

ARTÍCULOS

## El legislador como destinatario del principio de *lex mitior*

*The legislator as addressee of the lex mitior principle*

Antonio Bascuñán Rodríguez

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

**RESUMEN** El artículo examina dos sentencias del Tribunal Constitucional chileno relativas al estatus constitucional en el derecho chileno del principio de *lex mitior*, es decir, del deber de aplicar con efecto retroactivo la ley penal más favorable. El examen ofrece un análisis crítico del común denominador de la opinión disidente y las opiniones concurrentes en ambas sentencias, que no es rebatido por la última opinión de mayoría del tribunal. El artículo sostiene que en el nivel constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, cabe entender al principio de *lex mitior* como una prohibición dirigida al legislador de imponer una aplicación categórica de la ley derogada por la sola razón de que ella era la ley vigente al momento de la comisión del hecho. Se trata de un caso especial de la prohibición general de establecer diferencias arbitrarias.

**PALABRAS CLAVE** Aplicabilidad temporal de la ley penal, principio de *lex mitior* (retroactividad de la ley penal más favorable), principio de legalidad, principio de proporcionalidad, derecho a la igualdad ante la ley, derecho transitorio, reforma del derecho concursal chileno, Ley 20.720.

**ABSTRACT** The article reviews two judgments of the Chilean Constitutional Court concerning the constitutional status under Chilean law of the 'lex mitior'-principle, that is the duty to apply retrospectively the milder criminal law. It offers a critical analysis of the thesis shared by the dissenting opinion and the concurrent opinions in both sentences, which is not contested by the late majority opinion of the Court. The article poses that at constitutional level as well as under international law of human rights the 'lex mitior'-principle is most properly understood as a prohibition addressed to the legislator, so that he cannot order a categorical application of the repealed statute for the sole reason that it was the statute in force that at the time of the commission of the offence. It is a special case of the general prohibition to establish arbitrary differences.

**KEYWORDS** Time and law, 'lex mitior'-principle (retrospective application of the milder law), legality, proportionality, right to equal treatment under the law, saving provision, reform of Chilean bankruptcy law, Act 20.720.

## 1. Planteamiento

En dos artículos publicados anteriormente en esta revista (Bascuñán, 2015; 2017) he comentado dos sentencias del Tribunal Constitucional chileno (TC) que recaen en casos en que se impugnó la constitucionalidad de un precepto legal que se estimaba incompatible con el principio constitucional de *lex mitior*.<sup>1</sup> Esa impugnación suponía tres premisas: i) que el principio de *lex mitior*, esto es, el deber de aplicar con efecto retroactivo la ley penal más favorable entrada en vigencia con posterioridad a la perpetración del hecho, tiene rango constitucional; ii) que después de la perpetración del hecho es plausible sostener que ha entrado en vigencia una ley penal que resulta más favorable al imputado; y iii) que el precepto legal en cuestión impide la aplicación de esa ley penal, imponiendo al hecho un trato penal comparativamente desfavorable.<sup>2</sup> En esas dos sentencias, la opinión de mayoría del TC sostuvo que el precepto legal impugnado<sup>3</sup> no impedía la aplicación del principio de *lex mitior* tal como se encuentra consagrado en los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal chileno.<sup>4</sup> Dado que esa regulación representa para la cultura jurídica chilena el máximo concebible de consa-

---

1. Respectivamente, sentencias 2673-14, del 1 de octubre de 2015, y 2957-16, del 24 de enero de 2017. La sentencia 2673-14 fue redactada por el suplente del ministro Christian Suárez y suscrita además por el presidente Carlos Carmona, la ministra Marisol Peña y el ministro Gonzalo García, contando asimismo con una opinión concurrente de la ministra María Luisa Brahm y el ministro Iván Aróstica. La sentencia 2957-16 fue redactada por el ministro Gonzalo García y suscrita por el presidente Carlos Carmona, las ministras Marisol Peña y María Luisa Brahm y el ministro Domingo Hernández, contando además con una opinión concurrente de los ministros Iván Aróstica y José Ignacio Vásquez.

2. La afirmación categórica de la premisa ii —es decir, sin la cláusula «es plausible»— es una cuestión cuya determinación es propia de la jurisdicción del tribunal penal. Sin embargo, de afirmarse únicamente i y iii, solo podría identificarse una cuestión abstracta de constitucionalidad. De aquí que en el nivel de referencia del control concreto de constitucionalidad sea indispensable constatar al menos la plausibilidad de una alegación de *lex mitior* en el respectivo proceso penal.

3. El artículo 12 transitorio de la Ley 20.720, que regula la aplicabilidad temporal de las normas de esa ley que introdujeron en el Código Penal chileno los artículos 463 a 465 *bis*, y modificaron su artículo 466, todos relativos a delitos cometidos en situaciones de relevancia para el derecho concursal.

4. «Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte».

gración del principio de *lex mitior*, el precepto en cuestión así interpretado no podía ser concebido como una norma legal en conflicto con dicho principio. Por la misma razón, todas las consideraciones sobre la consagración constitucional del principio de *lex mitior* que se encuentran en la opinión de mayoría de ambas sentencias solo pueden tener el carácter de *dicta*. La *ratio decidendi* de ambas decisiones se encuentra en la negación de la premisa iii, que no se refiere al derecho constitucional chileno.

La primera sentencia contó con una opinión disidente redactada por el ministro Juan José Romero.<sup>5</sup> Esa opinión discrepó de la opinión de mayoría tanto en relación con la premisa iii como con algunos —pocos— de sus *dicta* en relación con la premisa i. Algunas de sus afirmaciones acerca de esta misma premisa fueron razones decisivas para la disidencia.

Con posterioridad a estas decisiones, el TC se ha pronunciado en otras dos oportunidades acerca de la constitucionalidad del mismo precepto legal, impugnada por las mismas razones, rechazando la impugnación de modo congruente con su jurisprudencia previa y contando siempre con una opinión disidente del ministro Romero. En su última opinión disidente, el ministro Romero da cuenta críticamente de los puntos de vista desarrollados en mis comentarios a la jurisprudencia del TC. Este artículo tiene por objetivo comentar críticamente su disidencia.

Con tal propósito, primero analizaré los argumentos de los requerimientos que dieron lugar a las decisiones del TC; en seguida describiré brevemente ambas sentencias; luego analizaré la interpretación del precepto legal impugnado que el ministro Romero considera correcta; posteriormente ofreceré un breve examen del principio legal de *lex mitior*, para luego analizar la concepción que el magistrado tiene de la consagración constitucional del principio de *lex mitior*; y, por último, formularé algunas consideraciones sobre el modo de argumentar del ministro.

## 2. Los requerimientos

### 2.1. Requerimiento Rol 3252-16

Este requerimiento fue tramitado en reunión con los números 3252-16, 3255-16 y 3264-16, todos ellos presentados por distintos imputados en un mismo proceso penal, rechazando la impugnación de la constitucionalidad de los números 7, 15 y 16 del artículo 220 del Libro IV del Código de Comercio y los artículos 12 transitorio y 334 de la Ley 20.720.

Los requerimientos aducen dos clases de razones para impugnar la constitucionalidad de las disposiciones del Libro IV del Código de Comercio: unas se refieren

---

5. En la sentencia 2673-14, la opinión disidente fue suscrita además por el ministro Hernán Vodanovic. En la sentencia 2957-16, el ministro Romero no integró el tribunal.

al imperativo de aplicación de las normas penales derogadas a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20.720, establecido por el artículo 12 transitorio de dicha ley; la otra clase de razones —invocadas subsidiariamente— se refieren a la incompatibilidad de la regulación derogada con el principio de culpabilidad. Pero en el presente trabajo nos centraremos solo en las primeras.

Las razones de la primera clase admiten a su vez una división en dos grupos: están aquellas que se refieren al conflicto entre el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 y el principio constitucional de *lex mitior*; y las que consideran que el trato penal diferenciado entre los delitos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20.720 y los cometidos con posterioridad a esa fecha violan el derecho a la igualdad ante la ley. Como es obvio, este segundo grupo de razones solo es pertinente si el artículo 12 transitorio efectivamente impone un tratamiento diferenciado que sea desfavorable a los intereses de los afectados, o sea, que efectivamente impida la aplicación del principio de *lex mitior* para la identificación de la ley penal aplicable a los hechos del caso. El tratamiento penal diferenciado que procede efectuar cuando ha sobrevenido un cambio legal desfavorable para el afectado no es impugnabile como violación al derecho a la igualdad ante la ley. Por esta razón, aquí solo interesa examinar el primer grupo de razones.<sup>6</sup>

Las consideraciones de los requirentes demandan clarificación. Por una parte, sostienen que el cambio de técnica legislativa introducido por la Ley 20.720 en la tipificación de los delitos concursales sería tan radical que obligaría a entender que los antiguos delitos, basados en presunciones, se encontrarían derogados. Por otra parte, si bien reconocen que el artículo 12 transitorio admite la aplicación del artículo 18 del Código Penal —esto es, no excluye la aplicación del principio legal de *lex mitior*—, sostienen que ello resulta en el caso impracticable:

Ya que, si bien la Ley 20.720 contempla penalidades más bajas que las descritas en el Libro IV del Código de Comercio, lo cierto es que lo hace en forma específica para cada uno de los nuevos tipos penales que contempla. Entonces, ¿cómo se podrá aplicar una penalidad más beneficiosa [...] si no es posible subsumir los tipos penales antiguos con los nuevos?<sup>7</sup>

---

6. En todo caso, este argumento explicita una consideración enteramente correcta, a saber, que uno de los fundamentos constitucionales del principio de *lex mitior* es la prohibición de la arbitrariedad. Como se puede ver en las secciones 5 y 6, la aplicación con efecto retroactivo del cambio legal más favorable se basa en la idea de que ese cambio responde a una variación en la representación del legislador del merecimiento y/o la necesidad de pena del hecho, y que esa representación se extiende también a los hechos del pasado, de modo que sería injustificado un trato desigual. Su condición de argumento subsidiario se explica por la refutabilidad de la interpretación del artículo 19 número 3 inciso octavo como una disposición que consagra un imperativo constitucional de aplicar con efecto retroactivo la ley penal más favorable (véase más abajo en secciones 6.5 y 6.6).

7. Rol 3255-16, fojas 19; rol 3264-16, fojas 18-19.

Como primera medida de análisis, es indispensable observar que ni los delitos ni las penas son objeto de derogación. Aquello de lo que cabe predicar que es objeto de promulgación, vacancia legal, entrada en vigor y derogación es de las disposiciones que establecen las normas relativas a los delitos o las penas.<sup>8</sup> Además, la comparación entre la regulación derogada y la regulación vigente que exigen efectuar las garantías de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y el principio de *lex mitior* para determinar si el cambio legal es favorable o desfavorable, no es una comparación en abstracto, sino una en concreto. Este es un error extendido en la práctica jurídica chilena, que procede de una doctrina errada acerca de los fundamentos de la aplicabilidad de la ley penal derogada por el cambio legal.<sup>9</sup> Esa doctrina resuena en estos requerimientos, que comparan las normas invocadas por el Ministerio Público —las presunciones de quiebra dolosa establecidas en los números 7, 15 y 16 del artículo 220 del Libro IV del Código de Comercio— y constatan que «no se pueden encajar las conductas [allí] descritas en ninguno de los tipos penales creados por la Ley 20.720».<sup>10</sup> Esta operación de «encaje» es irrelevante.

Tanto el inciso primero del artículo 18 del Código Penal correctamente interpretado, como la segunda oración del artículo 12, ordenan la aplicación de la ley vigente al momento de la perpetración del hecho. No se necesita más que esa regla para justificar la aplicabilidad de la ley derogada. Con todo, si la ley que entró en vigencia con posterioridad a la perpetración del hecho es más favorable, entonces se la debe aplicar con efecto retroactivo. Esto es lo que disponen los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal.

Para determinar si el cambio legal sobrevenido es o no favorable, resulta imprescindible efectuar una operación argumentativa, que se compone de dos fases: i) la subsunción conjetural de los hechos del caso bajo la legislación vigente al momento de su perpetración, derogada, y también bajo la legislación introducida por el cambio sobrevenido con posterioridad a su ocurrencia; y ii) la comparación de las consecuencias jurídicas asociadas a esa subsunción por una y otra legislación. Por esta razón, no importa el grado de convertibilidad abstracta que exista entre la redacción de los respectivos supuestos del hecho. Lo que importa es el resultado comparativo concreto a que se llegue mediante la subsunción conjetural de los hechos bajo las distintas regulaciones legales.<sup>11</sup>

---

8. Por «disposición» o «precepto» entiendo la formulación de una (parte de) norma que se encuentra fijada en un texto dotado de autoridad. Las leyes son cuerpos de disposiciones. Las normas legales son el sentido prescriptivo (el contenido) de las disposiciones legales.

9. Es precisamente la influencia de esa doctrina errada lo que explica la necesidad práctica de la segunda oración del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 (véase más abajo en la sección 4).

10. Rol 3264-16, fojas 18-19.

11. Por cierto, la posibilidad de subsumir conjeturalmente los hechos bajo una y otra regulación presupone que entre ellas no exista una inconmensurabilidad tal que haga imposible la subsunción de los

Es un hecho innegable que la nueva regulación de los delitos concursales tuvo por objetivo una contracción del ámbito de la punibilidad establecido por la regulación antigua, heredera de un criterio regulativo que se remontaba a las Ordenanzas de marzo de 1673 de Luis XIV (Bascuñán, 2018). Por esta razón, no cabe descartar *a priori* que un hecho punible bajo el Libro IV del Código de Comercio haya sido despenalizado por la Ley 20.720. Pero el único modo de demostrarlo es mediante la constatación de un resultado negativo del ejercicio de subsunción conjetural del hecho en cuestión, bajo las normas introducidas en el Código Penal por la Ley 20.720 y el resto del derecho penal vigente con posterioridad a la derogación de Libro IV del Código de Comercio.

La relevancia de una despenalización resultante del cambio legal más favorable es obvia conforme al inciso segundo del artículo 18 del Código Penal, pues se trataría de una «ley que exime [al delito cometido] de toda pena». Tratándose del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720, la pregunta consiste en determinar si la frase «las normas relativas a la pena», que remite al artículo 18 del Código Penal, incluye también la regulación legal de los supuestos de hecho. El TC ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia que ese es el caso, por lo que no existe impedimento legal para que una despenalización introducida por la Ley 20.720 pueda ser aplicada con efecto retroactivo. Pero, una vez más, el fundamento del sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria por esta razón no se encontraría en que los delitos previstos y sancionados en el Libro IV del Código de Comercio hubieran sido «derogados» o que ellos «no encajaran» en los delitos previstos y sancionados ahora en el Código Penal. Ese fundamento se encontraría en que los hechos del caso no son punibles conforme al derecho penal vigente con posterioridad al cambio introducido por la Ley 20.720.

Una vez clarificado el argumento de los requirentes, salta a la vista que su petición al TC es en parte superflua y en parte improcedente. Es superflua, en cuanto a declarar inaplicable el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720. Si el órgano revisor así lo hiciera, los resultados para los imputados en el respectivo proceso penal serían exactamente los mismos que resolviendo su aplicación, tal y como lo interpreta para rechazar la petición. Ello, porque el caso quedaría gobernado directamente por el artículo 18 del Código Penal: la ley aplicable sería la vigente al momento de la perpetración de los hechos (inciso primero), a menos que la Ley 20.720 hubiera introducido un cambio más favorable (inciso segundo), dentro del cual cabría considerar sin duda la despenalización.

Y la petición es improcedente, en cuanto a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los números 7, 16 y 15 del artículo 220 del Libro IV del Código de Comercio, con base en el principio de *lex mitior*. Este no prohíbe en abstracto

---

hechos en los supuestos de hecho de la regulación introducida por el cambio legal. Al respecto, véase sección 3.

la aplicación de la ley derogada, sino que manda aplicar con efecto retroactivo la ley penal en concreto más favorable. Luego, la cuestión de si la determinación de la ley penal aplicable al caso se encuentra o no regida por el principio de *lex mitior*, depende de realizar esa operación compleja que antes se describió. Esa es una tarea del tribunal con jurisdicción penal, como lo sostiene también el TC en su jurisprudencia.<sup>12</sup> Si ese tribunal omitiera aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable introducida por el cambio legal, incurriría en un vicio de nulidad [artículo 373-b) del Código Procesal Penal].

La consideración anterior presupone que el inciso primero del artículo 18 del Código Penal ordena aplicar la ley vigente al momento del hecho. Como se verá en la sección 4, esa es una presuposición pragmáticamente precaria, atendida la confusión que reina en la doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicabilidad de la ley penal derogada. Esta es, naturalmente, la clave de la petición de los requirentes: bajo el artículo 18, su teoría de la «derogación de delitos» por falta de «encaje» de las disposiciones tendría alguna oportunidad de obtener un sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria. Pero ello no se debería a la aplicación del principio legal de *lex mitior* —como pretende su planteamiento—, sino a la incertidumbre que afecta la aplicabilidad de la ley penal derogada como regla general del derecho intertemporal penal chileno.

## 2.2. Requerimiento Rol 3844-17

Este requerimiento impugnó la constitucionalidad de los números 1 y 7 del artículo 220 de la Ley 18.175 (Libro IV del Código de Comercio) y el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720. El requerimiento identifica con precisión las disposiciones introducidas en el Código Penal por la Ley 20.720 que serían más favorables para el imputado en el proceso penal: la despenalización del delito de ocultamiento posterior a la resolución de liquidación consagrada por el artículo 463 bis número 1 del Código Penal<sup>13</sup> y la menor penalidad asignada al delito de contabilidad irregular por el artículo 463

---

12. Sentencias 2673-14, del Tribunal Constitucional, del 1 de octubre de 2015 (considerando 44.º); 2957-16, del 24 de enero de 2017 (considerando 34.º). Esta apreciación ha sido recientemente caracterizada por el TC como una postura firme en su jurisprudencia: sentencias 5677-18, del 2 de enero de 2019 (considerandos vigesimocuarto a vigesimosexto) y 9406-20, del 28 de enero de 2021 (considerandos noveno y décimo).

13. La impunidad del ocultamiento posterior a la resolución de liquidación bajo la norma que sanciona el delito de ocultamiento de bienes es político-criminalmente absurda pero innegable. Obnubilado por los argumentos falaces de la entonces superintendente de Quiebras, el legislador no quiso reconocer este absurdo, a pesar de haber sido suficientemente advertido. Al respecto, Bascuñán (2018: 199 y ss.). Esta situación es corregida por el proyecto de ley sobre delitos económicos (Boletín 13.204-07/13.205-07), en segundo trámite constitucional ante el Senado al momento de concluir este artículo.

ter número 2 del mismo Código. Por cierto, respecto de la primera consideración, para concluir que el ocultamiento posterior a la resolución de liquidación ha sido despenalizado, no basta con una comparación en abstracto entre las disposiciones derogada y vigente específicamente referidas al delito concursal de ocultamiento de bienes, sino que se requiere que el acusador no pueda subsumir el hecho bajo alguna norma penal actualmente vigente, cualquiera que esta sea. Las normas que antes del cambio legal no eran aplicables al caso, por consideraciones de concurso aparente con la norma derogada, pasan a ser aplicables precisamente a consecuencia de la derogación de esa norma.

La claridad de los fundamentos del requerimiento pone de manifiesto la superfluidad o improcedencia de su petición al TC en los mismos términos que los requerimientos analizados en la sección anterior: de la inaplicabilidad del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 no se deduce sin más cuáles sean las normas penales aplicables al caso y no corresponde al TC decidir esta última cuestión.

### 3. Las sentencias

#### 3.1. Sentencia 3252-16, del 24 de abril de 2018

La sentencia fue decidida por el TC integrado por el entonces presidente, Iván Aróstica, sus ministras Marisol Peña y María Luisa Brahm, y sus ministros Carlos Carmona, Gonzalo García, Domingo Hernández, Juan José Romero, Cristián Letelier, Nelson Pozo y José Ignacio Vásquez. La opinión de mayoría fue redactada por el ministro García y suscrita además por las ministras Peña y Brahm, y los ministros Carmona y Hernández.

Manteniendo la línea jurisprudencial del TC, la ratio de la opinión de mayoría en lo relativo a la impugnación de la constitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 se encuentra en su interpretación como una regla que no limita el alcance del principio de *lex mitior* consagrado por los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal (considerandos 33.º y 34.º). Este fundamento es compartido por la opinión concurrente del presidente Aróstica y el ministro Vásquez (considerando cuarto), así como por la opinión concurrente de los ministros Letelier y Pozo (considerandos séptimo y octavo). Los *dicta* de la opinión de mayoría, que mantienen algunas consideraciones de la jurisprudencia anterior del TC, no son compartidos por las opiniones concurrentes.

#### 3.2. Sentencia 3844-17, del 16 de agosto de 2018

La sentencia fue decidida por el TC integrado por su entonces presidente, Iván Aróstica, sus ministras Marisol Peña y María Luisa Brahm, y sus ministros Gonzalo García, Domingo Hernández, Juan José Romero, Cristián Letelier, Nelson Pozo y José

Ignacio Vásquez. La breve opinión que el texto presenta como de mayoría, redactada por el ministro Letelier, solo fue íntegramente suscrita por las ministras Peña y Brahm y los ministros García y Hernández.

Dado que la sentencia cuenta con las mismas dos opiniones concurrentes que la sentencia 3252-16, desde un punto de vista formal, en rigor se trata de una decisión *per curiam* apoyada por tres opiniones concurrentes.<sup>14</sup> Con todo, las tres opiniones coinciden en un mismo fundamento, a saber, la interpretación del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 como una regla que no limita el alcance del principio legal de *lex mitior* (considerandos decimoséptimo y decimoctavo de la opinión redactada por el ministro Letelier). Los *dicta* relativos al derecho intertemporal penal que eran característicos de las opiniones de mayoría precedentes, no se encuentran en esta sentencia.

Esta falta de apoyo de la doctrina desarrollada por el TC en los *dicta* de su jurisprudencia anterior abre la pregunta acerca del tratamiento que podría dar en el futuro a un caso en que el legislador dispusiera la aplicación irrestricta (categórica, incondicional, absoluta) de una norma penal vigente al momento del hecho, pero derogada al momento de la sentencia, que resulta desfavorable para el imputado en comparación con la norma vigente al momento de la sentencia.<sup>15</sup> Del mismo modo, genera incertidumbre acerca del tratamiento que el TC pudiera dar a una modificación legal del artículo 18 del Código Penal, por ejemplo, con ocasión de una reforma del propio Código Penal.<sup>16</sup> La pregunta se puede plantear así: ¿cuán vulnerables a la disidencia del ministro Romero, en relación con la comprensión del derecho intertemporal penal de rango constitucional, son los cuatro ministros que concurrieron a la decisión en las sentencias 3252-16 y 3844-17? En las secciones 5 y 6 de este artículo se ofrece un antídoto para esa posible vulnerabilidad. Antes, es indispensable revisar la disidencia del ministro Romero en cuanto a la interpretación asignada al artículo 12 transitorio de la Ley 20.720.

---

14. De las otras dos opiniones concurrentes —explícitamente caracterizadas como prevenciones por la redacción de la sentencia—, una fue firmada por los ministros Aróstica y Vásquez, y la otra por los ministros Letelier y Pozo. Esta última es un caso ejemplar de inconsistencia: confunde la función del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 con la función del principio constitucional de *lex mitior* (considerando quinto); sostiene que ese precepto legal tuvo por finalidad exceptuar del principio legal de *lex mitior* el cambio legal más favorable, consistente en la despenalización (considerando sexto); califica de «loable» ese propósito, y estima que ello «evitó» que el mandato de aplicación de la ley derogada consagrado en el mismo precepto «resultara contrario al imperativo constitucional de efectivizar la aplicación posterior de la ley penal más favorable» (considerando séptimo).

15. Como lo fue, por ejemplo, el artículo 9 transitorio de la Ley 19.738, de 2001, que modificó entre otras disposiciones legales el artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas (DFL 2/1997, de Hacienda).

16. Como lo hacen, por ejemplo, los artículos 8 y 9 del Anteproyecto de Código Penal de 2018.

#### 4. El sentido y alcance del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720

El artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 es del siguiente tenor (los tres preceptos que lo componen se presentan enumerados):

Artículo duodécimo. 1) Las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, 2) el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley; 3) sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.

Esta no es una disposición inusual en la práctica del legislador chileno. Corresponde a una técnica instaurada en el contexto de las sucesivas reformas a la regulación del tráfico de estupefacientes (leyes 19.366 y 20.000, de 1995 y 2005, respectivamente) y que también fue adoptada por la Ley 20.968, de 2016, que modificó el Código Penal en relación con los delitos de tortura y apremios ilegítimos.

El precepto 1 es redundante. Desde el punto de vista del tribunal como destinatario del principio de irretroactividad de la ley, este se encuentra consagrado por el artículo 9 del Código Civil, respecto de la ley en general, y por el inciso primero del artículo 18 del Código Penal, respecto de la ley penal. Su inclusión en la disposición obedece a razones de discurso: el legislador parte por declarar que los criterios especiales de aplicabilidad temporal que establecerá no tienen por finalidad alterar la prohibición de efecto retroactivo de la ley penal, sino que se entienden —al menos en lo que respecta al precepto 2— como una regulación lógicamente consistente con esa prohibición —una «consecuencia» de ella, en sus palabras.<sup>17</sup>

El sentido y función del precepto 2 depende de la interpretación que se haga del inciso primero del artículo 18 del Código Penal. Si se estima —como lo hicieron la jurisprudencia y la doctrina chilena por más de un siglo— que dicho inciso consagra el principio de la aplicabilidad de la ley vigente al momento de la perpetración del hecho,<sup>18</sup> entonces el precepto 2 sería redundante. Si no se atribuye ese sentido al inciso

---

17. Lo cual es naturalmente un error. De la regla que ordena la aplicación preteractiva de la ley derogada se puede inferir la prohibición de aplicar con efecto retroactivo la ley introducida por el cambio legal, pero no a la inversa.

18. No es inusual que se haga referencia a dicho principio con el aforismo latino *tempus regit actum*. No obstante, el contexto al que en rigor pertenece el uso de este aforismo es el del derecho intertemporal privado: las formalidades requeridas para la validez y eficacia de los actos jurídicos se rigen por la ley vigente al momento de su celebración. Dado que es una regla que expresa un interés positivo en la aplicación preteractiva de la regla por parte del interviniente en la celebración del acto, su equivalente en el ámbito del derecho penal sería exclusivamente la aplicación preteractiva de una regulación en la cual el

primero del artículo 18 del Código Penal, entonces la aplicación de la ley penal derogada por un cambio legal que es desfavorable para el imputado queda necesitada de fundamento jurídico. Proveer ese fundamento sería el sentido y función del precepto 2.

El TC denomina «preteractividad» o «aplicación preteractiva» de la ley penal a la aplicación de una ley penal derogada a un hecho ocurrido con anterioridad a su derogación, siguiendo un uso terminológico propuesto por mí para distinguirla de la «ultractividad» en sentido propio o estricto, o aplicación «con efecto ultractivo», que es la aplicación de una ley derogada a un hecho ocurrido con posterioridad a su abolición.<sup>19</sup> Como es obvio, la ultractividad así definida se encuentra excluida para los tribunales por la institución de la derogación expresa. En cambio, la procedencia o improcedencia de la preteractividad es una cuestión sujeta a los criterios de aplicabilidad de la ley penal, que en conjunto forman el derecho intertemporal penal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema y una parte de la doctrina chilena adhieren a una teoría de la «vigencia material» de las normas penales que compensaría su «derogación formal», brindando de ese modo un fundamento para su aplicación preteractiva.<sup>20</sup> La teoría podría entenderse como un planteamiento invertido del principio de *lex mitior*, si en su seguimiento se insistiera en la comparación *in concreto* de las normas pertinentes para juzgar los hechos, las derogadas y las vigentes. Pero sus adherentes, en particular la Corte Suprema, entienden que la teoría requiere una comparación *in abstracto* entre las disposiciones pertinentes derogadas y las disposiciones pertinentes vigentes para constatar una suerte de continuidad por similitud semántica e incluso léxica entre ambas.<sup>21</sup> Dado que usualmente la redacción de las nuevas disposiciones se asemeja en parte a la redacción de las disposiciones derogadas y en parte difiere de ella, el resultado de ese examen es eminentemente incierto. Eso hace incierta la procedencia de la aplicación preteractiva de las normas derogadas. Compensar esta incertidumbre es una función innegable del precepto 2.

---

comportamiento no fuera punible.

19. Sentencias 2673-14, del Tribunal Constitucional, del 1 de octubre de 2015 (considerando decimocuarto); 2957-16, del 24 de enero de 2017 (considerando duodécimo); 3252-16, del 24 de abril de 2018 (considerando decimocuarto). La propuesta terminológica se encuentra en Bascuñán (2013: 174).

20. Por todos, Matus y Ramírez (2021: 213-214), denominando «ultractividad» a la aplicación de la ley penal «formalmente derogada».

21. Matus y Ramírez (2021: 214) afirman que la jurisprudencia de la Corte Suprema habría evolucionado hacia una postura que solo examina la posibilidad de subsumir el hecho tanto en la norma vigente al momento de su perpetración (derogada) como en la norma vigente al momento de la sentencia. Pero citan como muestra de ese nuevo enfoque su sentencia 3662-2007, del 24 de marzo de 2008, la cual se limita a proseguir la línea jurisprudencial inaugurada por su sentencia 3862-2001, del 11 de noviembre del 2002, que en la jurisprudencia de la Corte Suprema es uno de los casos paradigmáticos de comparación *in abstracto* de las disposiciones derogadas con las disposiciones que las sustituyeron. Al respecto, Bascuñán (2013: 194, nota 51).

Una regla que ordenara de manera categórica (incondicional, absoluta, irrestricta) la aplicación preteractiva de una ley penal derogada podría entrar en conflicto con el principio de *lex mitior*, si el cambio legal sobrevenido conllevara un tratamiento penal más favorable para el imputado. La pregunta de si el legislador posee una prerrogativa de decisión en cuanto a reformular el ámbito cubierto por los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal es objeto de análisis en la sección 6. Aquí basta con observar que si al establecer una regla expresa de preteractividad el legislador no persigue la finalidad de impedir o restringir la aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable, entonces tiene que introducir otra regla que restrinja el deber de aplicar preteractivamente la ley penal derogada, exceptuando de ese imperativo el caso en que la ley entrada en vigor con el cambio legal sea más favorable al imputado. Esa es precisamente la finalidad del precepto 3.

La redacción del precepto 3 es sin embargo ambigua. La frase «normas relativas a la pena» puede entenderse en un sentido restringido como aquella parte de la ley penal que regula la naturaleza y extensión de la pena legal, su determinación judicial y su reemplazo por una pena sustitutiva; o bien, en un sentido amplio, como comprensiva también de la parte de la ley penal que regula el supuesto de hecho de cuya realización depende la imposición de una pena. Como ya se ha dicho, el TC en su jurisprudencia invariable ha interpretado extensivamente la disposición, dándole un sentido y alcance idéntico al que tiene el principio de *lex mitior* en el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal.

El ministro Romero, en cambio, desde su disidencia en la sentencia 2673-14 ha sostenido invariablemente que la interpretación correcta del precepto 3 es la restrictiva.<sup>22</sup> En favor de esa tesis ofrece dos argumentos:

El primero es teleológico, pues pretende basarse en la finalidad perseguida por el legislador, según constaría en la historia fidedigna del establecimiento del precepto. Se cita las intervenciones de un senador, de un diputado y de la superintendente de Quiebras, para demostrar que la regla fue aprobada con la intención de asegurar la aplicabilidad de las normas sobre quiebra dolosa y culpable, a pesar de su derogación.<sup>23</sup> Las citas son tendenciosas. Esas intervenciones fueron formuladas respecto

---

22. Esta tesis fue compartida también por la opinión disidente de los ministros Letelier y Pozo en la sentencia 2957-16. En su opinión concurrente a la sentencia 3252-16, ambos ministros mantienen la tesis, pero no infieren de ella la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720. La contradicción entre la premisa y la conclusión pareciera salvarse por una remisión del problema a la interpretación conforme a la constitución de dicho precepto legal, a ser practicada por el tribunal con jurisdicción penal (considerando octavo).

23. Sentencias 2673-14 del Tribunal Constitucional, del 1 de octubre de 2015 (considerando decimotercero del respectivo voto disidente); 3252-16, del 24 de abril de 2018 (considerando undécimo del respectivo voto disidente); 3844-17, del 16 de agosto de 2018 (considerando decimoséptimo del respectivo voto disidente).

del precepto 1 en un momento de la tramitación del respectivo proyecto en que aún no habían sido introducidos los preceptos 2 y 3. Conviene reproducir el pasaje respectivo que se encuentra en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputadas y Diputados, en segundo trámite constitucional del proyecto de ley, boletines 8324-03 y 8492-13 (S):

#### Artículo duodécimo

Dispone que las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.<sup>24</sup>

La superintendente afirmó que esta disposición establece una excepción al principio *in dubio pro reo*. Relató que cuando se votó el proyecto en la Sala del Senado, se incorporó esta norma en el entendido de que, al eliminarse las presunciones de quiebra culpable y fraudulenta, podría ocurrir que un condenado según la ley vigente pueda solicitar, apelando a dicho principio, su absolución, por la inexistencia del delito. Acotó que fue muy discutida esta norma transitoria, cuya incorporación fue solicitada por la secretaria de las comisiones unidas de Constitución y del Trabajo del Senado.

El diputado Harboe sostuvo que aquellas personas que se encuentren condenadas por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta podrían invocar el principio *in dubio pro reo* para solicitar su absolución, en atención a que el delito dejó de existir.

Señaló que esta disposición puede ser cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad, sobre todo si se considera que el principio *in dubio pro reo* está consagrado en la Carta Fundamental.

La superintendente hizo presente que la Secretaría de las Comisiones Unidas argumentó que se había obrado de modo similar en el artículo 1 transitorio de la Ley 20.000, estableciendo una excepción al principio *in dubio pro reo*.

Propuso incorporar a continuación del punto aparte una mención que establezca, tal como lo hace la Ley 20.000, que los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley.

---

24. El artículo 12 transitorio aprobado por el Senado como cámara de origen solo contemplaba el precepto 1: «Artículo duodécimo.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia». (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 20.720, documento generado el 22 de enero de 2016, página 1.133 de 2.033).

El profesor Goldenberg señaló que, en tal caso, habría que agregar la siguiente frase, que también contempla la Ley 20.000: «Sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal».

La Comisión acordó incorporar a continuación del punto aparte, que pasa a ser punto seguido, el siguiente párrafo: «En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII del Libro IV del Código de Comercio quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal».

Sometido a votación el artículo, con esta modificación, fue aprobado por unanimidad (diputados señora Turres y señores Cardemil, Harboe, Letelier, Monckeberg, Rincón y Squella).<sup>25</sup>

El ministro Romero cita en su opinión las intervenciones de la superintendente y del diputado Harboe como prueba de que el precepto 3 persigue una finalidad que es consistente con su interpretación restrictiva.<sup>26</sup> Sin embargo, como puede verse en el pasaje transcrito, esas intervenciones se refieren al precepto 1. Ellas pueden entenderse implícitamente extensivas también al precepto 2, que fue introducido para complementar el sentido del precepto anterior, pero en ningún caso al precepto 3. El TC siempre ha sostenido que este pasaje de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.720 apoya la comprensión del precepto 3 como una regla introducida para evitar que el precepto 2 entrara en conflicto con el principio de *lex mitior*, lo que es consistente con su interpretación extensiva. Esa sí es una lectura plausible, aunque basada en una conjetura. Porque en su faz, el texto no contiene afirmación alguna acerca de la finalidad del precepto 3.

El segundo argumento es sistemático. Consiste en sostener que la interpretación extensiva del precepto 3 haría redundante al artículo 12 transitorio de la Ley 20.729, privándolo de todo efecto práctico.<sup>27</sup> Ciertamente, constituiría una anomalía que una regla de derecho transitorio de una ley penal se limitara a reproducir las reglas generales del derecho intertemporal penal. Pero como se ha dicho (sección 2.1), eso supone una determinada interpretación de las disposiciones legales que establecen las reglas

---

25. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley 20.720, pp. 1.444-1.445 de 2.033.

26. La otra cita corresponde a una intervención del senador Patricio Walker en una sesión en Sala del Senado, en relación con el artículo transcrito en la nota 26.

27. Sentencias 2673-14, del Tribunal Constitucional, del 1 de octubre de 2015 (considerando decimocuarto del respectivo voto disidente); 3252-16, del 24 de abril de 2018 (considerando duodécimo del respectivo voto disidente); 3844-17, del 16 de agosto de 2018 (considerando decimoctavo del respectivo voto disidente).

generales. Si, por el contrario, esas disposiciones son interpretadas por (al menos una parte significativa de) los tribunales de una manera que hace incierta la aplicación preteractiva de la ley penal derogada con ocasión de un cambio legal desfavorable, entonces no es redundante una regla de derecho transitorio que asegure la aplicación preteractiva de la ley derogada, o sea, el precepto 2. Es una regla interpretativa de las disposiciones que establecen las reglas generales o bien una regla distinta de las reglas generales. Esta es precisamente la función que el TC siempre ha asignado al precepto 2. Desde su primera disidencia en la sentencia 2673-14, el ministro Romero ha ignorado esta posible función de la regla, asignándole la finalidad de impedir la aplicación con efecto retroactivo del cambio legal que despenaliza comportamientos.<sup>28</sup>

Lo que más llama la atención de la disidencia del ministro Romero es su futilidad desde el punto de vista de sus efectos para el caso. Dado que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 transitorio dejaría entregada directamente al artículo 18 del Código Penal la cuestión de la identificación del derecho aplicable a los hechos perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.416, los efectos prácticos para el caso serían exactamente los mismos efectos a los que llega el TC con la interpretación extensiva del precepto 3: el principio de *lex mitior* de rango legal gobierna sin restricciones la cuestión de la aplicabilidad temporal de la ley penal a los hechos del caso. La misma razón que hace superflua la petición de los requerimientos (ver sección 2) hace fútil la disidencia del ministro Romero en este punto.

Hasta donde es posible advertir, dos son las razones que podrían explicar la pertinencia con que el ministro Romero ha defendido su interpretación del precepto 3. La primera sería que atribuye a la declaración de inaplicabilidad de inconstitucionalidad de dicho precepto la posibilidad de producir otros efectos para el caso y busca proteger esa posibilidad. Es decir, que en rigor su propósito no consiste en hacer valer el principio constitucional de *lex mitior*, sino brindar protección constitucional al espacio de incertidumbre generado por la interpretación del inciso primero del artículo 18 del Código Penal, conforme a la doctrina de la «vigencia material» de la ley penal «formalmente derogada», en razón de su continuidad semántica o léxica con la legislación introducida por el cambio legal. Pero esa no es una doctrina con fundamento en la Constitución. Ninguna regla o principio constitucional o de derecho internacional de los derechos humanos se opone a que el legislador declare explícitamente aplicable la ley penal derogada cuando el cambio legal sobrevenido es desfavorable al

---

28. Para eludir este sentido no redundante del precepto 2, el ministro Romero se refugia en el hecho de que la opinión de mayoría en la sentencia 2673-14 lo califica explícitamente como norma redundante. Eso tergiversa el sentido de esa calificación: la norma es redundante si es que no se interpreta el inciso primero del artículo 18 conforme a lo que la opinión de mayoría denomina como «doctrina Cousiño», siguiendo el planteamiento expuesto en Bascañán (2013).

imputado.<sup>29</sup> Luego, se trataría de un propósito arbitrario.

La segunda razón es más plausible. Dado que la interpretación restrictiva del precepto 3 lo pone en contradicción con el principio de *lex mitior*, su declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad requiere una doctrina acerca de la consagración constitucional de ese principio. Este es precisamente el aspecto donde existe un desacuerdo sustantivo y relevante entre los *dicta* de las sentencias 2673-14, 2957-16 y 3252-16 y la disidencia del ministro Romero en la sentencia 3844-17, a pesar de que en esta última sentencia el TC ya no insiste en los *dicta* de las sentencias anteriores.<sup>30</sup> La pertinacia en defender su interpretación del precepto legal se explicaría así por su interés en afirmar su interpretación de la Constitución en relación con el principio de *lex mitior*. Esto es objeto de análisis en la sección que sigue.

## 5. El principio legal de *lex mitior*

### 5.1. En general

El principio legal de *lex mitior* se encuentra establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal.<sup>31</sup> Esta regulación plantea una serie de interrogantes que su interpretación doctrinaria y jurisprudencial intenta resolver. Tales son: i) ¿qué nivel de existencia institucional requiere alcanzar la ley posterior a la perpetración del hecho punible para que le sea obligatoriamente aplicable con efecto retroactivo: promulgación, publicación, entrada en vigor?; ii) ¿se extiende el imperativo a la ley penal intermedia, esto es, la ley penal más favorable, que tuvo suficiente existencia institucional con posterioridad a la perpetración del hecho punible, pero que se encuentra derogada al momento de su aplicación?; iii) ¿existen situaciones de cambio legal en las cuales no resulta pertinente el principio de *lex mitior*?; y si ese es el caso, ¿qué justifica su tratamiento excepcional?; iv) si la regulación introducida por el cambio legal es parcialmente favorable y parcialmente desfavorable, ¿es posible su fraccionamiento de modo de aplicar con efecto retroactivo solo la parte favorable (formación de *lex tertia*)?; y v) ¿qué institución prevalece cuando la ley penal más favorable adquiere el nivel suficiente de existencia institucional con posterioridad al juzgamiento del hecho punible: la cosa juzgada o el principio de *lex mitior*?

---

29. Esta es, por lo demás, una regla bien conocida en el derecho comparado como primer principio del derecho intertemporal penal de rango legal. Ella encabeza la regulación de los códigos penales alemán de 1871/1975 (apartado 2), suizo de 1937 (apartado 2) y francés de 1994 (artículo 112-1).

30. La opinión disidente conjunta en la sentencia 2673-14, cuya estructura se mantiene en las disidencias posteriores, no atribuye tanta importancia a los *dicta* de la opinión de mayoría, sino que más bien se concentra en las discrepancias acerca del efecto restrictivo del principio de *lex mitior* atribuido al precepto 3 del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720.

31. Véase más arriba en nota 5.

El Código Penal chileno da respuesta explícita a la cuestión v en su inciso tercero, haciendo prevalecer el principio de *lex mitior* sobre la institución de cosa juzgada. Esta no es una regla originaria de 1875, sino que fue introducida recién en 1972 por la Ley 17.727. Durante casi un siglo, la respuesta del Código Penal chileno a esa cuestión fue la opuesta.<sup>32</sup>

La jurisprudencia chilena y la doctrina mayoritaria chilena han dado respuesta interpretativa a la mayor parte de las demás preguntas: i) por el hecho de que el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal usa la expresión «se promulgare», se considera que la sola promulgación de la ley más favorable basta para hacerla obligatoriamente aplicable con efecto retroactivo (Couso, 2011: 430); ii) se extiende el imperativo a la ley intermedia porque el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal no distingue (Couso, 2011: 437 y ss.); iii) se advierte en las leyes temporales una excepción al principio de *lex mitior*, que se justifica por razones estratégicas o exegeticas (Couso, 2011: 435 y ss.); y iv) se rechaza la formación de la *lex tertia* (Couso, 2011: 440 y ss.).

Ninguna de las razones esgrimidas por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria se encuentra libre de críticas y algunas de esas razones son sencillamente inaceptables.

## 5.2. La promulgación de la ley penal

La expresión «promulgada» es usada también por el inciso primero del artículo 18 del Código Penal y nadie ha sostenido que en ese contexto signifique otra cosa que la entrada en vigor de la ley, lo que conforme a los artículos 6 y 7 del Código Civil se produce con su publicación en el *Diario Oficial*, a menos que la propia ley disponga algo distinto. De lo contrario, tratándose de una norma penal, se haría depender la garantía de *lex praevia* de un momento institucional anterior a la obligatoriedad de la norma de comportamiento cuya infracción es punible conforme a la regla general del sistema jurídico chileno. Si los hechos previos a la entrada en vigor de la ley penal desfavorable pudieran ser juzgados conforme a ella, con tal que fueran simultáneos o posteriores a la dictación o publicación del decreto promulgatorio, en rigor se estaría haciendo de ese hecho institucional el único requisito de obligatoriedad. La garantía de *nullum crimen, nulla poena sine lege* previa produciría así el efecto de adelantar la entrada en vigencia de la ley penal desfavorable respecto del criterio general del sistema jurídico chileno. Afortunadamente, nadie sostiene este absurdo.<sup>33</sup> Esto demuestra

---

32. En el seno de la Comisión Redactora del Código Penal se planteó y rechazó asignar al principio de *lex mitior* prioridad sobre la cosa juzgada (sesión 127, del 18 de abril de 1873, Actas [1873], pp. 225-226).

33. Al respecto, Novoa (1960: 191-192), extendiendo este sentido no controvertido del término en el contexto del inciso primero también al contexto dado por el inciso segundo del artículo 18 y confundiendo la finalidad perseguida por la Corte Suprema con su jurisprudencia del año 1953 (véase nota 42).

que la expresión «promulgare» admite otra interpretación que la de encontrarse dictado el respectivo decreto promulgatorio de la ley.

Es claro, como mínimo, que el sentido es que correspondía asignar a las expresiones «promulgada» y «se promulgare» en artículo 18 del Código Penal entre 1875 y 1949 no es el actual, sino el que se conformaba a la redacción original de los artículos 6 y 7 del Código Civil.<sup>34</sup> En la representación y el uso lingüístico del legislador chileno del siglo XIX, la promulgación de la ley no se diferenciaba de su publicación y constituía una condición necesaria pero no suficiente para la entrada en vigor de la ley.<sup>35</sup> En todo caso, la diferenciación que tiene importancia para la aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable no es la que existe entre la promulgación y la publicación de la ley, sino entre la promulgación y el momento en que se produce como efecto institucional la obligatoriedad o entrada en vigencia de la ley. Esto es así, tratándose el inciso segundo del artículo 18, porque los casos relevantes para la práctica son aquellos en los que ese momento es posterior a la fecha de la publicación de una ley en virtud de una regla especial contemplada por esa misma ley.

La atribución del sentido actual al término «se promulgare» del inciso segundo del artículo 18, conforme a las reglas introducidas en 1949 por la Ley 9.400, aún vigentes, tuvo lugar en tres sentencias de la Corte Suprema de 1953, para evitar la injusticia de dictar una sentencia de término aplicando una ley cuyo rigor se vería morigerado en pocos días.<sup>36</sup> Con la Ley 17.727, esa necesidad de justicia se vio reducida a los casos en

---

34. «Artículo 6. La lei no obliga sino en virtud de su promulgacion por el Presidente de la República, i después transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella. La promulgacion deberá hacerse en el periódico oficial; i la fecha de la promulgacion será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico. Artículo 7. En el departamento en que se promulgue la lei, se entenderá que es conocida de todos i se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgacion; i en cualquier otro departamento, después de estos seis días i uno mas por cada veinte quilómetros de distancia entre as cabeceras de ambos departamentos. Podrá, sin embargo restringirse o ampliarse este plazo en a lei misma, designándose otro especial. Podrá también ordenarse en ella, en casos especiales, otra forma de promulgación» (*sic*). (Código Civil, 1856: 2).

35. Como mínimo era además necesario el transcurso del plazo de seis días (véase nota 40). En el contexto de la Constitución de 1833, la promulgación era el último de los actos previstos por las reglas de formación de la ley. Las disposiciones constitucionales lo trataban ambigüamente. Por una parte, lo tematizaban como un acto que realiza el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones especiales (artículo 82 número 1) y, por otra, como un acto que el Mandatario dispone que sea realizado (artículo 43). La práctica administrativa y la recepción del derecho público francés condujeron bajo las reglas de la Constitución de 1925 a la diferenciación entre el acto jurídico de la promulgación, realizado por el Presidente de la República, y el hecho de la publicación mediante la inserción del texto de la ley en el Diario Oficial. En cuanto al transcurso del plazo adicional, era considerado en términos del derecho privado como una condición adicional de eficacia para la «oponibilidad» de la ley. Al respecto, Rosende (1941).

36. Sentencias de la Corte Suprema del 7 de septiembre de 1953, recaídas en el proceso contra Manuel Gutiérrez Quiroz, en el proceso contra Héctor Bórquez Herrera y en el proceso contra Augusto Rivera

que la modificación de la sentencia firme conforme al inciso tercero del artículo 18 del Código Penal no fuera suficiente para evitar al condenado una afectación de sus derechos injustificable, de acuerdo al cambio legal sobrevenido. En el contexto del nuevo procedimiento penal introducido por la reforma del siglo XXI, incluso esos casos pueden ser satisfactoriamente tratados mediante la posposición de las audiencias respectivas para evitar esa afectación de derechos por aplicación de la ley penal. Esto demuestra que ya no hay razones basadas en una necesidad de justicia punitiva para no mantener el sentido originario del término «se promulgare» en el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal.<sup>37</sup>

No está demás advertirlo: el sentido originario del término «promulgada» en el inciso primero del artículo 18 fue recogido por el inciso octavo y penúltimo del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, en discrepancia con el sentido pos-1949 del término, que es el que corresponde a su uso en el contexto de las demás disposiciones de la Constitución.<sup>38</sup> Este es un punto en que es esencial compensar la comprensión sincrónica del texto con su comprensión diacrónica.<sup>39</sup>

### 5.3. La ley penal intermedia

En cuanto a la ley intermedia más favorable, efectivamente el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal no distingue; ella es una ley de la cual cabe predicar también que fue promulgada después de cometido el delito y antes de que pronuncie sentencia de término. Eso no implica, sin embargo, que no exista una diferencia fundamental entre la ley intermedia más favorable y la ley más favorable vigente al momento de la sentencia; al momento de ser aplicada la ley intermedia, ya no vale como medida legal de (des)valoración del hecho. La cuestión se desplaza, de consiguiente, a la pregunta por si esta diferencia es o no relevante. Para quienes consideran que el

---

Véliz. La primera sentencia citada fue publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia 50 (1953): IV 153-159. El considerando décimo de la sentencia declara que la regla de vacancia legal por un plazo de treinta días establecida por la ley en cuestión «tendrá aplicación en lo que respecta a las demás materias de que trata, y a las reformas penales más rigurosas».

37. En pie queda, naturalmente, la afectación de derechos del imputado por medidas cautelares cuya mantención depende de la calificación del hecho imputado conforme a la ley que será derogada. Este margen residual problemático debe ser manejado mediante las opciones que ofrece la legislación procesal penal.

38. Artículos 32 número 1, 67 inciso quinto, 72, 73 incisos tercero y final, 75, 93 incisos primero número 1 y 8, cuarto, sexto, decimotercero, 99 inciso tercero, 128 inciso segundo y 129 inciso primero.

39. La advertencia de que los textos legales pueden tener una dimensión diacrónica de sentido, es decir, que sus partes pueden haber sido fijadas en tiempos diversos y que la cabal comprensión de su sentido normativo requiere contextualizar cronológicamente cada parte, es el principio hermenéutico que corresponde al elemento histórico de la interpretación de la ley en la metodología de Savigny. Al respecto, Bascañán (2020: 12-13).

principio de *lex mitior* no es más que una expresión de un principio humanitario más general, consistente en un imperativo de preferir siempre la opción menos gravosa para los intereses del destinatario de la reacción punitiva del Estado, la diferencia es irrelevante: si la redacción de la ley abre una opción interpretativa, entonces ella debe ser resuelta *pro reo* (Garrido, 1997: 113).<sup>40</sup> Por más extendido que se encuentre este punto de vista como tópico, carece de fundamento jurídico. El principio *in dubio pro reo* tiene su campo de aplicación en la valoración de la prueba, como consecuencia de la presunción de inocencia. Además, cuando se lo reconoce en el contexto de la interpretación de la ley penal, ese principio opera como una directiva estrictamente subsidiaria, es decir, presupone que la controversia interpretativa sea indecidible conforme a las demás reglas de interpretación. El artículo 23 del Código Civil prohíbe considerar el favorecimiento del interés del imputado o acusado como una regla de interpretación equiparable a las reglas que el sistema acepta para determinar el genuino sentido de la ley.<sup>41</sup>

Particularmente importante es entender que el principio de *lex mitior* no impone al tribunal aplicar la ley que más beneficie o menos perjudique al imputado, sino el deber de aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable. Por eso, por ejemplo, no ordena aplicar la ley más favorable de entre todas las que estuvieron vigentes durante el lapso de comisión del hecho, sino solo la última de ellas si es la más favorable.<sup>42</sup> En esa consideración retrospectiva se encuentra la clave para explicar el principio de *lex mitior*. El sistema atribuye al cambio legal el sentido de una declaración de la medida de (des)valoración del hecho —su menor o nulo merecimiento y/o necesidad de pena— que desautoriza la medida preexistente expresada en la ley derogada. Pero esto no puede predicarse de la ley intermedia, pues ella ya no vale como medida de desvaloración del hecho. De aquí que un sector de la doctrina chilena rechace la extensión del principio legal de *lex mitior* a la ley intermedia (Oliver, 2007: 419-428).

---

40. La mayoría de la doctrina alude a consideraciones de lealtad procesal del Estado respecto del imputado, en el sentido de evitar la posibilidad de una demora deliberada del proceso en su perjuicio. Al respecto, Rettig (2017: 156-158).

41. Esto no supone una premisa epistemológica u ontológica relativa a la preexistencia de un sentido que es objeto de descubrimiento. Desde el punto de vista de la metodología jurídica propiciada por la codificación, «genuino» significa determinado, conforme a las reglas que el sistema admite y ordena considerar con prioridad. Al respecto, Bascuñán (2020: 19-20).

42. No obstante ser esta una consecuencia incontrovertible del principio de *lex mitior*, permaneció largamente inadvertida para la doctrina chilena, hasta que fue hecha valer por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en 2014 y por la Corte Suprema en 2015, en un proceso sancionatorio relativo a la colusión, que es constitutiva de infracción permanente («continuada»). Al respecto, Bascuñán (2016: 81-287).

#### 5.4. La ley penal temporal

Una ley penal temporal es aquella que introduce un cambio legal desfavorable para el tratamiento punitivo de ciertos hechos y establece un plazo relativamente breve de vigencia de las normas penales desfavorables que ella contempla. La jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que los hechos cometidos durante la vigencia de la ley temporal deben ser juzgados conforme a ella, aunque a la fecha de la sentencia ya no se encuentre vigente. O sea que se trata de una situación excepcional, en la que el principio de *lex mitior* no obliga a aplicar el derecho vigente al momento de la sentencia, aunque sea más favorable al imputado. Dos son las razones que la doctrina ofrece para justificar esta excepción. Una es estratégica: si no se las aplicara preteractivamente, esas leyes serían ineficaces, dado que previsiblemente solo habría oportunidad para aplicarlas judicialmente con posterioridad al término de su vigencia (Etcheberry, 1997: 150). La otra es exegética: al término de la vigencia de la ley temporal no es promulgada una nueva ley penal más favorable posterior a la comisión del hecho —como lo requeriría el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal—, sino que pierde vigencia la ley penal desfavorable vigente al momento del hecho (Novoa, 1960: 198). La primera razón es inconsistente; la segunda, irrelevante.

Es irrelevante que el término de vigencia de la ley temporal no se produzca como efecto de la promulgación de una nueva ley, porque el término de vigencia de la ley temporal, establecido en ella misma, genera un cambio legal exactamente equivalente al que introduciría una disposición derogatoria que fuera promulgada. Por lo demás, el argumento no es transferible al inciso octavo del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, ni a la tercera oración de los artículos 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); la formulación que la primera de esas disposiciones hace del principio de *lex mitior* —si es que así se lo considera— y la formulación que las otras dos hacen de él no exigen la promulgación de la ley más favorable, sino simplemente «que una nueva ley favorezca al acusado» o que «la ley disponga la imposición de una pena más leve». Así pues, desde el punto de vista de este argumento exegético, las convenciones internacionales y el precepto constitucional excluirían la aplicabilidad de las leyes temporales.

Es inconsistente sostener que la excepción se justifica como requisito de eficacia de la ley temporal, porque, de lo contrario, el cálculo de que el juicio tendrá lugar después del término de su vigencia la privaría de fuerza motivacional del comportamiento de sus destinatarios. Pues, como Günther Jakobs ha observado acertadamente (Jakobs, 1995: 111-113), este argumento da por sentado lo que no puede asumir bajo el principio de *lex mitior*, esto es, que sea racionalmente justificable la aplicación de una ley que resulta excesiva conforme a la medida de merecimiento y/o necesidad de pena que estuvo vigente antes, durante (como *lex generalis*) y después de su existen-

cia institucional. No es de extrañar, por consiguiente, que también se sostenga que si el derecho intertemporal penal de un sistema jurídico no exceptúa expresamente las leyes temporales del ámbito del principio de *lex mitior*, entonces la excepción no puede ser introducida por la jurisprudencia (Fernández, 2015: 181-184). Tal como lo hace el argumento exegético, el argumento estratégico expone la excepción de las leyes temporales a una impugnación de su constitucionalidad, si el principio de *lex mitior* tiene rango constitucional.

El auténtico fundamento de la institución de la ley temporal como situación no cubierta por el principio de *lex mitior* es que toda ley temporal es en rigor una ley especial. Es una ley que establece un trato punitivo más severo a ciertos hechos en consideración a circunstancias especiales que ocurren durante un lapso determinado. La comisión del hecho en esas circunstancias justifica su consideración como un hecho que reclama un mayor merecimiento y/o necesidad de pena. Y esa consideración mantiene su pertinencia para la desvaloración de esos hechos, aunque el transcurso del tiempo haya introducido una variación de esas circunstancias. La ley en cuestión podría tener vigencia indefinida con tal que transfiriera al supuesto de hecho de las normas penales más severas la delimitación temporal de su vigencia, requiriendo como elemento del hecho punible su perpetración dentro de un lapso determinado. En tal caso, no se trataría más que de una norma especial desfavorable en relación con una norma general más favorable. Lo cual no plantea problema alguno de constitucionalidad, con tal que la norma especial no sea discriminatoria ni excesiva.

### 5.5. La *lex tertia*

Finalmente, el rechazo a la formación de *lex tertia* no es una particularidad de la doctrina chilena, sino una postura compartida por la doctrina comparada (Roxin, 1997: 168). Su fundamento, sin embargo, no es convincente. El hecho de que el legislador nunca haya establecido la regulación que el tribunal aplica al caso cuando forma *lex mitior* queda compensado con el hecho de que el derecho intertemporal impone a la vez dos deberes: no aplicar con efecto retroactivo el cambio desfavorable y aplicar con efecto retroactivo el cambio favorable. La formación de *lex tertia* es la única manera de cumplir ambos deberes. La distinción entre aplicabilidad y vigencia, que explica la aplicabilidad de la ley derogada a pesar de su derogación, explica también la aplicabilidad de la *lex tertia*, a pesar de no haber sido directamente establecida por el legislador. Pero no toda unidad analítica de los presupuestos de la punibilidad es siempre aplicable separadamente de las demás. Es posible identificar complejos de reglas en un cambio legal que no admiten fraccionamiento. Esa es la excepción a la regla general favorable a la formación de *lex tertia*.<sup>43</sup>

---

43. Para la defensa de esta tesis y un examen detallado de la doctrina y jurisprudencia chilenas,

## 6. El principio constitucional de *lex mitior*

### 6.1. Los fundamentos del principio constitucional de *lex mitior*

El artículo 18 del Código Penal es una regla de rango legal, cuyos destinatarios son los órganos del Estado encargados de aplicar la legislación: paradigmáticamente, los tribunales. El legislador no está obligado por las normas legales, sino que tiene potestad para derogarlas o modificarlas. El principio legal de *lex mitior*, consagrado por los incisos segundo y tercero del artículo 18 no vincula al legislador. Distinto es el caso de un principio supralegal de *lex mitior*, que tiene por destinatarios a todos los órganos del Estado, incluido el legislador.

Tal como lo concede la opinión disidente del ministro Romero, existen tres maneras posibles de otorgar al principio de *lex mitior* apoyo institucional en la Constitución:

La primera de ellas consiste en entender que la frase «a menos que una nueva ley favorezca al afectado», establecida en el inciso octavo y penúltimo del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, consagra el imperativo de aplicar con efecto retroactivo la ley penal más favorable.

La segunda manera consiste en asignar rango constitucional al principio de *lex mitior* consagrado por las convenciones internacionales sobre derechos humanos: el artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 9-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de idéntico tenor.<sup>44</sup> Esto presupone un criterio de recepción constitucional de esas convenciones que sea aplicable a dichos preceptos.

La tercera manera consiste en entender que el principio de *lex mitior* es una concreción de la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad y de la prohibición de discriminación derivada del derecho a la igualdad ante la ley.

En cualquiera de sus versiones, el principio constitucional de *lex mitior* tiene que dar respuesta —ya sea en su formulación o en su interpretación— a las cuestiones examinadas en la sección anterior.

La fundamentación del principio constitucional de *lex mitior* en el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad tiene una respuesta precisa para las cuestiones i, ii, iii y iv, que se desprende de lo dicho en la sección anterior, con ocasión de la crítica de la doctrina y jurisprudencia chilenas. Así fundado en la Constitución, el principio supralegal de *lex mitior* no cubre el caso de las leyes intermedias. Extender o no a ellas el principio legal de *lex mitior* es prerrogativa del legislador. Conforme a ese fundamento constitucional, el principio de *lex mitior* impone al legislador el deber de aplicar con efecto retroactivo el cambio legal favorable, a menos que haya

---

Bascuñán (2019).

44. «Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

razones suficientes para introducir un doble estándar entre hechos pasados y hechos futuros, y el trato de los hechos pasados no sea excesivamente severo. Que cuente como una justificación razonable para introducir una diferencia de tratamiento punitivo en relación con el tiempo de comisión del hecho es obviamente un problema del derecho a la igualdad ante la ley. En este contexto de control de constitucionalidad, el principio de *lex mitior* opera como carga de la argumentación adversa al legislador y no como una prohibición categórica de diferenciación. Así fundado, el principio constitucional de *lex mitior* es completamente neutral a la cuestión de qué nivel de existencia institucional haya de tener la ley más favorable para que sea aplicable con efecto retroactivo. Finalmente, si no se puede formar *lex tertia*, es consistente con esta fundamentación asignar prioridad a la prohibición de aplicar con efecto retroactivo la regulación ambivalente introducida por el cambio legal.

La cuestión v es sin duda la de más difícil solución. El derecho comparado demuestra que no es obvio que el principio de *lex mitior* tenga operatividad como criterio de revisión de sentencias que revisten la autoridad de cosa juzgada.<sup>45</sup> Y, sin embargo, una vez que esa revisión se asienta en la cultura jurídica, resulta difícil disociarla de los fundamentos del principio de *lex mitior*. En efecto, ¿por qué habría el Estado de mantener el cumplimiento una sentencia que aplicó una medida de merecimiento y/o necesidad de la pena que ha sido desautorizada por el legislador?<sup>46</sup>

---

45. En *Canese vs. Paraguay*, sentencia del 31 de agosto de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el principio de *lex mitior* establecido en el artículo 9-1 de la Convención es aplicable al cambio legal más favorable sobrevenido durante la ejecución de la pena, «ya que la Convención no establece un límite en este sentido» (apartado 179). Semejante argumento podría ser aceptable para el caso en que la Convención operara supletoriamente en el rango simplemente legal de los Estados parte. Pero respecto de la operación de la Convención en un rango suprallegal, prohibiendo a los Estados parte establecer en su legislación que la cosa juzgada prevalezca sobre el principio de *lex mitior*, la superficialidad del argumento es desconcertante.

46. En su sentencia 78, del 20 de septiembre de 1989, recaída en un procedimiento de control preventivo de constitucionalidad de un proyecto de ley, el TC declaró inconstitucional una disposición que excluía la aplicación del inciso tercero del artículo 18 del Código Penal respecto de cierta clase de sentencias condenatorias ejecutoriadas. En su considerando vigesimonoveno, el TC afirmó que «la sola lectura» de esa disposición «demuestra que viola el principio de derecho penal “pro reo” que establece el artículo 19, número 3, inciso penúltimo [de la Constitución]». Ni existe un principio «pro reo», ni el principio de *lex mitior* se encuentra establecido en ese precepto constitucional, ni tampoco es obvio que en el nivel suprallegal dicho principio tenga que prevalecer sobre la institución de cosa juzgada. La ausencia de cualquier clase de razones en esa sentencia priva de todo peso a esa decisión como precedente. Su cita por la opinión de mayoría (considerando 57.º) y la opinión disidente (considerando decimotercero) en la sentencia 3844-17 es demostrativa de la misma falta de razones sustantivas por sus redactores.

## 6.2. La relevancia de la fundamentación

De lo expuesto, salta a la vista la importancia que reviste la manera en que se fundamenta la pertenencia del principio de *lex mitior* al orden constitucional. Mientras que la fundamentación del principio constitucional de *lex mitior* en el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad tiene respuestas para las cuestiones i, ii, iii y iv, las otras dos maneras de fundamentar el principio de *lex mitior* tienen que hacerse cargo de estas cuestiones sin poseer razones alternativas para decidir las.

Esta disparidad se debe a que la primera manera otorga fundamento material al criterio de aplicabilidad, incorporándolo al complejo de razones que diferencian el trato meramente desigual del trato discriminatorio y la discrepancia democráticamente admisible acerca de la proporcionalidad de una medida de afectación de derechos fundamentales del exceso estatal intolerable, mientras que las otras dos no ofrecen más que un fundamento formal. En tanto no sea identificado un fundamento material de esa regla supuestamente consagrada por el precepto constitucional o de la regla consagrada por las convenciones internacionales de derechos humanos, las cuestiones no tienen más respuesta que lo que se pueda inferir del hecho de que la regla sea apenas una excepción a la irretroactividad —precepto constitucional— o de que no distinga —precepto internacional—. En particular, la respuesta a las cuestiones de si las leyes temporales pueden ser aplicables después del término de su vigencia, a pesar de ser leyes desfavorables comparadas con el derecho aplicable *ratione materiae* al caso al momento de la sentencia y si el legislador goza de un margen de legítima prerrogativa de determinación para establecer la aplicación de la ley derogada en situaciones equiparables, es una consecuencia directa del fundamento material que se atribuya al principio de *lex mitior* o de su concepción como una regla categórica.

El ministro Romero no advierte o no quiere reconocer esta diferencia crucial. Sostiene que «no es necesario» o que «no hay para qué» fundamentar el principio de *lex mitior* en el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad.<sup>47</sup> Puede concederse que para un caso cuya solución correcta fuera idéntica conforme a los tres fundamentos, optar por el más simple sería una estrategia cuerda de economía argumentativa. Pero si algo es evidente es que el ministro Romero no sigue esa estrategia. Si la siguiera, no insistiría en su interpretación del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720. Porque no es necesario ni hay para qué declararlo inaplicable si eso produce el mismo efecto práctico que interpretarlo del modo como lo hace el TC.

En todo caso, es importante observar una vez más que la cuestión esencial no radica en cuál sea la manera en que se dé apoyo institucional al principio de *lex mitior* en el orden constitucional o suprallegal, sino cómo se conciba a ese principio. En mis comentarios críticos anteriores a la jurisprudencia del TC he caracterizado

---

47. Sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando duodécimo.

esa cuestión como una opción entre dos alternativas: concebirlo como concreción de dos mandatos de optimización —la alternativa que defiende como correcta y que defendía el Tribunal en sus *dicta*— o como una regla categórica o incondicional —la alternativa que defiende el ministro Romero— Como lo mostraré más adelante (véase sección 6.7), existe un punto de cruce entre ambas opciones cuando se asume que la primera alternativa implica una prohibición categórica para una fundamentación específica de la decisión del legislador de establecer un imperativo incondicional de aplicar la ley penal que deroga. En todo caso, fundar el principio constitucional de *lex mitior* en el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad ante la ley, asegura la primera comprensión. Los otros dos fundamentos generan el peligro de comprenderlo del segundo modo. Ese es un grave peligro para la racionalidad de la política legislativa del legislador democrático.

### 6.3. Los argumentos secundarios de la opinión disidente

Las razones ofrecidas por el ministro Romero para considerar que el artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República consagra el principio de *lex mitior* y no simplemente autoriza al legislador para consagrarlo son de dos clases. La razón principal y directa descansa en la atribución de ese propósito a los redactores del texto constitucional. Sobre ella volveré luego (secciones 6.4 y 6.5). Las razones secundarias e indirectas son tres: i) su concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ii) su congruencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y iii) el carácter de criterios de aplicabilidad temporal de la ley penal que comparten la garantía de *lex praevia* y el principio de *lex mitior*. Paso a examinarlas.

i) El ministro Romero sostiene que la interpretación del artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución como una norma que consagra un derecho constitucional a la aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable, «guarda coherencia» con el artículo 9 de la CADH (en considerando décimo). En rigor, reproduce la estructura de esa disposición, común al artículo 15-1 del PIDCP. La constatación es trivial. La cuestión relevante radica en identificar qué implica esta consideración interpretativa. Si se tratara de un argumento de recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos vía interpretación de una disposición de la Constitución, entonces todas las demás razones estarían de más, incluida en primer lugar la consideración de la intención de los redactores del texto. Esa no es la posición del ministro Romero. ¿Qué peso tiene entonces esa semejanza estructural como argumento interpretativo? Ninguno. O tan poco como lo tendría observar que la interpretación contraria guarda coherencia con la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (artículo 103), la Constitución de la República de Italia (artículo 25 inciso segundo) y la Constitución española (artículo 21.1), que solo consagran la garantía de *nullum crimen, nulla poena*

*sine lege (praevia)*, dejando el principio de *lex mitior* entregado al nivel legal. Si algo no puede decirse es que la coherencia con los convenios internacionales «demuestra el carácter de derecho fundamental» del principio de *lex mitior* en la Constitución chilena, como pretende el ministro Romero (en considerando duodécimo).

ii) El ministro Romero observa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el principio de *lex mitior* debe entenderse incorporado en el artículo 7 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos de 1950, referido al principio de legalidad, pese a no encontrarse explícitamente consagrado en dicho precepto.<sup>48</sup> De nuevo, esa es una constatación trivial. Lo importante es atender a las razones de esa jurisprudencia. Son en lo esencial dos: que el principio de *lex mitior* es un principio asentado en el derecho penal europeo —lo cual no es el caso tratándose del derecho inglés—<sup>49</sup> y que el principio de *lex mitior* es una concreción del principio de proporcionalidad. El primer argumento se relaciona con un criterio de la jurisprudencia de ese tribunal para resolver cuestiones potencialmente divisivas entre los Estados parte del Convenio. En el plano del derecho nacional, ese criterio no tiene importancia para la interpretación de la Constitución, a menos que se quiera conceder al legislador común el poder de determinar los contenidos constitucionales. El segundo argumento es precisamente la tesis que el ministro Romero no comparte. En palabras de ese tribunal:

A juicio de la Corte, es conforme al principio del Estado de derecho, del cual el artículo 7 forma parte esencial, esperar que el tribunal de instancia aplique a cada hecho punible la pena que el legislador considere proporcionada. Imponer una pena más grave por la sola razón de haber sido prescrita en el momento de la comisión de la infracción supondría aplicar en perjuicio del imputado las reglas que rigen la sucesión de las leyes penales en el tiempo. Además, equivaldría a desconocer cualquier cambio legislativo favorable al imputado que pudiera haber ocurrido antes de la condena y continuar imponiendo penas que el Estado —y la comunidad que representa— ahora consideran excesivas.<sup>50</sup>

---

48. En considerando undécimo.

49. El derecho estatutario del *common law* no contempla al principio de *lex mitior* dentro de las reglas del derecho intertemporal (véase nota 79).

50. *In the court's opinion, it is consistent with the principle of the rule of law, of which article 7 forms an essential part, to expect a trial court to apply to each punishable act the penalty which the legislator considers proportionate. Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time. In addition, it would amount to disregarding any legislative change favourable to the accused which might have come in before the conviction and continuing to impose penalties which the State —and the community it represents— now consider excessive. Scoppola v. Italy*, sentencia del 17 de septiembre de 2009, apartado 108. Esta evidencia era conocida por el ministro Romero o debía haberle sido conocida, dado que es examinada en Bascuñán (2015: 22-24, en las notas 26 y 27), artículo con el cual polemiza en su opinión (sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando decimocuarto).

No está demás observar que la frase «por la sola razón de que [la penalidad más grave] estaba establecida al momento de la comisión de la ofensa» pone de manifiesto la conexión entre la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad y la prohibición de discriminación arbitraria derivada del derecho a la igualdad ante la ley. La decisión no excluye la compatibilidad con el convenio de una regla legal que imponga la aplicabilidad de la ley penal derogada por otras razones que su vigencia al momento de la comisión del hecho.

iii) Al ministro Romero le «parece razonable» que el principio de *lex mitior* «se encuentre junto» a la garantía de *lex praevia*, ya que tienen en común que son criterios de aplicabilidad temporal relativos a la retroactividad de la ley penal.<sup>51</sup> Una vez más, esta es una trivialidad; es razonable sistematizar conjuntamente todos los criterios de aplicabilidad temporal. Pero, en primer lugar, esa es una directiva de diseño para la redacción de un texto normativo o para su exposición doctrinaria; no es un argumento interpretativo. Y, en segundo lugar, la cuestión relevante es cuál sea el papel que corresponde al orden constitucional en la afirmación de algún criterio de aplicabilidad temporal de la ley penal. No existe un principio de justicia que exija que todas las reglas del derecho intertemporal penal de nivel legal deban tener también consagración constitucional. Desde la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, la prohibición de leyes *ex post facto* constituye un principio constitucional generalizado en el derecho comparado. En cambio, la consagración del principio de *lex mitior* en el mismo nivel jerárquico no tiene el mismo grado de reconocimiento (Gallant, 2009: 271-274). Y el principio de la aplicación de la ley vigente al momento del hecho nunca ha tenido rango constitucional en el derecho comparado. De cualquier modo, una vez más, lo esencial no es cuál sea el rango jerárquico que se atribuya al principio de *lex mitior*, sino cómo se lo conciba. Precisamente respecto de esa cuestión es que la equiparación postulada por el ministro Romero conduce a una conclusión que es falsa: no por regular la aplicación con efecto retroactivo de las leyes penales, el imperativo en caso de cambio favorable opera con la misma conclusividad que la prohibición en caso de cambio desfavorable. Para demostrarlo, basta una reflexión elemental: la garantía de *lex praevia* no conoce una clase especial de leyes penales desfavorables que sean aplicables retroactivamente como excepción, equiparable al estatus de las leyes temporales respecto del principio de *lex mitior*.

#### 6.4. El argumento principal de la opinión disidente

La razón principal y directa del ministro Romero para atribuir al inciso octavo del artículo 19 número 3 el sentido de una consagración del principio de *lex mitior* se encuentra en el sentido que él atribuye al propósito de los redactores del texto consti-

---

51. Sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando duodécimo.

tucional. El fundamento de su interpretación descansa en tres afirmaciones: i) que el texto constitucional de 1980 constituye una innovación en la tradición constitucional chilena; ii) que esa innovación consistió en incorporar parcialmente el artículo 18 del Código Penal en el texto constitucional; y iii) que la parte incorporada incluye la consagración del principio de *lex mitior* como imperativo dirigido al legislador. Si bien las afirmaciones i y ii son trivialmente verdaderas, la afirmación iii es totalmente falsa. Ella sostiene que el precepto constitucional expresaría el acuerdo adoptado por la Comisión de Estudios de la nueva Constitución en su sesión 112, del 8 de abril de 1975. En la sentencia 2673-14, esta afirmación fue compartida por la opinión de mayoría (considerandos 49.º y 50.º) y por la opinión disidente (considerando undécimo). En mi comentario a esa sentencia dediqué seis páginas a demostrar su falsedad (2015: 47-52). En la sentencia 2957-16, la opinión de mayoría se cuidó de incurrir en el mismo error, pero la opinión disidente de los ministros Letelier y Pozo mantuvo la afirmación de la opinión disidente en la sentencia anterior, transcribiéndola incluso en la parte que sostenía la existencia de «evidencia no controvertida» al respecto. En mi comentario a esta segunda sentencia calificué esta manera de tergiversar los antecedentes como una manifestación de desprecio por la racionalidad de la argumentación (2016: 195).

La opinión disidente del ministro Romero en la sentencia 3252-16 mantuvo el error en los siguientes términos:

[El artículo 18 del Código Penal (incisos segundo y tercero)] se identifica con la disposición constitucional de la que se desprende el beneficio [de la ley más favorable al imputado]. En efecto, el estudio de la génesis de la referida disposición constitucional muestra de manera nítida que esta no es más que la consagración a nivel constitucional de la norma legal antes referida. Véase, al respecto, la sesión 112 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, página 14, celebrada con fecha 8 de abril de 1975. En otras palabras, existe evidencia de que el artículo 18 del Código Penal refleja el sentido y alcance del artículo 19, número 3, inciso octavo, de la Constitución.<sup>52</sup>

En su opinión disidente en la sentencia 3844-17, el ministro Romero da un nuevo giro al argumento basado en la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional. Conforme a sus palabras:

Es posible sostener que [la disposición constitucional concerniente a la ley más favorable] constituyó una innovación y que el artículo 18 del Código Penal fue tenido en consideración. Véase al respecto la sesión 112 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, página 14, celebrada con fecha 8 de abril de 1975, cuya transcripción parcial es aportada, precisamente, por el considerando 50.º de la sentencia del

---

52. Sentencia 3252-16, opinión disidente, considerando noveno.

TC 2673. Valga, a modo de confirmación, lo señalado por el considerando 49.º del mismo fallo: «desde el punto de vista de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, la retroactividad benigna, que solo había tenido en nuestro ordenamiento reconocimiento legal en el artículo 18, inciso segundo, del Código Penal, fue incorporada al texto de la Constitución». En otras palabras, existe evidencia no controvertida por el fallo de mayoría de que el artículo 18 del Código Penal refleja el sentido y alcance del artículo 19, número 3, inciso octavo, de la Constitución.<sup>53</sup>

Todo lo dicho por el ministro Romero en este pasaje es tan cierto como irrelevante para la demostración de la verdad de la afirmación iii. Es trivialmente verdadero que la formulación de la garantía de *lex praevia* en la Constitución de 1980 usó el inciso primero del artículo 18 del Código Penal como modelo, y que con ello innovó —innecesariamente— la tradición constitucional previa. Es trivialmente verdadero que el examen de la historia fidedigna del precepto constitucional confirma la verdad trivial anterior. Es trivialmente verdadero que el TC consideró en su sentencia 2673-14 que el acuerdo adoptado en sesión 112 de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución era el antecedente que explicaba el sentido del precepto constitucional. Y, a menos que esa hubiera sido una sentencia contradictoria, es trivial que esa sentencia no controvierta esa consideración. Pero lo esencial es que esa consideración es falsa, porque la redacción del precepto fue aprobada en la sesión 113, del 10 de abril de 1975, revocándose el acuerdo de la sesión 112. En lugar de la incorporación del inciso segundo del artículo 18 del Código Penal en el texto constitucional, en la sesión 113 se acordó incorporar solamente el inciso primero y «agregar una frase que le abra al legislador la posibilidad» de reglamentar una disposición como el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal (Bascuñán, 2015: 48-52).

Así, por la vía de no enunciar en primera persona la afirmación iii, de remitirse a una opinión cuya afirmación ha sido refutada y de no hacerse cargo de esa refutación, el ministro Romero pretende que se siga sosteniendo lo insostenible. Porque el hecho indesmentible que se constata con el examen de la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional —cualquiera sea el valor que se asigne a esa constatación como criterio de interpretación— es que el principio de *lex mitior* deliberadamente no fue incorporado en la nueva redacción de la garantía constitucional de *lex praevia*.

## 6.5. Los antecedentes de la historia fidedigna del precepto constitucional

Con el fin de no dejar pendiente la demostración de la verdad de lo aseverado acerca de la decisión de los redactores del texto constitucional, conviene reproducir aquí íntegramente la discusión habida en la sesión 113 de la comisión respectiva respecto

---

53. Sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando decimotercero.

de la regulación constitucional de la retroactividad de la ley penal, señalando entre corchetes la numeración de páginas de la reproducción digital de las actas, disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional.<sup>54</sup> Como se verá, la comisión parte del acuerdo adoptado en la sesión anterior —que incorporaba el inciso segundo del artículo 18—, debate acerca de la extensión de esa regulación a toda norma sancionatoria (pp. 894-901) y finaliza la discusión con una propuesta de Jaime Guzmán (página 901) y su reiteración (página 902), dando con ello origen a la redacción del precepto constitucional actualmente vigente (página 903). Esa propuesta se basó en la consideración de que «no corresponde a la Constitución consagrar un precepto tan preciso sobre ese particular —esto es, el principio de *lex mitior*—, ya que ello es materia de ley».

[890] República de Chile

Actas oficiales de la Comisión Constituyente

Sesión 113, celebrada en jueves 10 de abril de 1975

1. — Cuenta de las comunicaciones recibidas en Secretaría.
2. — Comunicación del secretario ejecutivo de la Comisión Reorganizadora del Servicio de Registro Civil e Identificación sobre programas y metas de ese organismo.
3. — Continúa el estudio de las garantías constitucionales de carácter procesal. Irretroactividad de la ley en materia penal. Pendiente el aspecto civil.

[...]

[893] Orden del día

El señor presidente expresa que corresponde seguir ocupándose en el número 6 del que va ser artículo 17 (19) de la nueva Carta Fundamental.

Recuerda que la Comisión encomendó a la Mesa la redacción del inciso relacionado con la irretroactividad de la ley penal, la que, en definitiva, quedó en los siguientes términos:

---

54. Disponible en <https://n9.cl/ajwh3>

«En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento». Vale decir, incorporó al texto constitucional el principio consagrado en el artículo 18 del Código Penal.

El señor Silva Bascuñán pregunta si ¿no habrá cierto tipo de jurisdicción [894] en el que se pueda aplicar una sanción penal que no importe realmente una causa criminal y que, por lo tanto, quede al margen de la disposición?

El señor Schweitzer expresa no entender la pregunta. Señala que no ve cómo podría otro tipo de jurisdicción imponer sanciones de carácter penal. Las sanciones penales solo se imponen en las causas criminales. Según las reglas del artículo 20 del Código Penal, «no se reputan penas, la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas o demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas». O sea, no pueden regir estas normas en otros ámbitos que no sean exclusivamente las causas criminales.

El señor Silva Bascuñán expresa que, precisamente, esa es su inquietud, en el sentido de que le parece que, respecto de toda sanción, incluso de las que no tengan carácter penal y no estén sometidas a la jurisdicción penal, debe prevalecer el principio básico de la irretroactividad y del principio «pro reo» en la Carta Fundamental.

Allí radica su duda, en cuanto a que siempre había creído que bastaba que una disposición tuviera carácter sancionatorio, cualquiera que fuese la jurisdicción, y tuviera o no el carácter de penal, para que debieran regir dichos principios y no solo en las causas criminales.

El señor Evans consulta al señor Schweitzer si la jurisdicción de policía local ¿se considera en Chile que sustancia causas criminales?

El señor Schweitzer responde que solo en materia de faltas.

El señor Evans inquiere si en otras materias o infracciones.

El señor Schweitzer responde negativamente.

El señor Evans aclara que esta disposición no regiría respecto de cierta forma de jurisdicción de policía local.

El señor Ortúzar (presidente) manifiesta que comprende la inquietud del señor Silva Bascuñán, ya que él, tal vez, se está refiriendo a otro tipo de sanciones, como las de tipo administrativo, que pudieran ocurrir como consecuencia de un sumario. Y, entonces, se pregunta si no sería justo también consagrar los mismos principios ampliándolos y refiriéndolos ya no solo a causas criminales, sino a toda materia en que se aplica una sanción.

[895] Da lectura nuevamente al precepto:

«En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento».

Agrega que puede ser difícil de aplicar, sobre todo esta segunda parte, en los casos de sumarios administrativos, debido a que en estos ya se habrá cumplido la sanción.

El señor Ovalle señala que podría pensarse que la redacción que propone la Mesa no cubre el caso del reo rematado que está cumpliendo su sentencia, y que luego, el delito por el cual se le condenó, tuviera, en ley posterior, menor pena.

El señor Schweitzer responde que tal situación está cubierta en una ley vigente. Esta norma, agrega, no impide que se produzca lo que dispone en este momento la ley vigente, que es un texto dictado en 1972.

El artículo único de la Ley 17.727 dice:

«Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades».

El señor Ovalle expresa que en la redacción de la Mesa hay una frase que daría lugar para que se pensara que es necesario que esté pendiente el juzgamiento.

El señor Ortúzar (presidente) aclara que la frase que se cuestiona y que dice: «Deberá arreglarse a ella su juzgamiento» supone, incluso, la situación del reo que esté rematado.

El señor Ovalle insiste en que el juzgamiento supone la existencia de un [896] juicio. Desde ese punto de vista, la Ley 17.727 no estaría encuadrada plenamente dentro de la futura disposición constitucional. La palabra que le preocupa —añade— es «juzgamiento», porque podría dar lugar a interpretaciones equívocas.

El señor Schweitzer informa que el sentido técnico de la expresión «juzgamiento» comprende no solo el juzgamiento procesal, sino que el cumplimiento del fallo; y la jurisdicción tiene esa garantía. Sin embargo —agrega—, podría mejorarse la redacción diciendo: «el juzgamiento o el cumplimiento del fallo».

El señor Silva Bascuñán advierte que le produce bastante inquietud esta discusión, porque el artículo 11 de la actual Constitución ha sido interpretado, en algunos fallos, en forma que excedía o extravasaba al orden penal.

Cree que el principio de que nadie debe ser juzgado ni condenado por una ley que sea promulgada después del hecho, es una norma que no solo recae en las causas que tengan carácter criminal, que sean del tipo de la jurisdicción criminal y, por lo tanto, de la jurisdicción ordinaria penal, sino que es un tipo de precepto que se refiere al carácter sancionatorio, es decir, a la calidad de castigo. Le parece que respecto de todo castigo, cualquiera que sea su configuración, que importe la privación, en alguna forma, de los derechos de la persona como sanción por la infracción de la ley, debe aplicarse la misma norma. Entonces, al limitarlo tan explícitamente al aspecto «causas criminales», estima que se opera una restricción que, en lugar de constituir un progreso, es un debilitamiento de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la exigencia, terriblemente importante, de que nadie debe ser sancionado por una ley que sea promulgada después de los hechos por los cuales se le está aplicando la norma.

El señor Ortúzar (presidente) encuentra razón al señor Silva Bascuñán. La verdad es que lo justo sería eso. Cree que sería fácil establecerlo si se dijera, por ejemplo: «Nadie puede ser condenado sino en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre el que recae el juicio».

«En las causas criminales, si después de cometido el delito se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento o el cumplimiento del fallo».

O bien, no decir «en las causas criminales», sino que hacerlo extensivo a todos los casos.

El señor Ovalle advierte que la redacción que propone el señor presidente supone la eliminación de la irretroactividad en toda sentencia de condena, sea [897] civil o penal. Ya no se trataría de la sanción de un delito, sino de toda sentencia de condena, en el entendido de que existen sentencias de condena de carácter civil, que son sentencias condenatorias, pero que no son condenatorias en el orden penal, en cuanto afectan a la persona que es parte en el proceso. Si a alguien se le condena a pagar E°100; esa es una sentencia condenatoria en un juicio ejecutivo.

Estando de acuerdo con el principio, porque esa es su tesis jurídica, hace presente, sin embargo, que aún no se ha debatido el problema de la irretroactividad de la ley civil y se imagina que algunos de los miembros de la Comisión querrán hacer valer argumentos en contrario o clarificar su posición frente al problema de la irretroactividad de la ley civil, antes de aprobar la disposición que se está consagrando en la forma que propone la Mesa.

El señor Evans advierte que esta materia fue ampliamente debatida cuando se aprobó el precepto del nuevo artículo 17 que dice: «En las causas criminales, la sentencia deberá además fundarse en ley promulgada antes del hecho que originó el proceso», que es la idea contenida en el actual artículo 11. En forma expresa, recuerda, se acordó no tratar el problema de la irretroactividad de la ley civil, porque se estimó que estaba íntimamente vinculado con todo el estatuto constitucional del derecho de propiedad. De manera que se dejó esta materia para tratarla con posterioridad, reduciendo el ámbito de la irretroactividad de la ley exclusivamente a materia penal, zanjando así una cuestión que se había presentado con respecto del actual artículo 11 de la Constitución, que como muy bien lo recordó el señor Silva Bascuñán, ha dado margen para que algunos estimen que abarca también el ámbito de la legislación civil. Por eso, se le dio una redacción restrictiva a las causas criminales.

Sin embargo, la observación que formuló el señor Silva Bascuñán mueve al señor Evans a revisar la redacción. Cree que la disposición no solo debe operar en el ámbito de las causas criminales, que aparece excesivamente restringido —tal vez por querer interpretar la norma de una manera definitiva, la Comisión fue demasiado enfática y restrictiva—, sino que a todo el ámbito jurisdiccional, esto es, en el campo de la administración de justicia propiamente tal, de la administración pública, de

otros órganos que ejerzan jurisdicción; que impongan penas o sanciones. ¿Cómo poder decirlo?, se pregunta el señor Evans. Cree que la irretroactividad de la ley debe amparar —en la ley penal o en la ley que imponga sanción o pena— no solo al que deba ser sometido a una causa criminal, sino al que deba ser sometido a cualquier procedimiento, de cualquier naturaleza, que pueda terminar con una pena o sanción.

El señor Guzmán sugiere que este punto se resuelva, en definitiva, cuando se [898] discuta el problema de si se consagrará o no, y en qué forma, la posible irretroactividad de la ley en materia civil, para contemplar en ese caso el problema de las sentencias condenatorias de carácter civil a que aludía el señor Ovalle. Si se acogiera la tesis de consagrar la irretroactividad en ese caso, se facilitaría mucho la redacción e incluso podría ser una de carácter amplio, muy parecida a la actual, que dice: «nadie puede ser condenado». Con ello bastaría, porque se entendería, de acuerdo a las actas de la Comisión, que la interpretación que se le ha dado a la condena, comprende, incluso, a la de carácter civil. Ahora, si la decisión de la Comisión, en definitiva, es que el tipo de sanción que envuelve, por ejemplo, una sentencia que condena a indemnizar perjuicios, no debe quedar comprendida en la irretroactividad de la ley. Ahí, entonces, se tendría que determinar exactamente qué se quiere amparar con la irretroactividad y darle la redacción correspondiente a ese objeto.

Cree que sería precipitarse, ahora, innecesariamente, en tratar de pulir la redacción cuando no se sabe todavía qué amplitud se le desea dar a la irretroactividad de la ley.

El señor Ortúzar (presidente) señala que, sin perjuicio de que pueda ser considerada esta materia en otra oportunidad, comparte la inquietud del señor Silva Bascuñán, ya que le parece de justicia que, cualquiera que sea la naturaleza de la sanción, deben regir estos principios. Porque la verdad de las cosas —agrega el señor presidente— es que cuando una persona delinque, sea penal o civilmente, e incluso cuando infringe una obligación, ha tenido presente, en ese instante, cuáles son las consecuencias que se van a derivar de este ilícito o de esta infracción. No parece justo que después se altere esa responsabilidad. De manera que, sin perjuicio de lo que se resuelva en cuanto a la oportunidad de tratar la materia, le hace fuerza y estaría dispuesto a compartir el criterio del señor Silva Bascuñán, porque lo cree de profunda equidad.

El señor Ovalle señala que su proposición es semejante a la del señor Guzmán para pedir que se apruebe la disposición con la redacción propuesta por la Mesa y con el agregado sugerido por don Miguel Schweitzer. Cree que la redacción que había pensado el señor presidente con posterioridad involucraría un pronunciamiento — como tuvo oportunidad de señalarlo— en el orden civil, que la Comisión no estaría

en condiciones de adoptar, sobre todo porque, como lo recordó el señor Evans, con anterioridad se había resuelto tratar el problema en relación con el derecho de propiedad. Pero, por otra parte, comprende la inquietud del profesor Silva Bascuñán. Cree que el temor es más aparente que real, porque el sentido de la disposición, referida a las causas criminales, necesariamente tiene que abarcar todas las causas en que [899] se apliquen penas que afecten a la libertad del individuo, a sanciones que tienen ese carácter criminal. Es decir, quedaría comprendido dentro de la garantía todo juicio en que se aplique una pena restrictiva de la libertad; en que se aplique una pena que termine con la libertad del individuo, porque no podrían aplicarse esas penas sino en causas criminales; y si en un juicio civil se aplica una sanción de esta naturaleza, ese juicio, llámese civil, deja de ser civil. Ahora, lo que no quedaría comprendido —a juicio del señor Ovalle— son dos tipos de sanciones: ciertas medidas de apremio que se pueden aplicar en los juicios civiles y ciertas sanciones pecuniaras que son el producto natural del juicio civil en que puede haber multas que se aplican no solo en los juicios civiles, sino en los juicios tributarios, las que pueden ser muy graves, especialmente estas últimas.

El señor Schweitzer agrega también algunas inhabilidades o privación de derechos.

El señor Ovalle cree que esos problemas se debieran resolver al tratar, en general, el problema de la irretroactividad de la ley. Mientras tanto, le satisface la disposición tal como está por el objetivo que persigue; pero hay que tener presente otros, como el que se refiere a la aplicación de multas en los juicios tributarios, aduaneros y cambiarios, las que pueden implicar una verdadera expropiación irregular. En el caso de las multas, no se está violando solamente esta disposición o este principio, sino que se está llegando a una especie de privación de la propiedad, de confiscación de bienes por una vía indirecta, como es la aplicación de multas. Como fórmula de trabajo, se adhiere a la proposición del señor Guzmán, sin perjuicio de dejar anotadas estas ideas para los efectos de analizarlas posteriormente.

El señor Diez, en relación con la materia en estudio, señala que hay varios problemas envueltos. Existe el problema de la irretroactividad general de la ley: irretroactividad de la ley penal e irretroactividad de la ley civil.

Sobre el problema de la irretroactividad de la ley civil, señala que el grupo de estudio que dirige ha estado preparando un trabajo que estará listo en la próxima semana, para ponerlo a disposición de la Comisión. En ese trabajo se han recogido todos los antecedentes y opiniones de la jurisprudencia disponibles, a fin de que la Comisión tenga mayores elementos de juicio para estudiar el asunto.

En cuanto a la irretroactividad de la ley penal, expresa que le agrada el actual

artículo 11 de la Constitución, ya que dispone que «nadie puede ser condenado», estableciendo la jurisprudencia que la palabra «condenado» se [900] refiere no solamente a las causas criminales, sino que a cualquier causa que implique una sanción. Así lo ha hecho en el caso de las multas, dándole una aplicación general. Por eso, prefiere volver al actual artículo 11 y no hablar solo de causas criminales, sino que disponer que «nadie puede ser condenado...».

El señor Evans insiste en recordar otra vez a la Comisión que esta materia ha sido debatida latamente, existiendo acuerdo al respecto.

Señala que se ha tenido en cuenta que la redacción actual del artículo 11 se ha prestado para controversia, ya que muy distinguidos profesores han sostenido que esta disposición no solo era comprensiva de la irretroactividad de ley en materia penal, sino que también en materia civil.

El señor Schweitzer agrega que aún en materias del trabajo.

Entonces —añade el señor Evans—, la Comisión queriendo despejar primero la duda que había surgido en torno del artículo 11, se circunscribió a analizar el problema penal y dejar pendiente el problema civil y administrativo, optando por la redacción que dispone: «En las causas criminales...».

Ahora se ha hecho ver —y el señor Silva Bascuñán ha planteado la inquietud— que, por querer solucionar el problema, la Comisión fue demasiado restrictiva y dejó impedida la retroactividad de la ley exclusivamente en materia de causas criminales, en circunstancias que puede haber otros ámbitos de jurisdicciones especiales en que también debe operar la irretroactividad de la ley y que no son de materia exclusivamente penal.

Por eso, insiste en que la disposición debe mantenerse tal como está aprobada por la Comisión, debiendo abordar íntegramente el problema cuando se tengan los elementos de juicio para pronunciarse sobre toda forma de irretroactividad de ley.

El señor Ortúzar (presidente) ve que en el fondo la Comisión se está inclinando por aceptar la inquietud formulada por el señor Silva Bascuñán. El problema se reduce a si se debe considerar este planteamiento en este instante o cuando se aborde todo el problema de la irretroactividad de la ley civil. No ve inconveniente para dejarlo pendiente. Lo importante es consignar el principio. Bien puede ocurrir que, una vez consignado en lo relativo a la propiedad, se traslade a esta garantía y se trate conjuntamente con la irretroactividad de la ley penal.

El señor Silva Bascuñán estima que, dado el momento de la discusión y por [901] los antecedentes que se han recordado, lo más expedito sería dar por aprobado el principio en los términos en que está propuesto, referido a las causas criminales, pero dejando la puerta abierta para corregirlo y complementarlo más adelante.

El señor Ortúzar (presidente) advierte que, en principio, hay opinión coincidente de todos los miembros de la Comisión, en el sentido de considerar la situación de todas las leyes sancionatorias y no solo las de orden criminal.

Estima, sin embargo, que no hay inconveniente para posponer el estudio de la irretroactividad de la ley civil y para que, si después es necesario dar a esa disposición el carácter de una garantía constitucional, se traslade el concepto a este precepto.

El señor Diez no es partidario de que la Comisión aparezca como restringiendo la irretroactividad de la ley solamente a las causas criminales.

El señor Ortúzar (presidente) señala que los miembros de la Comisión también concuerdan con esta opinión.

El señor Diez solicita que el artículo quede pendiente, aunque en principio se diera por aprobada la idea.

El señor Ortúzar (presidente) propone, entre tanto, y como una manera de avanzar, dar por aprobada la disposición en lo que se refiere a las causas criminales.

El señor Guzmán estima que el principio del artículo 18, inciso segundo, del Código Penal, se puede consagrar en términos más breves en la Constitución, señalando simplemente que, en las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, salvo o sin perjuicio de una ley posterior que beneficie al afectado.

El señor Silva Bascuñán solicita la lectura del texto propuesto por la Mesa. El señor Ortúzar (presidente) procede a darle lectura: «En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración».

Si después de cometido el delito se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento o el cumplimiento del fallo».

[902] El señor Guzmán insiste en que no corresponde a la Constitución consagrar un precepto tan preciso sobre ese particular, ya que ello es materia de ley. Lo que corresponde, simplemente, es agregar una frase que le abra al legislador esta posibilidad. Porque, de acuerdo con la nueva redacción que se le está dando al precepto, podría entenderse que una disposición semejante a la del artículo 18 del Código Penal es inconstitucional. Entiende que lo que se pretende es, simplemente, abrir al legislador la posibilidad de que reglamente esta disposición. Pero le parece que una redacción tan detallada y extensa para este precepto es completamente innecesaria en la Constitución.

El señor Ortúzar (presidente) propone redactar esta norma en los siguientes términos: «En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al reo».

El señor Evans señala que le agrada esta última redacción, porque le abre el ámbito al legislador para que la reglamente. Pero estima que se restringe aún más la disposición restrictiva que la Comisión había aprobado, porque la anterior redacción decía: «En causas criminales...» y ahora se dispone: «En causas criminales originadas por delito». Es decir, excluye las faltas.

El señor Schweitzer aclara que la expresión «delito» es genérica e incluye a las faltas.

El señor Guzmán advierte que la interpretación ha sido de carácter genérico.

El señor Ortúzar (presidente) agrega que comprende al cuasidelito y a las faltas.

El señor Evans interroga si es efectivo que la disposición comprende al cuasidelito y a las faltas.

El señor Schweitzer declara que sin lugar a duda la expresión «delito» es genérica. Tanto es así, que el artículo 3 del Código Penal, en términos muy categóricos, dice: «Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas, y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21».

El señor Evans se declara conforme con esta última explicación.

El señor Schweitzer agrega que, después, por las dudas, el artículo 49 [903] dispone: «La división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos...». De manera que queda comprendido todo. La expresión «delito» es genérica.

El señor Ortúzar (presidente) declara que, sin perjuicio de considerar después la irretroactividad de la ley civil, la disposición quedaría, por ahora, así: «En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado».

El señor Guzmán sugiere modificar la redacción y decir: a menos que «una» nueva ley —no «la» nueva ley— favorezca al afectado», ya que no puede darse por supuesto que exista la nueva ley; es para la eventualidad que exista.

El señor Ortúzar (presidente) coincide con el señor Guzmán, puesto que referirse a «la nueva ley» es como si ya se conociera dicho texto.

El señor Guzmán reitera que al usar tal expresión se daría por supuesto de que existe una nueva ley. En cambio, al disponer «a menos que una nueva ley», se consigna una eventualidad.

El señor Ortúzar (presidente) lee nuevamente la disposición: «En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado».

El señor Díez sugiere encargar a la Mesa que mejore la redacción dentro del espíritu de las ideas aprobadas.

El señor Ortúzar (presidente) declara aprobada la idea y el acuerdo para facultar a la Mesa de pulir la redacción, dejando expresa constancia de que al tratar de la retroactividad de la ley civil se contemplará, especialmente, la situación de las demás leyes sancionatorias.

— Acordado.

## 6.6. La explicación de la mención constitucional a la *lex mitior*

No está demás observar que la aprensión de Jaime Guzmán, en orden a que la incorporación del inciso primero del artículo 18 del Código Penal en el texto constitucional podría entenderse en el sentido de hacer inconstitucional el principio de *lex mitior* de rango legal, fue también el motivo por el cual la comisión había decidido antes incorporar ese principio en la redacción del precepto. Para despejar también cualquier duda sobre este punto conviene reproducir la intervención de Miguel Schweitzer en la

sesión 112, del 8 de abril de 1975, que dio origen a esa discusión al inicio de la consideración de la regla que se proponía para consagrar la garantía de *lex praevia*:

[862] El señor Schweitzer señala que la parte final de la disposición, que dice: «En las causas criminales, la sentencia deberá fundarse en ley promulgada antes del hecho que originó el proceso», es obviamente elemental. Pero se le ocurre que lo que se quiere es establecer la misma garantía que contenía la Constitución [863] antigua, en el sentido de que nadie puede ser «condenado». Se pueden establecer leyes posteriores más beneficiosas. La garantía constitucional tiende a evitar la condena injusta y arbitraria, y que el sujeto pueda ser condenado a una pena mayor de la señalada por la ley vigente al momento de la perpetración del delito. Pero, si después de iniciado el proceso, se dicta la ley, ¿esta norma contraría o no la Constitución? Aparentemente, sí. El texto vigente del artículo 18 del Código Penal dice:

«Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento».

Objetivamente, si se analiza esta disposición y la del texto constitucional, hay una contradicción, porque se va a poder aplicar la pena establecida en una ley posterior a la fecha de perpetración del delito. Pero, ¿qué es lo que se ha entendido siempre? Que las normas constitucionales son garantías individuales del sujeto para no ser condenado sino en virtud de una pena que establezca una ley anterior. Pero si la nueva pena es más favorable para el reo, lo beneficia, exime al hecho de toda pena, no se viola ninguna garantía constitucional. Lo que se quiere impedir es que se le aplique una pena mayor que la que está establecida en la ley vigente al momento de su perpetración. Estas son las normas fundamentales de la irretroactividad o retroactividad benigna de la ley penal.<sup>55</sup>

Tal como Miguel Schweitzer lo observaba, una regla constitucional que prohíba categóricamente la aplicación con efecto retroactivo de la ley penal es lógicamente incompatible con una regla que ordene la aplicación retroactiva de la ley penal. Como también lo observaba, esa contradicción entre los preceptos que garantizaban la irretroactividad de la ley penal en las constituciones de 1833<sup>56</sup> y 1925,<sup>57</sup> y el inciso segundo

---

55. Obra citada en nota 72.

56. «Artículo 133. Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio» (*sic*).

57. «Artículo 11. Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley pro-

del artículo 18 del Código Penal, nunca fue tratada como auténtica antinomia por la jurisprudencia y la doctrina chilenas, a ser resuelta conforme al principio de jerarquía, sino siempre como una antinomia aparente que admitía ser disuelta mediante una interpretación restrictiva del precepto constitucional basada en consideraciones teleológicas.<sup>58</sup> Lo que los redactores del texto constitucional se propusieron fue remover incluso esa antinomia aparente, primero mediante la inclusión del principio de *lex mitior* en el orden constitucional (sesión 112) y, posteriormente, mediante una autorización expresa al legislador para consagrar el principio de *lex mitior* (sesión 113). Esta última técnica fue la que dio origen al precepto constitucional actualmente vigente.

A esta cuestión parece aludir el ministro Romero cuando advierte que la diferencia entre la tradición constitucional chilena y la Constitución de 1980 es que las constituciones de 1828, 1833 y 1925 solo aludían a la irretroactividad de la ley penal, «y aquello no constituyó impedimento para la aplicación del artículo 18 del Código Penal».<sup>59</sup> Una vez más, es una consideración trivialmente verdadera e irrelevante. Porque el motivo de los redactores no consistió en resolver un problema efectivo de la práctica judicial penal —una antinomia resuelta mediante la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del principio de *lex mitior*—, sino eliminar la necesidad de una interpretación teleológica para disolver como aparente lo que de otro modo sería una antinomia problemática.

### 6.7. El contenido del principio constitucional de *lex mitior*

Lo expuesto en las secciones 6.4, 6.5 y 6.6 demuestra que el examen de la historia fidedigna del establecimiento del inciso octavo (originariamente séptimo) del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República corrobora de modo inequívoco que el propósito de los redactores del texto constitucional consistió en eliminar una antinomia aparente entre la garantía constitucional de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y el principio de *lex mitior* de rango legal (sección 6.6), y que para lograr ese propósito se incluyó una frase que autoriza expresamente al legislador para consagrar el principio de *lex mitior* (sección 6.4 y 6.5). Naturalmente, la importancia de esta constatación depende del peso específico que se atribuya al criterio teleológico basado en la representación del legislador histórico como directiva interpretativa del texto constitucional.

---

mulgada antes del hecho sobre que recae el juicio».

58. Ejemplarmente, Novoa (1960: 193): «La letra del inciso segundo del artículo 18 no concuerda con el artículo 11 de la Constitución Política [...] No podría, a pesar de ello, argüirse de inaplicabilidad del antedicho inciso [...] El artículo 11 de la Constitución Política está dictado [...] para defensa de los derechos individuales y no cabe extenderlo como prohibición a los casos en que esos derechos se verían favorecidos».

59. Sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando octavo.

No tiene sentido extenderse aquí sobre metodología de la interpretación constitucional. Ello, porque como se ha dicho reiteradamente, lo esencial en relación con la postulación de un principio constitucional de *lex mitior* no es si se lo reconoce o no, sino cómo se lo conciba. Esta era una discrepancia central entre la opinión de mayoría y las opiniones concurrentes o disidentes en las sentencias 2673-14, 2957-16 y 3252-16. Sobre este particular, hay que admitir que la opinión de mayoría no demostraba de manera enteramente convincente la corrección de su concepción. Partiendo de la premisa de que el principio de *lex mitior* se encuentra consagrado en el inciso octavo del artículo 19 número 3 de la Constitución, esa opinión de mayoría concluía sin embargo que su consagración constitucional no obliga al legislador del mismo modo como obliga al tribunal el principio legal de *lex mitior*. En esas sentencias, el TC simplemente afirmó esa tesis, pero no la justificó por completo. La tesis es correcta y fundamental. La demostración de su importancia y corrección no es difícil.

¿Puede el legislador establecer tratos punitivos distintos para hechos similares? Antes de responder apresuradamente de modo negativo, debe observarse que cada vez que el legislador aumenta la penalidad de un delito genera la posibilidad de un trato punitivo diverso de hechos idénticos desde el punto de vista del tipo penal respectivo: los hechos perpetrados con anterioridad a la vigencia del cambio legal serán tratados por los tribunales de un modo menos severo que los hechos perpetrados con posterioridad a su entrada en vigor. Esa es una consecuencia necesaria de la garantía de *lex praevia*. ¿Por qué no habría de procederse del mismo modo cuando el legislador disminuye la penalidad? El derecho intertemporal penal del derecho federal estadounidense se caracteriza precisamente por este rasgo: desde el establecimiento en 1871 de una cláusula de salvaguarda, la ley penal derogada es aplicable a menos que el legislador disponga otra cosa (LaFave, 2017: 157; Bascuñán, 2000). Esa es la regla estatutaria tradicional de los países del *common law*.<sup>60</sup>

Lo que caracteriza a la codificación penal europea continental e iberoamericana, por el contrario, es el principio de *lex mitior*. En virtud de este principio, el legislador ordena al tribunal aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable. Eso implica que no le permite otorgar un tratamiento punitivo diferente, más severo, por consideración a la pena asociada al delito que cometió al momento de su comisión. ¿Es ese un imperativo categórico? Esta fue una pregunta relevante para la doctrina ale-

---

60. Sección 16 b) de la Interpretation Act de 1978 del Reino Unido; sección 7 2) d) de la Acts Interpretation Act de 1901 de Australia. La misma regla se encuentra en la sección 43 d) de la Interpretation Act de 1985 de Canadá, pero respecto de ella tiene primacía el principio de *lex mitior* consagrado como derecho fundamental por el artículo 11 i) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. La sección 19 de la Interpretation Act de 1989 de Nueva Zelanda contempla una regla análoga, pero respecto de ella tiene aplicación preferente el principio de *lex mitior* consagrado como derecho del acusado por el artículo 25 g) de la Ley sobre Carta de Derechos de Nueva Zelanda.

mana durante la República de Weimar, ocasionada por la cuestión de cómo tratar la criminalidad económica ocurrida durante la Primera Guerra Mundial después del desmantelamiento legal de esa economía por el legislador republicano. De esa discusión surgió la distinción entre el cambio legal que procede de una variación en la concepción del derecho por el legislador y el cambio legal que procede de la apreciación de un cambio de circunstancias por el legislador (Mezger, 1921). La primera clase es aplicable con efecto retroactivo: la variación de la concepción del derecho implica una descalificación por el legislador —por excesiva— de la penalidad o punibilidad derogada. La segunda clase no implica esa descalificación, sino una consideración puramente prospectiva en atención al cambio de circunstancias. Por esa razón, no cabe aplicar ese cambio legal con efecto retroactivo. Como se dijo arriba (sección 4, precepto 3), este es precisamente el fundamento de la aplicación de las leyes temporales a los hechos perpetrados bajo su vigencia, aunque al momento de su aplicación haya cesado su vigencia.<sup>61</sup>

El derecho comparado conoce una formulación condicional y no categórica de un equivalente al principio de *lex mitior*. El apartado 3-1 del Código Criminal de Dinamarca consagra el imperativo de aplicar la ley vigente al momento de la sentencia, salvo por una limitación y una excepción. La limitación consiste en que la sentencia no pueda ser más severa que la que correspondería bajo la ley vigente al momento del hecho. La excepción se encuentra en el caso en que la derogación de la ley vigente al momento del hecho se haya debido a circunstancias ajenas irrelevantes para la culpabilidad. En este caso se debe juzgar el hecho conforme a la ley derogada.<sup>62</sup>

Como salta a la vista, una formulación que exprese de ese modo el principio legal de *lex mitior* otorga a los tribunales de justicia un margen de apreciación basado en

---

61. La distinción entre uno y otro fundamento del cambio legal generó el tratamiento explícito de las leyes temporales por el Código Penal alemán (Véase nota 83), tal como lo reconoce la doctrina alemana al invocarla como su fundamento. Por todos, Jescheck-Weigend (2002: 151). Esta doctrina ha tenido recepción en Chile: Cury (2020: 294-295).

62. «Paragraph 3 1) Where the penal legislation in force at the time of the criminal proceedings in respect of any act differs from that in force at the time of the commission of that act, any questions concerning the punishable nature of the act and the punishment to be imposed shall be decided according to the more recent Statute, provided that the sentence may not be more severe than under the earlier Statute. If the repeal of the Statute is due to extraneous circumstances irrelevant to guilt, the act shall be dealt with under the earlier statute». («Er den ved en handlingens påkendelse gældende straffelovgivning forskellig fra den, der gjaldt ved handlingens foretagelse, afgøres spørgsmålet om strafbarhed og straf efter den senere lov, dog at afgørelsen ikke derved må blive strengere end efter den ældre lov. Beror ophøret af lovens gyldighed på ydre, strafskylden uvedkommende forhold, bliver handlingen at bedømme efter den ældre lov»). Esta formulación condicional del imperativo de aplicar la ley vigente al momento del hecho hizo posible la condena de un infractor a la prohibición de vender armas a Sudáfrica durante el *Apartheid* después de la derogación de esa prohibición, una vez abolido ese régimen. Al respecto, Trine Baumbach (2011); el caso es comentado en Bascuñán (2015: 54-55).

un criterio que no se deja reducir a una regla fácilmente operativa. Evitar esa discrecionalidad judicial es una razón poderosa para que el legislador prefiera imponer al tribunal un imperativo categórico de aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable, reservándose el poder de establecer excepciones a ese imperativo. La existencia de una regla especial para las leyes temporales es expresiva de esa orientación de política legislativa. Al margen de esa excepción, el legislador se reserva el poder de establecer en cada caso de cambio legal un imperativo especial de aplicación preteractiva de la ley penal derogada.<sup>63</sup>

Se trata, por lo tanto, de una distribución de competencias en relación con la identificación de casos de cambio legal que no implican descalificación de la penalidad o punibilidad derogada; ello es competencia exclusiva del legislador. Por esta razón, un imperativo categórico de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal desfavorable es tan consistente con el principio orgánico y el principio sistemático de legalidad como el imperativo categórico de aplicación de la ley penal derogada del *common law* y el derecho federal estadounidense.

Esta es la razón por la cual resulta indispensable distinguir entre el principio legal de *lex mitior*, si se lo concibe como imperativo categórico, y el principio constitucional de *lex mitior*. Desde el punto de vista constitucional, un principio categórico de *lex mitior* dirigido al legislador es tan absurdo como lo sería una prohibición categórica de establecer diferencias en la regulación. Este es el punto que pierden de vista todas las opiniones concurrentes y disidentes de esta línea jurisprudencial.

La razón por la que no cabe entender que el principio legal de *lex mitior* haya sido «constitucionalizado» como imperativo categórico corresponde a la definición más básica de la separación de poderes bajo una constitución: el modo como se garantiza el trato igualitario en el contexto de aplicación de la ley (decisión del tribunal) no puede transferirse al contexto de fundamentación de la ley (decisión del legislador). Al tribunal le está prohibido en principio introducir distinciones allí donde el legislador no distingue; al legislador no le está prohibido introducir distinciones, a menos que sean arbitrarias.

Por eso, cuando la opinión concurrente de los ministros Aróstica y Vásquez en la sentencia 3844-17 sostiene que si el legislador ha dictado una ley más favorable «no puede mandar aplicar la ley vigente a la época de su perpetración» (considerando primero, párrafo segundo), emite un juicio apresurado.<sup>64</sup> Lo que el legislador no puede

---

63. Esta es una descripción adecuada de la evolución del derecho intertemporal penal alemán. El apartado 2 del Código Penal de 1871 solo contemplaba la garantía de *lex praevia* (sección 2-1) y el principio de *lex mitior* (sección 2-2). Con posterioridad al desarrollo de la distinción doctrinaria entre las dos clases de cambio legal, el legislador mantuvo en 1953 y en 1975 la formulación del principio de *lex mitior* como imperativo categórico, pero introdujo una regla especial para las leyes temporales (sección 2-3 [1953] y sección 2-4 [1975]). Al respecto, Dannecker (1993: 434 y ss.).

64. Lo mismo cabe decir de la opinión disidente del ministro Romero, cuando afirma que «lo que no puede hacer el legislador es establecer que los imputados que no han sido condenados carecen de

hacer, como lo expresa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver sección 5.2, punto ii), es mandar aplicar la ley vigente a la época de su perpetración por esa sola razón. La existencia de un principio constitucional de *lex mitior* descalifica esa razón como fundamento suficiente de un imperativo especial de aplicación preteractiva de la ley penal derogada.<sup>65</sup> Eso hace inconstitucional una regla general de aplicación categórica de la ley derogada, como la cláusula general de salvaguarda inglesa o estadounidense, pero no hace necesariamente inconstitucional una regla especial de esa naturaleza referida a una clase especial de hechos. Porque esa regla puede fundarse en la apreciación de un cambio de circunstancias que justifique la diferencia entre el tratamiento punitivo de los hechos pasados y el tratamiento punitivo de los hechos futuros. La función del principio de *lex mitior* en el nivel constitucional, dirigido al legislador como destinatario, consiste en sustituir el poder enteramente discrecional del legislador —no restringido por el principio legal de *lex mitior*— por un poder sometido a un deber de fundamentación que satisfaga los estándares de la prohibición de discriminación y la prohibición de exceso.

#### 6.8. Conciliación de las discrepancias

Así concebido el principio constitucional de *lex mitior*, quedan disueltas las diferencias hasta el momento manifestadas al interior del TC. Si con ocasión de un cambio en la legislación penal el legislador estableciera una regla de derecho transitorio que dispusiera la aplicabilidad de la ley derogada a los hechos cometidos bajo su vigencia, por esa sola razón, todas las opiniones hasta el momento expresadas en esta línea jurisprudencial coincidirían en declararla inconstitucional en concreto y eventualmente en abstracto. Lo que está en juego para el futuro no es este ámbito de coincidencia, sino todo el ámbito de posibles discrepancias a que conduciría la asunción irreflexiva de que el legislador se encuentra sujeto al mismo deber que la ley impone a los tribunales de dar igual tratamiento punitivo a los hechos pasados que a los hechos futuros.

La cuestión fundamental no consiste, por lo tanto, en decidir si el orden constitucional simplemente autoriza al legislador para establecer o no un principio legal de

---

la posibilidad de beneficiarse en toda la magnitud permitida por la regla constitucional en comento» (considerando decimosexto).

65. Como lo señalé en la sección 6.2, en esta precisión se encuentra una reformulación de la tesis que defiende acerca del alcance del principio constitucional de *lex mitior* para el legislador. Siempre he sostenido que debe reconocerse al legislador una prerrogativa para mantener la aplicabilidad de la ley penal derogada, con tal que ello no sea arbitrario y por lo mismo desproporcionado a la luz del cambio legal más favorable. Ahora explícito que el reconocimiento de un principio constitucional de *lex mitior* implica considerar como arbitraria, y por lo mismo desproporcionada, la decisión del legislador de mantener la aplicabilidad de la ley penal derogada por la sola razón de que ella era la ley vigente al momento de la perpetración del delito.

*lex mitior* o si le impone límites en lo que respecta a su poder para no reconocerlo. Esa es la controversia acerca del sentido y alcance de la frase «a menos que una nueva ley favorezca al afectado», que no equivale a la cuestión fundamental. Confundirlas es el principal error —o la gran tergiversación— en que incurre el ministro Romero. La cuestión fundamental consiste en precisar cuáles son esos límites: si los límites propiamente constitucionales que pesan sobre el legislador democrático o la limitación de la discrecionalidad judicial que estableció la codificación.

La fundamentación del principio de *lex mitior* en el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad conduce de modo natural y obvio a considerar la primera alternativa como la única respuesta correcta. Respecto de las otras dos maneras de fundamentarlo —las puramente formales—, debería bastar una consideración atenta del efecto radical de supresión de un ámbito de la política legislativa, cuyo ejercicio puede ser plenamente justificable bajo consideraciones constitucionales generales, para someterlas a una interpretación restrictiva que fuera coincidente en sus resultados con la primera alternativa. Así se evitaría la transferencia irreflexiva de la regulación legal del derecho intertemporal penal al nivel supralegal. Eso bastaría, por supuesto, si el control de constitucionalidad demostrara suficiente comprensión del principio de separación de poderes y la consiguiente diferencia institucional entre la sujeción del juez a la ley y la legítima prerrogativa de decisión del legislador.

## **7. Consideraciones finales sobre la argumentación del ministro Romero**

La única orientación legítima de la argumentación judicial es a la demostración imparcial de la corrección de las premisas normativas, de la verdad de las premisas descriptivas y de la coherencia de la decisión como conclusión de esas premisas. Esto no prejuzga una respuesta a cuestiones controvertidas de la metodología jurídica ni de la teoría de la prueba. Esas son cuestiones relativas a la fundamentación de las premisas. Tampoco excluye que haya compromisos valorativos o ideológicos que operen sin explicitación como puntos de partida heurísticos o como refutadores potenciales. Esas son condiciones pragmáticas de la argumentación. Solo asume que la corrección y la verdad de las premisas es una cuestión al menos en principio racionalmente justificable. Esto es lo que entiendo por objetividad.

La objetividad de la argumentación judicial impone una carga considerable. Los argumentos contrarios deben ser considerados y debe dárseles respuesta en la medida en que ello sea necesario para justificar racionalmente la corrección y la verdad de las premisas. En una controversia judicial, el universo de esos argumentos se encuentra pragmáticamente restringido a las alegaciones de las partes y a los considerandos de las opiniones discrepantes de los otros jueces. A eso puede agregarse el conjunto de argumentos que quepa considerar como horizonte imprescindible de referencia conforme a la propia cultura jurídica. La consideración de los argumentos contrarios exige,

en primer lugar, no tergiversarlos, y, en segundo término, darles su mejor versión. El destinatario de la argumentación del juez no es alguien que haya de tomar una decisión. Por eso, el criterio de evaluación de su razonamiento no es la efectividad retórica respecto de un interlocutor concreto, dada por la apariencia de tener las mejores razones, sino la mejor demostración posible ante un interlocutor ideal, dados los estreñimientos instrumentales y temporales impuestos por su posición institucional.<sup>66</sup>

La opinión disidente del ministro Romero en la sentencia 3844-17 está lejos de satisfacer estas exigencias. En las secciones 4 y 6 he expuesto las estrategias retóricas empleadas por él que no son compatibles con la objetividad que se espera de un juez:

i) la tergiversación del sentido con el cual el TC ha calificado al artículo 12 transitorio como una norma redundante;<sup>67</sup>

ii) la atribución a un pasaje de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.720 de relevancia para la interpretación de una disposición —la regla 3 del artículo 12 transitorio de esa ley—, en circunstancias que en dicho pasaje no se encuentre referencia alguna a esa disposición;<sup>68</sup>

iii) la omisión del hecho que una regla especial puede tener un sentido práctico no redundante, atendida la existencia de una controversia interpretativa en relación con la regla general;<sup>69</sup>

iv) la omisión del hecho de que el fundamento dado por un tribunal en una sentencia a una decisión que él cita en apoyo de su posición desautoriza su posición;<sup>70</sup>

v) la tergiversación del sentido con que la posición contraria a la suya afirma que la finalidad de la nueva redacción del precepto constitucional relativo a la garantía de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* fue remover la inconsistencia lógica de su formulación tradicional con el principio de *lex mitior*.<sup>71</sup>

A lo anterior se añade su sugerencia de que mi crítica a la incorporación del inciso primero del artículo 18 del Código Penal en la Constitución de 1980 sería coincidente con su tesis acerca de la supuesta «constitucionalización» de los incisos segundo y tercero de ese artículo.<sup>72</sup> Esta es otra tergiversación. La crítica consiste en que los

---

66. Esto marca las diferencias entre presupuestos pragmáticos del razonamiento judicial y los del razonamiento doctrinario. El dogmático tiene por una parte una carga mayor, porque debe someter su razonamiento a refutadores potenciales cuya pertinencia no se encuentra restringida por un caso concreto. Pero por otra parte puede dejar abierta la cuestión que examina. El juez no tiene que responder sino a los desafíos que plantea el caso, pero debe darles una respuesta definitiva: el *non liquet* no le es una opción.

67. Véase sección 4, nota 30.

68. Véase sección 4.

69. Véase sección 4.

70. Véase sección 6.3, ii.

71. Véase sección 6.6.

72. Sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando decimocuarto.

redactores no advirtieron que el inciso primero también consagra el imperativo de aplicar la ley penal vigente al momento del hecho. Esa una regla básica del derecho intertemporal penal, pero que nada tiene que hacer como parte de una garantía del afectado por la aplicación la ley penal. La regla asegura el interés público en la aplicación de la ley penal. En el nivel de los derechos constitucionales y sus garantías, no tiene cabida la idea de un interés individual en ser efectivamente imputado, acusado o condenado. Partiendo de esa premisa, lo que sostengo es que, aunque el tenor literal del precepto constitucional sea idéntico al tenor literal del precepto legal, no deben interpretarse como normas con un mismo sentido y alcance: debe entenderse que el precepto constitucional solo consagra la garantía de *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.<sup>73</sup> Esta exigencia de una interpretación diferenciada es la antítesis metodológica de la propuesta del ministro Romero, en orden a que «el contenido» del principio de *lex mitior* que él atribuye al precepto constitucional «debe buscarse en el inciso segundo y tercero del artículo 18 del Código Penal»,<sup>74</sup> de modo tal que la regla constitucional sea «el reflejo» de la regla legal.<sup>75</sup>

Pero donde el ministro Romero se supera a sí mismo es en el manejo de la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional (ver sección 6.4). Como él sabe que su descripción de la «innovación» constitucional contenida en el inciso penúltimo del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República es falsa, se cuida de afirmar en primera persona que el acuerdo de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución adoptado en su sesión 112 sea el origen de la frase del precepto que alude al efecto retroactivo de la ley más favorable. Él solo sostiene en primera persona que el precepto es distinto al de la tradición constitucional chilena y que su redacción se inspira en el artículo 18 del Código Penal, citando una referencia a la sesión 112 de la comisión, contenida en la opinión de mayoría de la sentencia 2673-14. En relación con la supuesta recepción constitucional del principio de *lex mitior*, se limita a citar la misma opinión de mayoría, presentándola «a modo de confirmación» de la verdad de las afirmaciones anteriores. Habiendo atribuido esa afirmación a dicha sentencia —omitiendo la crítica a la misma y el efecto de esa crítica en las decisiones posteriores del TC—, concluye que hay evidencia no controvertida por el TC favorable a su tesis. La expresión «existe evidencia no controvertida» proviene de la opinión disidente de los ministros Letelier y Pozo en la sentencia 2957-16, pero ahora es modificada en su nivel de referencia con perfidia, porque es trivialmente verdadero que el Tribunal no ha controvertido su primera afirmación. Con esta manipulación argumentativa, el ministro Romero confunde deliberadamente dos afirmaciones, cuya verdad nadie discute, con una tercera afirmación, a sabiendas de que

---

73. Bascuñán (2015: 21).

74. Citado en nota 92.

75. Sentencia 3844-17, opinión disidente, considerando decimonoveno.

esta última es falsa, e invoca esa afirmación que él sabe falsa como afirmación del TC, para eludir su responsabilidad por la falsedad y no obstante dar la impresión de que su posición tiene un apoyo sólido en esa afirmación.

Estas estratagemas argumentativas incompatibles con la objetividad que se espera de un juez son tanto más incomprensibles cuando se repara en la futilidad de sus efectos prácticos (ver sección 4). Cuál sea la explicación de esta actitud del ministro Romero, eso es algo que aquí puede quedar abierto. En su mejor versión, su orientación puramente estratégico-retórica descansa en una confusión. No es lo mismo ser un juez con convicciones que comportarse como un abogado encargado de la defensa de esas convicciones. Quien confunde esa identidad con esta actitud no cumple el rol institucional de un juez.

## Referencias

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2000). «La aplicación de la ley penal más favorable». *Revista Jurídica UPR*, 69: 29-133.
- . (2013). «La preteractividad de la ley penal». En Alex van Weezel (editor), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 163-217). Santiago: Thomson Reuters.
- . (2015). «El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios de la Justicia*, 23: 11-68. Disponible en <https://bit.ly/3lmZRXz>.
- . (2016). *Estudios sobre la colusión*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2017). «El derecho intertemporal penal chileno y el Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios de la Justicia*, 26: 168-217. Disponible en <https://bit.ly/38vbo6o>.
- . (2018). «La reforma del derecho penal concursal chileno». En Jaime Náquira y Verónica Rosenblut (editores), *Estudios de Derecho Penal Económico* (pp. 173-228). Santiago: Ediciones UC.
- . (2019). «La formación de *lex tertia*: Una defensa diferenciada». *Política Criminal*, 14: 173-201. Disponible en <https://bit.ly/3wqcV4F>.
- . (2020). «Savigny revisitado». En Fabián Elorriaga (editor), *Estudios de Derecho Civil XV – XVII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar (2019)* (pp. 3-30). Santiago: Thomson Reuters.
- CURY URZÚA, Enrique (2020). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Santiago: Ediciones UC.
- DANNECKER, Gerhard (1993). *Das intertemporale Strafrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUI, Alfredo (1997). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Santiago: Jurídica.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (2015). *El Derecho Penal Intertemporal*. Montevideo, Buenos Aires: BdeF.

- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez Guzmán (2021). *Manual de Derecho Penal chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GALLANT, Kenneth S. (2009). *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GARRIDO, Mario (1997). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Santiago: Jurídica.
- JAKOBS, Gunther (1995). *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Wugentd (2005). *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Granada: Comares.
- LAFAVE, William (2017). *Criminal law*. 6.<sup>a</sup> edición. Minnesota: West Academic Publishing.
- MEZGER, Edmund (1921). «Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze». *Zeitschrift für die Gesamten Strafrechtswissenschaften*, 42: 348-383.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1960). *Curso de Derecho Penal chileno*. Santiago: Jurídica.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2007). *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago: Jurídica.
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2017). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Santiago: Der.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte general. Tomo I*. Madrid: Civitas (reimpresión de 2015).

## Sobre el autor

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ es doctor *honoris causa* por la Universidad de Valparaíso (2018) y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, con estudios de posgrado en la Universidad de München. En 2003 se incorporó como profesor regular de jornada completa en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, y hoy es profesor titular. Es también profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile desde 1998, y fue profesor visitante de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico entre 1999 y 2001. Su correo electrónico es [a.bascunan@uai.cl](mailto:a.bascunan@uai.cl).

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))