

SEGURIDAD JURIDICA Y DERECHO PENAL

Guillermo Oliver Calderón*

I.- Introducción; II.- Concepto de seguridad jurídica; III.- Concepciones de la seguridad jurídica; IV.- Análisis crítico de las concepciones subjetiva y objetiva: 1. Examen de la concepción objetiva, 2. Examen de la concepción subjetiva; V.- Hacia una revalorización de la seguridad jurídica; Bibliografía

I.- Introducción

La relación entre la seguridad jurídica y el derecho penal resulta evidente. Muchos de los principios que se estudian dentro del tema de los límites al ejercicio de la potestad punitiva estatal suelen justificarse con la idea de la seguridad jurídica.¹ Sin embargo, no es común que se explique en qué consiste ésta y cuáles son las exigencias que emanan de ella. El objetivo de este breve trabajo es, a partir de la constatación de la existencia de dos concepciones de la seguridad jurídica, una subjetiva y otra objetiva, examinar críticamente el grado de cumplimiento que se observa en la práctica del derecho penal, de las exigencias que de cada una de dichas concepciones emanan. Asimismo, se intenta rescatar la concepción subjetiva y sacarla del abandono en el que se la tiene sumida, para proponer a una nueva forma de concebir la seguridad jurídica en el derecho penal.

II.- Concepto de seguridad jurídica

Es frecuente encontrar en la doctrina opiniones que sostienen que el concepto de seguridad jurídica es uno de los más ambiguos e imprecisos en el Derecho. Es el caso, por ejemplo, de MARTÍNEZ ROLDÁN, quien afirma que “un ejemplo típico de ambigüedad e imprecisión es el concepto de seguridad jurídica, y ello hasta tal punto que resulta casi imposible dar una definición de la misma sin hacer múltiples matizaciones, precisiones o distinciones”². En este sentido,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales por las Universidades Pompeu Fabra y de Barcelona. Profesor adjunto de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección de correo electrónico: guillermo.oliver@ucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

¹ Así, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Madrid, 2006), p. 80, quienes aludiendo al principio de legalidad penal, afirman que éste se funda en la exclusión de la arbitrariedad y en el derecho de los ciudadanos a conocer previamente las políticas del poder, ideas que, como se verá más adelante en este trabajo, corresponden a las dos concepciones que existen acerca de la seguridad jurídica.

² MARTÍNEZ ROLDÁN, “La seguridad jurídica: realidad o ilusión”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen V, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), p. 3349.

utilizando un juego de palabras, puede decirse que la seguridad jurídica representa un concepto jurídico inseguro.³

Un breve examen, sin pretensión de exhaustividad, de algunos intentos doctrinales de esbozar una definición de seguridad jurídica confirma la denunciada falta de precisión o, al menos, de uniformidad. PELEGRÍ GIRÓN, por ejemplo, sostiene que “el principio de seguridad jurídica se concebiría como aquel mediante el cual es necesario mantener en su situación al titular aparente de un derecho, es decir, supone una convalidación de situaciones de hecho o el reconocimiento de valor jurídico a relaciones fácticas nacidas, en principio, al margen del propio ordenamiento”⁴. Por su parte, BUENO ARÚS señala que “la seguridad jurídica, en tensión permanente con el valor superior de la justicia [...], significa la “predictibilidad” de las consecuencias jurídicas de los actos o conductas personales, pero, por razón del carácter progresivo de la vida social y de sus estructuras, no puede considerarse como absoluta, sino que debe ser compaginada y encontrar sus límites en otros principios consagrados por la Constitución y en la propia dinámica del Derecho”⁵. Por otro lado, CALVO GARCÍA afirma que “se debe evitar la arbitrariedad en las decisiones jurídicas. La evitación de la arbitrariedad es una función concreta que por sí misma llena de contenido el principio de seguridad jurídica”⁶. Por otra parte, SÁINZ MORENO expresa que la seguridad jurídica es “la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. Es, pues, la cualidad del ordenamiento que permite a cada cual orientar su vida en el mundo jurídico en base al conocimiento de la calificación jurídica que cada supuesto de hecho, real o imaginado, va a recibir, previsiblemente, del mismo”⁷. Por último, FERRERES COMELLA sostiene que “por ‘certeza jurídica’ podemos entender la posibilidad de predecir el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes que contienen las normas que regulan el ejercicio de ese poder. En el ámbito de las sanciones, se trata de asegurar que los individuos, tras consultar los textos jurídicos relevantes (por sí mismos, o a través de un abogado), puedan anticipar cuáles serán las consecuencias penales de sus posibles acciones u omisiones”⁸. Este autor agrega que “la certeza jurídica, así entendida, es una de las

³ Recojo en el texto el juego de palabras empleado por PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica* (2ª edición, Barcelona, 1994), p. 28.

⁴ PELEGRÍ GIRÓN, “El principio de seguridad jurídica y la eficacia temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Jornadas de Estudio...*, cit., p. 3528.

⁵ BUENO ARÚS, “El artículo 9 de la Constitución y el Derecho Penal”, en *Jornadas de Estudio...*, cit., p. 3094.

⁶ CALVO GARCÍA, “Los límites de la seguridad jurídica: principios jurídicos y certeza del Derecho”, en *Jornadas de Estudio...*, cit., p. 3153.

⁷ SÁINZ MORENO, “Seguridad Jurídica”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV (Madrid, 1995), p. 6108.

⁸ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)* (Madrid, 2002), p. 43.

dimensiones de la ‘seguridad jurídica’, que es un concepto más amplio que abarca otros principios. Básicamente, además del principio de taxatividad, la seguridad jurídica se traduce en el principio de accesibilidad de las disposiciones legales a través de su publicación formal; la estabilidad de las normas frente a cambios demasiado frecuentes; y la irretroactividad de los cambios normativos”⁹.

Como puede apreciarse, existe una disparidad de pareceres acerca del significado de la seguridad jurídica. No es mi interés criticar las definiciones que de ella se han formulado en la doctrina ni proponer un concepto propio de este principio. Ello excedería los naturales límites del presente trabajo, el cual discurre por otros cauces. En vez de eso, prefiero constatar la existencia de dos concepciones claramente distintas acerca de la seguridad jurídica, una subjetiva y otra objetiva, para analizarlas críticamente.

III.- Concepciones de la seguridad jurídica

Como decía, es posible distinguir dos concepciones, una subjetiva y otra objetiva, sobre la seguridad jurídica. Ya ROUSSEAU diferenciaba claramente ambos enfoques de la seguridad, cuando hablaba de “protección que produce orden y certeza, si la vemos desde el punto de vista objetivo y como ausencia de temor y ausencia de duda, si lo hacemos desde el punto de vista subjetivo”¹⁰. Ambas concepciones ponen su acento en aspectos distintos, como se explica enseguida.

La noción subjetiva de la seguridad jurídica concibe ésta como conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios. Constituye la concepción clásica y recibe por algunos el nombre de certeza del Derecho.¹¹ Importa la exigencia de que los ciudadanos sepan cuál es el Derecho vigente, a fin de que puedan realizar conductas presentes y planificar actuaciones futuras con un grado razonable de previsibilidad acerca de su valoración jurídica. En otras palabras, implica un *saber a qué atenerse* en el mundo del Derecho, una certeza de orientación jurídica.¹²

⁹ FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., pp. 43 y s.

¹⁰ Citado por PECES-BARBA MARTÍNEZ, “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Annuario de Derechos Humanos*, n° 6, 1990, p. 215.

¹¹ En general, la doctrina española suele utilizar como sinónimas las expresiones “seguridad jurídica” y “certeza del Derecho”. La doctrina italiana, en cambio, incluye las dimensiones objetiva y subjetiva de la seguridad bajo el término “*certezza del diritto*”. Por su parte, la doctrina alemana suele englobar ambas concepciones bajo la expresión “*Rechtsicherheit*”, pero algunos autores emplean la voz “*Orientierungsgewissheit*” (certeza de orientación) para aludir a la dimensión subjetiva. Por otro lado, en el sistema del *Common Law* los términos *legal security* y *public safety* parecen aludir a la concepción objetiva, en tanto que la expresión *certainty of law* parece hacer referencia a la subjetiva. Cfr. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 50, nota 32.

¹² Tomo estas expresiones de PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 11, y de GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo de comisión del delito* (Granada, 2002), p. 184.

La noción objetiva de la seguridad jurídica, o seguridad jurídica *stricto sensu*, en cambio, entiende ésta como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. Según PÉREZ LUÑO, lo primero (corrección estructural) implica una adecuada formulación de las leyes, lo que se traduce en que éstas deben ser promulgadas y publicadas, claras, sin lagunas, estrictas, irretroactivas y estables, en tanto que lo segundo (corrección funcional) importa la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos al bloque de la legalidad, evitando la arbitrariedad en la actuación de aquéllos y la transgresión de las normas por parte de éstos.¹³ Por su parte, FULLER sostiene que son exigencias de la seguridad jurídica, así entendida, la generalidad de las normas, su promulgación, su irretroactividad, su claridad, su coherencia, la posibilidad de su cumplimiento, su estabilidad y la congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación.¹⁴ Por otro lado, PALMA FERNÁNDEZ afirma que la seguridad jurídica exige, entre otras cosas, certeza de las normas vigentes, claridad de su texto, capacidad reguladora autosuficiente en su ámbito, ausencia de motivaciones pedagógicas y un depurado proceso previo de elaboración.¹⁵

Según mi modo de ver el tema, las exigencias que la concepción objetiva de la seguridad jurídica plantea, en el fondo, no son sino requisitos necesarios para hacer realidad la concepción subjetiva de la misma. En efecto, la única forma de hacer posible que los ciudadanos sepan cuál es el Derecho vigente, de modo tal que puedan calcular con un nivel razonable de previsibilidad la valoración jurídica que de sus actos futuros se haga, es mediante leyes que sean claras, promulgadas y publicadas, sin lagunas, irretroactivas y con un cierto grado de inalterabilidad en el tiempo. Desde este punto de vista, la concepción objetiva de la seguridad jurídica sería un presupuesto de la concepción subjetiva de ésta.

Sin embargo, como se advertirá, lo que acabo de señalar resulta aplicable sólo a lo que PÉREZ LUÑO llama regularidad o corrección estructural del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, pero no a lo que dicho autor denomina regularidad o corrección funcional. Ello es así, porque para que las personas sepan cuál es el ordenamiento jurídico vigente en un determinado momento, ninguna incidencia tiene el hecho de que las autoridades y el resto de los ciudadanos respeten el bloque de la legalidad y cumplan las normas o no lo hagan. Esto último, a mi juicio, se proyecta en otra faceta de la certeza que las personas procuran tener en su vida diaria, cual es la seguridad de que las normas serán cumplidas, y atendida su importancia, pienso que también debe formar parte de una concepción subjetiva de la seguridad jurídica. En efecto, me parece que en la decisión de cualquier persona de acatar las normas, cumple un muy relevante

¹³ PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., pp. 31 y ss.

¹⁴ FULLER, *La moral del Derecho* (traducción de Francisco Navarro, México D. F., 1967), pp. 56 y ss.

¹⁵ PALMA FERNÁNDEZ, “La seguridad jurídica ante la abundancia de normas”, en *Cuadernos y Debates* n° 68, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 1997), pp. 44 y ss.

papel la garantía que a ella se le dé, en el sentido de que el resto de las personas también dará cumplimiento a las mismas. En consecuencia, en mi opinión, el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica no sólo debe concebirse como el conocimiento del ordenamiento jurídico vigente, sino también como la certidumbre de que las normas que lo integran serán cumplidas.¹⁶ Así entendida la concepción subjetiva de la seguridad jurídica, cobra pleno valor la afirmación antes hecha, en cuanto a que la concepción objetiva no es sino el presupuesto de aquélla.

Hay autores que realizan otra clasificación de la seguridad jurídica, al distinguir entre seguridad jurídica general y seguridad jurídica específica. Aquélla consistiría en el orden y la estabilidad social que el Derecho debería asegurar, en tanto que ésta haría referencia a la situación concreta de los particulares dentro del orden asegurado por el Derecho. Sin embargo, este modo de proceder no resulta sustancialmente diferente del anterior, porque el criterio que se utiliza para distinguir una y otra clase de seguridad jurídica es, básicamente, el mismo que se emplea para apreciar una concepción objetiva y otra subjetiva de dicho valor. Luego la diferencia es casi meramente terminológica. Dentro de estos autores encontramos a FERNÁNDEZ-GALIANO, quien, aludiendo a lo que llama concepción general de la seguridad jurídica, expresa que “el Derecho tiene que asegurar la existencia misma del orden social, pues es sencillamente impensable un orden social ajurídico. La dinámica de la sociedad exige, como necesidad primigenia o mínimo ontológico, un orden dentro del cual se desarrollen sus actividades; sin ese orden –plasmado en unas normas– faltará la condición elemental de la convivencia”¹⁷. El mismo autor, haciendo referencia ahora a la denominada concepción específica de la seguridad jurídica, señala que el Derecho “debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta dónde llega su esfera de actuación jurídica y dónde empieza la de los demás; que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad y, en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del Derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma; en fin, que en todo instante pueda contemplar, deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos [...]. Lo que interesa es que el Derecho, aparte sus inevitables fallos, tienda a la creación de una seguridad para el particular que se acoja a sus normas, de manera que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento”¹⁸.

¹⁶ En este sentido, cfr. WILLIAMS BENAVENTE, “La seguridad como valor del Derecho”, en *Derecho y Seguridad Jurídica, Colección Seminarios*, n° 6, Facultad de Derecho Universidad de Chile (Santiago, 1983), p. 29: “La Seguridad jurídica, ya lo hemos dicho, es el valor que le pedimos inmediatamente al Derecho. ¿Cómo vamos a obtenerla? A nuestro juicio, copulativamente por dos medios: por la certeza teórica o de conocimiento, y por la certeza práctica o de cumplimiento. Por la primera, entendemos el conocimiento “sin dudas” de la norma y, por la segunda, la certidumbre fundada o garantida de que la norma será cumplida. Cada una de ellas implica a su vez ciertas exigencias”.

¹⁷ FERNÁNDEZ-GALIANO, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, 1963), pp. 139 y ss.

¹⁸ *Idem*.

IV.- Análisis crítico de las concepciones subjetiva y objetiva

En esta parte del trabajo me propongo realizar un breve examen acerca de la posibilidad o imposibilidad de cumplir algunas de las exigencias que las referidas concepciones de la seguridad jurídica demandan y acerca del cumplimiento o incumplimiento que de tales exigencias se observa en la práctica.

1. Examen de la concepción objetiva

Por lo que dice relación con la seguridad jurídica en su sentido objetivo, o sea, con la corrección estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, lo que, entre otras cosas, implica que las leyes sean promulgadas y publicadas, claras, sin lagunas, estrictas, irretroactivas y estables, y que los poderes públicos y los ciudadanos se sujeten al bloque de la legalidad, evitando la arbitrariedad en la actuación de aquéllos y la transgresión de las normas por parte de éstos, un somero análisis de la situación actual permite concluir que el nivel de cumplimiento de tales exigencias no es todo lo elevado que sería deseable. En efecto, por lo que respecta a la exigencia de claridad, una fuerte crítica que se suele plantear a la forma en que son redactadas las leyes que se promulgan es la que apunta a la falta de claridad que presentan. Se ha denunciado la ausencia de prolijidad, la complejidad y la equivocidad del lenguaje con que se expresan las disposiciones legales,¹⁹ afirmándose que “no parece que los productores de normas tengan demasiado en cuenta este relevante criterio [el relativo a la claridad del texto de la norma] a la hora de llevar a cabo su tarea”²⁰.

Creo que contribuye a la denunciada falta de claridad del ordenamiento jurídico el hecho de que cada día son más numerosas las leyes que lo integran. En efecto, desde hace tiempo los autores vienen constatando que el Estado se ha estado convirtiendo en una verdadera “máquina de hacer leyes”.²¹ Esta inflación

¹⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 64. También LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho*, traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redin (Buenos Aires, 1953), pp. 95 y s.

²⁰ PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica...*, cit., p. 46. Agrega este autor que “claridad y precisión, rigor y exactitud, coherencia y armonía en las Leyes, tanto internamente como con el conjunto del ordenamiento, no sólo redundan en pro de intérpretes y juristas en general, sino, fundamentalmente, en beneficio de los propios destinatarios de las normas, en la medida en que todo incremento en la seguridad jurídica ha de reducir considerablemente la litigiosidad y los conflictos” (p. 49).

²¹ Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza...*, cit., p. 97: “El Estado como *máquina de hacer leyes* no se contenta con mudar las leyes, esto es, con sustituir las leyes antiguas por otras nuevas; *agrega* incesantemente leyes nuevas a las leyes antiguas. Y todas coexisten a la vez. Se resiste a la tentación de podar el árbol aún a costa de que desmedre” (las cursivas en el original). Agrega este autor que “la condena de la multiplicidad de las leyes se inspira, no sólo en el motivo técnico de la dificultad, incluso para el competente, de conocer todas las leyes [...], sino también en la necesidad de salvaguardar justicia y certeza, y en la necesidad ética de que el Estado mantenga firme, constante y

legislativa ha sido explicada, entre otras formas, acudiendo a lo que se considera que serían caracteres propios de la época moderna, como, por ejemplo, la actitud pasiva de los individuos, que esperan que sea el poder central el que provea a todas sus necesidades.²² Sean cuales fueren los motivos de este fenómeno, lo cierto es, como resulta obvio, que se dificulta enormemente la posibilidad de que el ordenamiento sea claro para los ciudadanos. Si con unas pocas leyes basta, atendido el modo en que son redactadas, para dar por no cumplida la exigencia de claridad, un “aluvión normativo”²³ eleva la oscuridad del ordenamiento jurídico a niveles inaceptables.

En materia de leyes penales, el señalado fenómeno inflacionario ha adquirido ribetes insospechados. Es cierto que a partir de la Ilustración ha sido posible constatar una cada vez mayor humanización del rigor del sistema penal y una menor intervención de éste, lo que, además de traducirse, entre otras cosas, en un abandono de la pena de muerte y de las penas corporales, una sustitución de las penas privativas de libertad por penas menos gravosas y una atenuación de la gravedad de las penas señaladas a los delitos, ha significado una tendencia a la despenalización de conductas antes punibles.²⁴ Sin embargo, también es verdad que este proceso, como dice GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “no es uniforme, homogéneo –lineal– ni constante. Por el contrario, sufre toda suerte de vicisitudes, retrocesos, interrupciones y paréntesis, quiebras significativas”²⁵. Pues bien, en el último tiempo, hemos estado asistiendo precisamente a uno de estos retrocesos o paréntesis. En efecto, desde hace algunos años, la doctrina viene señalando que nos encontramos inmersos en una fuerte tendencia neocriminalizadora.²⁶ En palabras de SILVA SÁNCHEZ, “no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las

unívoca su voluntad, en lugar de dispersarla en un flujo de normas que la hacen de por sí móvil e inconsistente, corrompiendo de ese modo la naturaleza del Estado mismo” (p. 99).

²² LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza...*, cit., p. 98: “La *hipertrofia de la ley* es un fenómeno moderno, o mejor, nuevamente presentado en la época moderna, del seiscientos, el siglo de la Razón de Estado, en adelante, en conexión con ciertos caracteres de ella (el crecimiento, el agigantamiento, del poder central y el abandono supino a él por parte del individuo, que espera que ese poder provea a todas sus necesidades y le asegure la mayor medida posible de los bienes de la vida; así como la real extensión de los cometidos del Estado), que se han presentado ya en otras épocas, pero que ahora aparecen en proporciones macroscópicas” (las cursivas en el original).

²³ Como la expresión de PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 64.

²⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (7ª edición, Montevideo – Buenos Aires, 2004), pp. 131 y s.

²⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción* (2ª edición, Madrid, 2000), p. 106.

²⁶ Particularmente, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición, Madrid, 2001), *passim*.

reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término ‘expansión’²⁷. Producto de esta tendencia actual, en la que se tipifican como delito cada vez más conductas, el ordenamiento jurídico penal se presenta más inaccesible y menos claro para los ciudadanos, atendida la magnitud que alcanza. Si esta crítica que SILVA SÁNCHEZ formula a la política criminal de España es compartida, a pesar de que el Código Penal de 1995 de dicho país aglutinó casi toda la legislación penal, derogando –salvo excepciones– las leyes penales especiales hasta entonces existentes,²⁸ en el caso de Chile la crítica tiene o debería tener mayor fuerza. Desde un tiempo a esta parte, la doctrina chilena ha venido denunciando la cada vez mayor intervención penal del Estado, que se ha manifestado en la creación de nuevos tipos penales y en la agravación de los ya existentes.²⁹ Y esta situación reviste aún mayor gravedad que en España, desde el punto de vista de la dificultad que ello entraña para acceder al ordenamiento jurídico penal, porque la cantidad de leyes penales especiales es impresionante, representando el Código Penal chileno una parte muy reducida de la legislación criminal de este país. En efecto, por mencionar sólo algunas de las más conocidas leyes penales especiales y leyes no criminales que contienen tipos penales,³⁰ cabría aludir a:

la legislación que reprime los delitos relativos a las bebidas alcohólicas y a la embriaguez (Ley n° 19.925, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, de 19 de enero de 2004); la legislación que castiga los delitos relativos a las drogas ilegales (Ley n° 20.000, de 16 de febrero de 2005, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas); la Ley n° 18.314, sobre conductas terroristas, de 1984; la Ley n° 12.927, sobre seguridad del Estado, de 1975; la Ley n° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática, de 1993; la Ley n° 19.327, sobre prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol

²⁷ Idem, p. 20.

²⁸ El hecho de que la fuente a la cual debe acudir para conocer el ordenamiento jurídico penal es una sola, facilita considerablemente el acceso al mismo. Sin embargo, la dificultad sigue subsistiendo, porque de nada sirve que se trate de una única ley penal, si su contenido aumenta permanentemente. Por lo tanto, la crítica tiene validez en España. Cfr., sin embargo, QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles* (Madrid, 2004), pp. 80 y ss., aludiendo a algunas indeseables consecuencias de esta aglutinación de toda la materia punitiva en el Código Penal español de 1995.

²⁹ Cfr., por ejemplo, CARNEVALI RODRÍGUEZ, “¿Es el Derecho Penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”, en *La Semana Jurídica*, n° 192, Santiago, semana del 12 al 18 de julio de 2004, p. 14.

³⁰ Para hacer el listado de leyes penales especiales chilenas que se consigna en el texto he utilizado, preferentemente, la detallada exposición de DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *Programa Analítico de Derecho Penal* (4ª edición, revisada y actualizada por Guzmán Dálbora, Valparaíso, 1997), pp. 153 y ss.

profesional, de 1994; la legislación represiva de la denominada violencia intrafamiliar (Ley n° 20.066, de 7 de octubre de 2005); la legislación represiva de los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social (Ley n° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, de 4 de junio de 2001); la legislación represiva de los delitos contra propiedades especiales (Ley n° 17.336, de 2 de octubre de 1970, sobre Propiedad intelectual; Ley n° 19.227, de 10 de julio de 1993, sobre Fomento del libro y la lectura, y Ley n° 19.039, de 25 de enero de 1991, sobre Privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial); la legislación represiva de la emisión de cheques en descubierto (Decreto con Fuerza de Ley n° 707, de 7 de octubre de 1982, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques); los delitos contra la Hacienda pública (Código Tributario y Ordenanza de Aduanas, Decreto con Fuerza de Ley n° 213, de 2 de julio de 1953); los delitos relativos a la caza y pesca (Ley n° 19.473, de 27 de septiembre de 1996, sobre caza, y Decreto n° 430, de 21 de enero de 1992, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n° 18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura); la legislación que castiga los monopolios y los llamados delitos económicos (Decreto Ley n° 211, de 22 de diciembre de 1973; Ley n° 18.223, de 10 de junio de 1983, y Ley n° 19.496, de 7 de marzo de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores); los delitos relativos a la conducción de vehículos motorizados (Ley n° 18.290, de 7 de febrero de 1984, Ley de Tránsito); la ley que sanciona el delito consistente en tachar, como falsa, una firma auténtica puesta en una letra de cambio o pagaré, en el acto de su protesto o en la gestión preparatoria de la ejecución (Ley n° 18.092, de 14 de enero de 1982, sobre Letras de cambio y pagarés); la legislación que reprime la obtención maliciosa del reconocimiento de la calidad de poseedor regular (Decreto Ley n° 2.695, de 21 de julio de 1979); la legislación que reprime los delitos relativos al ejercicio ilegal de la representación judicial (Ley n° 18.120, de 18 de mayo de 1982); la ley que sanciona el delito de omisión de denuncia (Código Procesal Penal, art. 177); la legislación que castiga el delito de sustracción, hurto, robo o destrucción de expedientes o procesos administrativos o judiciales, en tramitación o afinados (Ley n° 5.507, de 9 de noviembre de 1934); la legislación que reprime los delitos relativos a las armas (Ley n° 17.798, de 21 de octubre de 1972, sobre control de armas); la legislación que sanciona los delitos militares (Código de Justicia Militar y Decreto Ley n° 2.306, de 12 de septiembre de

1978, sobre reclutamiento y movilización de las Fuerzas Armadas), etc.

Otro tanto ocurre con la falta de taxatividad o determinación que es posible observar en algunas leyes. Desde hace tiempo, los autores vienen denunciando el cada vez mayor desconocimiento y la cada día más grave infracción de este principio.³¹ Para intentar explicar esta situación se han dado muchas razones, desde la imposibilidad de utilizar términos unívocos en la ley, atendida la ambigüedad del lenguaje, pasando por un problema de escasez de recursos técnicos y económicos del legislador, hasta una necesidad de vaguedad en la regulación, a fin de buscar la justicia del caso concreto, entre otras causas.³² Para dar sólo algunos ejemplos de claras infracciones del principio de taxatividad en la legislación penal chilena, basta con mencionar el tipo de enriquecimiento ilícito contemplado en el artículo 241 bis del Código Penal, que sanciona al “empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado”, fórmula que en mi opinión no cumple con el mandato constitucional de determinación de la ley penal,³³ y el artículo 373 del mismo Código, que castiga a “los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”.³⁴

³¹ Vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal* (Barcelona, 1976), p. 145; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Barcelona, 1992), p. 254; HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia, 1989), p. 175; HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal* (traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984), pp. 314 y ss.; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, 1996), p. 37; QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho* (Barcelona, 1976), pp. 54 y ss.; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, 1997), p. 170. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal...*, cit., p. 347, quien señala que la política criminal moderna de signo desformalizador ha impuesto una técnica legislativa deliberadamente imprecisa y ambigua, con una serie de leyes indeterminadas, plagadas de cláusulas generales, conceptos porosos y elementos normativos.

³² Vid. Süß, “El trato actual del mandato de determinación”, traducción de Felip i Saborit, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA* (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal* (Granada, 2000), pp. 232 y ss., con una completa exposición de razones acerca de la falta de vigencia práctica del mandato de determinación en Alemania. También HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., pp. 314 y ss.

³³ Así, OLIVER CALDERÓN, “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”, en RODRÍGUEZ COLLAO (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta* (Santiago, 2008), pp. 463 y ss.

³⁴ La disposición citada es idéntica al artículo 431 del antiguo Código Penal español de 1973, que tipificaba el entonces vigente delito de escándalo público, que era citado por los autores españoles como claro ejemplo de indeterminación, a pesar de lo cual el Tribunal Constitucional español, en la STC 62/1982, de 15 de octubre, declaró que la descripción del comportamiento punible tenía suficiente precisión.

Por lo que respecta a la necesaria permanencia de las leyes en el tiempo o su inmutación dentro de plazos relativamente extensos, puede observarse que, en general, las leyes penales mantienen una cierta estabilidad temporal antes de sufrir modificaciones o ser sustituidas por otras. De este modo, se contribuye al respeto de la seguridad jurídica, puesto que, como afirma SOTO KLOSS, “si no tuvieran esa permanencia las normas, y estuviesen, por el contrario, en un proceso de mutación constante, lo que se daría no es precisamente seguridad, sino inseguridad, anarquía, caos”³⁵. Sin embargo, es posible constatar la existencia de casos en los que se ha producido una constante mutación legal, lo que no ha contribuido a la seguridad jurídica. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los reiterados cambios que se han realizado en la regulación de los delitos sexuales. El Código Penal experimentó una radical –y por muchos años esperada– transformación en esta materia en 1999, en virtud de la Ley n° 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de ese año. Cuatro años después, mediante la Ley n° 19.874, publicada el 13 de mayo de 2003, se introdujeron cambios destinados a facilitar la persecución penal de estos delitos. Al año siguiente, estos delitos volvieron a sufrir una importante reforma, a través de la Ley n° 19.927, publicada el 14 de enero de 2004, que creó nuevos tipos penales y modificó otros ya existentes. Como si ello no fuera poco, en 2007, mediante la Ley n° 20.207, publicada el 31 de agosto de ese año, se volvió a modificar la regulación de estos delitos, para retardar el inicio de los plazos de prescripción cuando las víctimas sean menores de edad. Tal parece que es ésta una materia llamada a experimentar constantes cambios legales, con la consiguiente merma en el respeto a la seguridad jurídica.

En lo que dice relación con la exigencia de que las leyes no presenten lagunas, en realidad es ésta una pretensión que se muestra, prácticamente, inalcanzable. Ello es así, porque es imposible que las leyes prevean todas las situaciones fácticas que en la vida diaria pueden darse. Las leyes, necesariamente, tienen lagunas. Por eso los ordenamientos jurídicos contemplan mecanismos para colmar las inevitables lagunas legales. De este modo, si bien existen las lagunas legales, no podría hablarse de lagunas del Derecho, toda vez que éste constata la

³⁵ SOTO KLOSS, “Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho público chileno”, en *Derecho y Seguridad Jurídica*, cit., p. 95. En el mismo sentido, GUZMÁN BRITO, “La seguridad y la certeza jurídica a través de la historia del Derecho”, en *Derecho y Seguridad Jurídica*, cit., p. 56: “volviendo ahora la mirada hacia las circunstancias determinantes de la seguridad o certeza en el derecho objetivo [...], yo señalaría la fijeza de la norma, que implica su tendencia a la permanencia en el tiempo o inmutación dentro de plazos relativamente largos, pues lo contrario entorpece la previsión o la defrauda, de modo que el frecuente cambio de las normas viene a constituir un principio de inseguridad”. Cfr. también LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza...*, cit., p. 97: “La continua mutación elude la certeza, porque elude la confianza en la voluntad del Estado como voluntad permanente y constante, que es el único carácter verdadero del Estado ético”. *Vid.* DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Prólogo a la trigésima edición*, en *Código penal y legislación complementaria* (Madrid, 2004), p. 21: “Huelga decir que una modificación continuada de las leyes penales no es el mejor modo de contribuir a la seguridad jurídica y a la previsibilidad del Derecho”.

existencia de una laguna en la ley sólo para colmarla.³⁶ En palabras de CARNELUTTI, “no puede menos de haber lagunas en la ley, mientras que no puede haberlas en el Derecho”³⁷. Sin embargo, en lo que respecta a las leyes penales, es común afirmar que éstas no presentan lagunas. Esto no quiere significar que las leyes penales cubran todas las conductas humanas indeseables, porque ello sería imposible. Sólo quiere decir que un comportamiento humano o está tipificado en la ley penal, caso en el cual surgirá responsabilidad penal, supuesta la concurrencia de los restantes elementos del delito y los presupuestos de esta responsabilidad, o no lo está, en cuyo caso la conducta será impune.

No obstante, sí es posible hablar de lagunas de punición en las leyes penales. Con dicha expresión se quiere aludir a conductas humanas que se estiman lo suficientemente indeseables como para merecer estar tipificadas en una ley penal, a pesar de lo cual no lo están. Es posible encontrar algunas de estas lagunas punitivas, especialmente, después de la ocurrencia de una modificación legal hecha con algún descuido. Un caso así se ha producido en la regulación de los delitos sexuales, tras la reforma efectuada por la Ley n° 19.617, de 1999. Concretamente, el caso dice relación con el llamado abuso sexual por sorpresa. Antes de la mencionada modificación legal, las acciones de naturaleza sexual distintas del acceso carnal ejecutadas de manera sorpresiva, o sea, tomando desprevenida a la víctima, sobre una persona mayor de doce, pero menor de dieciocho años, sin su consentimiento, eran constitutivas del denominado delito de abuso deshonesto simple, tipificado en el artículo 366 del Código Penal. Sin embargo, a partir de esta reforma, estas conductas pasaron a ser impunes. En efecto, el nuevo texto del mencionado artículo 366, que tipificó el llamado delito de abuso sexual contra persona mayor de doce años,³⁸ condicionó la imposición de pena para estos comportamientos a la exigencia de que concurriera alguna de las circunstancias de los delitos de violación o estupro³⁹ (fuerza, intimidación, privación de sentido de la víctima, aprovechamiento de su incapacidad para oponer resistencia, abuso de su enajenación o trastorno mental, abuso de su anomalía o perturbación mental, abuso de su relación de dependencia, abuso de su grave desamparo y engaño a la víctima, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual). Como ninguna de estas circunstancias corresponde exactamente a lo que significa una actuación sexual sorpresiva, forzoso es concluir que estas conductas pasaron a ser atípicas. Se ha producido así una lamentable laguna de punición, que hasta el día de hoy sigue sin ser colmada.⁴⁰

³⁶ En contra, NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (10ª edición, Barcelona, 2001), pp. 281 y ss., sosteniendo que es correcto afirmar que hay lagunas en el Derecho.

³⁷ Citado por LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza...*, cit., p. 95.

³⁸ En la reforma de enero de 2004, se sustituyó la frase “doce años” por “catorce años”.

³⁹ En el caso del estupro, siempre que la víctima no tuviera más de dieciocho años.

⁴⁰ Cfr. POLITOFF LIFSCHITZ / MATUS ACUÑA / RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial* (Santiago, 2004), pp. 261 y ss., denunciando el referido vacío legal.

Otro caso se ha producido en materia de responsabilidad penal juvenil. El 7 de diciembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial la Ley n° 20.084, que estableció un nuevo sistema de responsabilidad penal de adolescentes –personas mayores de catorce y menores de dieciocho años–. El número 1° del artículo 23 de esta ley establecía que si la extensión de la sanción era superior a cinco años, el tribunal podía elegir entre imponer la pena de internación en régimen cerrado o la de internación en régimen semicerrado. Durante la tramitación parlamentaria de la que llegó a ser la Ley n° 20.191, que modificó el texto de la Ley n° 20.084 antes de que ésta entrase en vigencia, se presentó una indicación del senador Hernán Larraín, quien propuso sustituir el citado número 1° del artículo 23 para hacer obligatoria, en los casos que tal disposición prevé, la imposición de la pena de internación en régimen cerrado. Esta indicación fue aceptada y formó parte del texto final aprobado por el Congreso. En el número 3 del artículo único del proyecto de ley aprobado, se sustituía el artículo 23 de la Ley n° 20.084 por uno nuevo, que recogía, en su número 1°, la mencionada indicación del senador Larraín. Días después, un grupo de diputados presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional para impugnar el número 1° del nuevo artículo 23 de la Ley n° 20.084. El Ejecutivo, que se vio impedido de promulgar la parte impugnada del proyecto de ley, mientras no expirara el plazo que el Tribunal Constitucional tenía para resolver la cuestión –la que fue finalmente rechazada–, en vez de esperar hasta el vencimiento de dicho plazo para promulgarlo en su integridad, decidió promulgarlo antes, con exclusión de la parte impugnada, siendo finalmente publicado el texto de la Ley n° 20.191 el 2 de junio de 2007. De este modo, tras la entrada en vigor de la ley de responsabilidad penal de adolescentes el 8 de junio de 2007, sin pretenderlo, se “despenalizaron” delitos graves cometidos por jóvenes. En efecto, conforme al nuevo texto de la ley, no se contemplaba sanción para los casos en que el tramo de pena privativa de libertad aplicable a los adolescentes excedía de cinco años (el artículo 23 de la ley, cuya numeración partía en el número 2°, no mencionaba este caso). El vacío era inaceptable, pues alcanzaba delitos tan graves como el homicidio calificado o el parricidio, que durante unos días pasaron a ser conductas impunes si eran realizadas por adolescentes, por falta de predeterminación legal de la pena. Afortunadamente, la laguna de punición se llenó pronto, al promulgarse el 15 de junio de 2007 y publicarse el día siguiente en el Diario Oficial la parte restante del proyecto de ley aprobado. Sin embargo, el vacío fue real, duró una semana y su existencia debería motivar una profunda reflexión acerca de la forma en que se está legislando en materia penal.⁴¹

⁴¹ Sin embargo, en las sentencias de la sala penal de la Corte Suprema de 21 de agosto de 2007, rol 3498-07, RUC 0600350405-9, redactor ministro Sr. Rubén Ballesteros, y de 28 de agosto de 2007, rol 3627-07, RUC 0500406409-9, redactor ministro Sr. Nibaldo Segura, se niega la existencia del denunciado vacío. Probablemente, en estas decisiones jurisprudenciales ha influido el infundado temor de creer que si se hubiera reconocido la señalada laguna de punición, tendría que haberse aplicado retroactivamente. A mi juicio, ello no era procedente por no concurrir el fundamento material de la retroactividad *in bonam partem*, esto es, la prohibición de exceso.

2. Examen de la concepción subjetiva

Por lo que dice relación con la noción subjetiva de la seguridad jurídica, que concibe ésta como conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios e importa la exigencia de que los ciudadanos sepan cuál es el Derecho vigente, para que puedan realizar conductas presentes y planificar sus futuras actuaciones con un razonable grado de previsibilidad acerca de su valoración jurídica, un breve análisis del tema pone en evidencia que tal conocimiento es más un mito que una realidad.⁴² A continuación se intentará explicar por qué.

Para que los ciudadanos puedan calcular con un grado razonable de previsibilidad la valoración jurídica de sus actuaciones, es necesario que existan mecanismos directos que los pongan en contacto con las normas. Solamente así pueden las personas tener un conocimiento acerca del Derecho vigente. Sin embargo, se suele afirmar que los medios que producen dicho contacto son sólo indirectos, por lo que únicamente es posible aspirar a un conocimiento aproximado del ordenamiento jurídico y, por ello, impreciso.⁴³ Desde luego, la principal forma de provocar ese contacto es la publicación de las leyes en el Diario Oficial. Pero pienso que tal mecanismo resulta insuficiente. En primer lugar, porque no todas las personas tienen acceso a dicho periódico. Más bien, parece que sólo una minoría lee lo que allí se publica. Y, en segundo término, porque el lenguaje técnico con que son redactadas muchas de las leyes impide que el común de la gente pueda comprender su sentido, aun cuando acceda a la señalada publicación. Por eso creo que es necesario, además de publicar las leyes, hacer más accesible a los ciudadanos el mensaje normativo y divulgar su contenido a través de medios más efectivos, tales como su difusión a través de internet, televisión, radio, diarios, revistas y otros medios de comunicación social. Lamentablemente, en la práctica, esta difusión material del contenido de las leyes es mínima.

Por otra parte, aun si las leyes no emplearan un lenguaje excesivamente técnico, debe siempre tenerse presente que las palabras que utilizan no tienen un significado único, sino que admiten varios sentidos.⁴⁴ En el caso de las leyes

⁴² En este sentido, PALAZZO, *Introduzione ai principi del Diritto penale* (Turín, 1999), p. 292.

⁴³ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., p. 256. También GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal...*, cit., p. 344.

⁴⁴ Cfr. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994), p. 308: “El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una Lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante”. *Vid.* también NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pp. 259 y ss.; FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal...*, cit., p. 33.

penales, esto es predicable no sólo respecto de los elementos normativos de los tipos, sino también respecto de los descriptivos. Piénsese, por ejemplo, en la determinación del alcance del término “otro” y en las distintas posibilidades interpretativas para fijar el comienzo y el término de la vida humana independiente en el tipo penal del homicidio del artículo 391 del Código Penal. Además, no debe olvidarse que el idioma es un medio de expresión que va cambiando con el tiempo, por lo que se revela imperfecto e impreciso.⁴⁵ De este modo, la pretendida certeza del Derecho se presenta como algo muy difícil de conseguir.

Por otro lado, la más arriba denunciada falta de cumplimiento de algunas de las exigencias que impone la concepción objetiva de la seguridad jurídica, contribuye a hacer más difícil que las personas sepan cuál es el Derecho vigente. En efecto, por lo que respecta a la exigencia de claridad de las leyes, la ausencia de prolijidad, la complejidad y la equívocidad del lenguaje con que se redactan, impiden una cabal comprensión de las mismas por parte de los ciudadanos. Otro tanto ocurre con la falta de taxatividad o determinación que es posible observar en algunas leyes. El cada día más frecuente uso de cláusulas generales, conceptos normativos y términos ambiguos e imprecisos, dificulta el conocimiento del ordenamiento jurídico. Lo mismo sucede con la constante mutación que han experimentado algunas leyes penales en un breve espacio de tiempo. Las personas no pueden calcular la valoración jurídica de sus actuaciones si el ordenamiento jurídico está permanentemente siendo cambiado. Finalmente, tampoco contribuye al buscado conocimiento del Derecho la existencia de lagunas de punición. El hecho de que haya situaciones que no se encuentran tipificadas penalmente, a pesar de que se consideran merecedoras de una sanción penal, hace que los ciudadanos duden acerca de cuáles conductas están penalmente prohibidas y cuáles no, porque para alcanzar el conocimiento del ordenamiento jurídico ya no pueden confiar en sus creencias acerca de lo que debería castigarse como delito.

V.- Hacia una revalorización de la seguridad jurídica

Del breve análisis efectuado acerca de la posibilidad de cumplir las exigencias que imponen las concepciones subjetiva y objetiva de la seguridad jurídica y del grado de cumplimiento que de ellas se observa en la práctica, es posible colegir que algunas de tales exigencias no se cumplen a cabalidad. Unas veces, porque es imposible; otras, por deficiencias en el proceso de elaboración y posterior difusión de las leyes. Sin embargo, no debe por ello concluirse que haya que abandonar la pretensión de sostener que la seguridad jurídica, concretamente en su concepción subjetiva, es un pilar fundamental del sistema penal.

Tal como ya lo expresé, creo que las exigencias que plantea la concepción objetiva de la seguridad jurídica son requisitos necesarios para hacer realidad la concepción subjetiva de la misma. En efecto, los ciudadanos no podrían saber cuál

⁴⁵ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal...*, cit., p. 345.

es el Derecho vigente y calcular con un razonable grado de previsibilidad la valoración jurídico-penal de sus actuaciones, si las leyes penales que se promulgan no son claras, o no se publican, o presentan lagunas de punición, o son constantemente modificadas en el tiempo. Estas exigencias tienen sentido en la medida en que contribuyen a facilitar el conocimiento del Derecho. Lo mismo cabe decir de la exigencia de que las leyes penales sean irretroactivas. Es imposible que las personas puedan calcular la valoración jurídica de sus actuaciones, tomando en cuenta una legislación inexistente en el momento en que éstas tienen lugar. No podrían prever la calificación jurídico-penal que sus actos recibirán ni cómo se llegará a asignar dicha calificación, a partir de leyes que aún no han sido promulgadas. Por lo tanto, en último término, el fundamento de las exigencias de publicidad de las leyes penales, de su claridad, de su irretroactividad, etc., se encuentra en la concepción subjetiva de la seguridad jurídica.

Es cierto que el conocimiento del Derecho —necesario para que los ciudadanos puedan calcular la valoración jurídica de sus actuaciones— es más un mito que una realidad. Esto se debe a una serie de factores, algunos de los cuales he intentado brevemente explicar. A pesar de ello, creo que igualmente resulta procedente sostener que el fundamento de las mencionadas exigencias de las leyes penales se encuentra en la llamada concepción subjetiva de la seguridad jurídica. Para afirmar esto, sin embargo, estimo necesario realizar una adaptación en esta concepción. Con leyes penales claras, publicadas, irretroactivas, inalterables por un tiempo, etc., por las dificultades arriba apuntadas, no se puede asegurar que las personas tengan pleno conocimiento del ordenamiento jurídico, pero la posibilidad de dictar leyes penales oscuras, de no publicarlas, de aplicarlas retroactivamente, de modificarlas permanentemente, etc., supone un incremento cuantitativamente radical e inaceptable de tales dificultades. En palabras simples, si con leyes publicadas e irretroactivas ya es difícil conocer el Derecho y calcular la calificación jurídico-penal de futuras actuaciones, con leyes no publicadas y retroactivas ello sería prácticamente imposible. Por eso pienso que, en vez de proclamar el efectivo conocimiento del Derecho por parte de los ciudadanos, debería hablarse de cognoscibilidad del ordenamiento jurídico, queriendo decir con ello que no sea imposible para las personas el poder conocer el Derecho vigente, para prever los efectos jurídicos de sus actuaciones. De este modo, lo importante no sería que los ciudadanos cuenten con dicho conocimiento, sino que no carezcan de la posibilidad de acceder al mensaje normativo. Así entendida la concepción subjetiva de la seguridad jurídica, ésta se objetivaría —se podría hablar de una concepción subjetivo-objetiva— y se traduciría en facilitar el conocimiento del Derecho,⁴⁶ tarea más modesta que la de asegurar su efectivo conocimiento. Y la relación entre las concepciones objetiva y subjetiva de la misma seguiría teniendo el mismo carácter señalado más arriba, esto es, que aquélla es el presupuesto de ésta. Pero las exigencias que la concepción objetiva de la seguridad jurídica plantea no serían requisitos necesarios para que los ciudadanos *sepan* cuál es el Derecho vigente, sino

⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ TAPIA, *Determinación del tiempo...*, cit., p. 187.

para que *no sea imposible que lo sepan*, de modo que, si efectivamente acceden al mensaje normativo, puedan calcular con un nivel razonable de previsibilidad la valoración jurídica que de sus actos futuros se haga. En otras palabras, la promulgación de las leyes, su publicación, su claridad, su completud, su taxatividad, su irretroactividad y su estabilidad en el tiempo no garantizarían su efectivo conocimiento por las personas, pero sí contribuirían a la posibilidad de dicho conocimiento o, mejor, a evitar que sea imposible su ignorancia.

Este planteamiento, al resistirse a abandonar el ideal de certeza del Derecho por su supuesta obsolescencia, a pesar de las dificultades prácticas que ello conlleva, tiene la ventaja de procurar evitar que el legislador se relaje en el cumplimiento de las exigencias necesarias para alcanzar dicha certeza. En efecto, al afirmar que es la posibilidad de acceder al conocimiento del ordenamiento jurídico –o, mejor, en términos negativos, la necesidad de evitar la imposibilidad de dicho conocimiento– lo que explica por qué las leyes penales deben ser claras, taxativas, publicadas, irretroactivas, estables, de número no muy elevado, etc., lo que se está haciendo es elevar la certeza del Derecho a la categoría de ideal a tratar de alcanzar.⁴⁷ Y con ello, implícitamente, se está exigiendo, entre otras cosas, que las leyes penales sean redactadas con mayor claridad, que describan las conductas punibles con mayor precisión, que gocen de mayor estabilidad en el tiempo antes de ser modificadas, que su número sea más reducido, que sean más difundidas en la comunidad antes y después de su publicación en el Diario Oficial, que cada modificación legal tenga su correspondiente período de *vacatio legis* y que éste se aproveche para preparar a los tribunales y divulgar entre los ciudadanos el sentido en que cambia el ordenamiento jurídico, etc.⁴⁸ En otras palabras, que se haga lo necesario para que las personas puedan conocer el Derecho o, mejor, para que no sea imposible que lo conozcan.

⁴⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (5ª edición, Valencia, 1999), p. 73, nota 41: “Se ha hablado de que la certeza del Derecho desempeña una “función ideológica”, dado que la realidad pone de manifiesto, de manera evidente, que la generalidad de los ciudadanos ignora, efectivamente, las leyes [...]. Aun reconociendo que, en el Estado moderno, ello es así y que resulta prácticamente imposible alcanzar el ideal de que las leyes sean conocidas por todos (dada la complejidad de la organización y funciones del Poder público), no parece adecuado obtener la conclusión de que hay que abandonar, por obsoleto, el ideal de certeza. Al contrario: en el mundo actual habría que tratar de alcanzarlo con mayor empeño que en momentos históricos anteriores, porque la certeza que pueda conseguirse, aun siendo relativa, representa la última salvaguarda de la persona humana, en un momento en que se encuentra amenazada en su misma individualidad. La ‘crisis’ de la certeza [...] no es sino la crisis del mundo personal, que ha de ser, a toda costa, defendido”.

⁴⁸ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales* (Madrid, 2004), p. 169: “Requisitos como la sanción, el refrendo, la publicación en el Boletín Oficial, la duración precisa de la *vacatio legis*, consolidan la positividad del Derecho, su conocimiento y forman una condición de certeza imprescindible”.

BIBLIOGRAFIA

- BUENO ARÚS, Francisco: “El artículo 9 de la Constitución y el Derecho Penal”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen V, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), pp. 3089 a 3115.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Trotta, Madrid, 2006).
- CALVO GARCÍA, Manuel: “Los límites de la seguridad jurídica: principios jurídicos y certeza del Derecho”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen V, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), pp. 3151 a 3173.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl: “¿Es el Derecho Penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”, en *La Semana Jurídica*, n° 192, Santiago, semana del 12 al 18 de julio de 2004, p. 14.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Derecho Penal. Parte General* (Tirant lo Blanch, 5ª edición, Valencia, 1999).
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel: *Programa Analítico de Derecho Penal* (Edeval, 4ª edición, revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dálbora, Valparaíso, 1997).
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos: Prólogo a la trigésima edición, en *Código penal y legislación complementaria* (Civitas, Madrid, 2004), pp. 19 a 23.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963).
- FERRERES COMELLA, Víctor: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)* (Civitas, Madrid, 2002).
- FULLER, Lon L.: *La moral del Derecho* (traducción de Francisco Navarro, Trillas, México D. F., 1967).
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Derecho Penal. Introducción* (Universidad Complutense de Madrid. Servicio de Publicaciones, 2ª edición, Madrid, 2000).
- GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel: *Determinación del tiempo de comisión del delito* (Comares, Granada, 2002).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: “La seguridad y la certeza jurídica a través de la historia del Derecho”, en *Derecho y Seguridad Jurídica, Colección Seminarios*, n° 6, Facultad de Derecho Universidad de Chile (Santiago, 1983), pp. 53 a 68.
- HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del derecho penal* (traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984).
- HASSEMER, Winfried / MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1989).
- LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994).
- LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certeza del Derecho*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín (EJEA, Buenos Aires, 1953).
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis: “La seguridad jurídica: realidad o ilusión”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen V, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), pp. 3347 a 3374.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General* (B de F, 7ª edición, Montevideo – Buenos Aires, 2004).
- *Introducción a las bases del derecho penal* (Bosch, Barcelona, 1976).
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho* (Ariel, 10ª edición, Barcelona, 2001).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo: “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solarí Peralta* (Santiago, 2008), pp. 463 a 480.
- PALAZZO, Francesco: *Introduzione ai principi del Diritto penale* (Giappichelli, Turín, 1999).

- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: “La seguridad jurídica ante la abundancia de normas”, en *Cuadernos y Debates* n° 68, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 1997).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n° 6, 1990, pp. 215 a 229.
- *Lecciones de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés (Dykinson, Madrid, 2004).
- PELEGRÍ GIRÓN, Juan: “El principio de seguridad jurídica y la eficacia temporal de las sentencias del Tribunal Constitucional”, en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, volumen V, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), pp. 3523 a 3555.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La seguridad jurídica* (Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1994).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles* (Civitas, Madrid, 2004).
- *Represión penal y Estado de Derecho* (Dirosa, Barcelona, 1976).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Josep Miquel: *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Cedecs, Barcelona, 1996).
- ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, tomo I (traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997).
- SÁINZ MORENO, Fernando: “Seguridad Jurídica”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV (Civitas, Madrid, 1995), pp. 6108 a 6118.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001).
- *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (Bosch, Barcelona, 1992).
- SOTO KLOSS, Eduardo: “Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho público chileno”, en *Derecho y Seguridad Jurídica, Colección Seminarios*, n° 6, Facultad de Derecho Universidad de Chile (Santiago, 1983), pp. 91 a 113.
- SÜß, Frank: “El trato actual del mandato de determinación”, traducción de David Felip i Saborit, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000), pp. 223 a 244.
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime: “La seguridad como valor del Derecho”, en *Derecho y Seguridad Jurídica, Colección Seminarios*, n° 6, Facultad de Derecho Universidad de Chile (Santiago, 1983), pp. 11 a 52.