

La formación de *lex tertia*: una defensa diferenciada

The construction of the *lex tertia*: A differentiated defense

Antonio Bascuñán Rodríguez
Abogado, Universidad de Chile
Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad de Chile
a.bascunan@uai.cl

Resumen

El artículo examina el problema de derecho intertemporal penal consistente en la formación de la *lex tertia*, esto es, la combinación de las normas más favorables al imputado existentes al momento de la comisión del hecho y las normas más favorables existentes al momento de la sentencia, formando para el caso un sistema compuesto por normas que nunca han tenido vigencia conjuntamente en el sistema jurídico. Se revisa la posición contraria a su formación y la posición favorable a su formación, incluyendo la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile, y se propone una vía intermedia consistente en la aceptación de la formación de *lex tertia* siempre que ello no fraccione lo que se denomina como “unidad de valoración legislativa”. Este también es un concepto intermedio entre la unidad institucional del sistema de normas y la unidad analítica de cada norma individual.

Palabras clave: Aplicabilidad temporal de la ley penal, principio de legalidad (retroactividad de la ley penal), principio de *lex mitior* (retroactividad de la ley penal más favorable), conceptos de sistema jurídico.

Abstract

The paper examines the problem of the criminal law of intertemporal conflicts known as the construction of the *lex tertia*, that is, the combination of the milder norms existing at the time of the commission of the fact and the milder norms existing at the time of the adjudicative decision, forming for the case a system composed of norms that have never been valid jointly in the legal system. The position against to its construction and the position in favour to it are reviewed, including the recent jurisprudence of the Supreme Court of Chile, and an intermediate way is proposed, that is, the acceptance of the construction of *lex tertia* as long as it does not split what it is called as “legal assessment unit”. This is also an intermediate concept between the institutional unit of the system of norms and the analytical unit of each individual norm.

Keywords: Time and criminal law, legality principle (ex post facto criminal laws), *lex mitior* principle (retrospective application of the milder criminal law), concepts of legal system.

Introducción¹

Por “sistema jurídico institucional” entiendo aquí lo que en la teoría general del derecho usualmente se conoce como un sistema jurídico en sentido dinámico, esto es, el conjunto compuesto por actos de creación y aplicación de normas y por las normas creadas y aplicadas por esos actos. La constatación de la existencia de un sistema jurídico institucional supone el uso de un criterio de identidad tal que permite predicar del sistema que perdura en el tiempo a pesar de los cambios que experimentan los elementos que lo componen. Asumo que es posible satisfacer esa condición y que, por ejemplo, podemos identificar el sistema jurídico chileno. Entiendo por “sistema jurídico momentáneo” el conjunto de normas vigentes en un tiempo determinado en virtud de su pertenencia a un sistema jurídico institucional. Tratándose de normas legisladas, el criterio de pertenencia al sistema jurídico institucional está dado por el uso de las reglas de cambio del sistema como reglas de reconocimiento. Finalmente, por “sistema jurídico del caso” entiendo el conjunto de normas pertinentes para decidir un caso de modo concluyente y consistente. Desde un punto de vista institucional el sistema jurídico del caso es el conjunto de premisas normativas que validan la sentencia del tribunal.

La formación válida del sistema jurídico del caso por el tribunal de un Estado supone la necesaria satisfacción de cuatro condiciones y la eventual satisfacción de otras tres condiciones. Las condiciones de satisfacción necesaria son: (i) posesión de jurisdicción estatal de adjudicación sobre el caso, (ii) posesión de competencia judicial sobre el caso, (iii) identificación de normas pertinentes –i.e. aplicables *ratione materiae* y *ratione personae*- para el caso y (iv) selección de normas espacial y temporalmente aplicables al caso. Las condiciones de satisfacción eventual son: (v) solución de problemas interpretativos *lato sensu* (indeterminación, corrección y eventualmente integración de lagunas), (vi) solución de antinomias, (vii) reducción de redundancias. La satisfacción de las condiciones (i) a (iv) es usualmente rutinaria cuando se trata de jueces letrados. Dado que esos jueces poseen conocimiento experto del derecho, dado que usualmente los hechos del caso tienen elementos relevantes conexos al territorio del Estado y dado que usualmente no sobrevienen cambios en las normas pertinentes entre el momento de acaecimiento de los hechos del caso y el momento de dictación de la sentencia, la única cuestión susceptible de controversia se concentra en la satisfacción de los presupuestos de la competencia absoluta y relativa del tribunal. La satisfacción de las condiciones (v) a (vii), en cambio, es

¹ Este artículo corresponde a una sección de un informe en derecho elaborado para la defensa jurídica de la parte requerida en el proceso llevado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo el Rol C-312-2016. El artículo fue discutido en Valdivia el 09.06.2017 en el 5° seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile, por invitación de la profesora Daniela Accatino Scagliotti. Parte de su contenido fue expuesto posteriormente en Valparaíso en la conferencia sobre “Aplicación de la ley penal en el tiempo”, ofrecida al Colegio de Abogados de Valparaíso el 29.06.2017 por invitación del Instituto de Ciencias Penales, con el comentario del profesor José Luis Guzmán Dálbora. Pendiente su publicación, el artículo fue discutido en Santiago el 16.08.2018 en la 3ª versión del seminario de teoría del derecho del fin del mundo, organizado por la Facultad de Derecho Universidad Austral de Chile en conjunto con las Facultades de Derecho de las Universidades Diego Portales, Alberto Hurtado y de Chile, con comentario del profesor Alejandro Calzetta.

usualmente objeto de controversia: allí dónde surge alguno de esos problemas usualmente hay discusión acerca de su solución correcta, incluyendo los criterios que la justifican.

La satisfacción de las condiciones (i) y (iv) puede ser sin embargo problemática si el caso tiene elementos extranjeros -i.e. hechos relevantes con una conexión suficiente con el territorio de otro Estado-. En tal caso habrá que justificar la afirmación de jurisdicción estatal territorial o incluso extraterritorial y habrá que determinar cuál sea el derecho aplicable -si el nacional o alguno extranjero-.² La condición (iv) puede ser también problemática si entre el momento de acaecimiento de los hechos del caso y el momento de dictación de la sentencia han sobrevenido cambios en las normas pertinentes. Este es el problema del derecho intertemporal; tratándose de leyes penales, del derecho intertemporal penal.

Como mínimo, todo problema de derecho intertemporal penal siempre ofrece dos posibles sistemas jurídicos del caso determinados por su referencia a dos distintos sistemas jurídicos momentáneos. A cada uno de esos sistemas jurídicos del caso temporalmente diferenciados se lo denomina “ley”: la ley formada por normas vigentes al momento de la comisión del hecho punible y la ley formada por normas vigentes al momento de la sentencia.³ Esto significa: el sistema jurídico del caso conforme al sistema jurídico momentáneo vigente en uno y otro tiempo.

Si se entiende al orden jurídico que corresponde a la consideración de un sistema jurídico institucional durante un intervalo de tiempo como *una sucesión de sistemas jurídicos momentáneos* -concepción que considero correcta- entonces corresponde entender la cuestión que plantea el derecho intertemporal penal una cuestión de selección del sistema jurídico del caso *prima facie* bajo un principio disyuntivo: o bien es derecho temporalmente aplicable el sistema jurídico del caso que corresponde al sistema jurídico momentáneo vigente al momento del hecho, o bien lo es el sistema jurídico del caso que corresponde al sistema jurídico momentáneo vigente al momento de la sentencia.⁴ Esta idea subyace al término “derecho intertemporal”, de origen alemán -el derecho que regula la identificación del derecho aplicable entre los posibles derechos temporales-, por contraposición al término francés de “solución de conflictos de leyes en el tiempo”, más afín a la concepción del sistema jurídico institucional como *una conjunción de sistemas jurídicos momentáneos*.⁵

² Tratándose de la jurisdicción estatal penal la cuestión (iv) no es por regla general problemática: aunque se ejerza jurisdicción extraterritorial el derecho aplicable es por regla general el derecho del propio Estado (principio de aplicación de la *lex fori*).

³ Si entre uno y otro momento ha sobrevenido más de un cambio legal, entonces el número de posibles sistemas jurídicos del caso aumenta en proporción directa a la cantidad de cambios legales sobrevenidos. Pues cada cambio legal relevante para el caso entre el primer y el segundo momento aludidos configura un sistema jurídico momentáneo intermedio, al cual puede ser referido un sistema jurídico del caso intermedio. Eso es lo que se llama, precisamente, la “ley intermedia”.

⁴ O bien -si se extiende el principio de *lex mitior* a las leyes intermedias- alguno de los sistemas jurídicos del caso que corresponden a los sistemas jurídicos momentáneos vigentes en el tiempo intermedio a esos dos momentos.

⁵ Para la contraposición de ambas concepciones de sistema jurídico institucional, FERRER BELTRÁN, Jordi; RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 88 ss.

El derecho intertemporal penal chileno se encuentra establecido en el Art. 18 del Código Penal (“CP”) y consiste en lo esencial en cuatro reglas:⁶

- (i) se debe aplicar la ley vigente al momento del hecho, incluso si está derogada;
- (ii) se debe no (= se prohíbe) aplicar con efecto retroactivo la ley que entra en vigencia con posterioridad al hecho, cuando es desfavorable (principio de legalidad en su concreción de garantía de *lex praevia*);
- (iii) se debe aplicar con efecto retroactivo la ley que entra en vigencia con posterioridad al hecho, cuando es más favorable (principio de *lex mitior*);
- (iv) el deber (iii) prevalece sobre el deber (i).

Dado que “la ley” es el sistema jurídico del caso que corresponde a un sistema jurídico momentáneo, es posible que el conjunto de normas que lo forman con posterioridad al hecho sea en parte más favorable y en parte desfavorable comparados con “la ley” vigente al momento del hecho. Si el caso se trata conforme a la regla (iii) se infringe la regla (ii) al aplicar con efecto retroactivo normas desfavorables. Si el caso se trata conforme a las reglas (i) y (ii) se infringe la regla (iii) al omitir aplicar con efecto retroactivo normas más favorables.

Hay dos maneras de resolver el dilema.

Una es ponderando *all rules considered* los sistemas jurídicos del caso en comparación y aceptar la violación de una regla del derecho intertemporal penal por mayor peso comparativo del cumplimiento de la otra. Esto es lo que se denomina la “tesis de la estricta alternatividad”. Quienes son partidarios de esta tesis describen el argumento de ponderación de otro modo. Lo conciben como una razón para caracterizar el sistema jurídico vigente con posterioridad al hecho *in toto* como desfavorable o más favorable. Con eso se encubre el aspecto parcialmente problemático de la caracterización.

La otra manera de resolver el dilema es aplicar con efecto retroactivo sólo la parte más favorable de la ley vigente con posterioridad al hecho y aplicar en lo demás la ley vigente al momento del hecho. Esto implica formar un nuevo (tercer) sistema jurídico del caso. Por eso esta solución se denomina “formación de *lex tertia*”.

La oposición entre ambas posturas se entiende como una cuestión de todo o nada. Es decir, o bien no es válido en caso alguno formar *lex tertia* o bien su formación es válida para

⁶ Las reglas (ii) y (iii) son obvias para la cultura jurídica chilena. La regla (i) era obvia hasta fines del siglo XX, pero desde entonces se ha visto distorsionada por la doctrina y la jurisprudencia al punto que actualmente se ha tenido que transformar en una regla de derecho transitorio rutinaria. Para su defensa como regla general del derecho intertemporal penal chileno: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La preteractividad de la ley penal”, en: VAN WEEZEL, Alex (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal – Estudios en Memoria de Enrique Cury*, Santiago, Thompson Reuters, 2013, pp. 163-217. En ese artículo propongo usar el término “preteractividad” para hacer referencia a la aplicación de una ley derogada a un hecho acaecido antes de su derogación, y así distinguir terminológicamente esa situación de la aplicación de una ley derogada a un hecho acaecido con posterioridad a su derogación, que propongo seguir llamando “ultractividad”. Esto último se encuentra excluido por la institución de la derogación expresa. En cambio, la admisibilidad de la aplicación preteractiva de la ley depende de las reglas del derecho intertemporal. Conforme a las reglas (i) y (iv) establecidas en el Art. 18 CP la ley penal es aplicable preteractivamente cuando ha sido derogada por una ley penal desfavorable.

cualquier posibilidad de distinguir entre las normas relativas a los presupuestos de la responsabilidad penal o a las consecuencias jurídicas de esa responsabilidad. Pero existe también una *via tertia*: afirmar que la formación de *lex tertia* no se encuentra absolutamente excluida ni tampoco irrestrictamente autorizada. Esta es la tesis que aquí se defenderá.

Para desarrollar esta tesis primero (1) expondré y criticaré la tesis de la estricta alternatividad. Luego (2) expondré y criticaré la versión usual de la tesis favorable a la formación de *lex tertia*. Posteriormente (3) revisaré la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema (“CS”) chilena en casos problemáticos de derecho intertemporal; mi conclusión en esta sección será que la CS forma *lex tertia* pero se niega a reconocerlo. Seguidamente (4) expondré el núcleo de una defensa diferenciada de la formación de *lex tertia*, ejemplificándola con casos de la jurisprudencia de la CS y los problemas planteados por la aplicación de la Ley 20.931 (Diario Oficial –“D.O.”- 05.07.2016). Por último (5) formularé a modo de conclusiones las reglas para la formación de la *lex tertia*.

1. La tesis de la estricta alternatividad

El principio disyuntivo de selección del derecho temporalmente aplicable tiene su formulación más conocida en la dogmática penal en las siguientes palabras de Edmund Mezger:

““[L]ey” en el sentido del [Código Penal] es el total “estado jurídico” del que depende la pena. No está permitida una separación o diferencia dentro del mismo (...) [Lo decisivo es] qué ley en aplicación al caso concreto produce el resultado más beneficioso para el autor (...) Esta comprobación concreta es imprescindible para determinar qué ley es la “más favorable”. Ella no se encuentra en contradicción con el hecho de que la comprobación deba partir en primer término por el “estado jurídico” abstracto”.⁷

El concepto de “total estado jurídico del que depende la pena” equivale al concepto de sistema jurídico del caso correspondiente a un determinado sistema jurídico momentáneo, es decir, el conjunto de todas las normas jurídicas vigentes en un momento determinado que son pertinentes para la decisión concluyente y consistente de un caso.

Lo crucial del pasaje de Mezger para los objetos de este trabajo se encuentra en la afirmación de que no está permitido hacer separaciones o diferencias al interior del sistema jurídico del caso. Es decir, que debe optarse *in toto* por un sistema jurídico momentáneo como el sistema jurídico del caso que es más favorable. Este deber es denominado por la doctrina alemana como principio de la estricta alternatividad.⁸ En la formulación de Urs Kindhäuser:

⁷ MEZGER, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch. Tomo I*, (3a ed.), Berlín y München: Dunker & Humblot, 1949, pp. 67-68 (traducción personal). Hay versión en castellano por José Arturo Rodríguez Muñoz: MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 113-114.

⁸ La denominación procede de: “Entra por lo tanto en consideración sólo la aplicación de la nueva ley, estando excluida una combinación de las posibilidades más favorables al autor: ‘la más rigurosa alternatividad’” (MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1965, 3a ed., p. 113 [traducción personal]; hay versión en castellano de la 2ª ed. [1958] por Juan

“[En la constatación concreta de la ley más beneficiosa para el autor] debe aplicarse cada ley como un todo; no está permitido combinar los elementos más favorables para el autor de distintas leyes”.⁹

El principio de la estricta alternatividad no tiene consagración legal expresa en el derecho alemán sino que es un postulado jurisprudencial asumido por la doctrina.¹⁰

En la doctrina chilena el principio de la estricta alternatividad goza de amplia acogida. Su formulación se remonta a la obra de Eduardo Novoa Monreal, en los siguientes términos:

“Debe el tribunal decidir la aplicación de aquella ley que haya establecido como más favorable, sin que le sea permitido combinar los aspectos más favorables de ambas para aplicarlos simultáneamente en la sentencia”.¹¹

La postura de Novoa es compartida en los mismos términos por Alfredo Etcheberry,¹² Mario Garrido¹³ y Enrique Cury,¹⁴ y en el nivel monográfico por Mauricio Rettig.¹⁵ El

Córdoba Roda: MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona: Ariel, 1962, pp. 143-144) también MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Astrea, 1994 [trad. de la 7ª ed. alemana], Tomo I, p. 202).

⁹ KINDHÄUSER, Urs, *Stragesetzbuch. Nomos Kommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015, comentario al § 2, número marginal 10 (p. 51; traducción personal).

¹⁰ Para la jurisprudencia del Tribunal del Imperio: RG 61, 77; 74, 133; 75; 57; 77, 221. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, BGHSt 20, 30; 24, 97; 37, 222; 97, 51; 98, 104. Para la doctrina: RUDOLPHI, Joachim, “Comentario al § 2”, núm. 12, en: el mismo, RUDOLPHI, Joachim, HORN, Eckhard, GÜNTHER, Hans-Ludwig, HOYER, Andreas, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nuewied: Alfred Metzner Verlag, 1997 (6ª ed., 26ª entrega), pp. 27-28; ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck Verlag, 2006 (4ª ed.), Tomo I, p. 171 (hay versión en castellano por Diego-Manuel Luzón Peña et al: ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Civitas, 2007 [1997], Tomo I, p. 168); KÜHL, Christian, HEGGER, Martin, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, München: C.H. Beck Verlag, 2014 (28ª ed.), § 2 núm. 4; SATZGER, Helmut, “Die zeitliche Geltung des Strafgesetzezes - ein überblick über das intertemporale Strafrecht”, *Jura* n° 10 (2006), pp. 746-752, p. 750; SATZGER, Helmut, “Comentario al § 2”, núm. 29, en: SATZGER, Helmut, SCHUCKEBIER, Wilhelm, WIDMAIER, Gunter, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014, p. 30.

¹¹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960, p. 194. Aparte de Mezger en la traducción de Rodríguez Muñoz, la fuente probable de Novoa en este punto es Luis Jiménez de Asúa: “(...) no es posible combinar varias leyes. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear un tercera ley (...) con lo cual se arrogaría funciones legislativas que no tiene” (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 639, citando doctrina y jurisprudencia italianas en su nota 56). Este autor era sin embargo consciente de la existencia de posiciones contrarias en la doctrina francesa (cita a Blanche y a Garraud) y que el Art. 3° del Código Penal argentino ordenaba la formación de *lex tertia* en consideración a las reglas sobre prisión preventiva. Novoa presenta en cambio la tesis de la estricta alternatividad como única posición plausible.

¹² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (3ª ed.), Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 144.

¹³ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 110-11.

¹⁴ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General* (7ª ed.), Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 229.

¹⁵ RETTIG, Mauricio, “El principio de legalidad en la reciente reforma del Código Penal Chileno”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* Vol. 18 n° 85 (2010), p. 159-218, 179. El autor deja constancia de la defensa de la tesis alternativa en la doctrina chilena por Sergio Politoff y Juan Bustos (loc. cit. en la nota 82).

Ministerio Público adhiere institucionalmente a la tesis de la estricta alternatividad.¹⁶ Como se verá (*infra*, sección 3), no puede decirse lo mismo de la jurisprudencia chilena.

La tesis de la estricta alternatividad parte de una consideración teórica correcta -la comprensión del derecho intertemporal como un conjunto de criterios de selección *prima facie* disyuntiva del derecho temporalmente aplicable- para afirmarla como imperativo metodológico: una prohibición absoluta de fraccionar o combinar los sistemas jurídicos del caso identificados por referencia a los sistemas jurídicos momentáneos relevantes. Esto último no es correcto. Se trata de una inferencia inválida.

El argumento básico de la tesis de la estricta alternatividad consiste en su respeto por la dimensión institucional del derecho: sólo las reglas que han sido legislación simultáneamente vigente pueden resolver conjuntamente un caso. A esta tesis subyace sin embargo un concepto de sistema jurídico del caso que no corresponde al hecho institucional correlativo, esto es, la sentencia. Pues es obvio que hay situaciones en las que no se puede objetar que el *total* sistema jurídico del caso, esto es, la totalidad de las premisas normativas que fundamentan la validez jurídica de la sentencia, corresponda a distintos sistemas jurídicos momentáneos.

Aparte del caso rutinario pero prácticamente poco significativo de formación de *lex tertia* cada vez que se aplica con efecto retroactivo una ley más favorable en consideración a la naturaleza, cuantía o modalidad de ejecución de la consecuencia jurídica,¹⁷ es fácil demostrar la variabilidad de las relaciones entre el total sistema jurídico del caso y más de un sistema jurídico momentáneo. Por ejemplo, dado que el derecho intertemporal procesal penal y el derecho intertemporal penal contemplan criterios de aplicabilidad distintos, es claro que eventualmente tendrá que formarse una *lex tertia* combinando las normas penales derogadas por un cambio desfavorable y normas procesales penales vigentes al momento de la sentencia que hubieran entrado en vigencia con posterioridad a la comisión del hecho.¹⁸

También cita como defensor de la tesis de la estricta alternatividad a OLIVER, Guillermo, *Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes Penales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 58-61 (en su nota 81). Sin embargo, Oliver más bien expone las distintas posturas existentes en la doctrina y la jurisprudencia española, italiana, portuguesa y alemana (en sus notas 115 a 119), dejando constancia de la postura partidaria de formar *lex tertia* en España y Portugal.

¹⁶ Oficio FN N° 402/2016, de 05.07.2016, Oficio FN N° 581/2016, 09.2016. El segundo oficio cita en su sección I.1.2 un comentario crítico de mi autoría a una sentencia de la CS (*infra*, nota 39) como ejemplo de adhesión doctrinaria a la tesis de la estricta alternatividad (así también Rettig, loc. cit. *supra* nota 15, en su nota 81). Aunque efectivamente considero que esa decisión de la CS corresponde a un caso inadmisibles de formación de *lex tertia* (*infra*, sección 4), mi crítica en ese lugar consistió más bien en reprochar la negativa de la Corte a reconocer que había formado *lex tertia*, con lo que eludió hacerse cargo de los argumentos que son planteados como objeción a su formación y que expuse en esa ocasión (en idéntico sentido, respecto de otro caso, BASCUÑÁN, “Comentario” cit. nota 41).

¹⁷ La aplicación con efecto retroactivo de (un fragmento de) una norma de sanción más favorable vigente al momento de la sentencia siempre se combina con la aplicación con efecto preteractivo de la norma de comportamiento vigente al momento del hecho, pues de lo contrario no podría imputarse responsabilidad por su infracción. Pero como la norma de comportamiento vigente al momento de la sentencia es *in concreto* idéntica a la norma de comportamiento vigente al momento del hecho, la formación de *lex tertia* en este punto carece de efectos prácticos. Por eso pasa metodológicamente inadvertida.

¹⁸ Esta conclusión se ve parcialmente perturbada en el derecho chileno por la existencia del Art. 11 del Código Procesal Penal, que rompe el principio de la aplicación *in actum* de la ley procesal. Pero basta con

Sólo la restricción estipulativa del concepto de sistema jurídico del caso al puro derecho penal sustantivo -enteramente arbitraria desde el punto de vista de la unidad institucional de todo el sistema jurídico momentáneo- impide reconocer que esa es una situación de *lex tertia*, como lo son por lo demás todas las situaciones en que hay que combinar conforme al derecho procesal intertemporal reglas pertenecientes a distintos sistemas jurídicos momentáneos para validar distintas actuaciones y con ello fundar válidamente la sentencia.¹⁹ De modo semejante, un caso formado por acumulación de acusaciones, esto es, por cargos independientes entre sí, genera un sistema jurídico del caso que comprende las normas pertinentes para resolver todos los cargos más las reglas pertinentes de concurso de delitos. Si entre el momento de comisión de los distintos hechos y el momento de dictación de la sentencia se ha producido un cambio legislativo que es desfavorable en relación con uno de esos cargos y favorable en relación con otro se debe formar *lex tertia*: aplicar la ley vigente al momento del hecho respecto del primero y la ley vigente al momento de la sentencia respecto del segundo.²⁰

Por cierto, ninguno de los ejemplos ofrecidos es idéntico al caso paradigmático de objeción a la formación de la *lex tertia*. En el primer ejemplo concurren criterios de aplicabilidad temporal distintos entre sí, los del derecho penal intertemporal y los del derecho procesal penal intertemporal, y en el segundo ejemplo la configuración del caso es contingente porque las acusaciones podrían ser procedimentalmente separadas, dando origen a dos sistemas jurídicos del caso independientes entre sí. Pero el primer ejemplo demuestra que criterios de aplicabilidad que conducen a resultados contradictorios tienen que generar *lex tertia* si es que se los quiere cumplir por igual. Este es precisamente el fundamento de la formación de *lex tertia*: cumplir cabalmente tanto la prohibición de aplicar con efecto retroactivo normas desfavorables (garantía de *lex praevia*) como el imperativo de aplicar con efecto retroactivo normas favorables (principio de *lex mitior*). Y el segundo ejemplo demuestra que el análisis diferenciado de los distintos componentes fácticos de un caso y sus distintas consecuencias normativas puede ser correcto a pesar de que las normas aplicables no pertenezcan a un mismo sistema jurídico momentáneo.

La tesis de la estricta alternatividad plantea también como objeción estándar a la formación de *lex tertia* que ello implica una arrogación ilegítima de potestad legislativa por el tribunal al configurar un sistema jurídico del caso que no tiene correspondencia con legislación alguna establecida por el legislador. Para responder esta objeción es necesario revisar

pensar que las nuevas normas procesales son favorables o que entraron en vigencia antes del inicio del procedimiento. En ambos casos se trata de normas procesales (a) que entraron en vigencia con posterioridad al hecho, (b) que están vigentes al momento de la sentencia y (c) que son aplicables al caso conforme al derecho procesal penal intertemporal.

¹⁹ El Art. 11 así lo ordena en relación con los cambios desfavorables: dado que no pueden aplicarse *in actum*, como lo ordena la primera parte del precepto, el derecho procesal penal vigente al momento de la sentencia tiene que combinarse en esa parte con el derecho procesal penal vigente (al menos) al momento del inicio del procedimiento.

²⁰ Esta situación es análoga a la separación de los cargos respecto de cada interviniente, que es una tesis pacífica entre los partidarios de la estricta alternatividad. Sólo considerando cada imputación personal como un caso distinto que reclama su propio sistema jurídico del caso es que puede obviarse la consideración como *lex tertia* de la consideración en una misma sentencia de una pluralidad de sistemas jurídicos del caso correlativos a distintos sistemas jurídicos momentáneos.

primero la contra objeción ofrecida por la versión usual de la tesis favorable a la formación de *lex tertia*.

2. La formación de *lex tertia*

A la luz de la concepción del sistema jurídico institucional como sucesión de sistemas jurídicos momentáneos y del derecho intertemporal como un conjunto de criterios de selección disyuntiva del derecho temporalmente aplicable la formación de *lex tertia* aparece como una anomalía necesitada de justificación. Esta necesidad no es satisfecha por la doctrina chilena que postula la formación de *lex tertia*. Juan Bustos considera que no hay razones de fondo para oponerse a la formación de *lex tertia*, la cual no sería sino un caso más de “combinación de leyes” o “interpretación integrativa”, equivalente a la consideración de las normas extra-penales a las que se remiten las leyes penales en blanco.²¹ Pero es claro que los criterios de aplicabilidad no son leyes penales en blanco y que la combinación de sistemas jurídicos sucesivos en el tiempo plantea un problema metodológico y político-jurídico distinto de la combinación de distintas normas que pertenecen a un mismo sistema jurídico momentáneo. Por su parte, Sergio Politoff se limita a sostener que la tesis de la estricta alternatividad “no es siempre evidente”, mencionando jurisprudencia española.²²

En la doctrina alemana existe una corriente importante de autores que defienden la formación de *lex tertia*. La principal monografía sobre el principio de *lex mitior*²³ y la principal monografía sobre derecho intertemporal penal²⁴ pertenecen a esta corriente. Entre los tratadistas se encuentra Günther Jakobs²⁵ y entre los comentaristas, Albin Eser y Bernd Hecker,²⁶ Winfried Hassemer y Walter Kargl²⁷ y Roland Schmitz.²⁸ Además, entre los comentaristas de la Ley alemana sobre infracciones administrativas (“OwiG”: *Ordnungswidrigkeitengesetz*) la posición dominante es más bien la que favorece la

²¹ BUSTOS, Juan, *Lecciones de Derecho Pena*, Tomo I, Parte Primera, sección 12.1.3.3, en: BUSTOS, Juan, *Obras Completas*, Lima: Ara Editores, 2005, p. 600.

²² POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal-Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur S.A., 1997, p. 186.

²³ SOMMER, Ulrich, *Das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Königstein/Ts: Peter Hanstein Verlag, 1979, especialmente pp. 85-99.

²⁴ DANNECKER, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, especialmente pp. 525-526.

²⁵ JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: (2ª ed.)*, Berlín: De Gruyter, 1993, p. 103-104 (hay traducción al castellano por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 125-126).

²⁶ ESER, Albin, HECKER, Bernd, “Comentario al § 2”, núm. 32, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C.H. Beck, 2014 (29ª ed.).

²⁷ HASSEMER Winfried; KARGL, Walter, “Comentario al § 2”, núm. 45, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar: (4ª ed.)*, Stuttgart: Nomos Verlag, 2013. Los autores rechazan la tesis de la estricta alternatividad para el tratamiento de las consecuencias accesorias pero la afirman como principio general para la comparación de los sistemas jurídicos del caso (núm. 42). No es claro si esa afirmación es una descripción heurística (antes de decidirse a formar *lex tertia* el tribunal debe efectuar una comparación *in toto e in concreto*) o una regla general que encuentra su excepción en el tratamiento de las consecuencias accesorias.

²⁸ SCHMITZ, Roland, “Comentario al § 2”, núm. 43-44, en: JOECKS, Wolfgang, et al, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: (2ª ed.)*, München: C.H. Beck, 2011.

formación de *lex tertia*. Tal es el caso de los comentarios de Rotberg, Rogall, Lemke y Mosbacher, y Rebmann, Roth y Herrmann.²⁹

La premisa de todos los autores mencionados es que la formación de *lex tertia* representa la única manera de evitar que la decisión judicial o bien viole el principio de *lex mitior* -si omite aplicar con efecto retroactivo los aspectos más favorables de una nueva ley *in toto* desfavorable- o bien viole la garantía de *lex praevia* -si aplica con efecto retroactivo los aspectos desfavorables de una nueva ley *in toto* más favorable-. Para evitar esa tensión, los partidarios de la formación de *lex tertia* sostienen que el ejercicio de comparación entre los distintos sistemas jurídicos del caso temporalmente diferenciados debe efectuarse respecto de cada consecuencia jurídica por separado y respecto de cada paso en la afirmación de la responsabilidad penal. Así, cada presupuesto de la responsabilidad penal y cada consecuencia jurídica forma una unidad distinta para ser apreciada aisladamente a la luz del principio de *lex mitior*.

La premisa de la doctrina alemana es incontrovertible. Frente a cambios legales en las normas pertinentes que son parcialmente favorables y parcialmente desfavorables la tesis de la estricta alternatividad implica someter al tribunal a un ejercicio de ponderación entre el cumplimiento del principio de legalidad en su garantía de *lex praevia* y el cumplimiento del principio de *lex mitior* con el inevitable resultado de que cualquiera que sea la decisión ella violará uno de los dos principios.³⁰ La formación de *lex tertia* constituye la única manera de optimizar la satisfacción de ambos principios. Ese es el fundamento firme de su legitimidad. La conclusión a la que llega la doctrina alemana es sin embargo excesiva. Pues del hecho que la pertenencia a un mismo sistema jurídico momentáneo no sea una condición necesaria de pertenencia al sistema jurídico del caso no se infiere que esa exigencia nunca sea relevante respecto de (sub)conjuntos de reglas. Sobre esto volveré más adelante (sección 4). Aquí importa revisar la contra objeción opuesta por la versión usual de la tesis partidaria de la formación de *lex tertia* a la objeción de ilegalidad planteada por la tesis de la estricta alternatividad.

Como ya se expuso (sección 1) la tesis de la estricta alternatividad objeta que la formación de *lex tertia* es ilegal porque configura un sistema jurídico del caso que no tiene correspondencia con legislación alguna establecida por el legislador. La respuesta a esta objeción esgrimida por el sector de la doctrina alemana que defiende la formación de *lex tertia* es dependiente de su planteamiento más general relativo a la estructuración del

²⁹ ROTBERG, Hans-Eberhard et al, *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar: (5a ed.)*, München; Verlag Franz Vahlen, 1975, § 4 núm. 13, p. 68; ROGALL, Klaus, “Comentario al § 4”, núm. 29, en: SENGE, Lothar (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, C.H. Beck, 2014 (4a. ed.); LEMKE, Michael, “Comentario al § 4”, núm. 16, citando a Rogall, en: LEMKE, Michael; MOSBACHER, Andreas, *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar*, Heidelberg: C.F. Müller, 2005, p. 33; FORSTER, Hans-Jürgen, “Comentario al § 4”, núm. 23, en: REBMANN/ROTH/HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016. En contra, sosteniendo la tesis de la estricta alternatividad BOHNERT/KRENBARGER/KRUMM, *Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, München: C.H. Beck, 2016 (4ª ed.), § 4 núm.7; VALERIUS, Brian, *Beck'scher Online-Kommentar OwiG*, München: C.H. Beck, 2016, (13ª ed.), § 4 núm. 30; GÖHLER/GÜRTLER/SEITZ, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München: C.H. Beck, 2012 (16ª ed.), § 4 núm. 4 p. 51.

³⁰ Sobre este dilema, que no puede ser excluido radicalmente del tratamiento del problema, volveré al final de este trabajo.

derecho intertemporal penal. Este sector de la doctrina considera que el derecho penal en tanto rama del derecho público se sujeta al principio de la aplicación *in actum*, a menos que el efecto retroactivo sea desfavorable para el acusado. Partiendo de ese planteamiento general, se estima que la formación de *lex tertia* no es más que el efecto restrictivo sobre la aplicación del derecho vigente al momento de la sentencia que impone el principio de legalidad en su garantía de *lex praevia*.³¹ No comparto el planteamiento general de esta postura doctrinaria y además considero que de ese planteamiento no se sigue como conclusión la pretendida contra objeción.

En cuanto al planteamiento general, es indispensable observar que la aplicación *in actum* del derecho público no es un principio de aplicación con efecto retroactivo del derecho público, sino todo lo contrario: es una declaración de la falta de merecimiento de protección de la expectativa del individuo respecto de la continuidad del derecho público. Dicho en términos del derecho intertemporal privado: nadie tiene un “derecho adquirido” respecto de la organización del Estado, el modo de generación de sus órganos, sus competencias y procedimientos. Por esa razón, la aplicación del derecho público vigente al momento de la sentencia no tiene efecto retroactivo, cualquiera sea la fecha en que haya acaecido el hecho objeto de la sentencia. En cambio, respecto de la ley penal la situación es diametralmente opuesta: sí hay una expectativa protegida frente a su cambio desfavorable. Por eso la aplicación del derecho penal vigente al momento de la sentencia, si ha sobrevenido un cambio legal desde el hecho, no es aplicación *in actum* de la ley penal sino aplicación con efecto retroactivo, prohibida ya por el Art. 9° del Código Civil y desde luego por el inciso primero del Art. 18 CP.³²

Pero aun si se concediera la corrección de ese planteamiento general de ello no se deduciría la conclusión que se pretende. Más bien, dicha conclusión incurre en una petición de principio. Que el primer criterio de aplicabilidad temporal sea la aplicación *in actum* de la ley vigente al momento de la sentencia no implica que la garantía de *lex praevia* deba hacerse efectiva prohibiendo *tan solo* la aplicación con efecto retroactivo de la parte desfavorable de esa ley y no más bien de la ley *in toto* por tener una parte desfavorable que la hace *-all rules considered-* una ley desfavorable. En otras palabras, los defensores de la tesis de la estricta alternatividad pueden compartir pacíficamente el planteamiento general antedicho y no obstante insistir de modo enteramente coherente en el rechazo de la *lex tertia*.

³¹ SOMMER, *Das mildeste*, cit nota 23, pp. 60-73 y 87-88; DANNECKER, *Das intertemporale*, cit. nota 24, p. 526.

³² El déficit analítico en términos de teoría general del derecho de los autores alemanes citados queda también en evidencia por el hecho de que ellos relacionan el principio de la aplicabilidad *in actum* con la regla *lex posteriori derogat lege priori* como manifestaciones equivalentes de un mismo principio del derecho moderno: la apertura al cambio jurídico. Que esta apertura es un rasgo del derecho moderno es indiscutible. Que los dos principios antedichos sean expresiones equivalentes de ese rasgo es sin embargo un error: la derogación tácita no resuelve problema alguno de derecho intertemporal: tanto la *lex priori* como la *lex posteriori* pertenecen al mismo sistema jurídico momentáneo. Por esa razón, la derogación tácita no toma en consideración de modo alguno la cuestión de si la expectativa del individuo frente al cambio jurídico sobreviniente merece o no protección.

La auténtica contra objeción procede de la constatación que el sistema jurídico del caso nunca se forma siguiendo directamente criterios de pertenencia a un sistema jurídico institucional territorial y temporalmente vigente, esto es, aplicando sin más las reglas de cambio como reglas de reconocimiento. El sistema jurídico del caso siempre se forma siguiendo criterios de aplicabilidad que remiten a reglas de reconocimiento. Los criterios de aplicabilidad pueden ordenar la aplicación de la ley temporalmente vigente o derogada, y en el derecho privado además la aplicación de la ley territorialmente vigente o extranjera. Del mismo modo, estos pueden ordenar la aplicación exclusiva de la ley vigente al momento de la sentencia, la aplicación exclusiva de la ley vigente al momento del hecho o la aplicación parcial de ambas combinadamente. En esto, la formación de *lex tertia* es equiparable a la aplicación de una ley derogada: no por aplicarla el tribunal se arroga potestad legislativa. Y el hecho institucional indesmentible es que el derecho intertemporal penal ordena aplicar *tanto* la ley vigente al momento de la sentencia si es más favorable *como* la ley vigente al momento del hecho si el cambio legal fue desfavorable. Entendida la formación de *lex tertia* como la optimización de dos imperativos en conflicto, lejos de implicar una arrogación ilegítima de potestad legislativa por un tribunal representa su cabal sujeción al derecho intertemporal penal establecido por el legislador. El principio de la sujeción del tribunal al derecho se encuentra plenamente satisfecho con tal que el criterio último de aplicabilidad que justifica la identificación del derecho aplicable para la formación del sistema jurídico del caso sea él mismo *lex fori* y *lex praesens*.

Queda por examinar críticamente la pretensión de fraccionabilidad irrestricta de los sistemas jurídicos del caso, también sostenida por la versión usual de la tesis partidaria de la formación de *lex tertia*. Sobre eso volveré luego (sección 4). Antes corresponde revisar la jurisprudencia de la CS a la luz de las dos posibles soluciones a este problema del derecho intertemporal penal.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema chilena

Tal como advierten Sergio Politoff y Jean Pierre Matus,³³ la jurisprudencia de la CS relativa a la aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable está lejos de sujetarse a un principio de estricta alternatividad en la formación del sistema jurídico del caso.³⁴

³³ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre, “Comentario al Art. 18 del Código Penal”, en: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; QUIROGA ORTIZ, Luis, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Editorial Jurídica de Chile: 2002, p. 268.

³⁴ El caso que ellos citan para ejemplificar su advertencia no parece ser sin embargo un caso de formación de *lex tertia*. Se trata de *contra Precht Muñoz* (SCS Rol N° 1658-1993, 21.12.1996), donde la Corte aplica con efecto retroactivo el Art. 33 de la Ley 19.366 (D.O. 30.01.1995), que introdujo la atenuante de cooperación eficaz en la regulación del tráfico de estupefacientes, la cual no existía en la legislación vigente al momento del hecho, la Ley 18.403 (D.O. 04.03.1985). En virtud de esta atenuante la Corte fijó la pena en 4 años de presidio menor en su grado máximo y concedió el beneficio de la libertad vigilada por reunirse los requisitos del Art. 15 de la Ley 18.216. Politoff y Matus consideran que la Corte formó *lex tertia* por aplicar la atenuante a la pena legal identificada por el tribunal de instancia aplicando la ley vigente al momento del hecho. Pero dado que la pena legal era la misma conforme a la nueva ley la decisión de la Corte se puede entender como expresión de economía procesal. También consideran que la Corte formó *lex tertia* por conceder el beneficio de libertad vigilada, excluido por el Art. 40 de la Ley 19.366. Sin embargo, conforme a esa misma disposición la concurrencia de la atenuante de cooperación eficaz hacía procedente la libertad vigilada. Todo indica que se trata más bien de un caso no problemático de *lex mitior*.

Los tres casos que mejor demuestran la disposición de la CS a formar *lex tertia* -sin reconocerlo- son dramáticos: se trata de casos en que estuvo en juego la imposición de la pena máxima del derecho chileno, la pena de muerte antes de su derogación por la Ley 19.734 (D.O. 05.05.2001) y la pena de presidio perpetuo calificado introducida por esa ley. Todos los casos corresponden a hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de dicha ley y fallados por la CS después de su entrada en vigencia.

En *contra Iturrieta Muñoz*,³⁵ un caso de robo con homicidio (Art. 433 N° 1 CP), la sentencia de primera instancia aplicó la ley vigente al momento del hecho imponiendo la pena de presidio perpetuo simple. La sentencia de segunda instancia aplicó la ley vigente al momento de la sentencia como ley más favorable e impuso la pena de presidio perpetuo calificado. La CS objetó en su sentencia de casación la ausencia de fundamentos en la sentencia de segunda instancia para considerar a la ley sobreviniente como ley más favorable y en su lugar sostuvo en la sentencia de reemplazo que si bien la pena de presidio perpetuo calificado es en abstracto más benigna que la pena de muerte, en el caso concreto la ley vigente al momento del hecho autorizaba irrestrictamente al tribunal a aplicar la pena inferior en grado a la pena de muerte por lo que su aplicación resultaba más favorable.³⁶ Hasta ese punto, lo que hay es una comparación *in toto e in concreto* de los dos sistemas jurídicos del caso, con una consideración de la discrecionalidad judicial favorable al acusado como parte del juicio comparativo. Eso bastaba para justificar la aplicación de la ley vigente al momento del hecho, atendida la inaplicabilidad con efecto retroactivo de la ley vigente al momento de la sentencia por su carácter de cambio legislativo desfavorable.³⁷ Sin embargo, la Corte consideró necesario validar la decisión de primera instancia con un argumento adicional:

“[D]erogada la pena capital en el Art. 433 N° 1 del Código Penal, a partir de la fecha de la vigencia de la ley 19.734, en Chile, por el delito que tipifica esa norma, nadie puede ser condenado a ese castigo y forzoso es, de acuerdo con la normativa anterior en la gradualidad de las penas, imponer conforme con el texto legal vigente a la comisión del hecho punible la pena inmediatamente inferior, esto es, la de presidio perpetuo simple, ya que de este modo aquella primitiva legislación resulta menos rigurosa para el imputado”.³⁸

El razonamiento no puede ser más claro en su estructura de formación de *lex tertia*: el tribunal considera primero el sistema jurídico del caso conforme a la legislación vigente al momento del hecho para excluir el presidio perpetuo calificado y luego considera el sistema jurídico del caso conforme a la legislación vigente al momento de la sentencia para excluir la pena de muerte. Así, forma un tercer sistema jurídico del caso, que no corresponde

³⁵ SCS 622-2002 (05.06.2002), redacción del Ministro Milton Juica.

³⁶ Sent. cit. nota 35, considerandos 3° y 4° de la sentencia de reemplazo.

³⁷ A partir de la Ley 17.266 (D.O. 06.01.1970) la pena de muerte nunca fue pena legal única, su aplicación nunca fue obligatoria como efecto de la concurrencia de circunstancias agravantes y siempre requería la unanimidad de los miembros del tribunal colegiado. La nueva pena de presidio perpetuo calificado sólo comparte el primer rasgo como sustituto de la pena de muerte; en lo demás son aplicables las reglas generales: resulta obligatoria si concurren circunstancias agravantes y para su imposición no se requiere más que el voto de la mayoría de los miembros del tribunal colegiado.

³⁸ Sent. cit. *supra* nota 35, considerando 5° de la sentencia de reemplazo.

íntegramente a ninguna legislación vigente, en el cual la pena máxima es el presidio perpetuo simple. La afirmación de la Corte en el sentido de que aplica la ley vigente al momento del hecho es retórica, pues esa ley incluía la pena de muerte; la exclusión de esa pena del sistema jurídico del caso implica aplicación parcial de la ley vigente al momento de la sentencia.

En *contra Rivas Espinoza*,³⁹ un caso de violación con homicidio (Art. 372 bis CP), la sentencia de primera instancia aplicó la pena de presidio perpetuo calificado sujetándose al principio de estricta alternatividad. Esa decisión fue revocada por la sentencia de segunda instancia, que aplicó la pena de presidio perpetuo simple citando *contra Iturrieta Muñoz* en términos prácticamente literales. En contra de la sentencia de segunda instancia se interpuso recurso de casación en el fondo, impugnándose explícitamente la formación de *lex tertia* como error de derecho. La CS, en una sentencia redactada por Enrique Cury, confirmó la sentencia de segunda instancia pero negó que ella formara *lex tertia*. En sus propias palabras:

[N]o es verdad que la sentencia recurrida aplique simultáneamente la ley vigente al momento de la ejecución del hecho y la ley posterior más favorable. El fallador examinó en primer lugar ambas normativas en su conjunto, y resolvió correctamente que la nueva era más favorable para el procesado, por lo cual, atendido el mandato de los artículos 19 N° 3 inciso 7° de la Carta Fundamental y 18 inciso 2° del Código Penal, decidió que sólo esta última debía recibir aplicación. Luego, sin embargo, al contemplar el marco penal nuevo, advirtió que en él se contemplaba una pena anteriormente inexistente en la legislación nacional, por lo cual concluyó que no podía servirse de ella sin violar la prohibición de retroactividad constitucionalmente consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República. Con ello no estaba aplicando la ley antigua; a lo sumo se servía de ella como término de comparación que le permitía concluir que, si bien la nueva ley era en conjunto (y en todo), más favorable para el procesado, incluía en su marco punitivo una sanción que no se contemplaba en esa legislación precedente y que, por consiguiente, no obstante ser más benigna que la muerte, ahora derogada, tampoco podía ser aplicable al hecho ocurrido con anterioridad a su introducción en el catálogo de reacciones penales. Es la propia interpretación de la ley que por imperativo constitucional y legal debía darse aplicación la que conduce, no obstante, a la exclusión de la pena antes inexistente. Con ello no se mezclan como pretende el recurso disposiciones más favorables de las dos leyes que se están comparando: la que se aplica es únicamente la nueva ley, salvo en aquello en que ella aparecería en contraste con el principio de reserva o legalidad, sin que esto implique vuelta alguna a la antigua.⁴⁰

Entendido como un argumento basado en una distinción heurística el razonamiento del Ministro Cury no es convincente. Caracterizar la formación de *lex tertia* como una operación de aplicación simultánea para contrastarla con una operación de análisis comparativo sucesivo es irrelevante. El principio de *lex mitior* exige realizar un examen comparativo: se examina el caso exhaustivamente primero conforme un sistema jurídico y luego exhaustivamente conforme al otro sistema jurídico, para posteriormente comparar sus

³⁹ SCS Rol N° 2494-2002 (19.03.2003), redacción del Ministro Enrique Cury; sobre este caso, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, "Comentario a *contra Rivas Espinoza*", *Rev D UAI* n° 1 (2004), pp. 216-223.

⁴⁰ Sent. Cit. nota 39, considerando 2°.

respectivos resultados y evaluar si el sistema jurídico que corresponde a la legislación vigente al momento de la sentencia es comparativamente más favorable o desfavorable. En el primer caso se lo aplica con efecto retroactivo; en el segundo, se aplica el sistema jurídico que corresponde a la legislación vigente al momento del hecho, aunque se encuentre derogada. El principio de estricta alternatividad exige optar por uno o bien por el otro, *in toto*. Es decir, si uno y otro sistema jurídico son comparativamente en parte más favorables y en parte desfavorables, se debe ponderar qué aspecto prevalece en la comparación y decidirse por aquel sistema jurídico que en el balance total resulte más favorable. La formación de *lex tertia* procede en esta última fase, sustituyendo la estricta alternatividad por la consideración de un tercer sistema jurídico: uno que sea más favorable al acusado en todas las normas que lo componen atendiendo a lo más favorable de uno y otro sistema jurídico en comparación. La descripción que el Ministro Cury hace del procedimiento discursivo seguido por la Corte de Apelaciones de Concepción no excluye la caracterización del resultado como formación de *lex tertia*.

El argumento del Ministro Cury admite ser entendido también de otro modo, como el contraste entre una operación de suma o adición de normas, que sería una -inadmisible- formación de *lex tertia*, y una operación de sustracción de normas, que sería admisible. Esta manera de entender el argumento, unida a la consideración del Código Penal modificado por la Ley 19.734 como ley aplicable, le brinda cierta semejanza con el planteamiento de la doctrina alemana que entiende al principio de *lex mitior* como expresión penal del principio de aplicación *in actum* y a la garantía de *lex previa* como una operación de “restricción” del derecho vigente al momento de la sentencia (*supra*, sección 2). Pero en sus propios términos tampoco resulta convincente. Sustraer a uno de los sistemas jurídicos del caso sus normas comparativamente desfavorables en consideración a que esas normas no existen en el otro sistema jurídico del caso implica formar un tercer sistema: aquel que posee las normas más favorables tal como uno de los sistemas en comparación y que carece de las normas desfavorables tal como el otro de los sistemas en comparación. Que el Ministro Cury identifique a la ley vigente al momento de la sentencia como ley aplicable es tan retórico como la identificación que la CS hizo de la ley vigente al momento del hecho como ley aplicable en *contra Iturrieta Muñoz*. Ninguna de esas leyes -es decir, ninguno de esos sistemas jurídicos momentáneos - corresponde al sistema jurídico del caso formado por la CS, porque se les sustrae la regla desfavorable al acusado: la regla que establece la pena de muerte, en *contra Iturrieta Muñoz*, y la regla que establece la pena de presidio perpetuo calificado, en *contra Rivas Espinoza*. En ambos casos se forma *lex tertia*. Que el Ministro Cury lo haya negado simplemente demuestra que no estuvo dispuesto a sujetarse como juez al principio de estricta alternatividad que proclamaba como académico.

En *contra Espinoza Valdés*,⁴¹ un caso de maltrato de obra a carabinero con resultado de muerte (Art. 416 bis N° 1 del Código de Justicia Militar),⁴² los tribunales de instancia estimaron aplicable el CJM en su versión modificada por la Ley 19.734, por ser ley más

⁴¹ SCS Rol N° 3676-2002 (28.01.2004), redacción del Ministro Alberto Chaigneau; sobre este caso, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “Comentario a *contra Espinoza Valdés*”, *Rev D UAI* n° 2 (2005), pp. 369-371.

⁴² Con posterioridad a esta sentencia, la Ley 20.064 (D.O. 29.09.2005) derogó la antigua norma punitiva del maltrato de obra con resultado de muerte de carabinero (Art. 416 bis N° 1) y la sustituyó por una norma punitiva del homicidio de carabinero (Art. 416).

favorable. Para los tribunales de instancia, dado que la pena de presidio perpetuo calificado es más favorable que la pena de muerte, correspondía aplicar ésta en cumplimiento del deber establecido por el inciso segundo del Art. 18 CP. O sea, hicieron efectivo el principio de *lex mitior* bajo un principio de estricta alternatividad. La CS, sin embargo, desechó la aplicación de la pena de presidio perpetuo calificado y anuló la sentencia recurrida por ese vicio. Según la Corte, la errada aplicación de la ley penal en que habrían incurrido los tribunales de instancia consistiría en...

“... ha[ber] considerado una pena que no se encontraba vigente al tiempo de la comisión del delito...”⁴³

Este es evidentemente un eco de *contra Rivas Espinoza*: “[e]s la propia interpretación de la ley (...) que (...) debía darse aplicación la que conduce (...) a la exclusión de la pena antes inexistente”. En sus propios términos el argumento es incomprensible, pues ¿qué otra cosa puede ser una ley posterior más favorable que una regla inexistente al momento del hecho? El argumento de la Corte sólo resulta comprensible bajo la suposición de que se trate de una regla posterior a la comisión del delito que establece una nueva pena *desfavorable*. Pero la pena de presidio perpetuo calificado, desfavorable en comparación con el presidio perpetuo simple, es claramente favorable en comparación con la pena de muerte. Esto es lo que justificaba la decisión de los tribunales de instancia: comparadas *in toto* ambas leyes la sustitución de la pena de muerte por la pena de presidio perpetuo calificado prevalece sobre toda otra consideración para estimar a la ley vigente al momento de la sentencia *in toto* como ley más favorable.

Notablemente, en la sentencia de reemplazo la CS volvió al criterio de *contra Iturrieta Muñoz* consistente en considerar como ley más favorable la vigente al momento del hecho, con exclusión de la pena de muerte. En sus propias palabras:

“(...) en virtud del principio pro reo, se aplicará la pena inmediatamente inferior a la contenida como máxima legal en aquella época”.⁴⁴

Suponiendo que ese “principio pro reo” al que la Corte alude es el principio de *lex mitior*, si el principio ordena comparar *in toto* la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho con la ley penal vigente al momento de la sentencia y si la ley más favorable es la ley vigente al momento de la comisión del hecho, entonces no cabe excluir la pena de muerte en base a esta consideración. La decisión de la Corte sólo se entiende bajo la premisa de que la pena de muerte es inaplicable por haber sido posteriormente derogada. Pero si ése es el caso, entonces la ley más favorable es la establecida por la Ley 19.734 y la pena de presidio perpetuo calificado sería aplicable al hecho, en tanto ley penal más favorable, como lo sostuvieron los tribunales de instancia. En otras palabras, la decisión de la CS sólo puede entenderse, una vez más, como un caso de formulación de *lex tertia*. En efecto, la Corte toma en consideración el aspecto más favorable de la ley posterior a la comisión del hecho -la derogación de la pena de muerte-, al mismo tiempo considera el aspecto más favorable de la ley vigente al tiempo de su comisión -la inexistencia de presidio perpetuo

⁴³ Sent. cit. nota 41, sentencia de casación, cons. 18°.

⁴⁴ Sent. cit. nota 41, considerando 3°.

calificado-, y formula como ley más favorable una tercera ley, a saber, aquella que contempla al presidio perpetuo simple como pena máxima del delito de maltrato de obra con resultado de muerte previsto en el artículo 416 bis N° 1 CJM.

La consideración de los tres casos anteriores conduce a una conclusión desconcertante. Pudiendo resolver todos los casos mediante la consideración de la Ley 19.734 como un cambio legal *in concreto* desfavorable, la Corte forma *lex tertia*: aplica uno de los dos sistemas jurídicos temporales pero eliminando de él la norma que establece la pena que en el otro sistema no existe. Y a pesar de ello, la Corte omite reconocer que forma *lex tertia* e incluso lo niega cuando tiene que hacerse cargo de la objeción a su formación.

Esta disposición de la CS a formar *lex tertia* sin admitirlo se puede constatar en su jurisprudencia más reciente.

Así, por ejemplo, en *contra Valenzuela González*,⁴⁵ un procedimiento de apelación de una sentencia que rechazó un recurso de amparo, la CS hizo aplicable al caso formado por dos hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.603 (D.O. 27.06.2012) la regla introducida por esa ley de abono del tiempo transcurrido bajo libertad vigilada al tiempo de la pena privativa de libertad que se ordena cumplir efectivamente por revocación de la libertad vigilada. El Art. 27 de la Ley 18.216 en su versión vigente al momento de los hechos -y la sentencia que impuso la libertad vigilada como medida alternativa- sólo hacía abonable el tiempo transcurrido bajo la medida de reclusión nocturna. El Art. 26 de la Ley 18.216 en su versión modificada por la Ley 20.603 ordena que sea abonado el tiempo transcurrido bajo cualquiera de las penas sustitutivas, dentro de las cuales se encuentran las dos clases de libertad vigilada. La CS estima que la nueva norma es más favorable al condenado y por eso mismo de aplicación obligatoria conforme al principio de *lex mitior*, que identifica en el Art. 18 CP y el Art. 19 N° 3 CPR (cons. 6°). El voto disidente del abogado integrante Jaime Rodríguez objeta al voto de mayoría la formación de *lex tertia* atendido el hecho de que la regulación de la libertad vigilada introducida por la Ley 20.603 es comparativamente desfavorable porque fija requisitos más exigentes para su otorgamiento. El argumento disidente es insuficiente como objeción, porque no demuestra que los aspectos desfavorables de la Ley 20.603 sean relevantes *in concreto* para la determinación del carácter más favorable o desfavorable de la nueva regulación. Con todo, la decisión de la CS claramente consiste en aplicar una sola regla de un régimen legal nuevo a una decisión sometida en lo demás a todas las reglas del régimen legal derogado. Allí se expresa una disposición a la formación de *lex tertia*.

En la controversia surgida con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 20.931 (D.O. 05.07.2016) a raíz de la derogación de la agravante especial de pluralidad de malhechores hasta entonces prevista en el Art. 456 bis N° 3 CP⁴⁶ algunos tribunales han admitido el argumento de la Defensoría Nacional, consistente en considerar obligatoria su aplicación con efecto retroactivo como ley más favorable mediante revisión de condenas en que la

⁴⁵ SCS 29.07.2015 (Rol N° 9117-2015).

⁴⁶ “Art. 456 bis. En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes: / 3°. Ser dos o más los malhechores; (...)”.

pena fue determinada tomando en consideración esa agravante.⁴⁷ Otros tribunales han rechazado esa solicitud, acogiendo la objeción a la formación de *lex tertia* planteada por el Ministerio Público.⁴⁸ La CS ha optado por eludir la cuestión de derecho intemporal penal -calificándola como una cuestión de “discusiones dogmáticas”-, y ratificar las resoluciones que rechazan las solicitudes de revisión de condena por considerar que incluso si se aplicara con efecto retroactivo la derogación de la agravante ello no tendría incidencia en la sentencia que se solicita revisar atendido el carácter discrecional de la determinación de la pena por el juez conforme al Art. 68 CP.⁴⁹ Independientemente de los reparos que quepa plantear a su interpretación del Art. 68 CP,⁵⁰ la posición de la CS demuestra una doble disposición a formar *lex tertia*. En primer lugar, porque no acepta los argumentos contrarios a su formación esgrimidos por las sentencias que confirma.⁵¹ En segundo lugar, porque considera a los arts. 65 a 69 como reglas determinación judicial de la pena respecto de las cuales habría que considerar la incidencia de la eliminación de la agravante de pluralidad de malhechores. Esas son las reglas de la ley vigente al momento del hecho, pues la Ley

⁴⁷ Defensoría Penal Pública/Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, *Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta”*, Santiago, junio de 2016, p. 28-32. Aplican con efecto retroactivo la derogación del Art. 456 bis N° 3 (considerándola ocasionalmente aplicación *in actum*): 6° TJOP de Santiago RIT 78-2015 (29.07.2016, cons. 3°); 6° TJOP de Santiago RIT 240-2015 (03.08.2016, cons. 3°); 6° TJOP de Santiago, RIT 99-2015 (09.08.2016); 7° TJOP de Santiago, RIT 146-2016 (08.07.2016, cons. 8°). También lo hace la CA Antofagasta en su sentencia de reemplazo dictada al acoger un recurso de nulidad en *contra Saavedra Karl*, Rol N° 145-2016-RPP (12.07.2016, cons. 1°).

⁴⁸ Oficio FN 581/2016, de 09.09.2016, p. 4-5. La acogida favorable de la tesis de la estricta alternatividad por las Cortes de Apelaciones puede verse en la nota siguiente.

⁴⁹ *Allende Estefo contra TJOP de Puente Alto*, SCS Rol N° 65298-2016 (13.09.2016), confirmando una sentencia de la CA San Miguel que rechazó un recurso de amparo, pero eliminando su fundamento en la objeción a la formación de *lex tertia* (Rol N° 365-2016-AMP, 05.09.2016, cons. 4°); *Zaricueta Toro contra TJOP de la Serena*, SCS Rol N° 68106-2016 (27.09.2016), confirmando una sentencia de la CA La Serena que rechazó un recurso de amparo, pero eliminando un fundamento alternativo en la aplicabilidad al caso del Art. 449 CP introducido por la Ley 20.931 -esto es, comparando *in toto* la nueva regulación- (Rol N° 213-2016-AMP, 12.09.2016, cons. 4° *in fine*); *Guamán Gallardo contra TJOP La Serena* SCS 68738-2016 (27.09.2016), que confirma una sentencia de la CA La Serena que rechazó un recurso de amparo, pero eliminando su fundamento en la objeción a la formación de *lex tertia* (Rol N° 215-2016, 14.09.2016, cons. 4°); *Picarte contra TJOP de Colina*, SCS Rol N° 76439-2016 (17.10.2016) confirmando íntegramente una sentencia de la CA Santiago que rechazó un recurso de amparo basada en la falta de incidencia de la derogación en la determinación judicial de la pena (Rol N° 864-2016-AMP, 26.09.2016, cons. 4°); *Figueroa Ramírez contra 6° TJOP de Santiago* SCS Rol N° 76492-2016 (18.10.2016), confirmando íntegramente una sentencia de la CA San Miguel que rechazó un recurso de amparo basada en la falta de incidencia de la derogación en la determinación judicial de la pena (Rol N° 402-2016-AMP, 07.10.2016); *Orellana Ibarra*, SCS Rol N° 79000-2016 (20.10.2016), confirmando íntegramente una sentencia de la CA Santiago que rechazó un recurso de amparo basada en ausencia de ilegalidad (Rol N° 1019-2016-AMP, 13.10.2016); *Gatica Pérez contra TJOP de los Andes*, SCS 84788-2016, (07.11.2016), confirmando una sentencia de la CA Valparaíso que rechazó un recurso de amparo basada en la ausencia de ilegalidad por discrecionalidad de la determinación judicial de la pena (Rol N° 255-2016-AMP, 25.10.2016, cons. 5°); *Collao Aravena contra TJOP de Viña del Mar* SCS Rol N° 84789-2016 (07.11.2016) confirmando íntegramente una sentencia de la CA Valparaíso que rechazó un recurso de amparo basada en la ausencia de ilegalidad por discrecionalidad de la determinación judicial de la pena (Rol N° 265-2016-AMP, 29.10.2016).

⁵⁰ Para una crítica de la consideración de la rebaja como meramente facultativa, MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, Informe en Derecho, Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, febrero de 2009.

⁵¹ Véase *supra*, nota 49, lo dicho respecto de las sentencias de la CA La Serena y respecto de la sentencia de la CA San Miguel en *Allende Estefo contra TJOP de Puente Alto*.

20.931 introdujo una nueva regulación de la determinación de la pena en materia de delitos contra la propiedad en el nuevo Art. 449 CP. En otras palabras, para desechar la incidencia de la derogación de la agravante en las sentencias que se solicita revisar, la CS forma conjeturalmente *lex tertia*: evalúa los efectos de la exclusión de la agravante derogada en el contexto del sistema jurídico previo a su derogación. Notablemente, esto lo hace también el voto disidente en alguno de esos fallos del abogado integrante Jaime Rodríguez, que discrepa de la interpretación del Art. 68 CP:⁵² al darle otra interpretación a la regla forma *lex tertia* con ella y la derogación del Art. 456 bis N° 3. En esto Rodríguez es un fiel continuador de la tradición instaurada por Cury: declara su adhesión a la tesis de la estricta alternatividad pero no vacila a la hora de formar *lex tertia*.

4. Una defensa diferenciada de la formación de *lex tertia*

Denominaré “unidad de valoración legal” al (sub)conjunto de reglas pertenecientes a un sistema jurídico momentáneo que mantienen entre sí una conexión interna tal que no cabe fraccionarlo para formar la *lex tertia*.⁵³ La unidad de valoración legal debe aplicarse o no con efecto retroactivo *in toto*. Esto implica una modificación en la tesis metodológica partidaria de la formación de *lex tertia*: para justificar la formación de *lex tertia* en un caso no basta con demostrar que ella optimiza la satisfacción de los dos criterios de aplicabilidad temporal -*lex praevia* y *lex mitior*-, sino que además que no contradice una valoración legislativa específica de la conexión interna del conjunto de reglas fraccionado.

La tesis de la estricta alternatividad atribuye por definición el carácter de unidad de valoración legal al sistema jurídico momentáneo. Ella opera con una idea de unidad institucional (i.e., pertenencia a un mismo sistema jurídico momentáneo) como concepto máximo de unidad de valoración legal. Este es precisamente su error: que deba aplicarse el derecho vigente en su integridad cuando no hay cambio legislativo entre el momento del hecho y el momento de la sentencia no implica que deba aplicarse íntegramente el derecho vigente en alguno de esos momentos cuando se produce el cambio entre ellos. La razón de la diferencia es que la primera situación está sometida a un imperativo simple -aplicación del derecho vigente- mientras que la segunda está sometida a dos estándares opuestos -aplicación del derecho vigente al momento del hecho y aplicación del derecho vigente al

⁵² SCS Rol N° 68738-2016 y 84788-2016. Rodríguez cita la interpretación del Art. 68 CP elaborada por Mañalich (MAÑALICH, “¿Discrecionalidad” cit. nota 50).

⁵³ Esta definición debe entenderse con un complemento que es difícil de formular en una frase sin utilizar un lenguaje metafísico: también puede existir unidad de valoración entre la ausencia en el sistema del caso de una regla preexistente (debido que fue derogada por el cambio legal) y la presencia en el sistema del caso de una o más reglas, ya sea de nuevas reglas (introducidas por ese cambio legal) o de reglas preexistentes que se vuelven aplicables. Esto es así, porque la derogación de una norma puede entenderse indisolublemente unida a la aplicación de una nueva norma o de una norma preexistente que continúa vigente después del cambio legal y que resulta aplicable al caso como consecuencia de la eliminación de la norma derogada. En lo que sigue se trata esta unidad de valoración como la que existe entre la norma derogatoria y la(s) otra(s) norma(s) pertinente(s). Ese modo de presentar la unidad de valoración se explica por razones de economía argumentativa, sin que pretenda atribuir a las normas derogatorias el mismo nivel de referencia que las normas de comportamiento, las reglas de imputación o las normas sancionatorias. En rigor, lo que integra la unidad de valoración legal es el sentido o efecto de la norma derogatoria: la ausencia de la norma derogada en el nuevo sistema jurídico del caso tiene un sentido contextualizado que es indisoluble de la presencia de las otras normas.

momento de la sentencia, según si éste es desfavorable o más favorable respectivamente-. Con todo, la tesis plantea una consideración válida: puede haber casos de unidad de valoración legal que no admitan fraccionamiento. Esto implica asumir que el tribunal puede formar *lex tertia* dentro de ciertos límites, es decir, que hay casos de formación admisible de *lex tertia* y casos de formación inadmisibles.

La versión usual que defiende la formación de *lex tertia* desconoce ese límite. Ella opera con una idea de unidad analítica como concepto mínimo de unidad de valoración legal. Ese postulado entra en conflicto con la voluntad del legislador en todos los casos en que es evidente que distintas unidades analíticas mantienen entre sí una conexión interna entre el aspecto más favorable y el aspecto desfavorable del cambio legislativo.

Esa conexión interna se da claramente cuando el cambio legal consistente en una sustitución de normas, en que la derogación expresa de la(s) norma(s) preexistente(s) mantiene una conexión interna con el establecimiento de la(s) nueva(s) norma(s) en tanto regla(s) total o parcialmente aplicable(s) al caso regulado por la(s) norma(s) derogada(s). Esa sería la situación, por ejemplo, si el legislador chileno decidiera suprimir la regla de la parte general sobre la punibilidad genérica de la tentativa (Art. 7°) y la regla sobre su penalidad diferenciada (frustración y simple tentativa) por una regulación de penalidad indiferenciada y punibilidad específica determinada selectivamente en la parte especial. Un caso de delito frustrado conforme al derecho derogado debe ser examinado bajo la respectiva nueva regla de la parte especial para saber si continúa o no siendo punible, y si lo es, debe compararse la nueva regla de determinación de la penalidad con la antigua. Lo que no puede hacer el tribunal es aplicar con efecto retroactivo exclusivamente la derogación de la regla de punibilidad genérica de la tentativa y declarar impune el caso. Lo mismo debe hacerse si en vez de establecer reglas de punibilidad de la tentativa en la parte especial el legislador decide tipificar el respectivo delito como delito de emprendimiento, disolviendo con ello la distinción entre tentativa y consumación. En esa situación debe compararse el sistema jurídico derogado con la nueva norma tipificadora del delito de emprendimiento y aplicar *in toto* uno u otro sistema jurídico del caso, según si el nuevo es más favorable o desfavorable.

Esta es la situación de la derogación de la pena de muerte y la introducción de la pena de presidio perpetuo calificado por la Ley 19.734: el presidio perpetuo calificado fue manifiestamente introducido en reemplazo de la muerte para ser considerado como pena facultativa u obligatoriamente aplicable en todos los casos en que era aplicable la pena de muerte -siempre facultativamente-.⁵⁴ Los casos resueltos por la CS en *contra Iturrieta Muñoz*, *contra Rivas Espinoza* y *contra Espinoza Valdés* son, en consecuencia, casos de formación inadmisibles de *lex tertia*.

⁵⁴ La solución correcta a esos casos era considerar derechamente a la Ley 19.734 como cambio legal desfavorable, atendida la disposición del tribunal a no aplicar facultativamente la pena máxima del sistema jurídico. Es en verdad una paradoja que la Corte de Concepción haya tomado en *contra Rivas Espinoza* el argumento de *lex tertia* de la CS en *contra Iturrieta Muñoz*, donde era más bien un *dictum*: la *ratio decidendi* era el argumento de *lex praevia*.

Otra situación evidente de unidad de valoración legal corresponde a la derogación de una *lex specialis*, en tanto esa norma siempre mantiene una conexión interna con la *lex generalis* que resta subsistente como regla aplicable al caso. Esta es la situación en que se encuentra la derogación del Art. 456 bis N° 3 por la Ley 20.931 con la regla del Art. 12 N° 11 CP. Por una parte, dicha norma derogatoria mantiene una conexión de sustitución con la nueva agravante del Art. 449 bis CP,⁵⁵ pero por otra parte mantiene una conexión de *lex specialis* y *lex generalis* con la agravante genérica del Art. 12 N° 11 CP,⁵⁶ desplazada del sistema jurídico del caso por consideración al *ne bis in idem* si es que son aplicables o bien el Art. 456 bis N° 3 o bien el Art. 449 bis. Por esta razón, la aplicación con efecto retroactivo de la derogación del Art. 456 bis no puede ser disociada de la aplicación con efecto retroactivo del Art. 449 bis ni de la aplicación al caso del Art. 12 N° 11, atendiendo a las circunstancias del hecho.⁵⁷

El Ministerio Público sostiene que las nuevas reglas de determinación de la pena establecidas por la Ley 20.931 en el Art. 449 CP⁵⁸ mantendrían también una conexión

⁵⁵ “Art. 449 bis. Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”

⁵⁶ “Art. 12. Son circunstancias agravantes: / 11a. Ejecutarlo [= el delito] con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.”

⁵⁷ La falta de consideración de las circunstancias del hecho es el mayor defecto de la práctica judicial chilena, que siempre pretende resolver en abstracto cual es la ley aplicable al caso. Eso es incompatible tanto con la tesis de la estricta alternatividad como con la tesis partidaria de la formación de *lex tertia*, pues ambas presuponen que los sistemas jurídicos del caso que entran en comparación para decidir si el sobrevenido al hecho es o no más favorable han de ser determinados en concreto, es decir, atendiendo a la aplicabilidad *ratione materiae* de las normas. Así por ejemplo, un hecho constitutivo de robo con fuerza en las cosas cometido por dos o más malhechores puede o no satisfacer además las condiciones de aplicabilidad *ratione materiae* del art. 12 N° 11 –que esa intervención plural haya proporcionado impunidad- y del art. 449 bis –que esa intervención plural sea caracterizable como formar parte de una agrupación u organización destinada a cometer dichos hechos punibles-. Si el hecho satisface la segunda, el sistema jurídico del caso sobreviniente incluye el art. 449 bis; si no la satisface, pero sí la primera, entonces el sistema jurídico del caso sobreviniente al hecho incluye el art. 12 N° 11. Si ninguna de esas condiciones es satisfecha por los hechos del caso, entonces el sistema jurídico del caso sobreviniente no incluye reglas que ordenen apreciar una agravante por la pluralidad de intervinientes. Naturalmente, en un proceso penal se produce una distinción contextual entre la formación del sistema jurídico del caso y la apreciación de la (falta de) prueba relativa a los hechos relevantes bajo ese sistema, vinculándose la primera paradigmáticamente a la acusación, al auto de apertura del juicio y -en tanto nueva formación- a la recalificación de los hechos. Pero cuando la oportunidad para introducir esa distinción ha precluido, la falta de prueba del hecho relevante –o falta de oportunidad procesal para la apreciación de esa prueba- puede expresarse como exclusión de la norma respectiva del sistema jurídico del caso. Por esta razón, tratándose de la conexión interna de sustitución, cuando la norma introducida por el cambio legal es más específica que la norma derogada, se puede plantear un problema de inaplicabilidad *ratione materiae* por falta de prueba. Esto es así porque si nuevo elemento relevante era irrelevante antes del cambio legal, lo más probable es que no se haya producido prueba en juicio a su respecto. Y aun cuando hubiera antecedentes pertinentes, con seguridad ellos no fueron objeto de controversia por parte de la defensa por haber sido jurídicamente irrelevantes en su momento. De esta manera, la aplicación con efecto retroactivo *in toto* del cambio legal a condenas firmes o en procesos pendientes con fase de prueba concluida puede conducir a resultados equivalentes a lo que de otro modo sería una formación indebida de *lex tertia*: no se puede aplicar al caso la nueva norma.

⁵⁸ “Art. 449. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se

interna con la derogación del Art. 456 bis N° 3 CP. Pero la interpretación de las reglas no brinda fundamento suficiente a esa afirmación. Ni el texto de las disposiciones legales ni tampoco su formulación como razones prácticas permite sostener que el legislador condiciona la aplicación con efecto retroactivo de la derogación del Art. 456 bis N°3 a la aplicación con efecto retroactivo del nuevo Art. 449.

Esto abre la pregunta de si la intención o espíritu de la ley, claramente manifestada en la historia fidedigna de su establecimiento, constituye un fundamento suficiente para apreciar unidad de valoración legal entre los aspectos más favorables y los aspectos desfavorables de un cambio legislativo. Así debe estimárselo. La unidad de valoración legal no es una categoría analítica, sino un concepto político-jurídico⁵⁹. Esto queda oscurecido tratándose de modificaciones de reglas que tematizan los supuestos de hecho porque en ellas la conexión está respaldada por consideraciones semánticas.⁶⁰ Pero tratándose de modificaciones de reglas que sólo se refieren a las consecuencias jurídicas es obvio que analíticamente considerado el cambio sustitutivo siempre puede ser descompuesto en un acto de derogación de normas (una norma derogatoria de una norma de sanción preexistente) y un acto de establecimiento de normas (una nueva norma de sanción) lógicamente independientes entre sí. Eso es precisamente lo que hace la CS en sus tres sentencias sobre la pena de muerte con posterioridad a la Ley 17.934: disocia la derogación de la pena de muerte del establecimiento de la pena de presidio perpetuo calificado. Sólo la consideración de la conexión entre ambas desde la perspectiva de la voluntad del legislador permite contrarrestar esa diferenciación y afirmar unidad de valoración legal.

considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: / 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia. / 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el *minimum* si consta de un solo grado.”

⁵⁹ Esta es la diferencia central entre la unidad de valoración institucional defendida por la tesis de la estricta alternatividad y la idea de unidad de valoración legislativa que aquí se defiende. Debe reconocerse que hay un punto de contacto entre ambas concepciones. Siendo obvio que la pertenencia al sistema jurídico momentáneo no puede implicar afirmación de unidad de valoración legal, la pertenencia al subconjunto de normas que fueron introducidas simultáneamente en el sistema jurídico por el cambio legal sí puede implicar una afirmación *prima facie* de unidad de valoración legal. Esta es una consideración pragmática. Mientras que un sistema jurídico momentáneo se compone de normas que entraron en vigencia en múltiples momentos históricos distintos sin una conexión interna entre ellas, el conjunto de normas que es validado por la voluntad del legislador en un único momento histórico puede entenderse en principio como portador de una pretensión de aplicación *in toto*. En rigor, la idea de unidad de valoración institucional es una transferencia mistificada de esa presunción de unidad de valoración, unida a su consideración como irrefutable. Esa transferencia no es problemática hasta que entra en conflicto con el deber de optimizar los dos principios en tensión del derecho intertemporal penal.

⁶⁰ Aun así, la relevancia del punto de vista político-jurídica debe ser resaltada. La unidad de valoración legal existente entre la derogación del Art. 456 bis N° 3 CP y el establecimiento del Art. 449 bis responde principalmente a su consideración teleológica y sistemática como agravantes referidas a la pluralidad de intervinientes en el hecho punible, y por lo mismo constitutivas de normas especiales respecto del Art. 12 N° 11 CP. Esa consideración político-jurídica prevalece sobre todas las diferencias semánticas constatables entre las tres disposiciones.

Si el Ministerio Público puede demostrar que la derogación de la agravante especial del Art. 456 bis N° 3 CP forma parte de un esquema regulativo indisoluble en la representación del legislador, es decir, que esa disposición fue derogada *porque* se cambió las reglas de determinación de la pena o *para* el adecuado funcionamiento de esas nuevas reglas, entonces tiene un fundamento suficiente para exigir consideración *in toto* de ese esquema regulativo como unidad de valoración legal a fin de determinar su carácter más favorable o desfavorable en comparación con la ley vigente al momento del hecho. Si no puede demostrarlo, entonces no puede objetar formación de *lex tertia* que corresponde a un sistema jurídico del caso integrado por los arts. 65 a 69 CP y en el cuál no existe la agravante del Art. 456 bis CP.

El carácter político-jurídico del concepto de unidad de valoración legal abre naturalmente la pregunta por la admisibilidad de la caracterización deliberada por el legislador de un subconjunto de reglas como unidad de valoración legal al momento de establecer una nueva ley, ya sea mediante una constancia de la conexión interna de esas reglas en la historia fidedigna de su establecimiento o mediante una regla de derecho transitorio incorporada en la nueva ley, que prohíba el fraccionamiento de ese subconjunto para efectos de su aplicación con efecto retroactivo como ley más favorable.

Desde el punto de vista del afectado por esa decisión, siempre interesado en fraccionar el complejo de reglas en cuestión para obtener la aplicación con efecto retroactivo de las nuevas reglas más favorables y eludir la aplicación con efecto retroactivo de las nuevas reglas desfavorables, la decisión del legislador puede ser objeto de control combinando la prohibición de discriminación derivada del derecho a la igualdad ante la ley con la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad. Si la declaración legal del subconjunto de reglas como unidad de valoración legal es calificada como un acto arbitrario, entonces se lo puede fraccionar a fin de optimizar el cumplimiento de la garantía de legalidad y el principio de *lex mitior*.⁶¹

En todo caso el acusado siempre puede oponer como garantía irrebalsable por la decisión del legislador la prohibición de aplicación con efecto retroactivo de la ley desfavorable, es decir, la garantía de *lex praevia*. Esto vale en todos los contextos posibles bajo el derecho intertemporal penal según la comprensión que se tenga de sus reglas:

- (i) para oponerse a la pretensión legislativa de hacer aplicable con efecto retroactivo reglas parcialmente desfavorables declarada expresamente (ya sea en constancia en actas, o como regla especial de derecho transitorio);
- (ii) para oponerse a la aplicación con efecto retroactivo del complejo de reglas identificado por el tribunal como unidad de valoración legal y aplicado *in toto* como más favorable (entendido como límite específico y eventual a la formación, por lo demás admisible, de *lex tertia*);
- (iii) para oponerse a la aplicación con efecto retroactivo de un cambio legislativo apreciado *in toto* como más favorable (conforme a la tesis de la estricta alternatividad).

⁶¹ El contexto jurisdiccional de desempeño de este argumento depende del nivel institucional de la declaración del legislador: una constancia en la historia fidedigna del establecimiento de la ley puede ser desechada por la jurisdicción ordinaria, una regla de derecho transitorio tiene que ser declarada inaplicable por la jurisdicción constitucional.

En todos estos casos la oposición del acusado obliga al tribunal a aplicar *in toto* la ley vigente al momento del hecho.

Lo dicho implica que el legislador tiene una prerrogativa de determinación en lo concerniente a impedir la formación de *lex tertia* para evitar la aplicación retroactiva de la ley parcialmente más favorable, pero no para imponerla. O, como he sostenido en otro lugar, que la operatividad de la garantía de *lex praevia* es binaria mas no así la operatividad del principio de *lex mitior*.⁶²

5. Conclusión: reglas para la formación de la *lex tertia*

Conforme a lo expuesto en las secciones anteriores se puede ofrecer un conjunto de reglas para la formación de *lex tertia* y su aplicación al caso.

5.1. Regla general

Si entre el momento de la comisión del hecho punible y el momento de la dictación de sentencia ha sobrevenido un cambio legal que es en parte desfavorable al acusado y en parte más favorable el tribunal está obligado a aplicar con efecto retroactivo las nuevas reglas que le son más favorables y le está prohibido aplicar con efecto retroactivo las nuevas reglas que le son desfavorables. En esta parte, en lugar de las nuevas reglas debe aplicar preteractivamente las reglas vigentes al momento de la comisión del hecho.

5.2. Excepción

Si existe una conexión interna entre (algunas de) las nuevas reglas que son más favorables al acusado y (algunas de) las nuevas reglas que le son desfavorables tal que quepa considerarlas en conjunto como una unidad (= “unidad de valoración legal”) el tribunal no puede disociarlas para aplicarlas o no aplicarlas con efecto retroactivo. Debe aplicar o no aplicar con efecto retroactivo esa unidad *in toto*. Este es siempre el caso:

5.2.1 Entre el efecto de una norma derogatoria y la nueva norma que regula el caso antes regulado por la norma derogada, cuando el cambio consiste en una sustitución (modificación de la regulación).

5.2.2 Entre la *lex generalis* y la *lex specialis* cuando se deroga ésta.

⁶² BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Justicia* n° 23 (2015), pp. 11-68, especialmente pp. 23-25 y 52-56; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “El derecho intertemporal penal chileno y el Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 26 (2017), pp. 166-197, especialmente pp. 183-187 y 192-195. Esta diferenciación entre los efectos prácticos del principio de legalidad y los efectos prácticos del principio de *lex mitior* ha sido reconocida -aunque sin toda la consistencia deseable- por el Tribunal Constitucional en los casos comentados en los artículos citados (STC 2673-14, de 21.10.2015, considerandos 45°, 46° y 47° de la opinión de mayoría, y STC 2957-16, de 24.02.2017, considerandos 14° a 16°).

5.2.3. Cuando el legislador así lo ha declarado expresamente, ya sea en actas de la historia fidedigna del establecimiento o en una regla de derecho transitorio, siempre que su valoración no sea arbitraria.

5.3. Contra-excepciones.

El acusado siempre tiene derecho a disociar (algunas de) las nuevas reglas más favorables de (algunas de) las desfavorables para aplicarlas y no aplicarlas con efecto retroactivo en tres casos:

5.3.1. Cuando esas reglas están sometidas a criterios de aplicabilidad temporal distintos (= derecho penal y derecho procesal penal): el acusado tiene derecho a formar distintos sistemas jurídicos del caso para cada grupo de reglas.

5.3.2. Cuando estas reglas son pertinentes respecto de hechos que dan lugar a cargos separables: el acusado tiene derecho a formar distintos sistemas jurídicos del caso para cada cargo.

5.3.3. Cuando esas reglas son pertinentes respecto de acusados distintos: cada acusado tiene derecho a formar un sistema jurídico del caso distinto.

5.4. Respeto irrestricto por la garantía de *lex previa*.

Ni el tribunal en su apreciación de unidad de valoración legal, ni el legislador en su declaración de unidad de valoración pueden aplicar u ordenar aplicar con efecto retroactivo normas plausiblemente consideradas por el acusado como desfavorables. Planteada una objeción en ese sentido, el tribunal está obligado a aplicar *in toto* el sistema jurídico del caso que corresponde al sistema jurídico vigente al momento del hecho.

Bibliografía

- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, “La ley penal” (comentario a *contra Rivas Espinoza*), *Revista de Derecho de la UAI*, n° 1 (2004), pp. 216-223.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, “La ley penal” (comentario a *contra Espinoza Valdés*), *Revista de Derecho de la UAI*, n° 1 (2005), pp. 369-371.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, “La preteractividad de la ley penal”, en: Alex van Weezel (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal – Estudios en Memoria de Enrique Cury*, Santiago, Thompson Reuters, 2013, pp. 163-217.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, “El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Justicia*, ° 23 (2015), pp. 11-68.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, “El derecho intertemporal penal chileno y el Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 23 (2017), pp. 166-197.
- BOHNERT, Joachim; KRENBERGER, Benjamin; KRUMM, Carsten; *Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, München: C.H. Beck, 2016 (4ª ed.).
- BUSTOS, Juan, *Obras Completas*, Lima: Ara Editores, 2005, Tomo I.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005 (7ª ed.).
- DANNECKER, Gerhard, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1993.
- DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE LA DEFENSORÍA NACIONAL, *Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta”*, Santiago, junio de 2016.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998 (3ª ed.).
- FERRER BELTRÁN, Jordi; RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- GÖHLER, Erich; GÜRTLER, Franz; SEITZ, Helmut, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: Tomo I*, München: C.H. Beck, 2012 (16ª ed.).
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín: De Gruyter, 1993 (2ª ed.).
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General* (traducción al castellano por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 125-126.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.
- JOECKS, Wolfgang, et al, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: C.H. Beck, 2011 (2ª ed.).
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015.
- KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfried; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, Stuttgart: Nomos Verlag, 2013 (4ª ed.).
- KÜHL, Christian; HEGER, Martin, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, München: C.H. Beck Verlag, 2014 (28ª ed.).

- LEMKE, Michael; MOSBACHER, Andreas, *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar*, Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, Informe en Derecho, Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional, febrero de 2009.
- MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1965 (3a ed.).
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal* (traducción de la 2ª ed. [1958] por Juan Córdoba Roda). Barcelona: Ariel, 1962.
- MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*: [trad. de la 7ª ed. alemana], Tomo I, Buenos Aires: Astrea, 1994.
- MEZGER, Edmund, *Strafrecht-Ein Lehrbuch*: Tomo I. Berlín y München: Dunker & Humblot, 1949 (3a ed.).
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal* (traducción por José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL, *Oficio FN N° 402/2016*, de 05.07.2016.
- MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL, *Oficio FN N° 581/2016*, de 09.2016.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1960,
- OLIVER, Guillermo, *Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes Penales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- POLITOFF, Sergio, *Derecho Penal-Parte General*, Santiago: Editorial Jurídica Conosur S.A., 1997.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile: 2002.
- REBMANN, Herbert; ROTH, Herrmann, et al, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016.
- RETTIG, Mauricio, “El principio de legalidad en la reciente reforma del Código Penal Chileno”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 18 n° 85 (2010), pp. 159-218,
- ROTBERG, Hans-Eberhard et al, *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar: (5a ed.)*, München; Verlag Franz Vahlen, 1975.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tomo I, München: C.H. Beck Verlag, 2006 (4ª ed.).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General: Tomo I* (traducción de la 2ª ed. [1997] por Diego-Manuel Luzón Peña et al), Madrid: Civitas, 2007.
- RUDOLPHI, Joachim; HORN, Eckhard; GÜNTHER, Hans-Ludwig; HOYER, Andreas, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nuewied: Alfred Metzner Verlag, 1997 (6ª ed., 26ª entrega).
- SATZGER, Helmut, “Die zeitliche Geltung des Strafgesetzezes - ein Überblick über das intertemporale Strafrecht”, *Jura*, n° 10, (2006), p. 746-752.
- SATZGER, Helmut; SCHUCKEBIER, Wilhelm; WIDMAIER, Gunter, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014.
- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst et al, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C.H. Beck, 2014 (29ª ed.).

- SENGE, Lothar (ed.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrikeiten*, München, C.H. Beck, 2014 (4a. ed.).
- SOMMER, Ulrich, *Das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB*, Königstein/Ts: Peter Hanstein Verlag, 1979.
- VALERIUS, Brian, *Beck'scher Online-Kommentar OwiG: (13ª ed.)*, München: C.H. Beck, 2016.

Jurisprudencia chilena

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC 2673-14, de 21.10.2015
STC 2957-16, de 24.02.2017
- CORTE SUPREMA, *Allende Estefo contra TJOP de Puente Alto*, SCS Rol N° 65298-2016 (13.09.2016)
- *Collao Aravena contra TJOP de Viña del Mar* SCS Rol N° 84789-2016 (07.11.2016)
 - *contra Espinoza Valdés*, SCS Rol N° 3676-2002 (28.01.2004).
 - *contra Iturrieta Muñoz*, SCS 622-2002 (05.06.2002)
 - *contra Precht Muñoz*, SCS Rol N° 1658-1993 (21.12.1996).
 - *contra Rivas Espinoza*, SCS Rol N° 2494-2002 (19.03.2003)
 - *contra Valenzuela González*, SCS Rol N° 9117-2015 (29.07.2015)
 - *Guamán Gallardo contra TJOP La Serena*, SCS 68738-2016 (27.09.2016)
 - *Figuroa Ramírez contra 6° TJOP de Santiago*, SCS Rol N° 76492-2016 (18.10.2016)
 - *Gatica Pérez contra TJOP de los Andes*, SCS 84788-2016, (07.11.2016)
 - *Orellana Ibarra*, SCS Rol N° 79000-2016 (20.10.2016)
 - *Picarte contra TJOP de Colina*, SCS Rol N° 76439-2016 (17.10.2016)
 - *Zaricueta Toro contra TJOP de la Serena*, SCS Rol N° 68106-2016 (27.09.2016)
- CORTES DE APELACIONES, *Allende Estefo contra TJOP de Puente Alto*, CA San Miguel Rol N° 365-2016-AMP (05.09.2016)
- *contra Saavedra Karl*, CA Antofagasta, Rol N° 145-2016-RPP (12.07.2016)
 - *Collao Aravena contra TJOP de Viña del Mar*, CA Valparaíso Rol N° 265-2016-AMP (29.10.2016)
 - *Figuroa Ramírez contra 6° TJOP de Santiago*, CA San Miguel Rol N° 402-2016-AMP (07.10.2016)
 - *Gatica Pérez contra TJOP de los Andes*, CA Valparaíso Rol N° 255-2016-AMP (25.10.2016)
 - *Guamán Gallardo contra TJOP La Serena*, CA La Serena, Rol N° 215-2016 (14.09.2016)
 - *Orellana Ibarra*, CA Santiago Rol N° 1019-2016-AMP (13.10.2016)
 - *Picarte contra TJOP de Colina*, CA Santiago, Rol N° 864-2016-AMP (26.09.2016)
 - *Zaricueta Toro contra TJOP de la Serena*, CA La Serena Rol N° 213-2016-AMP (12.09.2016)
- 6° TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, RIT 78-2015 (29.07.2016)
- RIT 240-2015 (03.08.2016)
 - RIT 99-2015 (09.08.2016)

BASCUÑÁN, Antonio “La formación de *lex tertia*: una defensa diferenciada”.

7° TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, RIT 146-2016 (08.07.2016).

Jurisprudencia alemana

TRIBUNAL SUPREMO DEL IMPERIO (*Reichstgerichtshof*), RG 61, 77; 74, 133; 75; 57; 77, 221.

TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (*Bundesgerichtshof*), BGHSt 20, 30; 24, 97; 37, 222; 97, 51; 98, 104.