “Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant’s detriment the rules governing the succession of criminal laws in time. In addition, it would amount to disregarding any legislative change favourable to the accused which might have come in before the conviction and continuing to impose penalties which the State –and the community it represents– now consider excessive” (*Scoppola v. Italy* Nr. 2, Application N° 10249/03, sentencia de 17 de septiembre de 2009, § 108; las cursivas han sido añadidas).

²³ Hasta donde conozco, la excepción se encuentra en el art. 3º-1 del Código Criminal danés, que articula el derecho intertemporal penal de un modo muy particular: “§ 3 (1) Where the penal legislation in force at the time of the criminal proceedings in respect of any act differs from that in force at the time of the commission of that act, any questions concerning the punishable nature of the act and the punishment to be imposed shall be decided according to the more recent Statute, provided that the sentence may not be more severe than under the earlier Statute. If the repeal of the Statute is due to extraneous circumstances irrelevant to guilt, the act shall be dealt with under the earlier statute”. Disponible en: https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf. Como se puede apreciar, la primera regla ordena la aplicación *in actum* de la ley vigente al tiempo de la sentencia formando *lex tertia* con la ley vigente al tiempo del hecho en caso de haber sobrevenido un cambio legal

privar a los tribunales del poder para efectuar un trato diferenciado basado en razones de peso que así lo justifiquen. Pero esa es una regla que tiene el sentido de una distribución de competencias: el legislador se ha reservado el poder de dar un trato diferenciado a los hechos del pasado en caso de cambio legal favorable.

El establecimiento de una ley temporal es el caso paradigmático de ejercicio de ese poder que el legislador se ha reservado. En rigor, toda ley temporal es una ley especial: las circunstancias que se daban durante la perpetración de los hechos –implícitas en el establecimiento de un plazo de vigencia para la ley– justifican su trato penal más severo, aunque ellas ya no sigan dándose al momento de su juzgamiento. Nada quita que puedan darse otros casos que compartan esa consideración²⁴.

Transferir a la constitución la formulación del principio legal de *lex mitior* como imperativo categórico es tan absurdo como lo sería establecer una prohibición constitucional al legislador de establecer cualquier diferencia en el tratamiento de los hechos que regula. Por esta razón, su consagración constitucional tiene que ser condicional, no categórica.

De cualquier modo, la formulación constitucional del principio de *lex mitior* debe hacer referencia específicamente a la ley más favorable vigente al momento del juzgamiento del hecho. La aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable intermedia no puede basarse en el mismo fundamento, pues al momento

desfavorable. La segunda regla establece una excepción para el caso de que haya sobrevenido un cambio legal favorable debido a un cambio de circunstancias que no afecte la valoración de la medida de merecimiento y/o necesidad de pena del hecho cometido con anterioridad a ese cambio. Detrás de esta segunda regla parece encontrarse la distinción desarrollada durante la República de Weimar entre un cambio en la concepción del derecho (*Rechtsauffassung*) del legislador y un cambio de circunstancias como fundamento del establecimiento de la ley más favorable, con la consecuencia de que ella debe ser aplicada con efecto retroactivo solo en el primer caso (MEZGER, Edmund, “Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze”, *Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft* 42 [1926], pp. 348-383).

²⁴ Un buen ejemplo de una tal situación se encuentra en el artículo de Trine Baumbach que comenta el caso *Scoppola v. Italy N° 2* (*supra*, nota 22). Siguiendo una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, durante el *apartheid* de Sudáfrica estuvo vigente en Dinamarca desde 1977 una ley que hacía punible el transporte o comercio de armas con dicho país. Un autor de ese delito logró evadir la jurisdicción danesa refugiándose en Sudáfrica, desde donde no fue extraditado. En mayo de 1994, atendido el cambio de circunstancias en Sudáfrica, la ONU puso término el embargo de armas y fue derogada la ley danesa. Dinamarca logró finalmente la extradición del autor del delito y este solicitó su absolución invocando el principio de aplicación *in actum* conforme al art. 3-1 del Código Penal danés, que en sus resultados era idéntico a aplicar con efecto retroactivo la derogación de la ley por ser más favorable. Gracias a la segunda regla de esa disposición (*supra*, nota 23), fue posible la condena por aplicación de la ley derogada. Al respecto: BAUMBACH, Trine, “The Notion of Criminal Penalty and the Lex Mitior Principle in the Scoppola v. Italy Case”, en *Nordic Journal of International Law* 80 (2011), pp. 125-142.

de su aplicación por el tribunal ya no se encuentra vigente como medida menos gravosa de merecimiento y/o necesidad de la pena. Nada impide, naturalmente, que el legislador establezca su aplicabilidad por otros fundamentos.

VII

Tomando en consideración lo expuesto en las secciones anteriores, una propuesta para la consagración constitucional de la garantía de *nullum crimen, nulla poena sine lege* y el principio de *lex mitior* es la siguiente:

Nadie será penado o sancionado por actos u omisiones que durante su perpetración no eran constitutivos de delito o infracción según el derecho en vigor. Tampoco se impondrá pena o sanción más grave que la prevista en una ley vigente durante la perpetración del hecho²⁵.

Si la ley penal vigente al momento del juzgamiento fuere más benigna, se la aplicará también a los hechos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigor, a menos que ella disponga otra cosa sin arbitrariedad²⁶.

²⁵ La redacción de la primera oración –“el derecho”– proviene del derecho internacional, europeo y (latino)americano de los derechos humanos. La redacción de la segunda supone que el texto constitucional use el término “ley” en su sentido más estricto. Si ese no fuera el caso, podría usarse el término “ley” en la primera oración y tendría que usarse el término “ley aprobada por el Congreso” en la segunda oración.

²⁶ Como formulación alternativa podría usarse el fraseo de *Scoppola v. Italy N° 2* (*supra*, nota 22): “Si la ley penal vigente al momento del juzgamiento fuere más benigna no podrá aplicarse la ley penal que se encontraba vigente al momento de la perpetración del hecho por esa sola razón”.