

LOS EFECTOS EN EL SISTEMA CHILENO DE FUENTES DEL DERECHO PENAL DE LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DEL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

Roberto Navarro Dolmestch^(*)

RESUMEN

La primera parte de este artículo pretende determinar si los tratados internacionales que se incorporan al ordenamiento jurídico chileno modifican o alteran el sistema de fuentes del derecho penal. Para ello, es preciso tomar posición sobre la incorporación de los tratados internacionales, tema problemático por la inexistencia de una regulación intrínseca expresa de las consecuencias de dicha incorporación y efectuar un análisis crítico del sistema de fuentes del derecho penal para proponer una nueva concepción sobre él.

Derecho penal. Fuentes del derecho. Tratados internacionales. Constitución. Principio de legalidad.

ABSTRACT

This paper seeks to determine whether the international treaties received within the Chilean legal system modify, or alter, the system of criminal law sources. First, the general problem of the reception of international

(*) Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca. Abogado. Asesor Jurídico, Universidad Católica del Maule.

Artículo recibido el 18 de agosto de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 5 de marzo de 2004.
Correo electrónico: rnavarro@minpublico.cl

treaties into Chilean law is discussed. Second, a critical analysis of the sources of criminal law is undertaken, which seeks to articulate a new concept of it.

Criminal law. Sources of the law. International treaties. Constitutional. rule of law.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones recíprocas entre el derecho internacional convencional y el derecho penal interno puede hacer surgir, a lo menos, dos interesantes perspectivas de análisis: Desde una perspectiva dogmática penal, si los tratados internacionales pueden constituirse en fuentes del derecho penal a la luz de las exigencias impuestas por el principio de legalidad; y, desde una perspectiva política, el aporte del derecho internacional convencional al catálogo de derechos fundamentales con trascendencia penal (tanto sustantiva como procesal o instrumental). La primera de dichas perspectivas será analizada en este trabajo: El rol que pueden desempeñar los tratados internacionales dentro del sistema de fuentes del derecho penal a la luz del concreto ordenamiento jurídico chileno tomando como punto de partida el principio de legalidad.

2. ¿SON LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARTES DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO PENAL?

La valoración jurídico-constitucional de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del derecho chileno cambió a partir de la reforma constitucional de 1989¹ (ver *infra* § 2.4.1). Con lo anterior como supuesto, es posible abordar el interrogante original de este trabajo, en el sentido de determinar si los tratados internacionales pueden constituirse en fuentes del derecho penal.

La pregunta sobre el rol que los tratados internacionales desempeñan como fuentes del derecho penal interno chileno, obliga –en el plano teórico– a formular una referencia sistemática al sistema de fuentes del derecho penal en

¹ Sobre la gestación política de esta reforma constitucional, ver Andrade Geywitz, Carlos. 2002. *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. 2ª ed., Santiago de Chile, *passim*.

su conjunto, en la medida que la respuesta al interrogante inicial depende de una reformulación del contenido con que la dogmática ha dotado al sistema de fuentes. Como se verá enseguida, la configuración del sistema de fuentes se encuentra, en la dogmática penal chilena, determinada inexorablemente por el paradigma legalista, ampliando la función de definición garantista del principio de legalidad a ámbitos para los cuales este no ha sido diseñado. No debe pensarse –y valga la advertencia en este punto– que pretendo reclamar la ampliación de las fuentes del derecho penal a través de la violación del principio de legalidad (lo que sería jurídicamente imposible de fundamentar²); por el contrario, mi interés consiste en un reforzamiento de esta garantía fundamental de un sistema penal democrático a través de la determinación de su específico, pero no menos fundamental, campo de acción.

2.1 Punto de partida fenomenológico: *Obligaciones de penalizar contenidas en tratados y la renuncia a la función normativa incriminadora directa*

Es indispensable comenzar el análisis del tema propuesto, advirtiendo que, aunque parece haber una renuncia de los tratados a la función normativa incriminadora directa, un problema especialmente complejo lo representan las sí muy comunes obligaciones de penalizar contenidas en estos instrumentos.

Una completa visión fenomenológica del problema, consistente en la averiguación de si existen actualmente tratados incorporados al ordenamiento chileno que de hecho se hayan constituido en fuentes del derecho penal (respecto de normas de la primera especie) requeriría una revisión exhaustiva de los tratados, tarea que es sumamente compleja no solo por la gran cantidad de tratados, sino que también porque la determinación de si se encuentran o no vigentes requeriría un esfuerzo descomunal.

Sin embargo, creo que una revisión del núcleo duro de los tratados internacionales (aquellos que conforman los estrechamente vinculados a derechos humanos) podría proporcionar luces interesantes de analizar^{3, 4}. Ninguno de

² Cfr. el art. 19.3 de la Constitución, art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³ Debe sumarse, además, el análisis de Matus/Orellana.2001. "Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCVIII, pp. 93-113.

⁴ Algunos de estos tratados ratificados por el Estado de Chile son: La Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio; las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario (I.

estos tratados internacionales ha establecido delitos en el sentido estricto de la expresión, es decir, definiendo la conducta típica y atribuyéndole una específica consecuencia jurídica como pena, de modo que, hasta el momento, no contendría el ordenamiento jurídico chileno tratado alguno que contradiga la tesis de trabajo que trataré de demostrar en este estudio.

Sin embargo, es habitual encontrar en los tratados obligaciones de penalizar, más o menos desarrolladas, que es preciso analizar. Un ejemplo claro de esta técnica lo constituye la Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio que contiene la obligación para el Estado chileno, con arreglo a sus procedimientos internos de creación normativa, de adoptar “las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer *sanciones penales* eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio”. Esta misma Convención describe la conducta de genocidio (artículo II) y obliga a castigar no solo al autor de genocidio consumado, sino que también sus formas imperfectas, la complicidad en el genocidio, su instigación y la asociación para cometer genocidio.

En casos como el citado del genocidio, se requiere una norma interna de desarrollo del precepto externo, sin el cual el primero queda sin aplicación; sin embargo, y la omisión de dicho acto estatal desarrollador, puede generar responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de una obligación convencional de tipo internacional.

El primer problema que se plantea es: ¿a través de qué fuente formal debe ser desarrollada la obligación internacional de penalizar contraída por el Estado?. Y las respuestas posibles pueden ser, al menos, dos.

La primera respuesta, que esa materia queda entregada a regulación intrínseca al propio tratado, el cual podría o remitir a una autoridad específica dentro del

Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; II. Convenio para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; III. Convenio relativo al tratado debido a los prisioneros de guerra; y IV. Convenio relativo a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra); el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre la prohibición del uso, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción; Convención sobre la prohibición de desarrollo, producción, almacenamiento y uso de armas químicas y su destrucción; los Protocolos adicionales I y II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional y Convención sobre prohibición de cualquier uso hostil o militar de técnicas de modificación del ambiente.

Estado la obligación de desarrollo o asignar la obligación a las autoridades constitucional o internamente habilitadas. En el primer supuesto (el tratado radica la obligación de desarrollo en una autoridad determinada), si dicha radicación recae sobre el mismo órgano constitucionalmente habilitado, no existiría, en principio, objeción formal alguna. Sin embargo, si el tratado radicara la obligación de desarrollo en una autoridad no habilitada constitucionalmente para ello (como si le entregara al Ejecutivo la obligación de establecer un delito determinado), habría que subdistinguir si el cambio del órgano constitucionalmente es posible de efectuar por vía de tratado (y ahí estaríamos en presencia de una rehabilitación constitucional por vía de tratado); en cambio, si la rehabilitación no es posible por recaer sobre una norma comprendida en algún derecho fundamental, o el tratado no pudo haberse incorporado al ordenamiento interno –o de haber sido efectivamente incorporado–, creo que difícilmente nacería responsabilidad internacional del Estado por dejar de aplicar un tratado fundándose para ello en la vigencia de un derecho fundamental. Un ejemplo podrá probablemente clarificar lo anterior: supóngase que la Convención para la prevención del genocidio prescribiera que el Estado se obliga a sancionar el delito de genocidio, entendiéndose por tal conducta la que establezca el Ejecutivo o con la pena que al efecto señale esa misma autoridad interna. En este caso propuesto, el tratado estaría radicando en el Poder Ejecutivo la carga de desarrollar una obligación adquirida por vía convencional internacional. La pregunta relevante, entonces, es si esa radicación es compatible con la habilitación constitucional original. En cualquiera de los dos supuestos propuestos (desarrollo de la conducta o de la pena), la Constitución solo habilita al Congreso para dictar la norma que el tratado requiere, de modo que existe una incompatibilidad entre una habilitación constitucional original y la habilitación formulada en el tratado. Y dicha incompatibilidad hace surgir un nuevo interrogante: ¿cuál es la norma que cede en esta concurrencia normativa? Una primera respuesta diría que la norma interna debe ceder frente a la externa, por disponerlo así la Convención de Viena sobre derecho de los tratados; pero una segunda mirada atenta al problema puede indicarnos que la solución de la Convención de Viena no es tan fácilmente aplicable, considerando que la habilitación constitucional tiene como fundamento un derecho fundamental (el principio de legalidad penal), fundamento que puede invertir la respuesta inicial en el sentido de impedir la aplicación de la radicación del tratado, sin generarse responsabilidad internacional para el Estado en virtud del principio de la interpretación progresiva de los derechos fundamentales (*favor libertatis*), un principio de *ius cogens*.

La segunda respuesta consiste en que, a falta de regulación expresa del propio tratado, se aplican las normas internas sobre producción normativa que, en el caso chileno, el Congreso Nacional es el único órgano con capacidad de establecer delitos y penas a través de una ley.

Y sobre las obligaciones de penalizar contenidas en los tratados internacionales podrían ser predicables las mismas objeciones que respecto de los tratados que directamente contengan delitos y penas, con los fundamentos que paso a revisar.

2.2 Punto de partida de la dogmática chilena: la estructuración del sistema de fuentes desde el principio de legalidad y su reducción consecuencial

A mediados del siglo XX Del Río dedicó en sus **Explicaciones de Derecho penal** extensas páginas a resolver el problema de las *fuentes* del derecho penal en el sentido de si la determinación de sus límites o contenido “se agota en la ley penal vigente en cada época y cada medio, o si excede el texto de dicha ley”⁵, esfuerzo que, en la perspectiva de la Escuela Positiva italiana –a la cual Del Río adhería–, se orientaba a demostrar que el derecho penal no podría prescindir de otras *ciencias auxiliares* “llamadas a estudiar el delito, el delincuente y la reacción social *en toda su amplitud*”⁶.

Un debate actual sobre la ley penal y su rol como fuente del Derecho penal tiene un enfoque diferente, de tipo estrictamente normativo, ya que de lo que se trata es de determinar cuál es el conjunto de “las diversas objetivaciones de los procedimientos reconocidos como válidos en el seno de cada ordenamiento para crear nuevas normas jurídicas”⁷. Y en este sentido, a mi juicio, el tratamiento actual que la doctrina penalista chilena le dedica al tema está determinado por una comprensión restrictiva del concepto de fuente formal que la ha confundido con el principio de legalidad.

⁵ Del Río, Raimundo. 1945. **Explicaciones de Derecho penal**, t. II. Santiago de Chile, 1945, p. 159.

⁶ Del Río, R., **Explicaciones...**, cit., p. 215.

2.2.1 Planteamiento inicial: El diseño del sistema de fuentes del derecho penal a través del principio de legalidad

“[L]a única fuente del Derecho Penal Chileno es la ley, por expresa disposición constitucional”⁷ afirma perentoriamente Eduardo Novoa, afirmación que es habitual entre los penalistas chilenos⁸. Esta conclusión, solo parcialmente verdadera, da cuenta de una perspectiva tradicional de análisis que la dogmática ha empleado para dotar de contenido al sistema de fuentes del derecho penal. Esta perspectiva tradicional está caracterizada por la construcción del sistema de fuentes sobre la base exclusiva del principio de legalidad, método que asegura la obtención de una respuesta limitada e insuficiente que ha producido como consecuencia una concepción, a mi juicio, altamente restrictiva del concepto de fuente formal, con una obligada reducción consecencial de las posibles fuentes del orden penal. Este enfoque lleva en sí mismo una evidente contradicción, ya que parte afirmando que la norma fundamental del orden penal es que solo la ley es su fuente formal, pero esa norma está en el orden constitucional, es decir, fuera del orden penal, de modo que no logra comprenderse –en una perspectiva formal– cuál es la razón jurídica que autoriza a fundar el pretendido monopolio legal.

En esta perspectiva de explicación de las fuentes formales del derecho penal a través del principio de legalidad se inscribe Labatut, para quien la “fuente formal [del derecho penal] inmediata y única es la ley”¹⁰; y Etcheberry, por su parte, afirma que “como forma de concreción de la norma jurídica, no hay más fuente de derecho penal que la ley. Otras formas de concreción que

⁷ Cobo del Rosal/Vives Antón. 1996. **Derecho penal**, parte general. 4ª ed., Valencia, p. 123.

⁸ Novoa Monreal, Eduardo. 1995. **Curso de Derecho penal Chileno**, t. I. 2ª ed., Santiago de Chile, p. 112.

⁹ En este sentido, Politoff, para quien “La única fuente inmediata y directa del Derecho penal es la ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha dictado conforme a las exigencias materiales y formales de la Constitución” (Politoff Lifschitz, Sergio. 2001. **Derecho penal**, parte general I. 2ª. ed., Santiago de Chile, p. 77). Este autor analiza el tema de las fuentes del derecho penal a la luz de la ley penal y trata las demás fuentes formales a propósito del principio de legalidad.

Por su parte, Cury también reduce el análisis de las fuentes del derecho penal al estudio del principio de legalidad, aunque este autor distingue entre una fuente inmediata (la ley) y fuentes mediatas, es decir, “otros actos legislativos cuya jerarquía es inferior a la de la ley en sentido estricto, y aun el derecho consuetudinario” (Cury Urzúa, Enrique. 1999. **Derecho penal**, parte general, t. I. Reimp. de la 2ª ed., Santiago de Chile, p. 149).

En el mismo sentido de explicar las fuentes del derecho penal solo a través del principio de legalidad, Cousiño Mac-Iver, Luis. 1975. **Derecho penal chileno**, t. I. Santiago de Chile, p. 81.

¹⁰ Labatut, Gustavo, 1995. **Derecho penal**, t. I. 9ª ed., Santiago de Chile, p. 39.

suelen tener importancia en las demás ramas del ordenamiento jurídico, no son fuentes de derecho penal”¹¹.

2.2.2 *Intento de explicación del fenómeno: de la cultura legalista (formalista) al normativismo positivista*

Difícil parece ser la tarea de determinar las causas de este enfoque tradicional que trasciende las fronteras científicas chilenas. Pero es claro que el reclamo del monopolio exclusivo de la ley penal como fuente del derecho penal ha obedecido, en las diferentes épocas en las que se ha propuesto, a diversas motivaciones¹².

Creo que la confianza en un ejercicio legítimo de la potestad punitiva por el Congreso radica en la comprensión, aunque limitada, por la dogmática chilena de la separación entre derecho y moral: Es en el Congreso donde se expresa el pluralismo sobre el que se construye la sociedad y, por tanto, proporciona ciertas garantías de su ‘limitación’, afirmación que solo puedo dejar planteada como una hipótesis.

En la dogmática penal chilena decimonónica calaron las ideas de Beccaria, pero también las kantianas sobre la justificación de la pena. Asimismo, entre los autores chilenos hubo una recepción más que atemperada del paradigma liberal ilustrado de la separación entre derecho y moral¹³.

La expresión *principio de legalidad* aparece probablemente cerca de la mitad del siglo XX, ya que ni la influyente obra del constitucionalista Alcibíades

¹¹ Etcheberry, Alfredo. 1976. **Derecho penal**, t. I. 2ª ed., Santiago de Chile, *passim*, aunque tal posición podría ser comprendida porque a la fecha en que dicha obra fue escrita (1976), la Constitución Política de 1925, a mi juicio, había sido derogada (en contra de la derogación, Silva Bascuñán, Alejandro. 1997. **Tratado de Derecho constitucional**, t. III. Santiago de Chile, pp. 166-167).

¹² Así, la motivación contractualista de tipo humanitaria de Beccaria (Cfr. Beccaria, Cesare. 1994. **De los delitos y de las penas**. Ed. cast. trad. de Juan Antonio de las Casas, 7ª reimp., Madrid, *passim*) o la de coacción psicológica de Feuerbach (Cfr. Feuerbach, J.P.A.V. 1989. **Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania**. Ed. cast. trad. de la 14ª ed. alem. por Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires, p. 63).

¹³ Al respecto, Fuensalida, criticando la tripartición entre crímenes, simples delitos y faltas que formula el Código penal chileno, escribió: “La mendicidad, por ejemplo, si puede ser reprimida a nombre de la utilidad pública con penas de policía, de ningún modo puede ser castigada como delito, pues este presupone inmoralidad y un daño social i positivo, circunstancias que no concurren en la simple mendicidad. Por el contrario, los hurtos, las defraudaciones i engaños, hechos inmorales i voluntarios serán siempre delitos, aunque el legislador los haya penado como faltas, pues la cuantía de un daño causado no puede variar a naturaleza intrínseca de las acciones” (Fuensalida, Alejandro, 1883. **Concordancias i comentarios al Código penal chileno**. Santiago de Chile, pp. 5-6).

des Roldán de 1913 ni en la de Del Río de 1946 aún no se encuentra su referencia¹⁴.

Con todo, el “éxito” del principio de legalidad en la dogmática chilena puede deberse a que coincide plenamente con una cultura jurídica legalista (en el sentido formalista de la expresión)¹⁵, ¹⁶ que heredamos como país de reciente independencia cultural. Debe notarse que la perspectiva garantista del principio de legalidad no se afirmó por la dogmática chilena sino hasta bien avanzado el siglo XX¹⁷.

¹⁴ Roldán, Alcibíades. 1913. **Elementos de derecho constitucional de Chile**. Santiago de Chile, p. 151: “Para que pueda condenarse válidamente a alguien, se requieren dos circunstancias:

1.ª Que se le juzge con arreglo a las leyes; i

2.ª Que la condenación se funde en una lei promulgada con anterioridad al hecho que ha dado motivo al enjuiciamiento”.

¹⁵ Por ejemplo, Del Río solo dedica una referencia accidental a la ley penal cuando afirma que “El aspecto legal del Derecho Penal es, sin duda, el que ofrece menos dificultades, porque todos los autores están de acuerdo en reconocer como propia de esta disciplina la consideración de la ley”, lo que puede entenderse porque este autor adhiere a la Escuela Positivista italiana (Del Río, R., **Explicaciones...**, cit., p. 291).

Asimismo, en la obra de Luis Cousiño (1975) no está tan claramente presentada la perspectiva del principio de legalidad como una garantía, aunque es ya posible notar la tendencia a relacionar el análisis con la normativa constitucional (Cousiño Mac-Iver, L., **Derecho penal chileno**, cit., pp. 81 y sigtes).

¹⁶ Sobre las características culturales de los juristas y del modo de comprender el Derecho en Chile, ver Squella, Agustín (ed.). 1998. **La cultura jurídica chilena**. Santiago de Chile, en especial el documento base del trabajo del seminario que da cuerpo a la publicación colectiva escrito por el Prof. Squella que maneja como hipótesis que prevalece “la idea que considera a la ley como la suprema o superior fuente del derecho” (p. 34) y del trabajo del Prof. Bascuñán (“El concepto del derecho y el problema de las fuentes del derecho. Rol expresivo e instrumental del derecho en la sociedad” (pp. 55-66)) en el que demuestra la validez de la hipótesis.

También, Barros Bourie, Enrique. 1991. “Tensiones del derecho actual”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXVIII, pp. 9-23.

¹⁷ Fuensalida, el más importante comentarista del Código penal chileno del siglo XIX, no se refirió ni aun tangencialmente a la norma del inciso primero del art. 1 del Código penal chileno (Fuensalida, A., **Concordancias i comentarios...**, cit., 1883, *passim*). Asimismo, en 1901 Roberto Quijada, por ejemplo, aunque estima “esencial” al delito la condición de que esté penado en la ley, luego afirma que “Si hubiera un código en que no se penara el parricidio, ¿dejaría este de ser delito? No diríamos mas bien que el delito sí era tal, pero que la lei era imperfecta? Evidentemente, la esencia del delito no radica en la lei positiva. I, sin embargo, esta misma condición consignada en la lei chilena, aparece en casi todos los códigos que he podido consultar i la sostienen la jeneralidad de los tratadistas” (Quijada B., Roberto. 1901. **Comentario al artículo 1º del Código penal**, Santiago de Chile, pp. 14 y sigtes.). El autor justifica el uso a la ley, basándose en un argumento kantiano (necesidad que el delincuente conozca la amenaza del hecho para que comprenda la justicia de la pena) y en uno de coacción social.

Como, a mi juicio, acertadamente afirman Bustos/Caballero, esta norma del art. 1º del Código penal contiene “un límite, ahora de índole formal, y que se identifica con la reiteración en el nivel legal del

Esa cultura legalista puede ser también la razón para comprender la amplia difusión que el normativismo kelseniano ha tenido en Chile¹⁸ desde su formulación, en la medida que el principio de legalidad (al menos en el enfoque que la dogmática le ha dado) y esta teoría del Derecho coinciden plenamente. La influencia de la teoría de Kelsen sobre los juristas chilenos y, por ende, sobre los penalistas podría, a su vez, proporcionar elementos para justificar la aparición de la tendencia de vincular el principio de legalidad a las regulaciones constitucionales¹⁹, razón que no se encuentra en la constitucionalización del derecho penal²⁰.

nullum crimen nulla poena sine lege... Cuando el art. 1º agrega que, además de voluntaria, la acción u omisión ha de estar “penada por la ley”, se refiere a que tanto la pena como el delito han de estar previstos en la ley; previsión que es absolutamente concordante con lo establecido en el artículo 19 N° 3, inc. 7º, de la Constitución y el artículo 18 del Código Penal” (Bustos/Caballero, “Comentario a los arts. 1º a 4º del Código penal”, en Politoff/Ortiz (dirs.). 2002. **Texto y comentario del Código penal chileno**. Santiago de Chile, p. 58.

¹⁸ En este sentido, Ruiz-Tagle Vial, Pablo. 1991. **Revisión crítica del Derecho**. Santiago de Chile, p. 140.

¹⁹ La teoría normativista del Derecho ofrece, en todo caso, una estructura teórica sumamente provechosa para explicar el sistema de fuentes del derecho, siempre considerando el principio de legalidad, tarea que se abordará en los párrafos siguientes.

²⁰ A diferencia de lo que ha ocurrido en España e Italia, pero coincidente con la dogmática alemana (Tiedemann, Klaus. 1991. “Constitución y Derecho penal”. *Revista española de Derecho constitucional*, número 33, septiembre-diciembre, p. 147), la dogmática penal chilena se ha resistido a la constitucionalización del derecho penal.

La constitucionalización del derecho penal implica el reconocimiento de la eficacia normativa del texto constitucional y de su configuración como el lugar en el que se positiviza el conjunto de los criterios metajurídicos de justificación externa del orden penal (en este sentido, Ferrajoli, Luigi. 2000. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 4ª ed. cast., Madrid, pp. 213 sigtes).

Una manifestación de esta resistencia se concreta en la ausencia de análisis científico de las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, que “apenas sobrepasaba el tratamiento de una de esas cuestiones de rigor, más o menos ineludibles al momento de caracterizarse al primero y de distinguirlo de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que se refiere a aquellas con las que el Derecho punitivo guarda vínculos particularmente estrechos” (Guzmán Dálbora, José Luis. 1994. “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)”. *Anuario de filosofía jurídica y social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, p. 165). Esta perspectiva analítica e interpretativa ha generado como consecuencia –de tipo teórica, debe advertirse– un análisis parcial de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho constitucional. Una expresión extrema de esta posición es, por ejemplo, la de Novoa, para quien “frente al Derecho Constitucional, al igual que frente a todas las demás ramas constitutivas del Derecho, el Derecho Penal tiene las vinculaciones de su carácter sancionatorio” (Novoa Monreal, E., **Curso...**, cit., p. 48, el destacado es mío, R.N.), “asertos que revelaban cómo la consideración del problema [de las relaciones Derecho constitucional-Derecho penal] todavía no penetraba en el sistema de conocimientos de esta rama del Derecho [penal]” (Guzmán Dálbora, J.L., “Relaciones del Derecho penal...”, cit., p. 166).

En consecuencia, el enfoque doctrinario fundamental que existe sobre las relaciones con el Derecho constitucional se refiere solo a los principios constitucionales que sirven de límite a la potestad punitiva (como Garrido Montt, v. gr., para quien “Es en las constituciones donde corresponde esta-

La jurisprudencia interna en Chile tampoco parece haber recogido plenamente la perspectiva garantista del principio de legalidad²¹ o, al menos, lo han entendido en un sentido *relativo*²².

El Tribunal Constitucional ha tenido una oportunidad de referirse al principio de legalidad²³ y ha relativizado las exigencias que de él se derivan, ya

blecer los principios fundamentales que informan el derecho *penal objetivo*" (Garrido Montt, Mario. 1997. **Derecho penal**, parte general, t. I, Santiago de Chile, p. 153)) que, aunque en principio no es criticable, es ciertamente insuficiente, en la medida que se tiende a desconocer el desarrollo de la eficacia normativa de que está dotado el texto constitucional chileno.

Aunque tiene razón Tiedemann cuando afirma que "el orden de valores jurídico-constitucional y el orden jurídico-penal son espacios relativamente autónomos" (Tiedemann, K., "Constitución y Derecho penal", cit., p. 148), creo que no puede ello llevarse al extremo de o negar cualquier vinculación entre ambos órdenes o minimizar sus relaciones propias.

Muchos pueden ser los factores que ayuden a explicar este fenómeno, pero desde luego, la falta de legitimidad democrática de que adolece el texto constitucional chileno puede haber llevado a una parte de la doctrina, a modo de protesta silenciosa, a evitar introducir la Constitución en el análisis dogmático que ha llevado a Politoff, v.gr., a reclamar que una "Importante resonancia en el sistema penal debiera alcanzar en el futuro el principio de vinculación directa de la Constitución" (Politoff Lifschitz, S., **Derecho penal**..., cit., p. 24, el subrayado es mío, R.N.).

Y aunque la tarea política de acordar una nueva Constitución democrática está aún pendiente en Chile, tampoco puede desconocerse que el total déficit democrático del texto constitucional no es, hoy por hoy, predicable con el mismo grado de intensidad que al término de la dictadura militar en 1990 (Ver *infra*, nota al pie número 42. Sobre la originaria falta de legitimidad democrática de la Constitución, ver Cristi, Renato. 2000. "The metaphysics of constituent power: Schmitt and the genesis of Chile's 1980 Constitution". *Cardozo Law Review*, vol. 21, pp. 1766 sigtes; ídem. 2000. **El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad**. Santiago de Chile, pp. 77 y sigtes. Reconociéndole legitimidad democrática al texto, Blumenwitz/Gaete. 1981. **La Constitución de 1980. Su legitimidad**. Santiago de Chile, *passim*; Cea Egaña, José Luis. 1988. **Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales**. Santiago de Chile, pp. 39-40; implícitamente, Silva B., Alejandro. **Tratado**..., cit., t. III, pp. 195 ss. Una reseña con exclusivo valor expositivo sobre el proceso de imposición de la Constitución, en Andrade Geywitz, Carlos. 1988. **Génesis de las Constituciones de 1925 y 1980**. Santiago de Chile, pp. 51 y sigtes.).

²¹ A diferencia de la jurisprudencia del sistema americano de protección del derechos fundamentales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado: "La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad" (sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 30.5.1999, caso *Castillo Petrucci y otros*).

²² "La reserva de ley, de ley constitucional, etc., es "absoluta" cuando la exclusión de la fuente inferior sea total, mientras que es "relativa" cuando la fuente inferior puede intervenir en la materia a condición de que mediante la fuente superior se establezcan los principios generales a los que ella debe ajustarse" (Pizzorusso, Alessandro. 1989. "Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989(3), pp. 269-321(280)).

²³ STC causa rol 24, de 4.12.1984.

que en la doctrina de este Tribunal, la garantía de la legalidad penal no le exige al legislador la definición exhaustiva de la conducta típica y de la naturaleza y cuantía de la pena aplicable, sino que solo establezca el “núcleo esencial” de la conducta, es decir, unos márgenes dentro de los cuales un acto administrativo posterior pueda completar el contenido de la incriminación y de su consecuencia. “La circunstancia que en el artículo 25 del proyecto [de ley] se deje entregada al Reglamento la misión de pormenorizar las substancias o drogas a que se refiere la norma rectora en nada se contrapone con la preceptiva constitucional, ya que no podrá incluirse en el citado Reglamento, lícitamente, ninguna substancia o droga que no quede comprendida dentro de aquellas que genéricamente se indican en ambos incisos del artículo 1° del proyecto de ley” (considerando quinto), ha declarado el Tribunal. Coincidente con esta doctrina ha sido la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema²⁴, aunque ha ido más allá al declarar que “La exigencia de una descripción absoluta, total y perfecta, dejaría de comprender muchas conductas semejantes, al margen de la intención del legislador, siendo que las figuras abarcan un grupo de hechos o actuaciones similares” (considerando sexto).

2.3 Reconfiguración del sistema de fuentes del derecho penal

Creo que un replanteamiento del tema de las fuentes del derecho penal es necesario porque una correcta comprensión del catálogo de fuentes proporcionará las necesarias respuestas al interrogante inicial sobre si pueden los tratados internacionales ser fuentes del derecho penal.

La insuficiencia de las explicaciones tradicionales sobre el sistema de fuentes del derecho penal en la dogmática está determinada, en mi opinión, porque se ha desconocido que el orden penal no solo está compuesto por normas que establecen delitos y penas, sino que también por otras que establecen “excusas” o “permisos”, normas sobre la aplicación de otras normas, etc. De esta forma, el principio de legalidad (en tanto norma sobre la normación) tiene un rango de aplicación limitado solo a una de las especies de normas.

²⁴ Cfr. SCS de 26.01.1988, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1988, t. LXXXV (en www.microjuris.com, abril de 2003).

2.3.1 Las tres especies de normas que componen el orden penal

El derecho penal no solo está constituido por normas que establecen delitos y penas, aunque una comprensión simplista de ese orden de protección jurídica pueda conducir a una tal afirmación. Por el contrario, el conjunto de normas sobre los que se construye el derecho penal es más bien complejo²⁵, en el sentido que junto a las normas que fundamentan la pena existe también otro conjunto cuya función es precisamente la inversa: restar fundamento a la pena, a través del establecimiento de causales de justificación, de exculpación, excusas legales absolutorias, causales de levantamiento de la pena, etc. De esta forma, para efectos de establecer el catálogo de fuentes del derecho penal pueden distinguirse tres especies de normas: a) La primera, compuesta por las normas penales que fundamentan la pena (núcleo duro del derecho penal); b) La segunda categoría está compuesta por las normas que le restan fundamento a la pena; y c) Y una tercera categoría, integrada por normas que tienen una función instrumental a cualquiera de las dos anteriores especies, es decir, normas sobre aplicación de las normas de la primera y segunda especies.

Ejemplos de la primera especie son, en el Código penal chileno, la casi totalidad de las normas de los Libros Segundo (“Crímenes y simples delitos y sus penas”) y Tercero (dedicado a las faltas), además de una gran cantidad de las comprendidas en la parte general de dicho *corpus*, como el art. 12 (circunstancias agravantes), las que regulan su determinación legal y las escasamente contenidas sobre su ejecución. Ejemplos de la segunda especie, es decir, normas que le restan fundamento a la pena, son, a vía de ejemplo, las causales eximentes contempladas en el art. 10 del Código penal, las atenuantes generales de responsabilidad del art. 11, el art. 8 que hace no punibles, por regla general, los actos preparatorios, el art. 9 en virtud del cual las faltas solo se sancionan cuando están consumadas y el art. 489 que establece la excusa absolutoria para ciertos grados de parentesco en alguno de los delitos contra la propiedad, entre otras. Por último, pueden mencionarse como ejemplos de la

²⁵ Antolisei distingue, junto a las *norme incriminatrici*, las *norme integratrici* o *di secondo grado*. Las primeras son las provistas de precepto y sanción que “determinan el contenido del delito, esto es, indican los elementos de un hecho prohibido por la ley y fijan la sanción correspondiente”, mientras que las segundas –las integradoras o de segundo grado– “están destinadas a precisar o limitar el alcance de otras normas o a regular la aplicabilidad” (Antolisei, Franceso. 1997. **Manuale di Diritto penale, parte generale**. 14ª ed. it., Milano, pp. 51-52). He preferido no seguir idénticamente esta bipartición, porque creo que ella no da cuenta precisamente de las necesidades explicativas que más abajo se realizan.

tercera especie de normas (aquellas sobre aplicación de otras normas), las relativas a la individualización judicial de la pena, las que regulan los concursos, la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, etc.

Sobre la base de esta diferenciación que reconoce tres especies de normas puede comprenderse de mejor forma el sentido de estas sobre la normación presentes en el ordenamiento jurídico chileno. Es en este punto donde el principio de legalidad puede desempeñar su importante papel como norma fundamental sobre la normación en el derecho penal.

2.3.1.1 Primera especie de normas penales: la ley penal como regla de clausura (función de garantía del principio de legalidad (ley penal en sentido estricto)) y la ampliación 'hacia arriba' del sistema de fuentes

En este sentido, no cabe duda alguna que el principio de legalidad desarrolla su ámbito de protección frente a la acción estatal respecto de las normas de la primera especie, es decir, respecto de las normas que fundamentan la pena. En otras palabras, el principio de legalidad actúa como un límite de las fuentes formales del derecho penal, ya que solo a través de la ley pueden establecerse válidamente delitos y penas. Esta conclusión no solo se fundamenta en el tenor literal de las disposiciones concurrentes²⁶, sino que también en la función de garantía del principio de legalidad.

Desde la perspectiva formal de construcción del ordenamiento jurídico penal, el principio de legalidad significa dos cosas: *a)* En primer lugar, que el proceso de creación del derecho penal se cierra a las normas inferiores y limita las posibilidades jurídicamente consideradas de contenido de las sentencias judiciales, y *b)* En segundo lugar, que la regla de clausura en materia de normas de esta primera especie se ubica en el nivel normativo de la ley.

En el Derecho en general el proceso de creación normativa no se agota en la ley, sino que existen fuentes ubicadas en niveles normativos inferiores a ella. En el caso del derecho penal, en cambio, y respecto de las normas de la primera especie, el principio de legalidad cierra el proceso de creación normativa en la ley al prescribir que *solo* ella puede establecer delitos y penas (no interesa en este punto la forma en que debe hacerlo, es decir, las condiciones

²⁶ Ver nota al pie número 2.

materiales del principio de legalidad). De esta forma, el proceso de creación de normas penales que fundamentan la pena se termina en la ley.

Asimismo, desde la teoría normativista, el derecho penal ofrece una posibilidad de apreciar en él, con una claridad que otras áreas del Derecho no permiten, la pretendida plenitud hermética del sistema normativo²⁷, en cuya consecuencia, Alchourron/Bulygin afirman la existencia de una *regla de clausura* que comprende todos los casos que pueden presentarse y que, por definición, deben tener correlacionados una solución, regla que consiste en la permisión de todo lo que no está prohibido²⁸.

La *regla de clausura*, que se deriva del principio de prohibición, se expresa, al menos, en una versión débil (en el sentido de 'no prohibido')²⁹, en que todo lo que no esté "prohibido" por la norma jurídica, está permitido. En el derecho penal, la ley penal expresa taxativamente todas las conductas prohibidas (en sentido amplio) y, en virtud de esta regla, respecto de todas las demás, podría derivarse su permisión. Así, está prohibido matar a otra persona (art. 391, delito de homicidio), pero como no existe un tipo penal que sancione las infidelidades entre los novios, la conducta "serle infiel a la novia" estaría permitida (versión débil de la prohibición), al menos para el derecho penal.

²⁷ "[E]l orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto la imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habría cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida" (Kelsen, Hans. 1960. **Teoría pura del Derecho**. 1ª ed. cast., trad. de Roberto Vernengo de la ed. alemana de 1960, Ciudad de México, p. 254). En otra obra, Kelsen afirma que "El orden jurídico no puede tener lagunas. (...) La teoría de las lagunas de la ley constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar" (Kelsen, Hans. 1995. **Teoría general del Derecho y del Estado**. 5ª reimp. 2ª de la ed. cast., trad. de Eduardo García Máynez, Ciudad de México, pp. 174-176).

²⁸ Alchourron/Bulygin. 1993. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires, 2ª reimp., pp. 177 sigtes.

²⁹ Alchourron/Bulygin. **Introducción a la metodología...**, cit., pp. 177 sigtes.: "La versión débil del Principio no clausura el sistema, y es perfectamente compatible con la existencia de lagunas. En efecto, laguna es un caso que el sistema no correlaciona con *ninguna* solución. Por consiguiente, no lo correlaciona con la solución "Prohibido p", y si no lo correlaciona con la prohibición de p, entonces p no está prohibido en ese caso (...). Pero si p no está prohibido, ello significa que está permitido en el sentido débil; por lo tanto, laguna es un caso en que p está permitido en el sentido débil (y no lo está en el sentido fuerte). Esto demuestra que la permisión débil, no solo es compatible con la laguna (...), sino que es implicado por este último, aunque no lo implica" (p. 178).

La regla de clausura encuentra en el derecho penal una consagración legal que transforma su versión débil en una versión fuerte o reforzada: si el delito es *toda* acción *penada* por la ley (art. 1º Código penal), las acciones no penadas por la ley no son delito y, por tanto, nunca constituirán en sí mismas el sustrato fáctico de la aplicación de una pena. El reforzamiento de la permisividad de las conductas no prohibidas por un tipo penal se demuestra en que una norma similar no está presente en el derecho privado³⁰. En otras palabras, si según la regla de clausura del Derecho en virtud de la cual se “permiten todas las conductas no prohibidas por el sistema penal, es decir, autoriza a inferir la permisión de una conducta (...) si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta”³¹, en el derecho penal la permisividad de p en q no se infiere, sino que está formalmente prevista en una norma intrínseca al propio sistema, es decir, las conductas no prohibidas están –para el derecho penal– formalmente autorizadas. Es decir, el derecho penal es por antonomasia un *sistema normativo cerrado*^{32, 33}.

Ahora bien, si el principio de legalidad corta el proceso de creación normativa hacia fuentes inferiores a la ley respecto de la primera especie de normas que componen el orden penal (normas que fundamentan la pena) surge el interrogante si esa prohibición es extensiva hacia el primer nivel normativo que es superior a la ley en la ordenación jerárquica de las fuentes, es decir, a la Constitución. En este sentido, solo desde la perspectiva formal de estructuración del sistema de fuentes, el principio de legalidad entrega dos respuestas contradictorias, de modo que no responde el interrogante. De esta forma, el principio de legalidad en su sentido formal, como se ha analizado hasta ahora, puede fundamentar: a) Que la limitación de los procesos de creación normativa penal solo opera desde el nivel normativo legal hacia los inferiores, pero no hacia los superiores; o b) Que la creación de las normas penales que fundamentan la pena se ha entregado exclusivamente a la ley penal, interpretando el término *ley* en sentido estricto, excluyente de la Constitución. Ante esta no-

³⁰ El Código civil no prescribe que las personas pueden celebrar cualquier negocio jurídico que no esté prohibido por la ley, o que solo puedan celebrar aquellos regulados expresamente en la ley, o que los negocios no regulados por la ley civil carecerán de cualquier efecto.

³¹ Alchourron/Bulygin, *Introducción a la metodología*..., cit., p. 198.

³² Alchourron/Bulygin, *Introducción a la metodología*..., cit., pp. 196 sigtes.

³³ Desde una perspectiva material –que trasciende los límites de este trabajo– el principio de legalidad requiere de concreciones auxiliares que actúen como su garantía: prohibición de la retroactividad *in malam partem*, prohibición del recurso a las técnicas de integración, necesidad de la certidumbre y escrituración de la ley penal incriminadora, etc.

respuesta al interrogante, todo parece indicar que deberá acudir a criterios materiales de solución. En todo caso, la Constitución chilena no establece delitos, aunque podría contener discutibles obligaciones de penalizar³⁴.

2.3.1.2 Segunda especie: ampliación 'hacia abajo' del sistema de fuentes

La segunda especie de normas penales está compuesta por aquellas normas que le restan fundamento a la pena, tal como se señaló antes. Sobre estas normas, el principio de legalidad no desarrolla su efecto regulador de la normación, por lo que esta segunda especie se regula por las normas generales.

Así, respecto de esta especie de normas el sistema de fuentes del derecho penal se amplía cuantitativa y cualitativamente, porque ella considera a los actos administrativos, a las regulaciones de las agencias descentralizadas e incluso comprende a los actos jurídicos privados (contratos y acuerdos colectivos). Respecto de esta segunda especie de normas, el sistema de fuentes del derecho penal no difiere en absoluto del de las otras ramas del ordenamiento jurídico.

El enfoque restrictivo tradicional con la doctrina aborda las fuentes del derecho penal, deja fuera del análisis dogmático esta otra parte, constituidas por todas las normas que se ubican en un nivel jerárquico inferior a la ley, sin el cual no tendría sentido, por ejemplo, la justificación de obrar en ejercicio legítimo de un derecho que puede estar contenido en una norma administrativa, e incluso, en un contrato.

El fundamento de la ampliación del sistema de fuentes respecto de las normas de esta segunda especie se encuentra en que ellas, al no servir de fundamento a la pena, no producirán restricciones de derechos fundamentales, tal como lo hacen las normas de la primera especie: "por analogía no se puede extender la pena de un caso a otro: por analogía se debe extender de un caso a otro la excusa"³⁵, sentenció Carrara.

³⁴ Al respecto, ver Matus, Jean Pierre. 1996. "Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales". *Universum*, Universidad de Talca, año 11, pp. 123-132.

³⁵ Carrara, Francesco. 1956-1967. **Programa de Derecho criminal**. Ed. cast. trad. por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, §890.

2.3.1.3 Tercera especie: Efecto irradiante del principio de legalidad

Sobre esta tercera especie no puede establecerse una fórmula de carácter general, ya que, como estas son instrumentales a normas de la primera o de la segunda especie, el principio de legalidad influirá sobre ellas en la medida que se relacionen con normas que fundamenten la pena; si se relacionan con normas que le restan fundamento, no les alcanza el principio de legalidad.

2.4 Los tratados internacionales

La reformulación del sistema de fuentes del derecho penal antes propuesta en función de la distinción entre las tres especies de normas genera el interrogante sobre el alcance del principio que solo la *ley* puede establecer delitos, específicamente respecto de los tratados internacionales: ¿pueden constituirse como fuentes del derecho penal respecto de las tres categorías de normas? ¿Puede considerarse –a la luz del ordenamiento jurídico chileno– a los tratados internacionales dentro de la expresión *ley*? En otras palabras, corresponde ahora abordar el problema sobre el rol que los tratados internacionales pueden desempeñar dentro del sistema de fuentes del derecho penal.

Las respuestas a estos interrogantes requiere de un pronunciamiento sobre dos problemas previos: *a)* el de la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno chileno –si es que efectivamente lo hacen–; y *b)* el de la ubicación que estos tratados pasarían a ocupar dentro de él –si es que les es aplicable el principio de jerarquía normativa–. La necesidad de este pronunciamiento no solo surge porque sobre el particular poseo una opinión no coincidente con la de una parte de la doctrina, sino porque además muchas de las conclusiones a que arribe más adelante requieren como presupuesto esta precisa concepción sobre el valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno chileno.

2.4.1 Antecedentes previos sobre la estructura del ordenamiento jurídico chileno

La comprensión de la problemática que se ha generado en los últimos trece años a propósito del rol que cumplen los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico, requiere de una breve referencia previa al diseño del sistema de fuentes del Derecho que contenía la Constitución de 1980 en su versión original y cómo él se ha modificado, a partir de la reforma introducida a la Constitución en 1989, tema al que se refieren los siguientes dos apartados.

2.4.1.1 Sentido original de la Constitución de 1980: diseño de un ordenamiento jurídico interno hermético e impermeable al derecho internacional

El texto original de la Constitución política impuesta por la dictadura militar en 1980 contiene el diseño de un ordenamiento jurídico que se caracteriza por el *hermetismo normativo interno* y, desde una perspectiva externa, por la *impermeabilidad* frente al derecho internacional. El texto constitucional no contiene un reconocimiento –ni aun una mención– a la comunidad internacional y dedica solo dos escuetas normas de su articulado a una regulación formal sobre los tratados internacionales (32.17 y 50.1 de la Constitución), y una tercera (art. 82.2) que establece un procedimiento facultativo de revisión de la constitucionalidad de un tratado cuya aprobación o rechazo está pendiente por el Congreso Nacional. En otras palabras, el desinterés del poder constituyente³⁶ por el derecho internacional se demuestra en la ausencia en el texto original de la Constitución chilena de una regulación sobre los presupuestos de la cesión de la potestad de determinar las condiciones de validez de las normas a órdenes externos que emanan de órganos de producción normativa que se desenvuelven en la comunidad internacional. La pobreza normativa original era, de todas formas, la indispensable para que el Estado pudiera ratificar tratados internacionales cuyo contenido (generalmente comercial o de colaboración interestatal) no significaba la modificación de las estructuras internas ni la adecuación de estas a unas nuevas realidades internacionales, las que solo se presentaron como medios de lograr la reinserción de Chile en la comunidad internacional³⁷ o cuando esta exige de los estados un compromiso con la protección universal de bienes comunes a la Humanidad³⁸.

³⁶ Ejercido por la junta de gobierno compuesta por los comandantes de las Fuerzas Armadas. En este sentido, Cristi, Renato, "The metaphysics...", cit., pp. 1772 y sigtes.

El 11 de septiembre la junta de gobierno dicta el decreto ley núm. 1 por el que declara que los comandantes de las Fuerzas Armadas "se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el *Mando Supremo de la Nación...*", expresión que, como posteriormente fue aclarada, significaba que "La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo" (art. 1, decreto ley núm. 128, de 16.11.1973).

³⁷ Piénsese, por ejemplo, en los sistemas jurisdiccionales supranacionales. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos solo fue ratificada por el Estado de Chile en 1991 (decreto promulgatorio publicado en el Diario Oficial de 05.01.1991). En el instrumento de ratificación, el Gobierno de Chile reconoce la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero solo referido a "hechos posteriores a la fecha del depósito (...) o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990".

³⁸ Como ocurre con la Corte Penal Internacional, convención que Chile no ha podido ratificar porque el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho tratado (STC, rol 346, de 08.04.2002). El análisis de esta sentencia, aunque interesante, excede los límites de este trabajo, porque, aunque ella da cuenta de posibles lesiones al principio de legalidad, se refiere a la perspectiva de la legalidad *jurisdiccional* y no a la legalidad penal que es a la que se refiere este trabajo.

Este diseño original puede comprenderse, desde una perspectiva política, porque los redactores del texto constitucional chileno se inspiraron en las concepciones políticas de Schmitt³⁹, y, por tanto, en la idea tradicional de soberanía de corte schmitteana con que se inicia el siglo XX, la cual llevaba implícita los principios de *exclusión* y *beligerancia*⁴⁰, en virtud de los cuales, “El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el “todo” para pasar a ser simplemente una parte de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad”⁴¹.

2.4.1.2 La modificación del diseño constitucional original: la incorporación de los tratados internacionales

Aunque no con la profundidad que una parte de la doctrina constitucionalista ha pretendido, es innegable que el diseño constitucional original fue modificado sustancialmente a partir de la reforma introducida al texto constitucional en el año 1989⁴², y específicamente, al art. 5° de la Constitución chilena (por la incorporación al inciso segundo de una frase final), rompiéndose la impermeabilidad con que había sido diseñado el sistema jurídico y aumentándose la posibilidad de recurrir a otras fuentes del derecho para configurar el catálogo de derechos fundamentales. A partir de esta reforma, todos los órganos estatales (incluidos los tribunales, principales destinatarios de esta modificación⁴³) quedaban obligados a promover y respetar no solo los derechos recogidos formalmente en el texto constitucional, sino que también aquellos contenidos en fuentes formales externas, los tratados internacionales⁴⁴.

³⁹ Cristi, Renato, *El pensamiento político...*cit., pp. 101 y sigtes. En este trabajo y en el citado en nota al pie núm. 36, Cristi demuestra la influencia de Schmitt en Jaime Guzmán, quien fue a la junta de gobierno (y al general Pinochet), lo que Schmitt fue a Hitler.

⁴⁰ Zagrebelsky, Gustavo. 1999. *El Derecho dúctil*. Madrid, p. 10.

⁴¹ Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, cit., p. 10.

⁴² “Si la constitución de 1980, ahora vigente en Chile, tiene legitimidad democrática, se debe al plebiscito realizado en 1989, después de la derrota electoral de Pinochet en 1988” (Cristi, “The metaphysics...”, cit., p. 1775, la traducción es mía, R.N.), reformas que le han entregado una legitimidad, a mi juicio provisional, al texto constitucional.

⁴³ En este sentido, Cumplido, Francisco. 1997. “Los tratados internacionales y el artículo 5° de la Constitución”. *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, núm. 2, pp. 96-97.

⁴⁴ Una situación similar a la chilena es la que se presenta en el sistema constitucional brasileño, porque tampoco contiene una regulación expresa de la ubicación que los tratados (sobre derechos fundamen-

Se rompía, de esta forma, el hermetismo normativo interno de la Constitución original y se abría la puerta al derecho internacional, conclusión a la que no puede oponerse como objeción la idea de soberanía sobre la que se redactó el texto Constitucional porque el texto constitucional adquiere total autonomía de sus redactores, en la medida que este no puede quedar atado a las vivencias y decisiones de un grupo fijadas temporal y espacialmente, más aún cuando quienes participaron en la redacción del texto constitucional carecieron de cualquier legitimidad democrática⁴⁵. Por el contrario, los tiempos han corrido y las nuevas realidades han planteado la necesidad de revisar esa concepción clásica de la soberanía propia del estado tradicional⁴⁶, proponiéndose el abandono de las categorías rígidas propias del derecho público, como hasta las habíamos comprendido, y la comprensión de la Constitución democrática como un entramado normativo que debe fundarse en el pluralismo; en este sentido, la "Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un "compromiso de posibilidades" y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo"⁴⁷. Y como pone de manifiesto Resquejo Pages⁴⁸, esta nueva versión "constitucional" del Estado necesi-

tales) pasan a ocupar dentro del sistema de fuentes. A pesar de esa falta de regulación la doctrina (en lo que parece haber consenso) ha llegado a una situación similar a la de los sistemas que sí aplican expresamente el principio de jerarquía normativa a los tratados, sobre la base de la redacción del §2º del art. 5º de la Constitución brasileña de 1988 ("Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros que emanan del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federal de Brasil sea parte" (la traducción es mía, R.N.)). En este sentido, Oliveira Mazzuoli, Valerio de, "Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro". *Revista do Instituto de pesquisas e estudos*, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, número 33, pp. 43-86(63-71).

⁴⁵ Al respecto, ver la postura de Atria que, sobre la base de la forma de gestación de la Constitución, niega cualquier valor, incluso interpretativo, a las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), extensible también, ciertamente, a la opinión y concepciones de sus redactores. La crítica se formula de la siguiente forma: En primer lugar, porque desde una perspectiva jurídica, dichas actas no se encuentran dentro del sistema de fuentes formales del derecho y, por ende, no están dotadas de eficacia jurídica vinculante; en segundo lugar, como argumento político, quienes integraron dicha comisión no lo hicieron con un título democrático y así es también su resultado; y en tercer lugar, como objeción dogmática, que el recurso constante a las actas de la CENC ha provocado un estancamiento en el desarrollo de la dogmática constitucional (Atria, Fernando. 1997. **Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional**. Cuadernos de análisis jurídico núm. 36, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 18 y sigtes.).

⁴⁶ Ver Quinzio Figueiredo, Mario, "Internacionalización de los derechos humanos. Fin del mito de la soberanía nacional". *La Semana Jurídica*, número 24, pp. 5-6.

⁴⁷ Zagrebelsky, G., **El Derecho dúctil**, cit., 14.

⁴⁸ Requejo Pages, Juan Luis. 1992. "En torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español". *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 34, pp. 41-66.

ta despersonalizar la soberanía, extrayéndola de los órganos individuales o colectivos (Corona, Parlamento o Congreso, según corresponda) –como garantía de la defensa de la libertad– para situarla extramuros del ordenamiento jurídico; la soberanía se radica en una abstracción: “la soberanía no pertenece a nadie, sino a algo: al conjunto del ordenamiento jurídico”⁴⁹.

2.4.2 Incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico chileno

A partir de la reforma introducida en 1989 al artículo 5.º de la Constitución y del recurso cada vez más común al sistema regional de protección de derechos humanos en que Chile se encuentra inserto, el tema de la incorporación de los tratados al derecho interno ha pasado a ocupar la atención de la doctrina chilena. Como lo he afirmado antes, un primer problema previo es el relativo a la conclusión jurídica que los tratados internacionales constituyen fuentes del derecho –incorporación o recepción de los tratados. De esta forma, la pregunta sobre el rol de los tratados dentro del sistema de fuentes del derecho penal supone la conclusión que ellos se integran o forman parte del sistema de fuentes del derecho en general⁵⁰.

La incorporación y el valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno (es decir, las *relaciones* entre ambos órdenes normativos) necesitan de un conjunto de previsiones normativas que indiquen la forma de la *incorporación* y la forma en que las normas externas se relacionan con las demás fuentes del Derecho, estos aspectos pasan a ser aspectos problemáticos –en general, en cualquier ordenamiento jurídico– o porque las soluciones que al respecto entregan el derecho internacional y el derecho interno son incom-

⁴⁹ Requejo Pages, J.L., “En torno a la posición...”, cit., p. 42.

⁵⁰ A pesar de esta parquedad, parece existir consenso en la doctrina en que los tratados internacionales sí constituyen fuentes del derecho en general. En este sentido, Pacheco Gómez, Máximo. 1990. **Teoría del Derecho**. 4ª ed., Santiago de Chile, pp. 339 y sigtes.; Hübner Gallo, Iván. 2002. **Introducción al Derecho**. 7ª ed., Santiago de Chile, pp. 157 y sigtes.; Bustos Valderrama, Crisólogo. 1994. “Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley”. *XXV Jornadas chilenas de Derecho público*, t. III, Valparaíso, p. 189; Villavicencio Miranda, Luis. 1998. **La Constitución y los derechos humanos**. Santiago de Chile, pp. 73 y sigtes.; Silva Bascuñán, Alejandro. 1997. **Tratado de Derecho constitucional**, t. IV. 2ª ed., Santiago de Chile, pp. 104 y sigtes.; Nogueira Alcalá, Humberto. 1997. **Dogmática constitucional**. Talca, pp. 30 y sigtes.; Molina Guaita, Hernán. 1998. **Derecho constitucional**. 4ª ed., Concepción, p. 8; Squella Narducci, Agustín. 2000. **Introducción al Derecho**. Santiago de Chile, pp. 242 y sigtes.

patibles o porque el derecho interno no entrega solución alguna o no adopta la propia del derecho internacional^{51, 52}. En el caso chileno, el conflicto no se genera por falta de una solución (que sí existe, aportada por el derecho internacional), sino porque dicha respuesta no ha sido suficientemente desarrollada por el derecho interno; lo que en muchos casos hace producir una completa pérdida de la pretendida sistematicidad del ordenamiento jurídico. Debe comprenderse que la solución del derecho internacional –que puede expresarse en la *preeminencia* de la norma *externa incorporada* sobre cualquier otra norma interna, incluso la propia Constitución⁵³– es lógicamente incompatible con un ordenamiento diseñado hermética e impermeablemente, como el chileno. Luego, la operatividad de la solución externa así incorporada, está subordinada a una serie de compromisos de los operadores jurídicos, especialmente los órganos jurisdiccionales, que no siempre se logran.

⁵¹ Sobre los problemas que las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, ver Mariño Menéndez, Fernando. 1995. **Derecho internacional público**; parte general. 2ª ed., Madrid, pp. 511 sigtes.; Pastor Ridruejo, José. 1996. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 6ª ed., Madrid, pp. 191 sigtes.; Rubin, Seymour J. 1992. "The convergence of international and national law", en Comité Jurídico Interamericano, *Curso de derecho internacional XIX*, pp. 123 sigtes. Sobre los dos sistemas de soluciones, ver Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1995. **Derecho internacional público**. Madrid, p. 632.

⁵² Un ejemplo paradigmático de solución a favor del derecho internacional, pero cumpliéndose determinados requisitos para efectuar la cesión de competencias, lo constituye el art. 91.3 de la Constitución del Reino de los Países Bajos: "Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos", disposición que se complementa con otras del texto, como el art. 93 ("Las estipulaciones de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona, tendrán fuerza obligatoria una vez publicadas").

⁵³ El problema de cómo operan los tratados internacionales dentro del ordenamiento chileno se resuelve con criterios externos al propio ordenamiento, es decir, ante la inexistencia de una solución intrínseca, la solución viene determinada por el derecho internacional convencional: No se puede dejar de aplicar un tratado argumentando la existencia de una norma interna contraria al tratado, es decir, la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados establece un criterio de prelación para la resolución de la concurrencia normativa. De esta forma, el concurso de cualquier norma con un tratado internacional es siempre *aparente* porque deberá aplicarse *preferentemente* el tratado internacional.

2.4.3 Ubicación de los tratados internacionales en el sistema general de fuentes

2.4.3.1 Imposibilidad de determinar su ubicación a través del principio de jerarquía normativa

La diversidad de fuentes⁵⁴ plantea la necesidad de un conjunto de criterios jurídicos que determinen el orden en que tales diversas fuentes deben ser aplicadas^{55, 56}, y uno de ellos es el de la jerarquía normativa⁵⁷.

⁵⁴ Desde una perspectiva formal se puede concebir al ordenamiento jurídico como un conjunto de fuentes del Derecho, es decir, una pluralidad de “formas o categorías que las autoridades normativas deben utilizar para incorporar al sistema jurídico los materiales (documentos normativos y disposiciones) a partir de los cuales el resto de los operadores jurídicos (y las mismas autoridades normativas) deben extraer consecuencias jurídicas” (Ezquiaga Ganuzas, Francisco, “Sistema jurídico y fuentes del Derecho”, en Barrère/Campos/Ezquiaga/Igartua. 1998. **Lecciones de teoría del Derecho**. Valencia, pp. 186-187).

⁵⁵ Ya que el ordenamiento debe presentarse siempre como un conjunto coherente. Se trata de “principios estructurados del sistema [que] rigen la relación entre los diferentes tipos de fuentes del derecho y, precisamente por ese motivo, sirven para resolver las incompatibilidades que surjan entre las normas jurídicas” (Ezquiaga Ganuzas, F., “Sistema jurídico y fuentes del Derecho”, cit., p. 205.). Como lo advierte De Otto, “Un sistema jurídico complejo supone unas reglas, por simples que sean, que al mismo tiempo que fundamentan la pluralidad misma la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto” (De Otto, Ignacio. 1993. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Barcelona: Ariel, p. 87).

⁵⁶ Entre estos criterios se encuentran, a la luz del ordenamiento jurídico chileno: a) los criterios de validez y aplicabilidad; b) el principio de jerarquía, y c) el principio de procedimiento. El análisis específico de estos criterios de ordenación excede los límites de este trabajo. En el ordenamiento jurídico chileno no puede reconocerse al principio de competencia como uno de estos criterios, en la medida que el texto constitucional no ha establecido una distribución de potestades para producir normas jurídicas de igual entidad entre órganos diferentes, coincidente con la forma jurídica de Estado de tipo unitaria.

⁵⁷ El principio de jerarquía normativa es un criterio de ordenación de las fuentes del derecho en virtud del cual “a las normas se les asignan diferentes rangos –superior o inferior– según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido” (De Otto, I., *Derecho constitucional...*, cit., p. 89). Las relaciones jerárquicas que se establecen entre las diferentes fuentes del derecho en virtud de este criterio se manifiestan en que el ordenamiento las dota de fuerza jurídica activa o fuerza jurídica pasiva.

La fuerza jurídica activa “consiste en que una norma jurídica puede modificar (y, en consecuencia, prevalecer en caso de incompatibilidad) cualquier otra norma jurídica que provenga de una norma de rango jerárquico inferior, al estar dotada de una menor fuerza jurídica” (Ezquiaga Ganuzas, F., “Sistema jurídico y fuentes del Derecho”, cit., p. 206) y también respecto de las normas del mismo nivel jerárquico, pero posteriores (reglas sobre sucesión normativa o criterio cronológico).

La fuerza jurídica pasiva “consiste en que una norma jurídica solo puede ser modificada (y, en consecuencia, ceder en caso de incompatibilidad) por una norma jurídica que provenga de una fuente de rango jerárquico superior (por poseer mayor fuerza jurídica) o igual (en virtud del criterio cronológico, a pesar de poseer idéntica fuerza)” (Ezquiaga Ganuzas, F., “Sistema jurídico y fuentes del Derecho”, cit., p. 206).

Aunque no está expresamente reconocido en la Constitución chilena –como sí lo está en otros textos fundamentales–, este puede derivarse de varias disposiciones constitucionales, como los artículos 6°, 19 núm. 3, 32 núm. 3, 32 núm. 8, 82 y 87, entre otras.

Ahora bien, como la validez de los tratados viene determinada por el derecho internacional y la Constitución solo es fundamento de su aplicabilidad (en la medida que este se haya incorporado), la relación entre los tratados y las demás fuentes del derecho no puede ser explicada a través del principio de jerarquía normativa⁵⁸. En efecto, si un Estado “no [puede] invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 26 de la Convención de Viena), significa que el tratado debe ser aplicado incluso antes que una norma constitucional (comprendida dentro de las ‘disposiciones de derecho interno’). Si se pretendiera explicar esta consecuencia a través del principio de jerarquía normativa, debería concluirse que el tratado tiene una jerarquía aún superior a la de la propia Constitución⁵⁹. En otras palabras, que el tratado poseería (aplicando el criterio del principio de jerarquía normativa) una fuerza jurídica activa, incluso frente a la propia Constitución, ya que el primero debe aplicarse con preferencia a esta, y, desde luego, frente a las demás normas jurídicas.

Pero ese no es el sentido de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados. Por el contrario, dicha convención solo se limita a señalar que el tratado debe ser aplicado *preferentemente* respecto de las normas internas, pero en ningún caso que el tratado dispone la validez de las demás normas internas, sino que tan solo *suspende* su aplicabilidad mientras el tratado conserve su validez. Lo anterior hace concluir que el principio de jerarquía normativa no sirve para explicar la posición que los tratados pasan a ocupar dentro del sistema de fuentes del derecho, una vez que estos se incorporan al ordenamiento interno.

2.4.3.2 La aplicabilidad como verdadero criterio para determinar las relaciones de los tratados con las demás fuentes del derecho interno

Junto a la jerarquía normativa están los criterios de validez y aplicabilidad también como criterios de ordenación de fuentes⁶⁰.

⁵⁸ En contra, Tapia Valdés, Jorge. 2003. “Efectos de los tratados sobre Derechos Humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 9, número 1, pp. 351-364 (357-358).

⁵⁹ Y por tanto, fuerza jurídica activa respecto de esta, es decir, la incorporación de un tratado que contenga una norma incompatible con la Constitución produciría la *derogación* de la norma constitucional (y lo mismo se produciría respecto de las demás fuentes jerárquicamente inferiores a la Constitución). Esta consecuencia es perfectamente posible de concebir, pero, si se pretende aplicar, se requiere de una autorización expresa del propio ordenamiento jurídico, que no existe en el derecho chileno.

⁶⁰ De Otto, I., *Derecho constitucional...*, cit., pp. 87-88.

Así como el principio de jerarquía normativa no sirve para determinar el lugar que los tratados internacionales ocupan dentro del sistema de fuentes del derecho y su validez viene determinada por el derecho internacional, el criterio de la aplicabilidad sí parece cumplir esa función, en los términos en que ya ha sido descrito anteriormente: el tratado debe ser *aplicado* preferentemente a la legislación interna; el tratado determina que la aplicabilidad de la legislación interna queda suspendida mientras el derecho internacional no decida la pérdida de validez de la norma externa, habida cuenta que la aplicabilidad de un tratado solo se decide por el Estado al momento de incorporarlo.

2.4.4 Los tratados internacionales: ¿fuentes del derecho penal?

Con los antecedentes que ya se han expuesto, existen tres posibles respuestas a la pregunta que titula este párrafo: a) una respuesta *formal*; b) una respuesta *material*; y c) una respuesta *política*, que obedecen, a su vez, a argumentos formales, materiales y políticos, respectivamente.

2.4.4.1 Respuesta formal

Fundado en un argumento de tipo formal, los tratados no pueden constituirse en fuente del derecho penal respecto de las normas de la primera especie, ya que el tenor literal del principio de legalidad los excluye, al no quedar comprendidos dentro de la expresión *ley* en sentido estricto. Luego, el establecimiento de delitos y penas al ser una de las materias que la Constitución exige que sean reguladas por una ley (art. 60.2 de la Constitución), solo son de dominio legal.

La expresión *ley* que emplea el texto constitucional bien puede ser interpretado en el sentido en el que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha declarado –a propósito del ejercicio de su competencia consultiva respecto del art. 30 CADH– que *ley* “significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁶¹.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, de 09.05.1986. Serie A, núm. 6, § 21.

2.4.4.2 Respuesta material

Un sistema penal de tipo garantista requiere como criterio de justificación la necesaria referencia a la lesión de un bien jurídico que se considera digno de protección (principio de lesividad⁶²). Y es precisamente esa lesión (o efectiva puesta en peligro) del bien jurídico lo que determina la antijuricidad material⁶³. A partir de la relación de la que Quintero Olivares da cuenta entre la antijuricidad material y las normas de cultura, concluye –a mi juicio con razón– que “si cambia la norma de cultura deberá cambiar también el contenido de la antijuricidad, con lo que lógicamente habrá tantas “antijuricidades” como culturas generen derechos, mandatos y prohibiciones”⁶⁴.

Al proceso de creación normativa que se produce en la comunidad internacional concurren tantas culturas como es imaginable, de modo que, si se pretendiera “externalizar” la función de creación de normas incriminadoras, nacería –junto a la objeción jurídica que sería imposible que el sujeto conociera todas esas diferentes normas de cultura– una objeción de tipo político: no se divisa ninguna buena razón para aplicar a una sociedad unas pautas valorativas que han sido construidas en otras culturas y que tienen pleno sentido solo en esa dimensión temporal y espacial determinada. En este sentido, por ejemplo, no logro comprender por qué el modelo democrático de tipo capitalista occidental deba ser el modelo a aplicar en el Medio Oriente o, a la inversa, un modelo teocrático de ejercicio del poder no parece ser el adecuado, al menos, para la sociedad chilena de inicios del siglo XXI.

2.4.4.3 Respuesta política

Aunque la perspectiva del principio de legalidad como límite al ejercicio del poder del soberano tiene orígenes históricos remotos⁶⁵, su función de garantía es

⁶² Ferrajoli, L., **Derecho y razón...**, cit., pp. 464 y sigtes.

⁶³ Ver *infra*.

⁶⁴ Quintero Olivares, Gonzalo. “El derecho penal ante la globalización”, en Zúñiga/Méndez/Diego (coords.). 2002. **El derecho penal ante la globalización**, Madrid, p. 18.s

⁶⁵ En este sentido, Bustos Ramírez, Juan. 1994. **Manual de Derecho penal**, parte general. 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 123; Bustos/Hormazábal. 1997. **Lecciones de Derecho penal**. Madrid, p. 81. Ferrajoli distingue, en este sentido, el principio de mera legalidad del principio de estricta legalidad penal y aborda el problema desde una perspectiva histórica, en Ferrajoli, L., **Derecho y razón...** cit., pp. 382 sigtes. También sobre la historia del principio de legalidad, ver extensamente Jiménez de Asúa, Luis. 1992. **Tratado de Derecho penal**, t. II. Buenos Aires, pp. 383 y sigtes.

producto de una evolución más reciente. Es esta perspectiva del principio de legalidad como garantía de los ciudadanos no solo frente al ejercicio del poder por los órganos estatales, sino que como principio que caracteriza al estado de derecho democrático, constituye el argumento material que ofrece una respuesta también material a la pregunta inicial: que solo la *ley* en sentido estricto pueda establecer delitos. El ejercicio *primario* de la potestad punitiva se ha radicado desde el nacimiento del Estado liberal de Derecho en el Poder Legislativo, no por una casualidad o una simple reacción histórica frente al *ancien régime*, sino porque el Congreso Nacional –en un plano esencialmente teórico– reúne unas determinadas particularidades que le entregan a sus decisiones una legitimación material que no es predicable de otros órganos de creación normativa, derivada del “predominio del Poder Legislativo sobre los otros poderes del Estado y que la convierte en garantía de seguridad jurídica del ciudadano”⁶⁶. Dicha legitimación está determinada por la representatividad que ostenta el Congreso, al cual confluyen las diferentes visiones de la sociedad democrática y que ofrece, por tanto, unas seguridades de debate y razonamiento de la decisión incriminadora. De lo anterior se desprende que la ley es “la única instancia normativa legitimada para establecer la perseguibilidad de determinadas conductas y, consiguientemente, las sanciones y las penas que puedan corresponderles, con exclusión de cualesquiera otras fuentes del Derecho”⁶⁷.

Como se comprenderá, dicha legitimidad no es predicable de los procedimientos externos de creación normativa que se realizan en la comunidad internacional y la concurrencia de la decisión del órgano legislativo –aprobando o rechazando el tratado antes de su incorporación al ordenamiento interno– no parece ser suficiente⁶⁸.

Asimismo, se puede entregar una respuesta de tipo político interna: los tratados internacionales no pueden constituirse como fuentes de normas penales incriminadoras porque la cesión a que antes se ha hecho referencia no

⁶⁶ Carbonell Mateu, Juan Carlos. 1996. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 2ª ed., Valencia, p. 107.

⁶⁷ López Aguilar, Juan Fernando. 1991. “La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español”. *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 33, p. 120. En sentido similar, Huerta Tocildo, Susana. 1993. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 39, pp. 81 y sigtes.

⁶⁸ Sobre el “déficit democrático” en los procesos de integración, ver Carnevali Rodríguez, Raúl. 2001. **Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea**, Granada, pp. 150 y sigtes.

alcanza a los presupuestos de validez de este tipo de normas penales. En otras palabras, el Estado no puede desprenderse de la facultad de determinar los presupuestos de validez de las normas penales incriminadoras porque (salvo que se adhiera a una concepción extrema de la cesión) el texto constitucional no lo permite. En efecto, al analizar la cesión de los presupuestos de validez concluí que la cesión debe ser interpretada como relación de distribución entre los órganos de producción normativa internos y los externos, reconociendo como límite las materias que ya tienen una regulación en el texto constitucional con las que los tratados no pueden entrar en contradicción.

En este sentido, el texto constitucional le entrega la facultad de creación de normas incriminadoras al Congreso Nacional, quien no puede cederla a otros órganos. Ejemplo de ello es la prohibición de que el Congreso delegue sus potestades legislativas al Poder Ejecutivo sobre las materias comprendidas en las garantías constitucionales (art. 61, inciso segundo) para que se dicte legislación delegada (lo que en el ordenamiento constitucional español da lugar a los decretos leyes, y en el chileno, a decretos con fuerza de ley). Y una de las materias comprendidas en las garantías constitucionales es precisamente la norma que obliga a que los delitos y las penas sean establecidas por ley. Podría contraargumentarse, sin embargo, que de la prohibición de delegación de la potestad legislativa al Presidente de la República no puede derivarse, extensivamente, la prohibición de cesión a los tratados; a lo que puede contestarse que una prohibición expresa de esa cesión a los tratados no es esperable del texto constitucional, ya que ella fue diseñada sin consideración a los tratados internacionales, construyendo un sistema impermeable al derecho internacional.

3. CONCLUSIONES

¿Pueden los tratados internacionales actuar como fuentes del derecho penal? Es el *interrogante original* que ha motivado la realización de este trabajo. La respuesta a dicho interrogante es negativa: Estimo que los tratados internacionales no pueden actuar como fuentes del derecho penal, por los siguientes argumentos:

1. El derecho penal se presenta como un conjunto de normas mucho más complejo que otros órdenes de protección, en la medida que dentro de él pueden reconocerse tres categorías de normas perfectamente diferenciadas

(normas que fundamentan la pena, normas que le restan fundamento a la pena y normas instrumentales o de aplicación de alguna de las dos categorías anteriores).

2. El derecho penal presenta una notable singularidad en lo que se refiere a la conformación de su sistema de fuentes formales: Respecto de aquellas normas que fundamentan la pena, el ordenamiento clausura (con más o menos rigor, según las diversas posiciones) en el nivel jerárquico de la ley el proceso de creación normativa, cerrándolo a fuentes jerárquicamente inferiores a ella.
3. La incorporación de los tratados internacionales a un ordenamiento cualquiera requiere de la existencia de soluciones normativas que regulen los efectos de esta incorporación.
 - 3.1. En el caso chileno, el asunto se torna problemático porque no existe una respuesta intrínseca al problema y la única solución viene dada por el derecho internacional (Convención de Viena sobre Derecho de los tratados).
 - 3.2. Frente a la inexistencia de una solución interna a la respuesta sobre los efectos de la incorporación de los tratados, debe recurrirse a los principios sistemáticos del tema de las fuentes.
 - 3.3. En este sentido, la ubicación de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico no puede determinarse recurriendo al principio de jerarquía normativa, porque la solución de la Convención de Viena (aplicación preferente del tratado por sobre las normas internas) debiera hacer concluir que los tratados (sobre derechos humanos o no) tendrían una jerarquía incluso superior a la de la propia Constitución (eficacia jurídica activa), solución que hace aún más inoperable el sistema.
4. Excluidos los tratados internacionales del principio de jerarquía normativa, el *interrogante original* no puede responderse argumentando que la clausura del desarrollo normativo, que contiene el derecho penal, opera de la ley hacia abajo (en el sentido de jerarquía), porque esa respuesta no es aplicable a los tratados. Si antes se hubiera concluido que la ley y los tratados ocupan –al menos– una misma posición jerárquica, desde la perspectiva formal podrían no existir argumentos para afirmar que los tratados actuarían como fuentes del derecho penal.

5. Los argumentos definitivos los proporciona la propia garantía de la legalidad, y son de tipo político y material:
 - 5.1. Desde una perspectiva material, el principio de legalidad informa axiológicamente que el acervo cultural se expresa en un conjunto de prohibiciones conminadas con una pena. La “externalización” de las concretas decisiones de política criminal pone en serio riesgo este aspecto del principio de legalidad.
 - 5.2. A su vez, desde una perspectiva política, el principio de legalidad hace radicar en el Congreso la función de decidir qué conductas están prohibidas y que, de verificarse, producirán una consecuencia jurídica que se radica en una persona (pena). La radicación de esa función en el Congreso obedece a la necesidad de legitimar la prohibición penal, ya que en un sistema democrático, el Congreso es el lugar donde se expresa –o debería– el pluralismo axiológico que da forma y vida a la sociedad. La comunidad internacional presenta este déficit democrático, por lo que la radicación en ella de la función incriminadora también lesionaría, en este sentido, el principio de legalidad.
6. Por último, aunque todo parece indicar que no existen tratados ratificados por Chile que contengan delitos, no es menos cierta la existencia en ellos de obligaciones de penalizar, respecto de las cuales pueden oponerse exactamente las mismas objeciones que si establecieran directamente delitos.

4. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Alchourron/Bulygin. 1993. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires, 2ª reimp.
- Álvarez, Lautaro. 1997. “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos”. *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, número 2, pp. 101-102.
- Álvarez-García, Francisco Javier. 1991. “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 43, p. 11.
- Andrade Geywitz, Carlos. 1988. **Génesis de las Constituciones de 1925 y 1980**. Santiago de Chile.
- Antolisei, Francesco, 1997. **Manuale di Diritto penale**, parte generale. 14ª ed. it., Milano.

-
- Atria, Fernando. 1997. **Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional.** Universidad Diego Portales: Cuadernos de análisis jurídico núm. 36, Santiago de Chile.
- Barros Bourie, Enrique. 1991. "Tensiones del derecho actual". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXVIII, pp. 9-23.
- Beccaria, Cesare. 1994. **De los delitos y de las penas.** Ed. cast., trad. de Juan Antonio de las Casas, 7ª reimp., Madrid.
- Blom, Tom. 2000. "La política europea sobre drogas: *Europe goes dutch*", en Politoff/Matus (coords.), **Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupeficientes.** Santiago de Chile, pp. 171-203.
- Blumenwitz/Gaete. 1981. **La Constitución de 1980. Su legitimidad.** Santiago de Chile.
- Bustos Ramírez, Juan. 1994. **Manual de Derecho penal**, parte general. 4ª ed., Barcelona.
- Bustos Valderrama, Crisólogo. 1994. "Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley". *XXV Jornadas chilenas de Derecho público*, t. III, Valparaíso, p. 189.
- Bustos/Hormazábal. 1997. **Lecciones de Derecho penal.** Madrid.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos. 1996. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales.** 2ª ed., Valencia.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. 2001. **Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea.** Granada.
- Carrara, Francesco. 1956-1967. **Programa de Derecho criminal.** Ed. cast., trad. por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá.
- Cobo del Rosal/Vives Antón. 1996. **Derecho penal**, parte general. 4ª ed., Valencia.
- Cousiño Mac-Iver, Luis. 1975. **Derecho penal chileno**, t. I. Santiago de Chile.
- Cristi, Renato. 2000. "The metaphysics of constituent power: Schmitt and the genesis of Chile's 1980 Constitution". *Cardozo Law Review*, vol. 21, pp. 1766 sigtes.
- . 2000. **El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad.** Santiago de Chile.
- Cumplido, Francisco. 1997. "Los tratados internacionales y el artículo 5º de la Constitución". *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 2, núm. 2, pp. 96-97.
- Cury Urzúa, Enrique. 1999. **Derecho penal**, parte general, t. I. 2ª reimp. de la 2ª ed., Santiago de Chile.

- De Otto, Ignacio. 1993. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**. Barcelona.
- De Rivacoba y Rivacoba, Manuel. 2000. "Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo", en Politoff/Matus, **Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes**. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, pp. 69-76.
- Del Río, Raimundo. 1945. **Explicaciones de Derecho penal**, t. II. Santiago de Chile.
- Diban, Michel. 2000. "Las nuevas técnicas de investigación criminal en la Ley N° 19.366", en Politoff/Matus, **Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes**. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, pp. 207-235.
- Díez Ripollés, José Luis. 1997. "El bien jurídico en un Derecho penal garantista". *Jueces para la democracia*, n. 30, p. 17.
- Etcheberry, Alfredo. 1976. **Derecho penal**, t. I. 2ª ed., Santiago de Chile.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco. 1998. "Sistema jurídico y fuentes del Derecho", en Barrère/Campos/Ezquiaga/Igartua. **Lecciones de teoría del Derecho**. Valencia.
- Ferrajoli, Luigi. 2000. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. 4ª ed. cast., Madrid.
- Feuerbach. 1989. **Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania**. Ed. cast., trad. de la 14ª ed. alem. por Eugenio Zaffaroni, Buenos Aires.
- Frommel, Monika. 1989. "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel". *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, mayo-agosto, pp. 629 sigtes.
- Fuensalida, Alejandro. 1883. **Concordancias i comentarios al Código penal chileno**. Santiago de Chile.
- Fuenzalida Faivovich, Edmundo. 1996. "El sistema jurídico chileno ante la globalización". *Anuario de filosofía jurídica y social*, 14, pp. 331-340.
- García Rivas, Nicolás. 1996. **El poder punitivo en el Estado democrático**. Cuenca.
- Garrido Montt, Mario. 1997. **Derecho penal**, parte general, t. I. Santiago de Chile.
- Gutiérrez Espada, Cesáreo. 1995. **Derecho internacional público**. Madrid.
- Guzmán Dálbora, José Luis. 1994. "Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)". *Anuario de filosofía jurídica y social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Valparaíso.
- Hassemer, Winfried. 1990. "Consideraciones sobre la víctima del delito". *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, enero-abril, Madrid, p. 241.

-
- . 1993. “La ciencia jurídicopenal en la República Federal Alemana”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, enero-abril, Madrid, p. 51.
- . 1992. “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, enero-abril, Madrid, p. 239.
- Hübner Gallo, Iván. 2002. **Introducción al Derecho**, 7ª ed., Santiago de Chile.
- Huerta Tocildo, Susana, 1993. “El derecho fundamental a la legalidad penal”. *Revista española de Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 39.
- Jiménez de Asúa, Luis, 1992. **Tratado de Derecho penal**, t. II. Buenos Aires.
- Kelsen, Hans. 1995. **Teoría general del Derecho y del Estado**. Ed. cast., trad. de Eduardo García Máynez, Ciudad de México, 5ª reimp. de la 2ª ed.
- . 1960. **Teoría pura del Derecho**, 1ª ed. cast., trad. de Roberto Vernengo de la ed. alemana de 1960, Ciudad de México.
- Labatut, Gustavo. 1995. **Derecho penal**, t. I. Reimp. de la 9ª ed., Santiago de Chile.
- López Aguilar, Juan Fernando. 1991. “La reserva constitucional de ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español”. *Revista española de Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 33, 1991.
- Mariño Menéndez, Fernando. 1995. **Derecho internacional público: parte general**, 2ª ed., Madrid.
- Mera Figueroa, Jorge. 1998. **Los derechos humanos en el Derecho penal chileno**, Santiago de Chile.
- Molina Guaita, Hernán. 1998. **Derecho constitucional**, 4ª ed., Concepción.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 1997. “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. *Ius et praxis*. Universidad de Talca, año 2, número 2, pp. 9-62.
- . 1997. **Dogmática constitucional**, Talca.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio. 1990. “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, enero-abril, Madrid.
- Oliveira Mazzuoli, Valerio de. “Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro”. *Revista do Instituto de pesquisas e estudos*. Instituição Toledo de Ensino, Bauru, número 33, pp. 43-86.
- Pacheco Gómez, Máximo. 1990. **Teoría del Derecho**, 4ª ed., Santiago de Chile.

- Pastor Ridruejo, José. 1996. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**, 6ª ed., Madrid.
- Politoff Lifschitz, Sergio. 2001. **Derecho penal**, parte general, t. I, 2ª ed., Santiago de Chile.
- Quijada B., Roberto. 1901. **Comentario al artículo 1º del Código penal**, Santiago de Chile.
- Quintero Olivares, Gonzalo. 2002. "El derecho penal ante la globalización", en Zúñiga/Méndez/Diego (coords.). **El derecho penal ante la globalización**. Madrid.
- Resquejo Pages, Juan Luis. 1992. "En torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español". *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 34, pp. 41-66.
- Roldán, Alcibíades. 1913. **Elementos de derecho constitucional de Chile**. Santiago de Chile.
- Roxin, Claus. 1997. **Derecho penal**. Parte general. Madrid.
- . 1998. **Dogmática penal y política criminal**. Lima.
- Rubin, Seymour J. 1992. "The convergence of international and national law", en Comité Jurídico Interamericano. **Curso de derecho internacional XIX**. 1992, pp. 123 sigtes.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo. 1991. **Revisión crítica del Derecho**. Santiago de Chile.
- Silva Bascuñán, Alejandro. 1997. **Tratado de Derecho constitucional**, t. IV. 2ª ed., Santiago de Chile.
- Squella Narducci, Agustín. 2000. **Introducción al Derecho**. Santiago de Chile.
- Squella, Agustín (ed.). 1998. **La cultura jurídica chilena**. Santiago de Chile.
- Tapia Valdés, Jorge. 2003. "Efectos de los tratados sobre Derechos Humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980", en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 9, número 1, pp. 351-364.
- Tiedemann, Klaus. 1991. "Constitución y Derecho penal". *Revista española de Derecho constitucional*, n. 33, septiembre-diciembre.
- Villavicencio Miranda, Luis. 1998. **La Constitución y los derechos humanos**. Santiago de Chile.
- Zagrebel'sky, Gustavo. 1999. **El Derecho dúctil**. Madrid.