



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

44 | 2021
Varia

La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas

Juan Pablo Mañalich R.



Edición electrónica

URL: <https://journals.openedition.org/revus/7473>

ISSN: 1855-7112

Editor

Klub Revus

Referencia electrónica

Juan Pablo Mañalich R., "La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas", *Revus* [Online], 44 | 2021, Online since 08 September 2021, connection on 09 September 2021. URL: <http://journals.openedition.org/revus/7473>

Este documento fue generado automáticamente el 9 septiembre 2021.

All rights reserved

La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas

Juan Pablo Mañalich R.

1 Introducción: la clausura de los sistemas de normas de sanción penal

- 1 En un importante trabajo reciente, Arriagada sigue a Alchourrón y Bulygin (“A&B”) en la referencia que estos hacen al así llamado “principio de legalidad penal” como una regla de clausura residual. Al respecto, ella sostiene que los sistemas de normas que resultarían clausurados por una regla semejante habrían de ser entendidos como sistemas de reglas regulativas, en la medida en que ella sea tomada como disponiendo “que todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”.¹ El problema está, sin embargo, en que semejante reformulación interpretativa es difícilmente plausible.
- 2 Al igual que el concepto de laguna normativa, el concepto de un sistema cerrado (en el sentido de “necesariamente completo”) de normas es relacional. Como mostraran A&B, la existencia o inexistencia de una laguna normativa es relativa a un determinado universo de casos (genéricos) y a un determinado universo de soluciones.² La pregunta que esto último plantea concierne al universo de soluciones al cual sería relativa la clausura susceptible de ser producida a través de la introducción de una regla como aquella en la que consiste el principio de legalidad penal. La reformulación interpretativa sugerida por Arriagada hace uso de las expresiones “penalmente prohibido” y “penalmente permitido” para identificar una pretendida díada de “calificaciones deónticas” que *como tales* —esto es, en el nivel de lenguaje de la formulación de las reglas que correlacionan una u otra calificación deóntica con un cierto tipo de acción— resultan ser contradictorias, esto es, interdefinibles por vía de negación.

- 3 Que la regla de clausura en cuestión opere como una regla de segundo orden en relación con las reglas que conforman el sistema que como efecto de aquella resulta clausurado, significa que ella impone, de manera “residual”, una determinada calificación deóntica a todo tipo de acción que no esté correlacionado con alguna calificación deóntica bajo el respectivo sistema de reglas de primer orden. En el nivel de lenguaje de las proposiciones normativas, el efecto del principio de legalidad penal en cuanto regla de clausura consistiría en hacer de φ , cuando bajo el sistema de reglas primer orden φ se encuentra penalmente permitido *en sentido débil*, un tipo de acción penalmente permitido *en sentido fuerte*.
- 4 Pero hay buenas razones para resistir la postulación de calificaciones deónticas específicamente asociadas a las frases “penalmente prohibido” y “penalmente permitido”. Para entender por qué, consideremos la manera en que A&B explican cuál sería la naturaleza de la regla de clausura en cuestión: “[l]a regla *nullum crimen sine lege* puede entenderse también como una regla de clausura que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal”.³ Pocas líneas después, empero, A&B agregan que el respectivo “sistema penal” quedaría así cerrado en relación con un universo de soluciones conformado por lo que cabría llamar “prohibiciones penales”, que serían “prohibiciones vinculadas con una sanción de un tipo determinado”.⁴ Y entonces ellos afirman lo siguiente: “Que un acto esté penalmente permitido significa que su realización no acarrea sanciones penales, pero no excluye en modo alguno la prohibición por algún otro tipo de norma”.⁵
- 5 Detengámonos un instante en lo que habría que extraer de esta última afirmación, a saber: que el hecho de que un tipo de acción se encuentre “penalmente permitido” nada tendría que ver con que se encuentre permitido, sino que meramente implicaría que su realización “no acarre[e] sanciones penales”.⁶ Esto debería hacer reconocible que la expresión “penalmente prohibido” no es designativa de una calificación deóntica “compleja”, sino más bien de la conjunción de una caracterización deóntica resultante de la aplicabilidad de una norma, por un lado, y el reforzamiento punitivo de esa misma norma, por otro. Y tal como observara Hart, las sanciones susceptibles de ser impuestas en virtud de la transgresión de alguna “regla primaria de obligación” —esto es, de una norma regulativa que pudiera tener el carácter de una norma de prohibición— quedan especificadas por una subclase de aquellas reglas secundarias que él mismo denominara “reglas de adjudicación”.⁷ Con ello, la expresión “penalmente prohibida” funciona como una elipsis indicativa de que la correspondiente forma de comportamiento se encuentra sometida a una norma (primaria) de prohibición, la cual a su vez se encuentra reforzada por una norma (secundaria) de sanción, de manera tal que entre una y otra norma se constituye lo que Raz denomina una “relación punitiva”.⁸
- 6 Esto vuelve pertinente una ulterior pregunta, concerniente a la naturaleza de las reglas que conformarían un sistema de normas susceptible de ser clausurado a través del principio de legalidad penal. Con mucha sutileza, esta pregunta es indirectamente respondida por Alonso, cuando este analiza el estatus del principio de legalidad penal valiéndose del instrumental teórico desarrollado por A&B.⁹ Según Alonso, de este principio se seguiría que “si una conducta no está tipificada como delito, el juez tiene la obligación de absolver al imputado”, lo cual haría posible afirmar que “los sistemas penales contemporáneos son completos con relación a la conducta de imponer una sanción penal”.¹⁰ Por esta vía, Alonso hace suya una posibilidad teórica que A&B no consideran. Pues si bien estos explícitamente advierten que cabe tomar el adagio *nullum*

crimen sine lege como expresivo de una “directiva para los jueces”,¹¹ no exploran la posibilidad de atribuirle, cuando se lo entiende en este último sentido, el carácter de una regla de clausura residual.

- 7 Pero del hecho de que, acertadamente, la correspondiente regla de clausura sea entendida como referida a normas secundarias, en cuanto pertenecientes a lo que A&B llaman el “sistema del juez” (en contraste con el “sistema del súbdito”),¹² no se sigue que sea acertada la caracterización de esas normas secundarias como *reglas regulativas*, esto es, como reglas que obligarían al juez competente a imponer la sanción respectivamente prevista por ellas.¹³
- 8 En el desarrollo de una teoría de las normas para los sistemas de derecho penal, la historia del problema recién planteado es extraordinariamente intrincada. En la primera edición del primero de los cuatro tomos de su *Die Normen und ihre Übertretung*, aparecida en 1872, Binding definía lo que actualmente llamamos una “norma de sanción penal” —en su terminología: una “ley penal”— como un “imperativo” que tendría como destinatario al Estado, sobre el cual aquella impondría un respectivo “deber de castigar”.¹⁴ Ello se apoyaba en una muy convincente refutación tanto de la tesis según la cual una norma tal impondría deberes sobre quienes, por la vía de realizar su condición de aplicación, quedan expuestos a sufrir la correspondiente punición, por un lado, como de la tesis según la cual semejante norma impondría deberes a los jueces habilitados para materializar su consecuencia jurídica, por otro.¹⁵ Mas ya en la segunda edición del mismo tomo primero, que data de 1890, Binding renunciaba a esa conceptualización, reemplazándola por la tesis según la cual una “ley penal” no tendría el carácter de una *norma* capaz de fundamentar deber alguno, sino más bien el carácter de una “proposición jurídica afirmativa” cuya función sería reglar la relación que se generaría entre el Estado y el criminal como resultado de la transgresión, imputable a este, de una norma punitivamente reforzada.¹⁶
- 9 Siendo manifiesto que no se trata de una posibilidad teórica que haya estado a disposición de Binding, la reconstrucción más plausible de esa tesis consiste en interpretarla en el sentido de una caracterización de las normas de sanción penal como *reglas constitutivas*.¹⁷ El objetivo de la presente contribución es ofrecer una defensa detallada de esta última proposición, para así hacer explícitas las consecuencias que de ella se siguen para el entendimiento del principio de legalidad penal como una regla de clausura residual.

2 Las reglas que confieren poderes como reglas constitutivas

2.1 La concepción hohfeldiana de los poderes jurídicos

- 10 Para la indagación así proyectada, un punto de partida especialmente apto es provisto por Kurki, quien observa que la definición que Hohfeld ofreciera del término “poder” confiere a este una extensión considerablemente mayor que la que exhibe el término “competencia”, cuando este es usado para designar el tipo de posición jurídica correlativa a una sujeción.¹⁸ Aquí conviene citar a Hohfeld *in extenso*:

Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que no estén bajo el control volitivo de un ser humano (o varios seres humanos); o (2) de algún hecho o grupo de hechos

sobrevinientes que estén bajo el control volitivo de un ser humano (o varios seres humanos). En lo tocante a la segunda clase de casos, de la persona (o las personas) cuyo control volitivo es determinante puede decirse que tiene (o tienen) el poder (jurídico) para efectuar el particular cambio en las relaciones jurídicas que está involucrado en el problema.¹⁹

- 11 Para analizar las implicaciones de esta “explicación aproximada”,²⁰ Kurki se vale, entre otros, del ejemplo siguiente: un vagabundo podría perpetrar un delito para así lograr pasar la noche en la cárcel, en cuyo caso cabría decir que aquel ha ejercido un poder jurídico *à la* Hohfeld.²¹ Pues: “En la mayoría de los casos, un deber va acompañado de un poder-de-someterse-uno-mismo-a-sanciones-jurídicas-por-la-vía-de-actuar-en-infracción-del-deber y una correspondiente sujeción, como en el caso del vagabundo más arriba”.²²
- 12 En la terminología aquí favorecida, la observación de Kurki admite ser reformulada como sigue: al realizar —imputablemente— el supuesto de hecho de una norma de sanción penal, el autor del delito ejercería un poder jurídico, dado que la perpetración de ese delito lo sitúa en una posición de sujeción-al-castigo.²³ Esto se seguiría de la conjunción de las siguientes dos proposiciones. (1) Al perpetrar el delito, realizando el supuesto de hecho de la respectiva norma de sanción, el agente da lugar a una alteración de las posiciones que conforman una relación jurídica, que son (a) la inmunidad frente al castigo susceptible de ser impuesto con base en esa norma de sanción, en la que se encuentra toda persona que no perpetra un delito de esa especie, y (b) la inhabilidad correlativa que afecta al órgano o a los órganos estatales que, en caso contrario, detentarían el poder para materializar ese castigo. (2) Bajo las reglas de imputación que conforman un modelo de derecho penal sometido al principio de culpabilidad, la perpetración del delito, en cuanto desencadenante de la transformación recién descrita, queda definida como sometida al control volitivo del agente, puesto que en caso contrario la falta de imputabilidad del comportamiento delictivo al agente obstaría a la transformación de su posición de inmunidad en una posición de sujeción-al-castigo.
- 13 Esta reformulación de la tesis de Kurki tiene la ventaja de hacer transparente la irrelevancia de que, bajo esa misma tesis, cabe atribuir al hecho de que, en el ejemplo ya considerado, al perpetrar el delito el vagabundo *busque* ser encarcelado. Esto, porque uno de los rasgos más sobresalientes de la “explicación aproximativa” que Hohfeld nos brinda del concepto de poder jurídico, y que Kurki hace suya *tout court*, consiste precisamente en su prescindencia de toda referencia a intenciones, deseos o en general actitudes que pudiera acompañar el ejercicio de un poder, así entendido. De ahí que para sustentar la afirmación de que, en ese mismo caso, el vagabundo estaría ejerciendo un poder jurídico, sea impertinente la observación de que aquel aparecería aprovechándose “de una posibilidad para manipular la situación normativa de un modo favorable para él”.²⁴ Pues si el concepto de poder jurídico es definido en términos de la “explicación aproximada” ofrecida por Hohfeld, entonces todo autor de un delito ejercería, al perpetrarlo, un poder jurídico, por la sola circunstancia de que su perpetración se correspondería con la ejecución de un acto voluntario que resultaría en la supresión de una posición de inmunidad frente al castigo especificado por la norma de sanción que tipifica ese delito.

2.2 Las reconstrucciones actitudinalistas del concepto de poder jurídico

- 14 Una estrategia conocida para resistir la conclusión de que quien perpetra un delito ejercería, *eo ipso*, un poder jurídico consiste en impugnar la definición hohfeldiana de “poder”, reemplazándola por una definición más exigente. Las versiones más célebres de semejante estrategia se distinguen por incorporar, directa o indirectamente, un componente *actitudinal* en la caracterización de la clase de los actos en cuya ejecución consistiría el ejercicio de un poder jurídico.
- 15 Una apelación directa a un factor de índole actitudinal para definir el concepto de poder jurídico aparece en la propuesta de Halpin. Su punto de partida consiste en la observación, que él mismo califica como “banal”, de que para producir una modificación de una situación jurídica usualmente bastaría con dar lugar a que se satisfaga alguna condición instituida para ello, que se identificaría con la ocurrencia de un evento de cierta clase.²⁵ La pregunta que esto suscita, empero, sería la siguiente: ¿qué vuelve necesario identificar el cumplimiento de la respectiva condición, en determinados ámbitos, con el ejercicio de un poder jurídico?
- 16 Tras analizar posibilidades exploradas por otros teóricos, Halpin sostiene que una respuesta adecuada a esta última pregunta pasaría por la detección de la importancia que la noción de *decisión* tendría para el análisis del concepto de poder jurídico.²⁶ A este respecto, es importante tener en cuenta que una decisión no es otra cosa que la formación de una intención,²⁷ pues con ello se vuelve reconocible el componente actitudinal del concepto de poder, tal como este es analizado por Halpin. Así, lo definitorio de un poder jurídico sería que la condición de cuya satisfacción depende la modificación de una situación jurídica tendría que identificarse, estrictamente, con la decisión de una persona de producir esa misma modificación.²⁸ Esto bastaría para concluir que, en un caso como el del vagabundo, la perpetración del delito conducente a su encierro carcelario no conlleva el ejercicio de poder alguno. Pues si bien el vagabundo puede propiciar ser sometido a un encierro carcelario por la vía de perpetrar el delito en cuestión, no es la decisión de producir esa modificación de su situación jurídica lo que condicionaría la materialización de la sanción.²⁹
- 17 Como contrapartida, una apelación indirecta a las actitudes de quien puede ser titular de un poder jurídico aparece en las definiciones propuestas por MacCormick y Raz. Según MacCormick, “[un] poder es conferido por una regla cuando la regla contiene una condición que solo se ve satisfecha por un acto ejecutado con la intención (actual o imputada) de invocar la regla”.³⁰ Un primer aspecto relevante de esta definición consiste en que MacCormick se apoye en la noción de reglas que confieren poderes,³¹ lo cual justifica calificar su apelación a las actitudes de quien ejerce un poder como (solo) indirecta. Pero cabe destacar un segundo aspecto, consistente en que para que un acto sea interpretable como el ejercicio de un poder sería necesario que ese acto sea ejecutado con la *intención* de invocar la regla que lo confiere.³² Con todo, MacCormick se ve forzado a introducir una caracterización disyuntiva de la intención así exigida como “efectiva” o (meramente) “imputada”, para así evitar la conclusión de que, en casos en los cuales alguien se comporta de un modo que objetivamente justificaría atribuirle la intención de invocar la regla que confiere el poder, pero no habiéndose formado esa intención en lo absoluto, hubiera que negar el ejercicio del poder en cuestión.³³ La concesión es significativa, dado que por “intención (meramente) imputada”

MacCormick entiende, justamente, una intención que *no* necesitaría acompañar la ejecución del acto que se identifica con el ejercicio de un poder.

- 18 En lo aquí interesa inmediatamente, es claro que MacCormick puede sostener que, en el caso ya considerado, el vagabundo que perpetra un delito no ejercería un poder jurídico resultante en su sujeción al encierro carcelario. Esto, porque como condición de la modificación de su situación jurídica no cabría identificar la ejecución de una acción (real o siquiera “constructivamente”) acompañada de una intención de invocar la regla que conecta la perpetración del delito con esa consecuencia punitiva.³⁴
- 19 Por su parte, la propuesta de Raz también apela indirectamente, aunque en un sentido distinto, a las actitudes de quien ejerce un poder jurídico. En sus propias palabras:
- La solución de la dificultad yace no en la intención con la cual son ejecutados los actos de ejercicio de un poder, sino en las razones por las cuales ellos son reconocidos como efectuando un cambio jurídico. Una acción es el ejercicio de un poder jurídico solamente si una de las razones del derecho para reconocer que ella efectúa un cambio jurídico es que ella sea de un tipo tal que sea razonable esperar que acciones de ese tipo, si son reconocidas como teniendo ciertas consecuencias jurídicas, serán ejecutadas de manera estandarizada solo si la persona en cuestión quiere asegurar esas consecuencias jurídicas.³⁵
- 20 Raz piensa que, por esta vía, él estaría evitando hacer referencia a las intenciones del posible titular de un poder jurídico, al poner el foco, en cambio, en las *razones* en virtud de las cuales el correspondiente sistema jurídico reconocería eficacia transformativa a su ejercicio.³⁶ Pero al exigir que el tipo de acción instanciado a través del ejercicio de un poder cualquiera sea uno en relación con el cual razonablemente hubiera que esperar que sus instancias se identifiquen con acciones que, “de manera estándar”, sean ejecutadas por alguien que *quiere* producir el cambio jurídico en cuestión, Raz hace conceptualmente dependiente el reconocimiento de un poder de la actitud que acompañaría, característicamente, a su ejercicio. Y esto lo lleva a concluir que, en el caso del vagabundo que perpetra un delito para así condicionar su encierro carcelario, aquel no ejercería un poder jurídico. Pues el tipo de acción en cuya instanciación consista el delito así perpetrado no sería uno respecto del cual pueda razonablemente esperarse que las acciones que lo instancien sean ejecutadas, de manera estándar, con el propósito de dar lugar a un encierro carcelario.³⁷

2.3 Poderes jurídicos como posiciones instituidas por reglas constitutivas

- 21 El problema que enfrentan las versiones de una estrategia actitudinalista, precedentemente consideradas, consiste en que todas ellas confieren relevancia, sea directa o indirectamente, a un factor cuyo *locus* son los estados intencionales del agente que pudiera estar en situación de ejercer un poder jurídico. Esto conspira contra la homogeneidad categorial de las clases de posiciones jurídicas susceptibles de ser organizadas a través de un esquema conceptual como el propuesto por Hohfeld. Pues ninguna de las restantes siete clases de posiciones jurídicas “fundamentales” necesita ser definida de un modo que incluya una referencia a algún factor actitudinal.
- 22 La dificultad está condicionada, a lo menos en parte, por el tenor de la “explicación aproximada” del concepto de poder jurídico ofrecida por Hohfeld. El objetivo perseguido por quienes defienden una estrategia actitudinalista consiste, precisamente, en cualificar o rectificar la exigencia de que las circunstancias capaces de dar lugar a la

modificación de la respectiva situación jurídica queden sometidas al control volitivo de quien, en tal medida, contaría como titular de un poder. Una definición del concepto de poder así orientada trae consigo, sin embargo, el riesgo de hacer de este un concepto teóricamente trivial. Una muestra de ello la encontramos en la sugerencia de Kurki en cuanto a que quien se suicida también ejercería un poder jurídico, puesto que el suicidio sería “un acto volitivo que da lugar a muchos cambios en relaciones jurídicas”.

38

- 23 Para considerar más detenidamente el punto, podemos preguntarnos qué consecuencias se siguen de tomar al pie de la letra la “explicación aproximada” ofrecida por Hohfeld, como lo hace Kurki, en referencia a un caso como el siguiente:

A se aproxima hacia V con un cuchillo, con el cual se dispone a atacarlo. Para prevenir el inminente ataque potencialmente letal, V golpea la cabeza de A con un objeto contundente, aturdiéndolo.

- 24 El caso es paradigmático de una situación de legítima defensa. Aquí debería estar fuera de discusión, en primer lugar, que la agresión de A contra V da lugar a una modificación de las posiciones jurídicas de uno y otro: mientras V pasa a contar con un *permiso* o “privilegio” para lesionar defensivamente a A (en la medida en que ello sea racionalmente necesario como método de neutralizar la agresión), fundamentado por la norma permisiva de la legítima defensiva, A queda sometido a un *deber* de tolerar — esto es, de no impedir— el comportamiento defensivo de V, fundamentado por cualquiera que sea la norma prohibitiva que A contravendría al no abstenerse de impedir que V se defiende en su contra (en función de cuál sea el menoscabo que para V resultaría de una neutralización de su maniobra defensiva).³⁹ En segundo lugar, tendría que ser igualmente claro que el permiso de V y el deber de A *no* son correlativos, en razón de que la posición correlativa a un permiso solo puede ser un no-derecho, en tanto que la posición correlativa a un deber, un derecho. Ello es consistente con que el permiso de V y el deber de A sean posiciones fundamentadas por normas diferentes.⁴⁰
- 25 Pero Kurki tendría que sostener, además, que la agresión que A despliega contra V se correspondería con el ejercicio de un poder “hohfeldiando” por parte del primero. Por un lado, la agresión de A condiciona la generación tanto del *permiso* de V para lesionar defensivamente a A como del *deber* de A de tolerar la acción defensiva de V.⁴¹ Por otro lado, la agresión de A contra V aparece sometida al control voluntario del primero. La conjunción de las dos proposiciones anteriores tendría que ser suficiente, según la “explicación aproximativa” ofrecida por Hohfeld, para que A sea visto como dando lugar, a través del ejercicio de un poder jurídico, a la modificación de las posiciones jurídicas de A y V. Pero esta conclusión es problemática en grado sumo. Pues las normas que sirven de base a una y otra posición jurídica son, indudablemente, reglas regulativas, y no reglas constitutivas, como lo son, sin embargo, las reglas que confieren poderes.
- 26 En referencia a la norma permisiva de la legítima defensa, la cual fundamenta el permiso (o “privilegio”) del cual V pasa a ser titular ante la agresión atribuible a A, Kurki quizá podría argüir que esa norma tendría, al mismo tiempo, el carácter de una regla que confiere poderes. La tesis de que una misma norma jurídica podría, simultáneamente, imponer deberes y conferir poderes fue tempranamente defendida por MacCormick, según quien una y la misma norma podría ser entendida como una regla de uno u otro tipo, según cuál sea el agente desde cuyo punto de vista se la contemple.⁴² La crítica de la que fuera objeto este planteamiento,⁴³ sin embargo, llevó a

MacCormick a reconocer la importancia de no hacer colapsar la distinción entre una y otra clase de reglas, la cual resultaría imprescindible como herramienta de *individuación* de los componentes de todo sistema jurídico institucionalizado.⁴⁴

- 27 Con ello, tomar la “explicación aproximativa” ofrecida por Hohfeld al pie de la letra parece incompatible con mantener la distinción entre reglas regulativas que instituyen deberes y derechos, así como permisos y no-derechos, y reglas constitutivas que instituyen poderes y sujeciones, así como inhabilidades e inmunidades. Pues si tomamos esa explicación al pie de la letra, cada vez que una posición hohfeldiana de primer orden —como lo es un deber o un permiso— esté fundamentada por una regla regulativa cuya estructura sea la de una *norma condicional*, y siempre que el cumplimiento de la condición de aplicación de esa regla quede asociada a un evento cuyo acaecimiento se encuentre bajo el “control volitivo” de algún agente, tendríamos que concluir que esa regla será, al mismo tiempo, una regla que confiere poderes. Pero esta conclusión necesita ser resistida si advertimos, con Arriagada, que el esquema conceptual de Hohfeld *presupone* la distinción ente reglas regulativas y reglas constitutivas, precisamente porque de ella depende la relación de independencia lógica existente entre las clases de posiciones de primer orden y de segundo orden.⁴⁵
- 28 De ahí que difícilmente sea casualidad que, analizando un caso hipotético suficientemente próximo al ejemplo de una situación de legítima defensa, Hohfeld diera cuenta de la transformación de las posiciones jurídicas involucradas sin tematizar el posible ejercicio de un poder jurídico por parte del respectivo agresor:
- Si, por ejemplo, R amenaza a X con un daño corporal, el derecho de R a que X no lo golpee resulta así extinguido, y un no-derecho de R lo sustituye; o, correlativamente, en semejante contingencia, el deber de X hacia R se extingue, y X adquiere un privilegio de defensa propia contra R.⁴⁶
- 29 Más allá de que aquí Hohfeld parezca estar considerando la legítima defensa como una categoría de derecho privado, es crucial que él no sugiera en lo absoluto que la transformación de las posiciones jurídicas de R y X resultaría del ejercicio de un poder que hubiera de ser reconocido a R *qua* agresor. Por eso, no basta con conceder, como lo hace Kurki, que “Hohfeld [...] quizá se haya representado una concepción más limitada [de lo que es un poder] que la que su enfoque abarca”.⁴⁷ Dado que ese enfoque presupone la distinción que se ve puesta en cuestión por la interpretación literal del pasaje en el que Hohfeld nos brinda su “explicación aproximativa” de la noción de poder jurídico, parece más prudente asumir que esa explicación resulta ser sobreincluyente, quedando así necesitada de una corrección restrictiva que haga posible preservar la coherencia interna del aparato conceptual hohfeldiano.

2.4 Las reglas que confieren poderes como especie del género de las reglas constitutivas

- 30 El camino mejor aspectado para resistir el colapso de la distinción entre reglas regulativas, capaces de fundamentar deberes o permisos, y reglas constitutivas, un subconjunto de las cuales se distingue por instituir poderes o inhabilidades, ya fue anticipado. Ello pasa por asumir una estrategia no-reduccionista para la *individuación* de reglas, tal como ella fuera delineada por Hart al articular su tesis acerca de la “unión de reglas primarias y secundarias” como “la clave de la ciencia de la jurisprudencia”.⁴⁸

31 Hart inequívocamente sugiere que la distinción entre reglas primarias de obligación, por un lado, y reglas secundarias de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, por otro, tendría que ser entendida como una cualificación de la distinción más básica entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes, respectivamente.⁴⁹ Pero ello no implica que cada regla que pertenezca a alguna de las tres subclases de reglas secundarias tenga, *aisladamente considerada*, el carácter de una regla que confiere poderes. Antes bien, y tal como Hart lo hace explícito al perfilar esas tres subclases como los “remedios” para las tres deficiencias que exhibiría todo sistema de reglas de obligación todavía no institucionalizado —a saber: la incertidumbre acerca de cuáles son las reglas que pertenecen a ese sistema, el carácter estático de este, y el carácter difuso de la presión social que pudiera ser ejercida en pos de la conformidad con ellas—, las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación no admiten ser reducidas, simplistamente, a una sola categoría de reglas:

El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma máximamente simple de estructura social consiste en complementar las reglas *primarias* de obligación con reglas *secundarias*, que son reglas de un género diferente. [...] A pesar de que los remedios consisten en la introducción de reglas que ciertamente son diferentes entre sí, así como de las reglas primarias de obligación que ellas complementan, ellas tienen importantes rasgos en común y están conectadas de diversas maneras. [...] Ellas especifican las maneras en las cuales las reglas primarias pueden ser concluyentemente identificadas, introducidas, eliminadas, modificadas, y el hecho de su contravención concluyentemente determinado.⁵⁰

32 De este pasaje cabe extraer las siguientes tres afirmaciones, explícitamente hechas por Hart: (1) las reglas secundarias son “de un género diferente” del de las reglas primarias; (2) las tres subclases de reglas secundarias son “ciertamente diferentes unas de otras”; y (3) las reglas secundarias tienen en común, a lo menos, “especificar” posibilidades de acción referidas a la identificación y a la creación o eliminación de reglas primarias, y a la comprobación de su eventual transgresión.⁵¹

33 Esto es consistente con que, en su caracterización preliminar de las reglas que confieren poderes, tanto privados como públicos, Hart subraye la diversidad funcional de las reglas así etiquetadas, que por ello admitirían ser organizadas en géneros distintos. Así, tratándose de las reglas que confieren poderes a “individuos privados” para celebrar contratos y ejecutar otros actos jurídicos, tendríamos que diferenciar, mínimamente, reglas relativas a la capacidad o “cualificación personal mínima” para su ejercicio; reglas que definen la manera y la forma en que el respectivo poder ha de ser ejercido; y reglas que delimitan la variedad, y eventualmente la extensión temporal máxima o mínima, de “la estructura de derechos y deberes” susceptible de ser así generada.⁵² Tratándose de reglas que instituyen poderes judiciales, sería procedente una diferenciación similar, a saber: entre reglas que especifican la materia y el alcance de la respectiva potestad jurisdiccional; reglas que especifican la forma de designación de jueces, las cualificaciones que estos deben satisfacer, así como los respectivos rangos asociados a su investidura; y reglas que fijan parámetros para el ejercicio de semejante potestad y determinan el procedimiento que necesita ser seguido en el desarrollo de un proceso, de cuya satisfacción dependería la validez de la respectiva decisión judicial.⁵³ Y la diversidad de clases de reglas involucradas sería aún mayor en el caso de aquellas que confieren potestades legislativas.⁵⁴

- 34 Lo anterior hace posible enunciar, con mayor precisión, las siguientes dos tesis: (1) la caracterización de un conjunto de reglas como reglas que confieren poderes tiene que ser entendida como una caracterización *global*, en cuanto referida a la función conjuntamente desempeñada por las reglas así caracterizadas, sin que ello implique que cada una de las reglas que pertenecen al respectivo conjunto, tomada como una entidad discreta, haya de ser caracterizada como una regla que confiere poderes; y (2) la propiedad *individualmente* exhibida por cada una de las reglas pertenecientes a un conjunto de reglas que confieren poderes consiste en la propiedad de ser una regla constitutiva.
- 35 Hart nos brinda varios puntos de apoyo textual para esta última proposición. Así por ejemplo, al notar que sería perfectamente concebible que las reglas que confieren poderes judiciales se vean complementadas por reglas que obliguen a los jueces a comportarse de cierta manera, él observa que estas últimas reglas, capaces de fundamentar los correspondientes deberes judiciales, serían “adicionales” a las primeras, lo cual sería un reflejo de que las primeras definan “las condiciones y los límites bajo los cuales las decisiones del tribunal habrán de ser válidas”.⁵⁵ Por otro lado, y en referencia a las reglas que instituyen poderes legislativos, Hart sugiere que la satisfacción de las condiciones fijadas por ellas podría asimilarse a una “jugada” en un juego como el ajedrez, en el sentido de que de ello se seguirían “consecuencias definibles en términos de las reglas”.⁵⁶ Y es todavía más significativo que, en el contexto de su célebre crítica del modelo del soberano y del súbdito articulado por Austin, Hart sostenga que las reglas que fijan condiciones para la celebración de una elección, o para la producción y aprobación de una ley, serían “*constitutivas del soberano*”.⁵⁷

3 Las normas de sanción penal como reglas constitutivas

3.1 Las normas de sanción penal como reglas de adjudicación

- 36 Ahora podemos poner nuestra atención en el subconjunto de reglas secundarias que Hart denomina “reglas de adjudicación”. Estas pueden ser caracterizadas como reglas constitutivas que especifican las condiciones, la forma y las consecuencias de la aplicación y la imposición institucionalizadas de las reglas que conforman el respectivo sistema jurídico.⁵⁸ Y a pesar de que el punto suele ser soslayado en la interpretación de los planteamientos de Hart, este explícitamente afirma la pertenencia de las normas de sanción penal a ese subconjunto de reglas secundarias. En efecto, *dice* Hart:
- En su mayor parte, y después de alguna dilación, los sistemas han visto las ventajas de una ulterior centralización de la presión social; y han parcialmente proscrito el uso de castigos físicos o de autotutela violenta por parte de individuos privados. En reemplazo de esto, ellos han complementado las reglas primarias de obligación a través de *ulteriores reglas secundarias* que especifican o a lo menos limitan las penas asociadas a su contravención, y han conferido a los jueces, una vez que estos han constatado el hecho de tal contravención, el poder exclusivo para dirigir la aplicación de penas por parte de otros funcionarios. Estas reglas secundarias proveen las “sanciones” oficiales centralizadas del sistema.⁵⁹
- 37 Este pasaje es decisivo para sustentar la caracterización de las normas de sanción penal como reglas constitutivas, y más precisamente: como reglas secundarias de adjudicación.⁶⁰

- 38 Aquí puede ser conveniente proveernos de una definición más precisa del concepto de regla constitutiva, como lo es, entre otras, la ofrecida por Vilajosana. Si, en la terminología introducida por A&B, se asume que una regla regulativa (condicional) consiste en la correlación de un caso genérico con alguna solución normativa,⁶¹ entonces podemos decir, por vía de contraste, que una regla constitutiva consiste en la correlación de “un caso genérico con otro caso genérico”.⁶² Esto se ajusta a la formulación canónica que, según Searle, sería distintiva de una regla constitutiva, correspondiente a una oración del tipo “X cuenta como Y en (el contexto) C”.⁶³ Haciendo uso de la conceptualización propuesta por Vilajosana, ello podría traducirse como sigue: dado el contexto C, el caso genérico X cuenta como el caso genérico Y. Veamos ahora cómo esto nos deja en posición de categorizar las normas de sanción penal como reglas constitutivas.⁶⁴
- 39 Tomemos como ejemplo la norma de sanción penal enunciada en el N° 2 del art. 391 del Código Penal chileno (“CPch”), que tipifica el denominado “homicidio simple” y puede ser reformulada como sigue: “en un contexto cualquiera, quien mate a otro ser humano cuenta como punible con presidio de 10 años y un día a 15 años”.⁶⁵ De acuerdo con esta formulación, la norma de sanción expresada en el N° 2 del art. 391 del CPch correlaciona el caso genérico consistente en matar a otro ser humano con el caso genérico consistente en ser punible con presidio de 10 años y un día a 15 años. ¿Pero cuál es la propiedad definitoria de este último caso genérico? La respuesta es: la propiedad (disposicional) consistente en ser *pasible de ser sancionado* con presidio de 10 años y un día a 15 años.
- 40 Pero es crucial tomar nota de que una norma de sanción como la enunciada en el art. 391 N° 2 del CPch no es autosuficiente para la determinación de las condiciones de cuya satisfacción conjunta depende que alguien quede (jurídicamente) expuesto a padecer la imposición de la sanción correspondiente, así como tampoco para fijar la pena que en concreto pueda terminar siendo impuesta sobre quien sea declarado autor de un homicidio. En cuanto a lo primero, basta con observar que, para que la realización de la descripción “matar a otro ser humano” lleve a que una persona quede expuesta a la imposición de una sanción, es necesario que una particular instancia de realización de esa descripción sea *atribuible* a la persona en cuestión, de acuerdo con los criterios fijados por las correspondientes reglas de imputación.⁶⁶ En cuanto a lo segundo, es claro que una consecuencia jurídica especificada como “presidio de 10 años y un día a 15 años” no es más que un *marco* de penalidad a partir del cual el tribunal competente habrá de individualizar la pena que habrá de ser impuesta. Para esto último, el tribunal normalmente tendrá que dar aplicación a criterios establecidos por un conjunto de reglas de determinación de la pena. Con ello, tanto las reglas de imputación como las reglas de determinación de la pena complementan funcionalmente a la respectiva norma de sanción en cuanto regla constitutiva.⁶⁷

3.2 Las normas de sanción penal como reglas que instituyen sujeciones (y poderes correlativos)

- 41 Según lo ya sostenido, la aplicabilidad de una norma de sanción penal cualquiera consiste en que quien ha realizado (imputablemente) su supuesto de hecho pase a ocupar una determinada posición institucional, consistente en quedar expuesto a —en el sentido de ser pasible de— la imposición de una sanción penal de cierta índole. En

terminología hohfeldiana, esa posición se corresponde con una *sujeción*, cuya posición correlativa tiene que ser un *poder*.⁶⁸ Ello se adecua óptimamente a la caracterización que Hart ofrece de las normas de sanción como reglas secundarias de adjudicación, esto es, como reglas “que especifican o a lo menos limitan las sanciones por la transgresión” de las reglas de obligación que aquellas refuerzan.⁶⁹ Esto quiere decir, más precisamente, que las normas de sanción institucionalizan el despliegue centralizado de presión a favor de la conformidad con las reglas que imponen deberes. Individualmente considerada, cada norma de sanción penal no es sino una regla constitutiva que, al correlacionar la realización de un supuesto de hecho con la imposición de una pena, instituye —en palabras de Binding— una “equivalencia punitiva”.⁷⁰

- 42 La ulterior clarificación de esta tesis pasa crucialmente por dos puntos: (1) la relación en que se encuentran las normas de sanción penal respecto de otras reglas secundarias de adjudicación que asimismo inciden en la fundamentación de poderes punitivos; y (2) la relación en la cual se encuentran las primeras respecto de un particular subconjunto de reglas de obligación, cuya función consiste en regular el ejercicio de los poderes instituidos por la generalidad de las reglas de adjudicación.
- 43 En lo tocante al primer problema, cabe recordar la observación de Hart en cuanto a que la especificación de las sanciones susceptibles de ser impuestas sobre quienes transgreden alguna regla de obligación punitivamente reforzada normalmente irá acompañada de una atribución a los órganos judiciales del “poder exclusivo para dirigir la aplicación de penas por otros funcionarios”.⁷¹ El sentido de la diferenciación así sugerida se deja captar sin dificultades si la entendemos como una implicación de la tesis de que, aunque en general las reglas secundarias de adjudicación pueden ser globalmente caracterizadas reglas que confieren poderes, de ello no se sigue que cada una de las reglas así clasificadas, cuando se la considera individualmente, admita ser caracterizada como una regla que confiere poderes.⁷² Con ello, la potestad judicial a través de cuyo ejercicio puede llegar a ser impuesta una pena con base en una norma de sanción penal no puede ser identificada, *stricto sensu*, con el poder punitivo que esta norma contribuye a instituir.⁷³ Esa potestad judicial consiste, más bien, en un poder de decisión a través de cuyo ejercicio es ejercido el respectivo poder punitivo, siempre que la sentencia pronunciada en ejercicio de ese poder de decisión resulta ser *condenatoria*.⁷⁴
- 44 Este anclaje (contingente) del ejercicio del poder de imponer una pena al ejercicio de un poder de decisión conferido a un tribunal es lo que usualmente se tematiza como la dimensión orgánica del principio de “jurisdiccionalidad penal”, entendida como una “reserva de jurisdicción en materia penal”.⁷⁵ Que ese mismo poder de decisión puede ser ejercido sin que ello lleve aparejado el ejercicio de poder punitivo alguno, lo vuelve manifiesto la posibilidad de que la sentencia dictada por el tribunal competente sea absolutoria. Y nótese que la posición institucional ocupada por el respectivo órgano judicial se encontrará determinada por otras reglas de adjudicación à la Hart, distintas de aquellas que establecen poderes punitivos, y cuya función es instituir a un grupo de funcionarios como *competentes* para el pronunciamiento de sentencias a través de las cuales pueden ser aplicadas, eventualmente y entre otras, una o más de esas normas de sanción penal.⁷⁶
- 45 Cabe apuntar, con todo, que para que una persona llegue a exhibir el estatus institucional de condenado no es necesario que ella haya efectivamente ocupado la posición de sujeción en la que, bajo la correspondiente norma de sanción, se encuentra

quien realiza (imputablemente) su supuesto de hecho. Uno y otro estatus son lógicamente independientes entre sí, precisamente porque es posible que una pena llegue a ser (válidamente) impuesta sobre quien *no* ha delinquido. En este último caso, la respectiva norma de sanción habrá sido *erróneamente* aplicada,⁷⁷ esto es, *erróneamente* identificada como premisa para la decisión de condena.

- 46 Que la posición de quien realiza (imputablemente) el supuesto de hecho de una norma de sanción penal es una posición de sujeción *à la* Hohfeld, se muestra en que estar expuesto a ser penado equivale a estar expuesto a padecer la modificación de una o más posiciones deónticas incidentales a la ejecución de la sanción impuesta a través de la respectiva sentencia condenatoria. En efecto, es definitorio de una sentencia penalmente condenatoria que ella resulte en la imposición de un deber de hacer o no hacer algo sobre el condenado. Bajo un régimen de derecho penal público, ese deber tendrá como correlato un correspondiente derecho (en el sentido de “pretensión”) del Estado, cuyo cumplimiento se corresponderá con la materialización de la sanción impuesta, a saber y por ejemplo: el deber de poner una determinada suma de dinero a disposición del Estado, a través de lo cual se vea ejecutada una pena de multa, o el deber de tolerar un encierro carcelario por un determinado lapso, a través de lo cual se vea ejecutada una pena privativa de libertad.⁷⁸
- 47 Así entendida, una norma de sanción penal no hace más que especificar el *contenido* de una decisión a través de la cual el órgano judicial habilitado para ello puede imponer una pena sobre una persona, que habrá de ser materializada por los funcionarios habilitados para intervenir en su ejecución. Y es el poder para imponer la correspondiente sanción lo que, en sentido estricto, admite ser identificado con el poder punitivo ejercido por el Estado contra quien es (declarado) culpable de haber delinquido.
- 48 Lo anterior nos lleva directamente al segundo de los dos problemas precedentemente enunciados: ¿en qué sentido cabe decir que un tribunal *aplica* una norma de sanción penal cuando pronuncia la sentencia que impone una determinada pena sobre quien resulta condenado? La naturaleza constitutiva de esa norma *qua* regla secundaria de adjudicación excluye la posibilidad de afirmar que ella operaría, al mismo tiempo, como una regla regulativa para el o los jueces competentes para su aplicación.⁷⁹ Según ya se anticipara, ello fue claramente advertido por Binding,⁸⁰ cuyo planteamiento a este respecto puede ser reformulado, sin distorsión, como sigue: cada “ley penal” se presenta como una regla que fija un parámetro para la correspondiente decisión judicial, pero que no impone deber alguno. Esta descripción resulta suficientemente próxima a la ofrecida por Hart respecto de las reglas que confieren poderes: “Ellas se parecen más a *instrucciones* acerca de cómo producir ciertos resultados que a imposiciones preceptivas de un deber”.⁸¹
- 49 Que el juez (o cada miembro del correspondiente tribunal colegiado) competente se encuentre obligado a adecuar su decisión al parámetro que provee la respectiva norma de sanción en cuanto regla (constitutiva) de adjudicación —esto es, en cuanto regla “de decisión”—, dependerá, contingentemente, de que al sistema jurídico de referencia asimismo pertenezca una regla que imponga un deber semejante. Pues respecto de las normas de sanción penal vale lo que Hart predica de la generalidad de las reglas de adjudicación:

Como las otras reglas secundarias, [aquellas] están en un nivel distinto del de las reglas primarias: aunque ellas pueden ser reforzadas por ulteriores reglas que

impongan deberes de juzgar sobre los jueces, ellas no imponen deberes, sino que confieren poderes judiciales.⁸²

- 50 Son justamente esas eventuales “ulteriores reglas que imponen deberes de adjudicar a los jueces” las reglas regulativas que pueden obligar a quienes son competentes para dar aplicación a las normas de sanción penal a que ajusten el contenido de sus decisiones autoritativas a esas mismas normas. Y cuando una regla regulativa de esta clase se encuentra, a su vez, reforzada por alguna norma de sanción penal, un funcionario judicial culpable de su transgresión puede resultar punible como autor de un delito de prevaricación.⁸³

3.3 ¿Las normas de sanción penal como reglas que instituyen “poderes delictivos”?

- 51 Con ello cabe dar por concluida la argumentación a favor de la caracterización de las normas de sanción penal como reglas constitutivas que instituyen sujeciones-al-castigo y poderes punitivos correlativos a ellas. Pero ahora parece oportuno volver sobre la pregunta que motivó la indagación en la naturaleza de las reglas que confieren poderes: ¿tiene sentido sostener que quien perpetra un delito ejerce, por esa vía, un poder jurídico para dar lugar a su propia sujeción-al-castigo y del correlativo poder punitivo?
- 52 En cuanto reglas constitutivas condicionalmente estructuradas, las normas de sanción penal correlacionan un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, abstractamente determinada. Que la realización de su respectivo supuesto de hecho sea una condición necesaria, mas no suficiente, para que se constituya la sujeción-al-castigo y el correlativo poder punitivo, no implica que quien realiza su supuesto de hecho ejerza, *eo ipso*, un poder jurídico. De lo contrario, y como ya se mostrara, tendríamos que estar dispuestos a concluir que toda norma jurídica condicionalmente estructurada, cuya condición de aplicabilidad (interna) pueda verse satisfecha como resultado del comportamiento “voluntario” de un agente, exhibiría el estatus de una regla que confiere poderes. Y esto equivaldría a hacer colapsar la distinción misma entre reglas regulativas y reglas constitutivas, que es un presupuesto, empero, de la diferenciación de posiciones jurídicas de deber, derecho, permiso y no-derecho, por un lado, y posiciones jurídicas de poder, sujeción, inmunidad e inhabilidad, por otro.⁸⁴
- 53 Lo anterior no impide constatar, con todo, que hay un sentido en el cual sí cabe hablar de un “poder para delinquir” como estatus atribuido a una persona. Para captar el punto, es imprescindible insistir en que la realización del supuesto de una norma de sanción penal no es condición suficiente para que se genere una sujeción-al-castigo para la persona respectiva. Pues según ya se sugiriera, para ello es igualmente necesario que la realización del supuesto de hecho sea *imputable* a la persona de cuya posible sujeción-al-castigo se trata. De ahí que sean las reglas de imputación que complementan el respectivo conjunto de normas de sanción penal las que confieren esa especie de poder jurídico que podemos denominar “capacidad delictiva”.⁸⁵ Y a su respecto, la incidencia de las normas de sanción penal se reduce a la de especificar las formas de comportamiento a las que puede quedar referido el ejercicio de esa capacidad.⁸⁶
- 54 Como tendría que ser obvio, que al realizar *imputablemente* el supuesto de hecho de una norma de sanción penal el perpetrador del delito respectivo aparezca ejerciendo un poder jurídico (identificado con su capacidad delictiva), deja intacta la circunstancia de

que, al realizar ese supuesto de hecho, él al mismo tiempo infrinja un deber, a saber: el deber fundamentado por la regla regulativa punitivamente reforzada por la correspondiente norma de sanción. Que el ejercicio de un poder, conferido por el respectivo conjunto de reglas de imputación, pueda ser coextensivo con la infracción de un deber, fundamentado por la regla regulativa por cuyo quebrantamiento una persona puede ser penada con base en la correspondiente norma de sanción, no debería generar perplejidad alguna, si advertimos la relación de independencia lógica en la que se encuentran las reglas de una y otra clase.⁸⁷

4 El principio de legalidad penal como regla de clausura

4.1 La exigencia de homogeneidad categorial

- 55 La clarificación del estatus de las normas de sanción penal como reglas constitutivas que instituyen sujeciones-al-castigo y poderes punitivos correlativos nos deja en condiciones de volver sobre el problema planteado al comienzo, consistente en determinar el sentido preciso en el cual cabría atribuir al principio de legalidad penal la función de una regla de clausura residual (“RdCR”).
- 56 Al llamar nuestra atención sobre el más bien exiguo interés teórico desarrollado en torno a la pregunta por la posible clausura de los sistemas de “normas jurídicas de competencia”, Arriagada sostiene que tendería a prevalecer la tesis de que ellos tendrían, generalizadamente, el carácter de sistemas cerrados. Esto descansaría en que entre los elementos que los componen normalmente figuraría una RdCR cuya formulación rezaría como sigue: “todos los actos de las autoridades normativas que no han sido explícitamente permitidos por una autoridad normativa superior están prohibidos”.⁸⁸ Arriagada denuncia la inadecuación de semejante regla como posible RdCR para un sistema cualquiera de normas de competencia, precisamente porque una regla así formulada *no podría* cerrar un sistema de normas de competencia. Pues una RdCR así formulada tiene el carácter de una regla regulativa, en cuanto califica deónticamente, como prohibida, toda acción normativa no calificada como permitida por alguna otra regla del mismo sistema, en circunstancias de que una regla capaz de clausurar un sistema de normas de competencia necesitaría exhibir el carácter de una norma de competencia.⁸⁹
- 57 Esta última proposición admite ser entendida como la implicación de una tesis más general, según la cual las reglas del sistema clausurado y la respectiva RdCR necesitan ser *categorialmente homogéneas*: una regla capaz de clausurar un sistema de reglas cualquiera necesita ser *del mismo tipo* que las reglas que conforman el sistema por ella clausurado.
- 58 La fundamentación de la tesis así enunciada puede obtenerse de la generalización del hallazgo de A&B en cuanto al carácter relacional del concepto de un sistema normativo cerrado,⁹⁰ que en una de sus dos dimensiones concierne al respectivo universo de soluciones. Si recordamos ahora que, según la definición ya considerada, las reglas constitutivas correlacionan casos genéricos con casos genéricos,⁹¹ tendría que ser claro que, para que una regla pueda servir como RdCR para un sistema de reglas constitutivas, ella tiene que especificar un caso genérico que cuente como el caso genérico “residualmente correlacionado” con todo caso genérico que no se encuentre

correlacionado con algún otro caso genérico por alguna de las reglas constitutivas pertenecientes al sistema de referencia.⁹²

- 59 Si nos preguntamos qué se sigue de la exigencia de homogeneidad categorial en referencia a sistemas de reglas constitutivas que instituyen poderes y sujeciones,⁹³ como lo son las normas de sanción penal, la respuesta es la siguiente: una RdCR capaz de volver cerrado un sistema de reglas de esa clase, en relación con un determinado universo de casos genéricos, tendría que consistir o bien en una regla que instituya algún poder y una sujeción correlativa, o bien en una regla que instituya alguna inhabilidad y una inmunidad correlativa.

4.2 ¿Necesaria completitud de todo sistema normativo “hohfeldiano”?

- 60 En el último tiempo se ha vuelto reconocible una toma de consciencia acerca del problema de la clausura de lo que Biasetti denomina “sistemas normativos hohfeldianos”,⁹⁴ y que se suscita por la *recursividad* que exhibiría la generación de las posiciones de poder, sujeción, inhabilidad o inmunidad.
- 61 Biasetti analiza el problema a partir de la constatación de que la relación en la cual se encuentran las díadas de posiciones normativas que Hohfeld tematiza como “opuestas” —deber y permiso, derecho y no-derecho, poder e inhabilidad, sujeción e inmunidad— es, en términos lógicos, una relación de *oposición contradictoria*,⁹⁵ lo cual equivaldría a decir: una relación que asume la forma de una disyunción excluyente.⁹⁶ Así, si pensamos en la relación en la que podrían encontrarse las personas P_1 y P_2 respecto de una posible acción φ , a través de la cual P_1 pudiera producir una transformación de alguna posición jurídica de P_2 , cabe sostener que o bien P_1 tiene un poder para φ frente a P_2 , o bien P_1 tiene una inhabilidad para φ frente a P_2 : *tertium non datur*.
- 62 A partir de esta premisa, Biasetti concluye que los sistemas normativos hohfeldianos se distinguirían no solo por la posibilidad de ser incoherentes —esto es, de contener antinomias—, sino también por ser necesariamente “completos”. En la medida en que las posiciones caracterizadas como opuestas lo son en el sentido de una oposición contradictoria, de ello se seguiría, volviendo a nuestro ejemplo, que el sistema jurídico respectivo necesariamente contendrá o bien una regla que instituya un poder de P_1 para φ frente a P_2 , o bien una regla que instituya una inhabilidad de P_1 para φ frente a P_2 . Y una vez que se asume que todo sistema normativo hohfeldiano también sería completo en el nivel de sus reglas que confieren poderes o imponen inhabilidades, habría que concluir que un sistema tal será —en la terminología de Biasetti— “necesariamente no-cerrado”, lo cual significa: que el conjunto de posiciones normativas instituidas por el respectivo sistema jurídico sería necesariamente infinito.⁹⁷
- 63 (Para prevenir una posible confusión terminológica, nótese que el sentido en que Biasetti emplea el adjetivo “no-cerrado”, en referencia a un sistema normativo cualquiera, no es equivalente al sentido en el cual, en la senda de A&B, habría que usar esa expresión. Pues según A&B, decir que un sistema normativo es “cerrado” equivale a decir que es “necesariamente completo”,⁹⁸ en tanto que para Biasetti el carácter “no-cerrado” de un sistema normativo consistiría en el hecho de que las posiciones fundamentadas por las reglas que lo componen sean infinitas, lo cual sería compatible

con —en cuanto implicado por— el hecho de que ese mismo sistema sea necesariamente completo.)

- 64 La explicación que Biasetti ofrece para afirmar el carácter necesariamente infinito del conjunto de posiciones instituidas por todo sistema normativo hohfeldiano descansa en el hallazgo de la *recursividad* de la generación de las correspondientes posiciones de segundo orden. Para todo par de posiciones normativas de primer orden —pensemos en un deber y el derecho correlativo a este—, valdría lo siguiente: o bien a lo menos un individuo tiene un poder para alterar ese deber, y así también un poder para alterar el derecho correlativo, en cuyo caso el portador del deber y el titular del derecho ocuparán sendas posiciones de sujeción, correlativas a esos poderes; o bien a lo menos un individuo tiene una inhabilidad para alterar ese deber, y así también una inhabilidad para alterar el derecho correlativo, en cuyo caso el portador del deber y el titular del derecho ocuparán sendas posiciones de inmunidad, correlativas a esas inhabilidades. Con ello, si en el primer nivel encontráramos dos posiciones —un deber y un derecho—, en el segundo nivel encontraremos cuatro posiciones —o bien dos poderes y dos sujeciones, o bien dos inhabilidades y dos inmunidades—, en términos tales que la progresión geométrica se extendería infinitamente, dada la completitud predicada del correspondiente sistema de normas.
- 65 Asumiendo la tesis de la recursividad *ad infinitum* de las posiciones fundamentadas por las reglas que componen cualquier sistema normativo hohfeldiano, que llevaría a la descripción de tal sistema como un “árbol recursivo”, Kurki ha observado lo siguiente: “Salvo quizá en sistemas normativos extremadamente raros, en cualquier árbol recursivo hohfeldiano siempre hay un número limitado de poderes y un número ilimitado de inhabilidades”.⁹⁹ Sin embargo, esta observación no es más que una generalización de una *proposición normativa* a través de la cual podríamos describir el contenido de la RdCR que, según Arriagada, tendería a ser postulada por los teóricos y dogmáticos del derecho público. Esa RdCR podría ser formulada como sigue: “todo individuo cuyo estatus normativo no está expresamente sujeto a la competencia de una autoridad constituida por la autoridad constituyente, tiene una inmunidad frente a la autoridad constituida”.¹⁰⁰
- 66 Como sostiene Arriagada, adaptando para ello el análisis que A&B hicieran del así llamado “principio de prohibición”,¹⁰¹ la pertenencia de semejante RdCR al respectivo sistema normativo solo puede ser contingente. Pues del hecho de que una persona se encuentre, verbigracia, en una posición de inmunidad “en sentido débil” no se sigue que ella se encuentre en una posición de inmunidad en “sentido fuerte”: mientras para lo primero es suficiente que al respectivo sistema normativo *no pertenezca* regla alguna que confiera un poder que sería correlativo a la sujeción en cuya inexistencia consista la correspondiente inmunidad, para lo segundo es necesario que al sistema normativo en cuestión *pertenezca* una regla que instituya la correspondiente inmunidad.¹⁰²
- 67 Esto basta para desactivar la premisa que lleva a Biasetti a afirmar el carácter necesariamente completo de todo sistema normativo hohfeldiano. Del hecho de que la relación en que se encuentran dos posiciones jurídicas opuestas a la Hohfeld sea una de oposición contradictoria, en efecto se sigue que si P_1 no tiene un poder para φ frente a P_2 , entonces P_1 tiene una inhabilidad para φ frente a P_2 . Pero ello no implica que al respectivo sistema normativo pertenezca una regla que instituya esa inhabilidad de P_1 y la correlativa inmunidad de P_2 .¹⁰³ Biasetti pasa por alto la necesidad de distinguir entre *normas* (o reglas), por un lado, y *proposiciones normativas*, por otro.¹⁰⁴ Una vez que

disponemos de esta distinción, podemos llegar a la conclusión de que, eventualmente, P_2 cuenta con una inmunidad respecto de φ frente a P_1 , sin que esto implique que esa relación tenga como fundamento una regla que instituya la inmunidad en cuestión. Ese será el caso, precisamente, cuando la inmunidad y su inhabilidad correlativa tengan el carácter de posiciones “débiles” (y no de posiciones “fuertes”), lo cual por definición implicará que el sistema normativo en cuestión no sea completo en relación con el respectivo universo de casos. Ello basta para concluir que ese mismo sistema normativo no contará como cerrado.

4.3 El principio de legalidad penal como meta-regla constitutiva

- 68 Ya nos encontramos en condiciones de cerrar la presente indagación, hilvanando los resultados obtenidos a lo largo de las secciones precedentes. El esclarecimiento del estatus de las normas de sanción penal como reglas constitutivas deviene fundamental una vez que advertimos que, para que una regla funcione como RdCR para un sistema de normas de sanción penal, esa regla necesita ser categorialmente homogénea respecto de las reglas que conforman ese sistema. De acuerdo con esto, si las normas de sanción penal tienen el carácter de reglas constitutivas que instituyen sujeciones-al-castigo y poderes punitivos correlativos, como RdCR para un sistema de normas de sanción penal solo podrá ser identificada una regla asimismo constitutiva que instituya, “residualmente”, o bien una sujeción-al-castigo y así correlativamente un poder punitivo, o bien una inmunidad-al-castigo y así correlativamente una inhabilidad punitiva, en referencia a toda forma de comportamiento que no se ajuste al supuesto de hecho de a lo menos una de las normas de sanción pertenecientes al sistema así clausurado.
- 69 Asimismo, se ha mostrado la necesidad de distinguir, también en el nivel de las posiciones “hoffeldianas” de segundo orden, entre posiciones “fuertes” y posiciones “débiles”, esto es, posiciones fundamentadas por reglas pertenecientes al sistema normativo de referencia, por un lado, y posiciones resultantes de que ese mismo sistema no contenga reglas que fundamenten las respectivas posiciones contradictoriamente opuestas, por otro. Esto lleva a rechazar la tesis de la necesaria completitud de los sistemas normativos cuya estructura se deja reconstruir a través del instrumental teórico delineado por Hohfeld, en razón de que esa tesis no es más que el resultado de no distinguir entre normas y proposiciones normativas.
- 70 Con esto quedamos en posición de establecer lo siguiente: a diferencia de lo sostenido por A&B, el principio de legalidad penal no tiene el carácter de una RdCR de sistemas de reglas regulativas, sino de sistemas de reglas constitutivas. Esa RdCR determina que toda posición de inmunidad-al-castigo en sentido débil quede redefinida como una posición de inmunidad-al-castigo en sentido fuerte, así como, correlativamente, que toda posición de inhabilidad punitiva en sentido débil quede redefinida como una posición de inhabilidad punitiva en sentido fuerte. Su formulación canónica podría ser, en consecuencia, la siguiente: “todo quien no incurre en un comportamiento que bajo alguna norma de sanción legislativamente formulada cuente como antecedente de la imposición de una pena, quedará exento de pena”, o más sucintamente: “todo quien *no* es *punible* bajo alguna norma de sanción legislativamente formulada, es *no-punible*”.¹⁰⁵
- 71 Un corolario del análisis así ofrecido consiste en el recordatorio de que la pertenencia de una RdCR al respectivo sistema jurídico es contingente, lo cual también vale,

inexorablemente, para el principio de legalidad penal.¹⁰⁶ Que los juristas lo tengamos por un auténtico axioma de la operación de los sistemas contemporáneos de derecho penal, es el reflejo del éxito cultural de su postulación, que debemos a los reformadores de la ilustración.

—**Agradecimiento.**— *Por múltiples observaciones que hicieron posible presentar con mayor claridad varios de los argumentos aquí desarrollados, agradezco a María Beatriz Arriagada, así como a dos árbitros anónimos de Revus.*

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Alonso, J. P. (2006). *Interpretación de las normas y derecho penal*. Didot.
- Altenhain, K. (2002). *Das Anschlussdelikt*. Mohr Siebeck.
- Arriagada, M.B. (2018a). Fundamentalism, interdefinability, and circularity. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 35, 7-44. (Versión inglesa de Arriagada 2018b.)
- Arriagada, M.B. (2018b). Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 35, 45-84.
- Arriagada, M.B. (2020). Inmidades fuertes y débiles: el imperio contraataca. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIII(1), 9-29.
- Arriagada, M.B. (2021a). The closure of the systems of legal norms of competence. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 43, 59-84. (Versión inglesa de Arriagada 2021b.)
- Arriagada, M.B. (2021b). La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 43, 85-112.
- Beling, E. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Beling, E. (1908). *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Leipzig: Wilhelm Engelmann.
- Biasetti, P. (2015). Hohfeldian Normative Systems. *Philosophia*, 43, 951-959.
- Binding, K. (1872). *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I (1ª ed.). Wilhelm Engelmann.
- Binding, K. (1905). *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, tomo II. Wilhelm Engelmann.
- Binding, K. (1915). *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, tomo II. Duncker & Humblot.
- Binding, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I (4ª ed.). Felix Meiner.
- Duarte d'Almeida, L. (2016). Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework. *Philosophy Compass*, 11(10), 554-569.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (5ª ed.). Trotta.
-

- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Halpin, A. (1996). The Concept of a Legal Power. *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 129-152.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.
- Hart, H.L.A. (1982). *Essays on Bentham*. Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (2012). *The Concept of Law* (3ª ed.). Oxford University Press.
- Hohfeld, W.N. (1919). *Fundamental Legal Conceptions*. Yale University Press.
- Kramer, M. (1998). Rights Without Trimmings. En: Kramer, M., Simmonds, N.E. & Steiner, H. A *Debate over Rights* (7-111). Oxford University Press.
- Kramer, M. (2019). Power-Conferring Laws and the Rule of Recognition. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 19, 87-99.
- Kurki, V. (2017a). Legal Competence and Legal Power. En: McBride, M. (ed.). *New Essays on the Nature of Rights* (pp. 31-47). Hart Publishing.
- Kurki, V. (2017b). Hohfeldian Infinities: Why Not to Worry. *Res Publica*, 23, 137-146.
- Lindahl, L. & Reidhav, D. (2017). Legal Power: The Basic Definition. *Ratio Juris*, 30, 158-185.
- Ludwig, K. (2020). The Social Construction of Legal Norms. En: Garcia-Godinez, M., Mellin, R. & Touomela, R. (eds.). *Social Ontology, Normativity and Law*. De Gruyter.
- MacCormick, N. (1972). Voluntary Obligations and Normative Powers. *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes*, 46, 59-78.
- MacCormick, N. (2008). *H.L.A. Hart* (2ª ed.). Stanford University Press.
- Mañalich, J. P. (2012). Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 571-585.
- Mañalich, J. P. (2014). Normas permisivas y deberes de tolerancia. *Revista Chilena de Derecho*, 41, 473-522.
- Mañalich, J. P. (2017). Responsabilidad, autoridad y democracia. Una exploración crítica de la filosofía del derecho penal de Antony Duff. *Discusiones*, XVII, 167-219.
- Mañalich, J. P. (2019). The Grammar of Imputation. *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 27, 411-428.
- Mañalich, J. P. (2019). Justicia, procedimiento y acción de revisión. *Ius et Praxis*, 26(1), 28-56.
- Markovich, R. (2019). Rights and Punishment: The Hohfeldian Theory’s Applicability and Morals in Understanding Criminal Law. *IFCoLog Journal of Logics and their Applications*. Disponible en: https://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/41661/1/Rights%20and%20Punishment_IFCoLog.pdf.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law*. Princeton University Press.
- Molina, F. (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bosch.
- Navarro, P. (2014). Hechos y normas aplicables. Comentarios en torno a una propuesta de Ricardo Caracciolo. *Isonomía*, 40, 147-159.
- Navarro, P. & Moreso, J.J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, 26, 201-219.
- Nino, C.S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal*. Astrea.
- Nino, C.S. (2008). *Fundamentos de Derecho Penal*. Gedisa.

- Orunesu, C. & Rodríguez, J.L. (2018). Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 36, 81-110.
- Orunesu, C. & Rodríguez, J.L. (2019). A revision of the theory of fundamental legal concepts. *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 39, 7-35. (Versión inglesa de Orunesu & Rodríguez 2018.)
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice* (2ª ed.). The Belknap Press.
- Raz, J. (1972). Voluntary Obligations and Normative Powers. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 46, 79-102.
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System* (2ª ed.). Clarendon Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (2ª ed.). Princeton University Press.
- Searle, J. (1995). *The Construction of Social Reality*. The Free Press.
- Searle, J. (2010). *Making the Social World*. Oxford University Press.
- Vilajosana, J. (2010). *El derecho en acción*. Marcial Pons.
- Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action*. Routledge & Kegan Paul.

NOTAS

1. Arriagada 2021b: 86 (cursivas suprimidas).
2. Véase Alchourrón & Bulygin 1975: 48-49, 169-179.
3. Alchourrón & Bulygin 1975: 198.
4. Alchourrón & Bulygin 1975: 198.
5. Alchourrón & Bulygin 1975: 198.
6. Para una temprana refutación de la tesis según la cual cabría postular tal cosa como una “ilicitud penal”, véase Beling 1906: 129-131.
7. Hart 2012: 97-98; al respecto, Mañalich 2012: 580-582. Sobre esto, detalladamente, *infra*, § 3.
8. Raz 1980: 24, 155-156.
9. Véase Alonso 2006: 171-172.
10. Alonso 2006: 172.
11. Alchourrón & Bulygin 1975: 197.
12. Alchourrón & Bulygin 1975: 205, 208-211.
13. Esta caracterización se encuentra ampliamente extendida en la literatura jurídico-penal; para una muestra suficientemente representativa, véase Molina 2001: 614-632, quien sostiene que “[l]a norma de sanción del ciudadano es a la vez norma de comportamiento del juez”.
14. Binding 1872: 7-14.
15. Ello es enteramente compatible con que un juez pueda estar obligado por alguna regla *regulativa* a dar aplicación a una norma de sanción penal, en el sentido de tomar esta última como premisa mayor para la solución de un caso que esté llamado a conocer, en términos tales que la transgresión de semejante regla regulativa pudiera, eventualmente, resultar delictiva a título de prevaricación; al respecto, *infra*, § 3.2.
16. Binding 1922: 19-25.
17. Al respecto, véase Mañalich 2012: 581-582.
18. Kurki 2017a: *passim*.
19. Hohfeld 1919: 50-51
20. Hohfeld 1919: 50.

21. Kurki 2017a: 31. Valga la aclaración de que, en el contexto de la oración “un vagabundo *podría* perpretar un delito para así lograr pasar la noche en la cárcel”, la expresión “podría __” está siendo usada en el sentido de “tiene la posibilidad práctica de __”, y no en el sentido de “tiene un poder jurídico para __”.
22. Kurki 2017a: 44.
23. Esta reformulación sugiere que la caracterización de la situación del vagabundo como consistente en lograr su encierro para “pasar la noche” como consecuencia de la perpetración del delito respectivo encierra una sobresimplificación considerable. Pues que quien perpetra un delito quede detenido, o tal vez sometido a prisión preventiva, apenas lo ha perpetrado, es algo que normalmente dependerá de la satisfacción de condiciones altamente complejas, fijadas en un entramado de reglas (sustantivas y procesales), que son irreductibles a la sola norma de sanción penal que criminaliza la forma de comportamiento en cuestión.
24. Kurki 2017a: 45.
25. Halpin 1996: 141.
26. Halpin 1996: 145-147.
27. Véase Raz 1990: 65.
28. Halpin 1996: 145. Un análisis próximo, aunque relevantemente divergente, del concepto de poder jurídico, resultante en una definición que incluye el requerimiento de una “manifestación de intención”, es ofrecido por Lindahl & Reidhav 2017: 169-181.
29. Halpin 1996: 145.
30. McCormick 2008: 98. Véase también McCormick 1972: 62-63, 73-78.
31. Detalladamente al respecto, McCormick 1972: 75-76; McCormick 2008: 100-101. En contra, véase Raz 1972: 83-85. Sobre este problema, *infra*, § 2.3.
32. Véase McCormick 2008: 97-98.
33. McCormick 2008: 97.
34. McCormick 2008: 99.
35. Raz 1972: 81. En referencia al concepto (más amplio) de poderes normativos, véase asimismo Raz 1990: 98-104.
36. Críticamente al respecto, Halpin 1996: 143-144; Kurki 2017a: 33.
37. Véase Raz 1972: 81.
38. Kurki 2017a: 43-44.
39. En detalle al respecto, Mañalich 2014: 504-516. Nótese que la generación del correspondiente deber de tolerancia para A se obtiene del hecho de que, al volverse permitida la acción defensiva de V, una eventual acción defensiva de A frente a la acción defensiva de V no podría, a su vez, resultar permitida por legítima defensa, dado que la condición de la correspondiente permisión se identifica con la agresión *ilícita* —esto es, no permitida— atribuible a otro agente.
40. Sobre esto último, Mañalich 2014: 495-503.
41. Como ha observado Kramer 1998: 58-59, el axioma hohfeldiano de la correlatividad de deberes y derechos no necesita ser puesto en cuestión tratándose de “deberes públicos”, como lo serían, entre otros, los deberes cuya infracción es constitutiva de delito: tales deberes tienen como posiciones correlativas derechos igualmente públicos, esto es, derechos cuya titularidad correspondería “a una colectividad (el Estado, la nación, la comunidad)”; en la misma dirección, Markovich 2019: 10-12. Para una defensa de la tesis según la cual el derecho correlativo a un deber punitivamente reforzado tendría como titular al Estado, véase Mañalich 2014: 500-503. De ahí que, en contra de lo sugerido en Duarte d’Almeida 2016: 560, así como en Arriagada 2018b: 64-65, la existencia de tales deberes no logre comprometer el alcance del axioma hohfeldiano de la correlatividad.
42. McCormick 1972: 76-77.
43. Véase especialmente Raz 1972: 87-92.

44. MacCormick 2008: 100-108. Acerca de la necesidad teórica de articular criterios de individuación de reglas (*qua* entidades discretas) que sean sensibles a parámetros de adecuación pragmática, fundamental Raz 1980: 140-147.
45. Arriagada 2018b: 55-60.
46. Hohfeld 1919: 94.
47. Kurki 2017a: 44.
48. Hart 2012: 27-42, 79-81. (La frase nominal “la clave de la ciencia de la jurisprudencia” está tomada de la magnífica traducción de Carrió; véase Hart 1963: 102.) Al respecto, véase también Hart 1982: 210-219.
49. Véase Hart 2012: 80-81, 94.
50. Hart 2012: 94.
51. Nótese que, contra un lugar común de la exégesis de *The Concept of Law*, de lo dicho por Hart no se sigue que las reglas de reconocimiento y de cambio no puedan estar referidas, asimismo, a reglas secundarias. Lo que suele ser pasado por alto es que, al hablar de ese modo, Hart está enfatizando cómo, en el tránsito hacia la emergencia de un sistema jurídico propiamente institucionalizado, un conjunto de reglas de obligación puede quedar complementado por un conjunto de reglas que, *mínimamente*, se distinguen por quedar referidas a las primeras.
52. Hart 2012: 28.
53. Hart 2012: 29.
54. Véase Hart 2012: 30-31.
55. Hart 2012: 29.
56. Hart 2012: 31.
57. Hart 2012: 76 (cursivas en el original). Sobre esto, Marmor 2011: 45-48.
58. Al respecto, cabe notar que, en el *postscript* a su monografía de 1961, Hart identifica la provisión de “reglas secundarias para la identificación, el cambio y la imposición [*enforcement*] de sus estándares” como uno de los dos rasgos distintivos de todo sistema jurídico institucionalizado; véase Hart 2012: 249. Entre otras consideraciones, a favor de la caracterización de las reglas de adjudicación como reglas concernientes a la *aplicación e imposición del derecho* habla que, junto a las reglas que instituyen poderes judiciales *stricto sensu*, aquí también habría que entender comprendidas las reglas —más bien preteridas en el análisis ofrecido por Hart— que instituyen potestades de aplicación administrativa de reglas jurídicas; al respecto, Kramer 2019: 93.
59. Hart 2012: 97-98 (cursivas añadidas).
60. *Supra*, § 1.
61. Alchourrón & Bulygin 1975: 71-79, quienes explícitamente advierten que su definición solo resulta abarcativa de normas condicionalmente estructuradas, y no así de normas categóricas, cuya estructura sería la propia de una solución normativa como tal, consistente en la calificación deóntica de un determinado género de acciones. (Esto es consistente con que, en los términos de A&B, una solución normativa pueda ser caracterizada como la modalización deóntica de algún elemento del respectivo universo de acciones.)
62. Vilajosana 2010: 24.
63. Searle 2010: 96-97. Nótese que, tal como lo sugiere Ludwig 2020: 183 y 203, el carácter constitutivo de una regla es siempre relativo a la descripción que especifica aquello que —valga la redundancia— esa regla constituye. De esto se sigue que, en los términos de la formulación favorecida por Vilajosana, la respectiva regla sea constitutiva respecto del caso genérico Y, mas no respecto del caso genérico X. Como tendría que ser obvio, esto último es compatible con que el caso genérico X pudiera corresponderse con un fragmento de realidad (institucional) constituido por una o más reglas distintas de la regla constitutiva de Y.
64. Véase Searle 1995: 50, quien ofrece el siguiente ejemplo de la formulación de una posible norma de sanción penal *qua* regla constitutiva: “Matar, bajo ciertas circunstancias, *cuenta como*

asesinato, y el asesinato *cuenta como un crimen castigable con muerte o prisión*” (cursivas añadidas).

65. La falta especificación del contexto se explica por el hecho de que, como estrategia de individuación de normas jurídicas, es preferible asumir que los criterios que condicionan que una norma sea o no aplicable como resultado de la resolución de una antinomia o una redundancia, o bien en virtud de un factor de validez temporal o espacial, entre otros, funcionan como criterios de *aplicabilidad externa*. Para la distinción entre condiciones de aplicabilidad interna y aplicabilidad externa de normas jurídicas, véase Navarro & Moreso 1997: 202-210.

66. Sobre esto, Mañalich 2019: 420-422.

67. Como es obvio, la tesis de que las normas de sanción penal quedan complementadas —entre otras— tanto por reglas de imputación como por reglas de determinación de la pena descansa en una tesis más general acerca de la *individuación* de las reglas que conforman un sistema de derecho penal. No me es posible entrar en este problema aquí.

68. Acerca de la categorización de la punibilidad como especie de sujeción correlativa a un poder punitivo, véase Nino 1980: 232-234; Nino 2008: 123-126; también Mañalich 2017: 172-173.

69. Hart 2012: 97.

70. Así Binding 1922: 17, 28.

71. Hart 2012: 97-98.

72. *Supra*, § 2.4.

73. Así Binding 1922: 15.

74. Así Altenhain 2002: 309-310, aun cuando reteniendo la terminología bindingiana según la cual la norma de sanción fundamentaría un “derecho” (subjetivo público) del Estado a modificar la relación jurídica que lo vincula con el criminal. Para una temprana denuncia de la inadecuación de esa terminología, véase Beling 1908: 40-41, cuyo argumento anticipaba la conceptualización de lo que Binding tematizara como un “derecho punitivo” en la forma de un *poder*.

75. Véase Ferrajoli 2001: 539.

76. Esto sugiere la conveniencia de no tratar como sinónimos los términos “poder” y “competencia”, como parece hacerlo Arriagada; véase Arriagada 2021b: *passim*. En un trabajo anterior, Arriagada optaba por traducir “power” como “potestad”, y no como “competencia”; véase Arriagada 2018b: 46. Esa es la traducción favorecida, asimismo, por Orunesu & Rodríguez 2018: 88-89, 93-98. Sobre esto, véase *infra*, nota 93.

77. Para esta noción de aplicación errónea de una norma jurídica (en el sentido de la *aplicación* de una norma a un caso al cual esa norma *no es aplicable*), véase Navarro 2014: 154-157. Esta posibilidad se sigue de que, en la terminología de Rawls (1999: 73-78), un proceso penal se corresponde con un contexto de justicia procedimental imperfecta; al respecto, Mañalich 2020: 31-36, con múltiples referencias. Es el reconocimiento de la posibilidad de semejante aplicación errónea, pero válida, de una norma de sanción penal lo que explica que Binding atribuyera carácter “constitutivo” (en oposición a “declarativo”) a una sentencia erróneamente condenatoria; véase Binding 1915: 284-290.

78. En el marco de un Estado constitucional de derecho, ello normalmente llevará aparejada la supresión del derecho (en el sentido de “pretensión”) fundamental que, en caso de no haber sido condenada, esa persona tendría a que el Estado no la someta a la forma de trato a través de la cual se materialice la ejecución de la pena. Y la supresión de ese derecho tendrá como correlato la transformación del correspondiente deber estatal “negativo” en un permiso (o “privilegio”) para someter al condenado a esa forma de trato.

79. Véase *supra*, § 2.3.

80. Binding 1922: 15-16. Siguiéndole, Altenhain 2002: 307-308.

81. Hart 1982: 219 (cursivas en el original).

82. Hart 2012: 97.

83. Véase Binding 1905: 551-555. Acerca de la relevancia de la no infrecuente falta de reforzamiento punitivo de algunas de las reglas regulativas que califican deónticamente el comportamiento de los funcionarios habilitados para dar aplicación al derecho, como ejemplo de la posibilidad de que existan reglas jurídicas cuya transgresión no lleve aparejada la imposición de una sanción, véase Raz 1980: 152-154.

84. *Supra*, § 2.3.

85. Muy claramente en esta dirección, Orunesu & Rodríguez 2018: 84, 93-94, 96, quienes, en la senda de Kelsen, definen “imputabilidad” como la “potestad (no autorización) para ser sujeto activo de un acto ilícito”.

86. La caracterización de esta como un auténtico poder jurídico debería resultar menos extravagante si tomamos nota de que, tradicionalmente, el debate *de lege ferenda* acerca de la capacidad delictiva de las así llamadas “personas jurídicas” ha quedado cifrado en términos de si el dogma *societas delinquere non potest* habría de ser reemplazado por la máxima contradictoriamente opuesta.

87. Como prístinamente lo formulara Binding 1922: 4: “Muy lejos, así, de contravenir el criminal la ley penal bajo la cual él es juzgado, para poder ser castigado él siempre tiene que haber actuado, antes bien, según, y así en conformidad con, la primera parte de esta ley penal”.

88. Arriagada 2021b: 86 (cursivas suprimidas).

89. Véase Arriagada 2021b: 101.

90. *Supra*, § 1.

91. *Supra*, § 3.1.

92. Una implicación de ello consiste en que, para que un sistema de reglas cualquiera pueda resultar clausurado por una RdCR, es necesario que entre los criterios de identificación de las reglas que pertenecen a ese sistema figure la exigencia de que se trate de reglas de un mismo tipo, esto es, de reglas categorialmente homogéneas.

93. Respecto de las cuales las reglas que Arriagada tematiza como “normas de competencia” representan un subconjunto, si se advierte la conveniencia de reservar el concepto de *competencia* para identificar una subclase de poderes jurídicos; sobre esto, Kurki 2017a: 43-46, quien —según ya se mostrara— hace suya, problemáticamente, la “explicación aproximada” que Hohfeld ofreciera de la noción de poder jurídico. En contra de lo sugerido por Arriagada 2020: 21-22, según quien “una competencia [sería] siempre positiva porque es la posibilidad de alterar válidamente un estatus normativo”, cabe observar que, conceptualmente, nada obsta a que un poder jurídico sea “negativo”, tal como lo ilustra el ejemplo de un poder de veto, cuya estructura puede ser analizada a través de la teoría (general) de la acción de Von Wright; véase Von Wright 1963: 56-69. En estos términos, un cambio operado sobre una relación jurídica puede resultar o bien de la ejecución de una acción *productiva* de la respectiva transformación o bien de la omisión de una acción *impeditiva* de la misma transformación. Quien detenta un poder de veto está en posición de impedir la transformación de una relación jurídica, y puede contribuir a que esa transformación ocurra por la vía de *no* ejercer el poder en cuestión. Pero sería extraño sostener que quien *no* ha vetado lo que estaba en posición de vetar ha ejercido, por esa vía, un poder “positivo”.

94. Biasetti 2015: *passim*.

95. Véase, entre muchos otros, Duarte d’Almeida 2016: 558-559; Arriagada 2018b: 50.

96. Biasetti 2015: 954.

97. Biasetti 2015: 955.

98. Alchourrón & Bulygin 1975: 170-171.

99. Kurki 2017b: 144.

100. Arriagada 2021b: 102 (cursivas suprimidas).

101. Véase Alchourrón & Bulygin 1975: 171-179. Al respecto, Arriagada 2020: 10-13.

102. Al respecto, Arriagada 2020: 22-27; véase también Guastini 2016: 86-87. Que sea perfectamente concebible —y para nada infrecuente— la existencia de reglas jurídicas que instituyen posiciones de inmunidad, basta para despejar la posible objeción de que, pragmáticamente, carecería de sentido postular la existencia de posiciones de inhabilidad “en sentido fuerte”. Pues de acuerdo con el esquema hohfeldiano aquí asumido, una regla que instituye una inmunidad instituye, correlativamente, una inhabilidad. Un ejemplo suficientemente elocuente de ello lo encontramos en el establecimiento de una regla de invariabilidad tributaria: la posición correlativa a la inmunidad de la que queda revestido el sujeto sometido al respectivo régimen impositivo es una inhabilidad, que característicamente afectará a uno o más órganos que, en caso contrario, tendrían un poder normativo (conferido por una o más reglas constitutivas distintas de la regla que instituye esa inhabilidad) para modificar el régimen en cuestión. Sobre esto, véase también Hart 1982: 190-192, en específica referencia a inmunidades resultantes de la limitación constitucional de potestades legislativas; asimismo Hart 2012: 66-71. En situaciones de esta clase habrá que constatar la existencia de una antinomia entre reglas constitutivas que instituyen posiciones (hohfeldianamente opuestas) de poder e inhabilidad —y, correlativamente, de sujeción e inmunidad—, en términos tales que, de ser correcta la caracterización de esa situación como una en la cual el o los órganos en cuestión se encuentran en una posición de inhabilidad en sentido fuerte, ello descansará en una solución de esa antinomia a favor de la regla que instituye la inhabilidad (y la inmunidad correlativa); acerca de la posibilidad de semejante inconsistencia del respectivo sistema de reglas constitutivas, véase Arriagada 2020: 22-23. Esto debería ser suficiente para advertir que la instauración de una inhabilidad en sentido fuerte, a través de la promulgación de una correspondiente regla constitutiva, no puede ser confundida con la derogación de una regla que instituya un poder “opuesto” a esa inhabilidad, operación que resultaría en la instauración de una inhabilidad “débil”, y tampoco con el establecimiento de una prohibición del ejercicio del correspondiente poder.

103. Arriagada observa, acertadamente, que la presentación que Hohfeld hiciera de las ocho clases de posiciones normativas por él analizadas parece ser neutral frente a la distinción entre posiciones “débiles” y posiciones “fuertes”, lo cual se explica porque su discurso se sitúa en el nivel de lenguaje de las proposiciones normativas; véase Arriagada 2021b: 92.

104. Véase Alchourrón & Bulygin 1975: 173-174. Acerca de la importancia de la distinción para la clarificación de la estructura de las posiciones jurídicas fundamentales, véase Orunesu & Rodríguez 2018: 98-101.

105. Nótese que la negación de la punibilidad expresada en el antecedente de la regla así formulada se corresponde con una negación *externa*, en tanto que la negación de la punibilidad expresada en el consecuente, con una negación *interna*.

106. Para una muy aguda sugerencia de la inteligibilidad (teórica) de una RdCR de contenido inverso, véase Beling 1906: 47-48.

RESÚMENES

El artículo analiza el estatus del principio de legalidad penal como una regla de clausura residual, en el sentido en que esta noción es usada por Alchourrón y Bulygin, mas rechazando su caracterización como una regla que calificaría como “penalmente permitida” toda acción que no esté “penalmente prohibida”. La premisa crucial para ello se encuentra en la tesis de que las normas de sanción penal tienen el estatus de reglas constitutivas, cuya función es, en la terminología introducida por Hohfeld, instituir sujeciones-al-castigo correlativas a poderes punitivos. Esto último obtiene un apoyo decisivo en la concepción hartiana de las reglas que establecen sanciones como reglas secundarias de adjudicación, que se distinguen por reforzar un correspondiente conjunto de reglas primarias de obligación. Sobre esta base es posible sostener que, para servir como una regla de clausura residual para un sistema de normas de sanción penal, el principio de legalidad necesita ser entendido, asimismo, como una regla constitutiva.

ÍNDICE

Keywords: principio de legalidad penal, Alchourrón (Carlos E.), Bulygin (Eugenio), reglas de clausura, Hohfeld (Wesley Newcomb), reglas que confieren poderes, Hart (HLA)

AUTOR

JUAN PABLO MAÑALICH R.

Profesor titular del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Chile).

Dirección: Av. Santa María 076 – 7520405 Providencia – Santiago – Chile

Correo electrónico: jpmanalich (at) derecho.uchile.cl