Artículo: “El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Año XXV · JULIO - SEPTIEMBRE DE 1957 · N.° 101

Revista de Derecho

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

DE LA FACULTAD DE DERECHO CONCEPCION

"TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO"

NUMERO DEDICADO AL

SEGUNDO CONGRESO NACIONAL DE LOS ABOGADOS DE CHILE

CONCEPCION

(16 al 20 de Enero de 1957)

PUBLICACIONES DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL
COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION

Artículo: “El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que el Tribunal criminológico del establecimiento determine dentro de estos máximos y mínimos, conforme a los antecedentes de su comportamiento, corrección y peligrosidad; pudiendo ser puesto en libertad, por decreto supremo en cualquier tiempo dentro de los límites de la pena "fijada judicialmente". El juez que haya condenado integrará el Tribunal Administrativo".

j) Debe intensificarse por los Tribunales la aplicación de la Ley N.º 7.821 sobre suspensión y remisión de las penas cortas;

k) El procedimiento de la libertad condicional, debe adecuarse a la modificación del artículo 69 del Código Penal, o suprimirse;

l) Debe corregirse el aspecto técnico que la construcción de las leyes penales, para evitar sus vacíos y facilitar la labor de los Tribunales.

ARTEMIO LLANOS MEDINA

EL ROL GARANTIZADOR DEL DERECHO PENAL

1.—Todo aquel movimiento ideológico que en la historia se conoce como la Revolución Francesa, constituye la máxima expresión del esfuerzo realizado por el hombre a través de todos los tiempos, para cimentar en forma permanente una serie de atributos, que garanticen la dignidad de la existencia humana.

Muchas pueden ser las críticas justificadas que pueden hacerse a este movimiento como sistema de organización de la sociedad, y a las consecuencias que de él se han derivado, principalmente en nuestros días después de más de un siglo y medio de experimentar sus postulados, pero nadie podrá dejar de reconocer que el postulado de la personalidad humana sustentado por la Revolución, con apasionado entusiasmo, es un acervo que se ha incorporado definitivamente en la cultura y en la organización social, como lo demuestra la ratificación de que ha sido objeto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948.

2.—No fue un mero capricho el que determinó este afianzamiento del respeto de la personalidad humana, mediante todo un sistema de organización jurídica como el que elaboró la Revolución, sino que fue la reacción lógica contra el despotismo, la arbitrariedad, la violencia y la inseguridad de la vida humana.

En el orden penal, que es lo que por el momento nos preocupa, característica del Antiguo Régimen fue, entre otros, el abuso excesivo que se hizo del arbitrio judicial en perjuicio de los derechos del hombre. La extremada rigurosidad de la legislación penal, que resultaba repugnante a los sentimientos adquiridos por la cultura, determinó que en todas partes se concediera una independencia a los Tribunales para la administración de justicia, resultando de esta manera con atribuciones para sancionar los delitos con penas mayores o menores que las señaladas por las leyes; o para aplicar penas distintas o no previstas por la legislación; o para castigar hechos que no estaban contemplados por las leyes como delito, aplicando la analogía.

Desgraciadamente este arbitrio concedido a los Tribunales con el buen propósito de favorecer a los ciudadanos de los excesos de rigor contemplados en las leyes, no fue empleado sino en defensa de intereses personales, de clases, o para proteger determinado régimen político, llegando a constituir este arbitrio un sistema de oprobiosas vejaciones, detenciones y muertes ilegales.

3.—Los postulados de libertad, igualdad y fraternidad se hicieron efectivos, y reciben una consagración en las constituciones políticas de los estados, en los códigos y en las leyes.

Todo un sistema jurídico completo que comprende desde los principios generales de orientación hasta los detalles de los casos particulares, representa la idea de garantizar por medio de la legalidad, el postulado de la libertad, indispensable para la vida del hombre.

Resultado de este criterio es el apotegma enunciado en latín: Nullum crimen nulla poena sine lege. No hay delito ni hay pena sin ley.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma pre-establecida a la acción, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que puede o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio formalmente necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda ser calificada como jurídica" (1).

4.—Numerosas son las consecuencias derivadas de este principio, de las cuales señalamos las más importantes.

El principio de reserva, según el cual solamente la ley puede determinar la aplicación de una sanción expresamente prevista para una conducta expresamente declarada delictiva (2).

No hay más delitos que los expresamente indicados por la ley. No existen otras penas que las indicadas en la ley.

La fuente inmediata y única en materia penal es la ley. Ni la Iglesia ni las sociedades particulares pueden crear normas penales. Tampoco el Derecho consuetudinario ni la jurisprudencia son fuentes productoras de Derecho Penal.

La ley penal solamente rige para el futuro, y, por consiguiente, el principio general dominante en esta materia es el de la irretroactividad de la ley, en cuanto debe aplicarse la ley vigente en la época de la comisión del delito, con la sola excepción de las leyes penales que son más benignas, que se aplican a hechos cometidos con anterioridad a ellas.

En cuanto a la interpretación de la ley penal por el juez, ella fue prohibida en las legislaciones más próximas a los comienzos de las reformas de la Revolución, en un afán de impedir la creación indirecta del Derecho por el magistrado. El espíritu de legalidad tan hondamente infiltrado en la mente de los reformadores no permitía que el juez bajo el pretexto de subsanar los vacíos de la ley pudiera, por medio de la analogía, aplicar penas a hechos no declarados punibles en el texto de la ley. La seguridad de los individuos, las garantías individuales, habrían sufrido grave merma si se hubieran concedido tales facultades a los jueces.

---

(1) **Sebastián Soler:** "Derecho Penal Argentino", Tomo I, página 119.
(2) **Sebastián Soler:** Obra citada, Tomo I, página 131.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta manera queda estructurado, en sus líneas generales, lo que se ha dado en llamar el Derecho Penal liberal.

5.—La estructuración que la técnica jurídica ha hecho del concepto del delito, fijando los elementos y caracteres que lo integran, ha contribuido notablemente al afianzamiento del Derecho Penal liberal, principalmente en lo que se refiere a su principio rector: nullum crimen nulla poena sine lege.

De acuerdo con la dogmática jurídica, delito es la acción típicamente antijurídica, culpable y conminada con una pena y, en consecuencia, los elementos integrantes del delito son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la amenaza penal.

De todos estos elementos el que con mayor fuerza contribuye al afianzamiento a que hemos hecho referencia es la tipicidad, la cual consiste en la "adecuación del acto ejecutado a la figura delictiva descrita por la ley" (3).

La exigencia de encuadrar la acción ejecutada a alguna de las figuras delictivas señaladas por el legislador, necesariamente trae como consecuencia el impedimento para el juez de aplicar sanción a un hecho no contemplado por la ley, por muy semejante o análogo que éste sea a otro hecho sujeto a sanción.

Como dice don Gustavo Labatut, la falta de tipicidad o el hecho atípico, suponen la inexistencia del delito aunque la conducta sea antijurídica, con lo cual no hace sino repetir el concepto de Beling: no hay delito sin tipicidad.

Desde el punto de vista que analizamos, la tipicidad constituye un fuerte baluarte de los derechos de los ciudadanos.

6.—Podrá decirse, cómo es posible que no obstante el carácter antijurídico de una conducta, ésta no reciba sanción por el hecho de no concurrir la tipicidad. Podrá argumentarse que se vulneran los intereses de la sociedad al permitirse la existencia de conductas antijurídicas, o podrá repetirse la expresión de Listz de ser el Derecho Penal la Carta Magna del delincuente.

Sin embargo, dentro de un sistema regulado por las leyes nada es imposible para evitar la delincuencia, e incorporar a la catego-

---

(3) **Gustavo Labatut Glena:** "Derecho Penal", Tomo I, página 132.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ría de delitos, mediante la tipicidad señalada por la ley, todas aquellas conductas antijurídicas que se considere necesario sancionar con una pena.

Todas las legislaciones contemplan un mecanismo legal para subsanar estos inconvenientes. Por su precisión es digno de citar el articulo 2.º del Código Español, que establece: "En el caso que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal".

En nuestra legislación, el articulo 5.º del Código Civil dispone: "La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de Marzo de cada año darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacios que noten en ellas".

Esta misma idea la repite el articulo 102 N.º 4 del Código Orgánico de Tribunales.

7.—Ya hemos visto cómo el Derecho Penal liberal, para evitar la extensión de la ley penal a otros casos no expresamente contemplados por ella, previniendo los abusos que pudieran nacer de esta extralimitación, proclamó la no interpretabilidad de la ley penal.

Pero debemos reconocer que esta idea desde el punto de vista científico no podía prosperar. La ley, que es una formulación de una voluntad abstracta, necesita ser interpretada para hacerla efectiva en el caso concreto.

Por este motivo Soler ha expresado: "El problema no está pues en negar interpretación a las leyes, que es como negarles aplicación, o como creer que la ley actúa por sí misma, o como afirmar que el acto del juez no es psiquico, sino mecánico; el problema consiste en fijar las condiciones de esa interpretación conforme a la naturaleza del Derecho Penal" (4).

Sin menoscabar el criterio legalista anteriormente destacado, la evolución de las ideas y la realidad concreta de la vida, ha permitido la interpretación judicial de la ley penal "para adaptarla

(4) **Sebastián Soler:** Obra citada, página 142.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a las necesidades y vitalizar la ley inerte", según la expresión de Jiménez de Asúa.

Pero esta función del Juez de interpretar progresivamente la ley penal, debe orientarse a desentrañar la voluntad de la ley manifestada en su texto que no es lo mismo que desentrañar la voluntad del legislador, ya que la ley una vez elaborada, adquiere una independencia del que la ha generado.

Ha sido la interpretación progresiva la que ha permitido a los magistrados adaptar las viejas disposiciones de los códigos a los adelantos de la ciencia y de la técnica. Así ha ocurrido por ejemplo con las expresiones loco o demente utilizadas por los códigos antiguos, en que el intérprete ha debido darles el sentido que la ciencia moderna le asigna a las enfermedades mentales; o bien, cuando se ha interpretado el concepto de cosa mueble, para incluir en él al apoderamiento de la energía eléctrica, y sancionar este acto con la pena del hurto.

"El juez no puede mostrarse ajeno a las transformaciones sociales, jurídicas o científicas. Por ello la voluntad de la ley no ha de ser sólo investigada en relación a la época en que nació el precepto, sino teniendo en cuenta el momento en que se aplica" (5).

La anterior especie de interpretación se denomina extensiva porque, en cuanto al resultado, el intérprete considera que debe ampliarse el alcance de la palabra empleada por la ley, para que la letra corresponda al espíritu y voluntad de ella.

8.—En este afán de permitir la evolución del Derecho Penal para amoldarlo a las transformaciones sociales, jurídicas o científicas, evitando de este modo su envejecimiento y su inoperancia, dentro del orden de ideas que desarrollamos de interpretación de la ley penal, en el sentido extensivo que anteriormente hemos visto, la doctrina y algunas legislaciones positivas han llegado a aceptar la interpretación analógica.

Esta interpretación analógica reviste dos formas. Una de ellas denominada "analogía legis", consiste en "indagar el alcance de un precepto penal comparando el caso concreto de que se trata, no directamente previsto, con otros semejantes que quedan incluidos

(5) **Luis Jiménez de Asúa:** "El Criminalista", Tomo II, página 88.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la ley" (6). O, como dice Jiménez de Asúa, consiste en la decisión de un caso penal no contemplado por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enumerado en su texto (7).

La otra forma, denominada "analogía juris", consiste en la aplicación al caso concreto de que se trata de los principios generales del Derecho, "acudiendo al espíritu del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto" (8).

9.—La analogía legis, sin duda alguna es admisible dentro del concepto de Derecho Penal legalista regido por la máxima nullum crimen nulla poena sine lege, porque es la ley misma la que señala al juez esta facultad de aplicar una pena a un hecho no expresamente señalado corresponidente a otro semejante contemplado en la ley.

Perfectamente se concilian los extremos opuestos de las garantías individuales y el interés de la sociedad, porque en todo caso lo que el juez va a aplicar es la voluntad de la ley.

El Código Penal de Dinamarca de 1.º de Enero de 1933, acepta la analogía legis, cuando en su artículo 1.º expresa: "Sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la ley danesa, o una acción enteramente asimilable a ese acto".

El Código de Puerto Rico, acepta la analogía en la aplicación de las penas, pero no en la creación de delitos.

En todas las legislaciones se recurre a la interpretación por medio de la analogía legis, no ya como una norma general como ocurre en los códigos antes citados, sino que refiriéndose el legislador a casos especiales.

Dentro de nuestro Código Penal hay numerosos casos que se pueden citar como ejemplos de esta especie, como sucede con las situaciones señaladas por los artículos 323, 439, 440 N.º 2, 442 N.º 3, 468, 480 y 485 N.º 1.

En la Ley de Defensa Permanente de la Democracia existen varios ejemplos de esta especie.

---

(6) **Gustavo Labatut Glena:** Obra citada, página 95.
(7) **Luis Jiménez de Asúa:** Obra citada, página 94.
(8) **Luis Jiménez de Asúa:** Obra citada, página 94.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

10.—Desde otro punto de vista debemos considerar que ninguna obra del hombre puede ser eterna, y todo está sujeto al constante cambio que los hechos y acontecimientos determinan.

Aquel Derecho Penal liberal tan prolijamente elaborado, cuya estructuración sistemática es la resultante no sólo de las necesidades de la época en que fue concebido, sino que, además, es la expresión del sentimiento universal del hombre por su libertad, ha sufrido, según la opinión de Jiménez de Asúa, la agresión científica del positivismo, por su ineficacia desde el punto de vista defensivo de la sociedad; y la agresión política, la que en términos generales para justificar la existencia de un mito conculca los derechos más elementales del hombre.

Cuidado especial merecen estas agresiones al Derecho Penal liberal, porque la de carácter político muchas veces recurre a los fundamentos de la agresión científica para justificar sus fines, y eliminar de esta manera las vallas que le oponen los principios considerados de eterna durabilidad por los hombres de espíritu libre.

Ha sido en el aspecto de la legalidad de la pena en donde se han hecho más efectivas las tendencias modernas de la ciencia penal, como una consecuencia del estudio y consideración del delito no solamente desde el punto de vista jurídico, que es el tradicional, sino también como hecho biológico y social, en el que participan un conjunto de ciencias experimentales, que constituyen la Criminología, llegando a tal extremo su auge y preponderancia que ha autorizado a Jiménez de Asúa para decir que la Criminología se tragará al Derecho Penal.

Puede ser efectiva esta afirmación del erudito penalista español en cuanto a que la criminología se trague al Derecho Penal en lo que se refiere a la pena legal, en cuanto a su determinación y eficacia, pero difícilmente podrá aceptarse la desaparición del Derecho Penal, como elaborador del aspecto jurídico del delito, en donde el individuo, la persona humana, encuentra el único refugio para ampararse de la arbitrariedad, del despotismo y la opresión.

La reserva de la legalidad sólo puede mantenerse mientras subsista sin quebranto de ninguna especie el nullum crimen sine lege, aun cuando se altere, el nulla poena sine lege.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El auge de las doctrinas elaboradas por la Criminología, en verdad, ha abierto una brecha enorme al nulla poena sine lege y tanto los modernos códigos, como las leyes, han dado paso al arbitrio judicial concediéndose a los jueces la facultad de elección y medida de las penas, la facultad de suspenderlas o no aplicarlas, como consecuencia de las tendencias de adaptar las penas a las condiciones personales de cada delincuente, que se conoce como sistema de individualización.

"Es necesario individualizar jurídicamente la pena —expresa Mariano Ruiz Funes— y tal designio no se logra más que dotando a la función del juez de un cierto arbitrio. Sólo con esta condición será útil y eficaz. Es preciso que el juez pueda sancionar a cada uno según sus actos. Una fórmula flexible debe admitir el principio de la variedad de las conductas y permitir la rica diversidad de los actos antisociales. De aquí la necesidad de una potestad discrecional para la aplicación de las sanciones" (9).

Debe sustituirse el apotegma romano "dura lex sed lex" por aquel otro que propicia Pedro Dorado Montero: "summum jus summa injuria".

Evidentemente este arbitrio judicial, concedido por la ley al juez, supone rectitud de juicio, agudeza, tino, características propias de lo discrecional, indispensables para el ejercicio de una potestad tan delicada, y que en ningún caso debe ser confundida con lo arbitrario o la arbitrariedad, que es un proceder derivado del capricho, contrario a la razón y a la justicia.

Pero este arbitrio encuentra su límite en la vigencia del principio nulla poena sine lege. Y es en consideración a él que el juez no puede tener la facultad de crear penas: su arbitrio se mueve dentro de lo que la ley le ha señalado.

"Este es el límite que consideramos infranqueable. En él termina la justicia penal y comienza la tiranía. Al superarlo, la justicia penal deja de ser una justicia-función y una justicia-poder, para transformarse en un arbitrio absoluto que asume en sí todas las facultades. El peligro de esta subsunción de atribuciones, verdaderamente hipertróficas, lo señala Escobedo cuando escribe que la concentración en los poderes del juez del mismo poder legisla-

(9) **Mariano Ruiz Funes:** "Actualidad de la venganza", página 200.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tivo, constituiría un peligro social; pues de una parte los ciudadanos carecerían de una guía segura para su conducta civil y de otra estarían expuestos a todos los riesgos, a todas las incertidumbres, a todas las sorpresas (10).

11.—Se se proclama la necesidad de mantener en vigencia el principio nulla poena sine lege, como límite del arbitrio y la arbitrariedad, con mayor razón debe mantenerse incólume el nullum crimen sine lege.

Si el juez ,para no caer en la arbitrariedad no puede tener facultad para crear penas, con mayor razón no puede tener la facultad para crear delitos, como se pretende por ciertas tendencias, qué si en verdad no han logrado su propósito sino ocasionalmente, constituyen un peligro latente para el rol garantizador del Derecho Penal, en lo que a los derechos del hombre se refiere.

Edmundo Mezger ha expresado que la esencia del Derecho en general y del Derecho Penal en particular presenta dos concepciones completamente diferentes. Estos dos puntos de vista legales se caracterizan así: 1.º—El punto de vista del positivismo legal. En él el Derecho es la ley a secas. Con la ley se origina el Derecho y en la ley acaba; 2.º—El punto de vista del Derecho viviente. En él, la ley sólo es una forma determinada específicamente de expresión del Derecho. No es un Derecho a secas. También fuera de la ley hay Derecho. Según esta concepción, el Derecho se encuentra igualmente en la ley y en el sano sentimiento del pueblo.

Anasow ha dicho que los delitos del Derecho Penal clásico son semejantes a los átomos o mónadas que carecen de enlaces entre ellos, y destaca la existencia de espacios libres.

Expresa que si en un hecho se encuentran determinados elementos del delito A y otros del delito B, y el hecho aparece como indudablemente peligroso, pero no tiene la totalidad de caracteres necesarios para ser el delito A o el delito B, no es al juez a quien incumbe completárselos, aunque tal negación no resulte lógica para la defensa social.

Para Anasow el Derecho de la defensa social debe poseer una continuidad que excluya toda posibilidad de una laguna entre uno

(10) **Mariano Ruiz Funes:** Obra citada, página 234.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y otro hecho peligroso. Según su opinión, el Derecho no tiene la movilidad de la vida y por esto no es una razón lógica que los hechos peligrosos puedan quedar impunes por falta de una norma adecuada dentro del Código Penal.

Se ha dicho que el principio "nulla poena sine lege" abre a los peligrosos la posibilidad de realizar sus fines antisociales, pues saben escurrirse a través de las mallas de la ley.

Acorde con estas ideas, incluso se ha propiciado que los códigos no tengan una enumeración agotadora de los delitos sino más bien un sistema ejemplificativo.

La aspiración de esta tendencia es crear códigos sin dosimetría, en que desaparezca esa proporción aritmética entre el delito y la cantidad de pena.

La fuente inmediata del Derecho Penal ya no es solamente la ley, sino también ese Derecho viviente que nace del sano sentimiento del pueblo.

"A la letra de la ley y a la intervención estrictamente jurídica, sustituye una relación creadora de la ley, que pone de relieve toda su eficacia, una vez que los elementos formales son adaptados al fin de la ley misma, con cuantas correcciones considere necesarias la investigación e interpretación para llenar ese objetivo. La legalidad tradicional exige el respeto de la ley: este principio de la conformidad con el fin de la ley consiente incluso invalidar la ley en casos particulares... Así surge una especie nueva de la interpretación: la interpretación teleológica o de fin, que tiende a unificar el pensamiento del juez con la voluntad del legislador, tal y como era esta voluntad, no al formarse la ley, sino en el momento de su aplicación. Este pensamiento del juez se identifica con la voluntad del legislador, en cualquier momento de la vida de la ley, mediante la conciencia jurídica socialista. Esta conciencia autoriza por su parte al juez, en el ejercicio de su función, a superar, cuando lo estime necesario, el formalismo técnico-jurídico, para llegar directamente al contenido social de los hechos criminales (11).

12.—Dentro de esta tendencia la analogía entra a jugar un rol muy importante, para buscar un medio de sanción a los hechos

(11) **Mariano Ruiz Funes:** "Evolución del delito político", página 222.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que quedan en esos espacios libres, que son los no contemplados por la legislación, .reemplazándose de esta manera el principio "nulla poena sine lege", por la máxima: "nullum crimen sine poena".

De esta manera se llega a aceptar la aplicación de los principios generales del Derecho, acudiendo al espíritu del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto, o al sano sentimiento del pueblo que representa al Derecho viviente.

Ya hemos visto que la aplicación de los principios generales del Derecho constituye la analogía juris, en la cual existe un vestigio de seguridad, porque el juez al interpretar la ley tendrá como límite estos principios generales del Derecho.

Pero cuando se entra al terreno de la determinación del sano sentimiento del pueblo, nos encontramos frente a la vaguedad, a la inseguridad, "nos encontramos que es una cosa que remotamente se asemeja al sentimiento moral, principio o norma de cultura concebida de un modo político" (12).

El juez deberá determinar en primer lugar lo que es el sano sentimiento del pueblo que origina ese Derecho viviente, y en seguida al hecho concreto, en caso de no tener una sanción expresa, aplicarle una pena análoga a la que tiene un hecho que ha recibido expresa sanción.

O sea, que el juez en buenas cuentas crea el Derecho, crea el delito y crea la pena. Todo esto no es sino Derecho libre, en que el juez crea la norma sin traba de ninguna especie. La analogía se convierte en arbitrariedad, en medio para la libre creación del Derecho.

Por este motivo en el Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Paris, el año 1937; en el Tercer Congreso de Derecho Comparado celebrado en La Haya el mismo año; y en el Primer Congreso Latino-Americano de Criminología, celebrado en Buenos Aires en el año 1938, ha sido rechazada la analogía.

En el último de los congresos citados se acordó lo siguiente: Que el principio de estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el Derecho positivo como garantía del derecho individual, que consagran los regímenes democráticos de

(12) **Luis Jiménez de Asúa:** Obra citada, Tomo V, página 194.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

América; Que la analogía como fuente creadora de delitos o de sanciones debe proscribirse, no sólo por contrariar el principio de legalidad sino también por razones fundamentales de técnica jurídica.

13.—De acuerdo con la estructuración del Derecho Penal liberal, que obedece a un principio filosófico traducido en la fórmula nullum crimen nulla poena sine lege, y que asume el rol garantizador de los derechos inalienables de la personalidad humana, la analogía creadora, no la simplemente interpretativa, no puede tener cabida en un sistema penal de este tipo.

Y esto ocurre porque el Derecho Penal en este aspecto es totalmente distinto al Derecho Civil, en el cual el juez no puede dejar de decidir el asunto controvertido. Si no existe ley que contemple el caso debe recurrir a los principios generales del Derecho.

En el Derecho Privado se habla de una plenitud hermética, en razón de la cual el juez está obligado a dirimir el conflicto aun recurriendo a la analogía, para salvar las lagunas que deja existentes la ley. El orden jurídico civil es un sistema sin discontinuidades, que regula todas las relaciones entre los particulares (13).

En cambio en el Derecho Penal, con el rigor de la fórmula nullum crimen nulla poena sine lege, desaparecen las pretendidas lagunas en lo penal, en razón de ser éste un sistema discontinuo de ilicitudes, como lo expresa Soler; o como dice Jiménez de Asúa: en el inmenso mar de lo ilícito, flotan islotes de lo injusto; y por lo tanto en esos islotes de lo ilícito no se pueden tender puentes de uno y otro lado. La esencia de nuestro Derecho estriba precisamente en que lo que no está tipificado en la ley no puede ser incriminado.

14.—Todas las tendencias modernas que se han elaborado para destruir los principios fundamentales del Derecho Penal liberal representan los fundamentos que se han dado para justificar la existencia de un Derecho Penal con el que el autoritarismo pretende controlar las actividades individuales en todos los ámbitos en que

(13) **Fontan Balestra:** Citado por **Gustavo Labatut:** Obra citada, Tomo I, página 87.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ellas se desenvuelven, sin limitaciones de ninguna especie, utilizando la sanción penal como medio de lucha social o política, para lo cual debe prescindir de la legalidad, porque ésta necesariamente entraba sus ilimitadas pretensiones.

Si a esto añadimos que junto al autoritarismo va unida la idea del totalitarismo, fácil es comprender el peligro que esto significa para los derechos individuales que constituyen la esencia de la vida humana.

En estos regímenes "es interesante contemplar cómo la función de juzgar que tenía como máximas garantías la independencia, en cuanto a su ejercicio, y la responsabilidad de sus funcionarios, ha sido desafectada de tan esenciales garantías y ha cobrado una nueva afección al capricho y al arbitrio de los dictadores, que la despojan de su independencia y la descargan de su responsabilidad, transformándola en un verdadero servicio de cámara. Los jueces penales no son ya un poder, ni mucho menos un gobierno. Constituyen una policía política, que no sólo persigue a los disconformes, como no importa qué institución similar de las monarquías, sino que los castiga, al dictado de sus enemigos (14).

15.—La justicia penal debe representar un "equilibrio entre varios principios. La defensa social y la humanidad; la pena y las garantías individuales; la legalidad de los delitos y una acción discreta del arbitrio judicial; la coexistencia del derecho político objetivo de sancionar y del derecho público subjetivo del reo, concretado en la fórmula que Alimena toma de Guyau: "Hay que realizar el máximun de defensa social con el mínimun de sufrimiento individual" (15).

La defensa social, los estados peligrosos, las medidas de seguridad, el arbitrio judicial son conceptos y facultades que perfectamente pueden subsistir y desarrollarse con plena eficacia dentro de un régimen en que impere la ley como forma de expresión del Derecho.

Los intereses de la sociedad y los derechos individuales no son conceptos antagónicos, si ambos se encuentran garantizados

(14) Mariano Ruiz Funes: "Actualidad de la venganza", página 179.
(15) Mariano Ruiz Funes: "Actualidad de la venganza", página 179.

Artículo: "El rol garantizador del Derecho Penal"
Revista: Nº101, año XXV (Jul-Sep, 1957)
Autor: Artemio Llanos Medina

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por la ley. El rol garantizador del Derecho Penal junto con asegurar al hombre su libertad, concede a la sociedad los elementos indispensables para su defensa. No existen razones de carácter jurídico, sino sólo justificaciones de contenido político, para eliminar el rol garantizador del Derecho Penal.

Nada más lejos de nuestro ánimo que pretender formar un culto idolátrico en torno de la ley. Sólo nos mueve el anhelo de destacar la imprescindible necesidad que existe de asegurar al hombre los elementos indispensables para una vida digna, lejos de las asechanzas, de la inseguridad, de la incertidumbre y del temor.

MARIO ADRIASOLA ANGUITA

LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO

No existe, en realidad, un solo hecho delictuoso que no sea lesivo del "orden público", porque todos alteran la convivencia social. Todos suscitan temores en el seno de la sociedad. Todo delito, como lo sostiene Carrara, aminora la opinión de la seguridad en un número indefinido de ciudadanos y, en tal sentido, no existe infracción de la ley penal que no signifique una ofensa a la tranquilidad pública.

Todo delito representa una transgresión del ordenamiento jurídico penal, y el ordenamiento jurídico penal positivo coincide con el ordenamiento estatal. Por eso, no hay delito que no se dirija contra el Estado. Pero hay hechos que repercuten **directamente** sobre el "orden público", lo que autoriza hacer una agrupación de esta clase de delitos.

Las dificultades surgen, eso sí, cuando se trata de fijar la noción del "orden público". Algunos sostienen que la relatividad del concepto del "orden público" impide definirlo. Otros, niegan su existencia, como lo hace Zerboglio, quien afirma que "orden público" significa conforme a las necesidades y a los principios de la existencia de los hombres reunidos en consorcio. Como nunca —agrega—, ningún ordenamiento ha protegido jamás a los hom-