



Principio de taxatividad, Constitución y proceso penal.

Nelson Pozo Silva

Ministro del Tribunal Constitucional de Chile

*Ponencia presentada en octubre de 2018
en Seminario "Principios de taxatividad, Constitución y Proceso Penal", Argentina.*

Es una gran satisfacción, que temas que normalmente se discuten sólo en estrado, en el foro o en la academia, puedan socializarse y llegar a los verdaderos operadores, que son tanto el Ministerio Público como la Defensoría Pública o Privada. Esto, ojalá con Tribunal Constitucional o sin Tribunal Constitucional, siga funcionando, en el desarrollo del tópico.

Me ha tocado ser exponente de los principios del Derecho Constitucional penal en particular del principio de taxatividad, un poco en un criterio limitativo pues hay cosas que uno no puede decir como juez, pero si puedes insinuarlas. Hay cosas que están presentes en la realidad y se denotan, no sólo por el lenguaje, sino también, por las expresiones. En el caso de la magistratura son implícitas en sus fallos.

Para partir, quiero señalar que siendo la jurisdicción constitucional uno de los logros más relevantes en materia de derecho, en su aplicación en Europa, principalmente en Austria, y específicamente Hans Kelsen en 1920, realizó trabajos precursores, los cuales hoy en el viejo continente han dado fruto con la creación sobre todo del Tribunal Constitucional de Alemania, de Karlsruhe. Magistratura que desarrolla una gran influencia en el mundo, tanto en el plano institucional como con la materia de su jurisprudencia. El período de transición, cómo fueron el paso de las dictaduras a democracias en los Estados Constitucionales luego de la Segunda Guerra Mundial, llámese Italia, la República Federal de Alemania, Portugal y los antiguos regímenes socialistas de Europa del Este, y empieza a instaurar y consolidar tribunales constitucionales en casi todos los países de Europa y de América Latina.

Dicha jurisdicción se ha convertido en un órgano constitucional normal, que no puede ser combatida con el argumento de la fórmula platónica del gobierno de los jueces, ni con la opinión voluntarista, muy absoluta, y qué es ejercer la soberanía popular y, por lo tanto, es un órgano antidemocrático. En Francia, por ejemplo, el caso es paradigmático. El Consejo Constitucional se ha consolidado ampliando sus competencias, constituyéndose en un ejemplo en la aplicación de derechos fundamentales. Hay un autor constitucionalista muy importante, Peter Haberle, que ha señalado que en las democracias jóvenes se trata de que los Tribunales Constitucionales sean precursores, y se ganen la confianza a través de resoluciones inteligentes, sobre todo en lo que respecta a los cuestionamientos a la democracia, derecho electoral, derecho de partido, concretización de la libertad opinión y la libertad de los medios de comunicación, en los casos de Habeas Corpus y en cuanto a las garantías del debido proceso respectivamente.

Habiéndose concretizado la dimensión clásica de los derechos fundamentales, es decir, el estatus negativos que se defiende del Estado, en criterio de Jellinek, forma parte de un primer grado en el crecimiento de la jurisdicción constitucional. Si bien al parlamento y al

gobierno le corresponde la primacía de la labor de materialización de la justicia social, sobre todo en los países en desarrollo. No debemos olvidar que dentro del ámbito del Estado de Derecho, entiéndase derechos fundamentales clásicos y democracia pluralista, los nuevos Tribunales Constitucionales deberían arriesgarse en el ejercicio de un regulado activismo judicial. En un Estado Constitucional que funciona, el poder que elabora y dicta la Constitución es constituido, no es ilimitado, sino que está restringido legalmente a ciertos principios, algunos de una cultura constitucional nacional, como sucede en Latinoamérica, sobre todo materia de indigenismo y problemas típicos de la zona, y conforme a principios internacionales de Derechos Humanos.

Un segundo punto al que quiero ponerle énfasis en este breve esbozo, es el nuevo Derecho Penal Constitucional. Es del caso de notar que la más antigua y más corta de las Constituciones actuales, la de Estados Unidos, ha recibido 27 enmiendas, una cada ocho años como media, incluyéndose en ella cuestiones importantes como los derechos civiles, la esclavitud, los derechos de voto, las reglas electorales o el límite de mandato del Presidente. El país europeo con más cambios constitucionales, Portugal, donde basta para la reforma una decisión parlamentaria de amplia mayoría, mediante la cual se han instalado restricciones a la política económica y a la transformación de un régimen presidencial en un régimen parlamentario. En Gran Bretaña, como la Constitución no está codificada en un solo texto, los cambios también son relativamente fáciles, ha habido 51 desde la última Guerra Mundial, incluyendo la Convención de Derechos Humanos y la reducción de los lores hereditarios, la justicia y la elección de los alcaldes. En Francia, por su parte, ha habido 17 reformas en menos de 60 años que han afectado los Tratados con la Unión Europea, la duración del mandato del Presidente y las relaciones parlamentarias. En Alemania, han prosperado 14 reformas desde la reunificación de 1990, incluido temas sobre la Unión Europea, la protección ambiental, la discriminación positiva a las mujeres y el derecho de asilo.

En España, en contraste, no ha habido alteraciones significativas al texto constitucional de 1978, han sido meras reparaciones. Los cambios son efectuados de hecho por la sentencia del Tribunal Constitucional, al que muchos ven como sesgado y partidista. En este punto cabe hacer presente que se ha utilizado el mecanismo de desconstitucionalizar algunos temas, es decir, que los haga desaparecer de la Constitución, para que puedan ser reformado mediante simples leyes.

No resulta menor plantear los temas de naturaleza propia de esta nueva subdisciplina, como denominamos el Derecho Penal Constitucional, o mejor dicho, un Derecho Constitucional Penal, que se configura a partir de las bases constitucionales del Derecho Penal. En efecto, en la evolución de las ideas políticas en los Estados Constitucionales, su Constitución sienta las bases de la política criminal y de su Derecho Penal. Pero, no siempre

el Estado ha sido Constitucional, ni lo es hoy en todos los países. No es esta la oportunidad de hablar como el Estado evoluciona durante el Modernismo, desde un Estado absoluto hacia el denominado Estado de Derecho, por razones de tiempo y por la naturaleza de esta disertación. La crisis del Estado liberal iba de la mano de la crisis de su política criminal. El tránsito hacia un Estado intervencionista enfatizó la función de prevención, prevención especial, de hecho, no debemos olvidar que la prevención especial no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo cual colisionaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo.

En otro plano, el Estado social intervencionista creó las medidas de seguridad como instrumento de prevención especial, las que resultaron totalmente inadecuadas durante el estricto legalismo liberal clásico. Durante el siglo XX la tendencia intervencionista del Estado social condujo, siguiendo en esto el movimiento de la historia descrito por Hegel de tesis, antítesis y síntesis, en la antítesis del Estado liberal. Lo que significa sistemas políticos totalitarios, como lo fueron el fascista de Mussolini y el nacionalsocialista de Hitler. En ellos, el Derecho Penal se endureció hasta extremos impensados. En el Estado de Derecho Constitucional, el cual nace ante el fracaso del liberalismo clásico, para proclamar un nuevo modelo de Estado que al tiempo que refuerza sus límites jurídicos en un sentido democrático, no abandona sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social. El Derecho Penal, en tal Estado, ha de asumir varias funciones correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan.

En cuanto Derecho Penal de un Estado Social, debe legitimarse como un sistema de protección social efectiva que le atribuye la misión de prevención de los delitos, en la medida de lo estrictamente necesario para que haya protección al principio de mínima intervención. Ello configura un límite de la prevención, junto a un Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho que debe someter la prevención penal a otra serie límites. En parte herederos de la tradición liberal del Estado derecho, y en parte reforzado por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal, prevención limitada.

Dentro de las funciones del Derecho Penal, en el ámbito de la Constitución, cabe hacer presente que, en el modelo de Estado Constitucional surge la necesidad de una determinada concepción del Derecho Penal y de su función. En nuestra Carta Fundamental, a partir de los artículos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y 19 número tercero y número séptimo; podemos perfilar un Estado democrático soberano y delimitativo en sus atribuciones, donde la función del Derecho Penal que más parece coherente con un modelo de Estado Democrático, se asocia a grandes principios o bases teóricas, tales como la libertad, la vida, la legalidad, en especial la legalidad penal, pena justas y proporcionales y en general, reconoce a partir de la noción de dignidad humana la resocialización.

Esto supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto, en términos que pueda modificar en forma notable su carga de gravosidad, sin que ellos se funden razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino sólo a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario.

Otro acápite que me interesa señalar es la laicización del concepto de norma jurídica, importante por la visión desde la perspectiva constitucional de lo que es el ámbito penal. Según la distinción ya clásica introducida por Ronald Dworkin y elaborada por Robert Alexy, las normas jurídicas pueden, por su estructura, presentarse como reglas o como principios. Las reglas responden a la idea tradicional de “norma jurídica”, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por ejemplo, la norma que establece que quién roba a otro debe ser condenado a prisión, tiene una estructura de regla. Los principios en cambio, serían mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico, es decir, son normas que ordenan, y el valor o bien jurídico por ellos contemplado, se han realizado con la mayor medida posible. Por ejemplo, las normas que señalan que las obligaciones contractuales deben cumplirse con arreglo a la buena fe, tienen una estructura de principio. Obsérvese que aquí ya no hay un supuesto de hecho en sentido técnico, pues no hay una definición precisa de un tipo de situación en que pueden hallarse personas y cosas, y tampoco hay una consecuencia, jurídicamente propiamente dicha, pues la norma no establece con claridad que debe hacerse. De esta manera, la distinción entre regla y principio resulta plenamente aplicable al ámbito constitucional penal y en especial, al Principio de Legalidad.

Hoy se habla del principio de legalidad multinivel, legalidad a nivel constitucional y legalidad estrictamente legal. Y las causas de justificación sobre el alcance específico del tema nuestro, que es la “taxatividad”, lo que hablaremos a continuación.

Este Principio de Taxatividad tiene su origen en la exigencia de certeza o determinación. Sin perjuicio a la reflexión posterior sobre el citado principio, esbozaremos un concepto de taxatividad como la exigencia de la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales. Estas exigencias suelen ser entendidas al menos en dos sentidos: una reducción de la variedad de los conceptos usado para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y, una preferencia por el uso de conceptos descriptivo frente al empleo de conceptos valorativos.

La discusión actual gira entorno a la variedad de los conceptos, la indeterminación semántica es un rasgo ineliminable de nuestros conceptos generales. Tal conclusión parcial, se sustenta en dos fundamentos: por un lado, porque siempre pueden aparecer casos marginales de la aplicación de un concepto general y, por otro lado, porqué nuestro mundo

es de tal manera que no está constituido por un número finito de propiedades, de forma tal que no es posible que no se nos presente en un caso futuro, o que podamos imaginar casos hipotéticos, en los cuales tengamos dudas acerca si el concepto se aplica o no, a los casos que se conocen como variedad potencial o textura abierta del lenguaje.

La determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y, cuál debe ser el grado exigible, el umbral mínimo, depende en buena medida de la justificación de la taxatividad.

En el caso concreto de la teoría penal estadounidense, la noción de taxatividad reconoce estos dos límites a la precisión exigida por el derecho de los Estados Unidos, para que una disposición penal sea conforme a la Constitución. La doctrina penal norteamericana considera en la actualidad que este principio, está incorporado en la 5ta y la 14ª Enmienda de la Constitución, en la cláusula del debido proceso.

Ahora bien, los problemas que plantea el concepto valorativo dicen directa relación, en algunos casos, con la preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de términos valorativo, lo cual se presenta de manera muy estricta. Así, por ejemplo, uno de los más importantes defensores de la taxatividad como requisito del Derecho Penal garantista, Luigi Ferrajoli considera que el uso de conceptos descriptivos, en la formulación de las normas penales, permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales aptas para la verdad y la falsedad. Sin embargo, el mismo autor señala que el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales, no permite el establecimiento de proposiciones apta para la verdad o la falsedad.

El cuestionamiento surge en aquella sombra de penumbra del concepto, zona de la cual albergamos dudas acerca de la aplicación del concepto que resulta muy amplia. Por lo cual, el problema del uso de conceptos valorativos en la legislación penal no reside, como defiende Ferrajoli, en que carezca del informativo en qué son vagos en un alto grado. La clave está más allá del concepto de taxatividad, se encuentra en su justificación y eso se radica en la exigencia de certeza de las normas penales, que tienen una doble dimensión. Por un lado, se dirigen al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas, y por otro, se dirigen a reducir la discreción de la policía para arrestar, y de los jueces para condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiendo la aplicación analógica de las leyes penales. Lo central de la cuestión es el peligro que la incorporación de nuevos tipos penales, a menudo ampliamente indeterminados, tienen para el ideal de certeza. Como es obvio el peligro proviene de hechos que pueden incluirse en los supuestos de hecho, o dichos tipos cuyos comportamientos no abarcan en su razón, una "razón justificante".

Respecto al mandato de determinación y tipicidad penal. El mandato determinación se encuentra en una posición privilegiada dentro de nuestro sistema normativo, al estar

recogido por el artículo 19, N°3, inciso final de la Constitución, por tratarse en la doctrina y la jurisprudencia, como un principio fundamental del Derecho penal. A pesar de ello, en la aplicación al caso concreto en materia criminal, dicho concepto en efecto no parece estar tan claro. Así lo plantean dentro de la doctrina, Heirner Hirsch y Lothar Khulen. De este modo, son escasas las ocasiones en que los tribunales constitucionales han declarado la inconstitucionalidad de una disposición penal por su indeterminación, a pesar de haberse encontrado frente a preceptos cuyas inconstitucionalidades, apenas cabría dudar. En concreto, el criterio ha sido declarar como válida y compatible con el principio de legalidad, expresiones como pudor, moral, buenas costumbres y decencia. A pesar de lo anterior, la crítica a los tribunales constitucionales por su actitud frente al mandato de determinación, ha significado otorgar una carta blanca legislador en estas materias. Esta es la opinión de Schuneman y Tiedermann, fundado en que la omisión de esta falta de deducción de contenido concreto del mandato del mandato determinación y la indecisión de la jurisprudencia en el tratamiento del aspecto material del principio de legalidad, ha llevado a que se cuestione la determinación de la propia idea de determinación, llegándose a parafrasear que la idea determinación en sí misma, es un concepto indeterminado.

Junto a la expuesto, del análisis de las exigencias del mandato de determinación, debe ser la declaración que fue recogida por una sentencia del Tribunal Constitucional Español, acerca de que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para la definición de los tipos penales, procurando normas concretas, precisas claras e inteligibles, del año 1982 y reiterada en el año 1997. Que el criterio que ha seguido es delimitar negativamente el mandato de determinación, para lo cual se recurrió a la admisión de conceptos jurídicos y determinados, ante lo cual se justifica una relativización del mandato de determinación, que, necesariamente, afecta al bien jurídico que se trata.

Profundizando el tema de la taxatividad, se plantea el problema de que la noción de certeza en aquellas normas indeterminadas, requerirán necesariamente un precepto que lo complementa, con lo cual se admitirá que el legislador no hizo el máximo esfuerzo posible en la definición del tipo penal, lo que en definitiva superar en un sentido, excesivamente, vago o general, a los que ni siquiera se vincula en forma estricta, lo cual dificulta que se pueda hablar de un auténtico control de la determinación de los preceptos penales por parte de los Tribunales Constitucionales.

Las exigencias de claridad, inteligibilidad, precisión y concreción en los contenidos positivos propios de la norma, a través de su vinculación con los distintos fundamentos del principio de legalidad, pero también con el establecimiento un cierto orden o prelación entre ellos, conforma que el mandato de determinación del grado de exigibilidad al legislador en el sentido de las normas jurídico penales que carecen en el evento de dicha omisión, de un rol propio de un mandato de determinabilidad. La necesidad del sistema penal de los principios

constitucionales correspondientes al poder punitivo del Estado, deben tener su base en el principio de adecuación a la tutela de un bien jurídico protegido, o ser referentes a la infracción de la norma que de manera sustancial represente un valor jurídico penal, en su núcleo esencial.

Del mismo modo, no es posible olvidar que los límites materiales al legislador penal y los límites materiales a la ley penal, se encuentran representados por garantías constitucionales, las que a modo ejemplar podemos citar: principio de ultima ratio, principio de legalidad y revisiones normativas, principio de personalidad, principio non bis in idem, principio de retroactividad de la ley penal más favorable, principio de taxatividad, principio de proporcionalidad, principio sobre las leyes penales en blanco, principio de culpabilidad, etc. Todos estos valores insertos en el ordenamiento constitucional, los cuales están presentes en nuestra carta fundamental como valores normativos que ser resguardados como límites materiales en el Derecho Penal Constitucional.

Entramos al núcleo del problema, la taxatividad en materia penal. Dentro del aspecto sustantivo, el principio de legalidad penal se halla también el requisito de “lex certa”, que implica que el contenido de la ley penal debe ser taxativo. Taxatividad significa que al definir las conductas delictivas, y prever las correspondientes penas, la ley debe satisfacer un mínimo de claridad, precisión y de determinación. A la vista de la ley penal, los ciudadanos deben poder saber con un margen razonable de certidumbre cuál es el comportamiento prohibido y cuál es la sanción de la infracción. Se estaría allí en presencia de lo que Susana Huerta T. llama una exigencia de tipicidad en la ley penal. En definitiva, se trata que también por su contenido, la ley penal sea suficientemente previsible. La previsibilidad es una condición impuesta con carácter general a cualquier norma por el principio de seguridad jurídica, pero como se dijo más arriba, ese saber a qué atenerse ha de ser particularmente intenso en materia penal. La taxatividad es así, ese plus de previsibilidad que se demanda a las normas penales. Idéntica exigencia de taxatividad viene impuesta por el artículo 7° de la Convención Europea de Derechos Humanos, recogido en el caso “Esther con Bélgica”, de fecha 17 febrero de 2005. Donde la exigencia de taxatividad de la ley penal por lo demás, está llamado a operar como el freno al arbitrio judicial. Una ley penal suficientemente clara, precisa, determinada, dejará un estrecho margen de libertad de apreciación al juez. Y ello, no solo satisface el requisito democrático de que la voz principal es la definición de los delitos y las penas corresponden al legislador y no el juez, sino que además redundará a favor de una aplicación igualitaria de la ley penal, cuyo significado y alcance dependerá poco de las inclinaciones subjetivas de cada órgano judicial.

Así entendido, resulta obvio que el requisito de lex certa, es sobre todo un mandato constitucional al legislador: las leyes penales deben ser redactados en términos suficientemente taxativos. La taxatividad absoluta resulta sin duda inalcanzable, una ley

penal tan precisa que convierta en puramente mecánicas las aplicaciones judiciales la aplicación de la misma, no deja, en efecto, de ser una quimera. Ahora bien, dejamos claro que hay un mínimo de claridad, precisión y determinación que resulta constitucionalmente indispensable, así lo ha declarado una sentencia del Tribunal Español, de noviembre 10 de 2012.

Aquí es, donde en la práctica, la exigencia de taxatividad se traduzca en una prohibición constitucional de los llamados tipos abiertos, es decir, aquellos en que la norma está redactada en términos tan vagos, que depende de las inclinaciones subjetivas del intérprete decidir si la conducta es subsumible en el supuesto de hecho, y donde ello ocurre, principalmente, es cuando la definición del tipo utiliza una palabra de significado dudoso y en especial, cuando arrastran una pesada carga valorativa. Por ejemplo, en causas donde hay conceptos como “pudor” o el concepto de “apología del terrorismo”, “fraude a la ley tributaria”, etcétera. La taxatividad también puede conducir a la inconstitucionalidad de presunciones absolutas en la definición de conductas delictivas.

Esta exigencia de taxatividad no opera sólo en el momento de la elaboración de la ley penal, sino también, en el de su interpretación y aplicación. En este mismo sentido, la taxatividad excluye la analogía “in malam partem”, dado que la ley debe ser clara, precisa y determinada. No puede ser aplicada en perjuicio del reo en supuestos distintos a los previstos expresamente por ella misma. La simple semejanza con supuestos expresamente previstos, no es una razón para ampliar la esfera de aplicación de la ley penal. En un plano puramente teórico, es factible trazar una distinción entre analogía e interpretación extensiva. Mientras la analogía consiste en aplicar la norma a un supuesto similar al previsto por ella, la interpretación extensiva consiste en adoptar de los varios significados posibles de la norma, el más amplio, de manera que resulte subsumible en su supuesto de hecho, un caso que de lo contrario quedaría fuera del mismo. A efectos de la exigencia de taxatividad, esta distinción teórica es importante porque en la interpretación extensiva, el caso está previsto por la ley penal y la analogía no lo está.

En la praxis, sin embargo, resulta difícil delimitar dónde acaba la interpretación extensiva y donde comienza la analogía, porque ambas tienen un sentido expansivo en la aplicación de la ley. La taxatividad tiene un sentido teleológico de aplicación de la ley penal en sus significados más favorables al reo, entonces, la interpretación extensiva de la ley penal habrá de considerarse prohibida. Con todo, el problema es que al igual que ocurría en la retroactividad de la ley penal, no es fácil justificar por qué el principio de legalidad penal comporta más allá de la previsibilidad, un específico deber de benignidad o clemencia hacia el reo. El Tribunal Constitucional chileno, no tiene una postura definitiva a este respecto. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece inclinarse a asimilar la

interpretación extensiva in malam partem a la analogía, en los casos específicos “Gabarri Moreno con España”, del año 2013 y “Pessino con Francia”, de octubre 2006.

Además, de entrañar la prohibición constitucional de la analogía desfavorable al reo, la taxatividad es relevante en el momento de la interpretación y aplicación de la ley penal, por una segunda razón: no siempre que una ley penal es insuficientemente taxativa resulta posible, o al menos convincente, declararla inconstitucional. Puede darse la hipótesis que el Tribunal Constitucional Español previó, los llamados costes sociales, y el costo social del vacío normativo que durante un cierto lapso de tiempo produce toda anulación de una ley, son demasiado altos. Sin embargo, la prudencia jurisdiccional de esta índole es particularmente comprensible en materia penal, donde la necesidad colectiva de protección frente a las agresiones a la convivencia es más imperiosa que en otros sectores del ordenamiento.

En este escenario podemos considerar que nuestro texto constitucional, en especial el artículo 19, N°3, inciso final, requiere la certeza de la conducta típica, que sea desplegada por el autor o partícipe del delito. En este breve bosquejo sobre los supuestos teóricos de una funcionalización de la dogmática penal constitucional, esto es, presentar las bases o presupuestos del impacto del constitucionalismo en el Derecho Penal y a partir de ese hito tener la opción de repensar una funcionalización de los contenidos de las categorías de la Teoría del Delito, hacia los principios fundamentales reconocidos implícita y, además, explícitamente, en la Constitución, se infiere que la naturaleza normativa de la Carta Fundamental no puede entenderse como un sistema jurídico cerrado, sino más bien, obedece a un sistema abierto. El Derecho penal se puede re-pensar como un conjunto de normas o reglas, valoraciones y principios jurídicos, que desvalorizan y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos como presupuesto penas o medidas de seguridad. En el control de la conformidad de una disposición penal con la Constitución, es fundamental, requerir la dimensión valorativa de esta, la cual es deducible de una dimensión axiológica derivada de los principios y derechos que se reconocen en ella, y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Al respecto, ha profundizado en esta materia un autor italiano, Massimo Donniní, quién ha dicho que esta dimensión valorativa en las normas contenidas en las reglas de Derecho penal, lleva también a adoptar una posición con relación al dilema constitucional y no concluida, polémica sobre la “estructura de la norma penal”.

Nos referiremos al debate sobre si la norma penal contiene una dimensión imperativa, es decir, una función de motivación o también incluye una dimensión valorativa de lesión de un juicio de valor sobre el suceso realizado. Otros autores, estiman que la dimensión axiológica es la que determina la adopción de un concepto dual del injusto material y típico, el desvalor axiológico de la acción o el desvalor axiológico del resultado. En este contexto, resulta útil seguir al maestro Wolfgang Frisch, quién sostiene que los juristas trabajan con

decisiones basadas en criterios normativos y valorativos, de forma tal que la Constitución, como prácticamente casi todas las actuales vigentes el mundo occidental, parten de una visión autocomprensiva de la capacidad de decisión libre de los humanos. Esto se evidencia sobre todo en los abrumadores datos sociológicos de las percepciones, convicciones y necesidades sociales.

En un modelo de Estado Constitucional, el reproche por una conducta típicamente injusta, sólo puede fundarse en esta autopercepción recíproca de que el ser humano puede comportarse de acuerdo con la pauta de una norma penal democráticamente concebida. En consecuencia y, teniendo en consideración la perspectiva constitucional, la categoría de culpabilidad como nivel de las categorías de la teoría del delito que, exigen un juicio de reproche para imponer una pena a una persona por una conducta típicamente injusta. Es una manifestación de dicho principio de culpabilidad, principio que obviamente se deriva de diversas disposiciones constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente el artículo primero. El proceso de constitucionalización del Derecho Penal ha motivado que los tradicionales principios políticos criminales que limitan la potestad punitiva del Estado: legalidad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, se constituyan ahora en principios normativos y vinculantes.

Sin embargo, este fenómeno sólo ha operado con relación al legislador penal, esto es, para los procesos de criminalización. Nosotros creemos que, y esto es una opinión muy personal, que el referido proceso de constitucionalización y, en específico, la concepción constitucionalista del Derecho penal, tiene un impacto sobre la dogmática penal, y en virtud de ello, sobre el contenido de los diferentes niveles de la Teoría del Delito. En conclusión, la pretensión de ilicitud se encuadra en criterios esbozados por el principio de determinación o taxatividad, y por el principio de proporcionalidad en sentido estricto. La inclusión de una dimensión axiológica, valórica de la norma penal, determina aceptar metodológicamente operaciones de carácter ponderativo entre principios y derechos fundamentales, antes de delimitar el alcance del tipo penal. Ambas consideraciones constituyen presupuesto básico para la construcción de una dogmática penal funcional con un sello positivista y garantista.

La idea, para terminar, es que el balance a utilizar por lo que es una Magistratura constitucional, entre un activismo judicial y una auto-restricción judicial, tiene que permitir el avance del derecho. Hay un precedente en el Tribunal Constitucional chileno, que es una petición que se hizo de inaplicabilidad en la sentencia rol N° 3306, donde ampliamente se desarrollaron algunos de estos conceptos en los considerandos 9° a 17 y 18 a 22. Además, debe tenerse presente, el llamado principio pro libértate en pro de los Derechos Humanos como un principio general del Derecho, consistente en que el Estado de Derecho debe

operar en favor del requirente. Con esto quisiera poner término a mi exposición, me excuso por el exceso de tiempo, muchas gracias.

Buenos Aires, Argentina, 29 de octubre de 2018.-