

DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Criterios jurisprudenciales referentes al principio de legalidad y de tipicidad expresa en materia penal

RICARDO CORONADO DONOSO*

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del Derecho Penal, es un fenómeno relativamente reciente, que se ha visto incrementado con la concentración de facultades jurisdiccionales constitucionales en el Tribunal Constitucional y por el nacimiento del nuevo recurso de inconstitucionalidad, que tiene en nuestro derecho casi tres años de existencia.

El propósito de esta investigación será determinar los límites al *ius puniendi*, que impone la Constitución Política de 1980 al Estado de Derecho, considerando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

Para estos efectos formularemos tres interrogantes que es necesario dilucidar para estos fines:

¿Son inconstitucionales *per se* las leyes penales en blanco, que se remiten a una norma de inferior jerarquía que la ley para su complementación?

¿Qué límites se imponen al legislador en virtud del principio de tipicidad de la ley penal?

* Abogado y Postítulo en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Penal.

¿Puede el intérprete judicial ampliar su potestad a los casos no previstos por el legislador?

Para resolver estas interrogantes hemos formulado un breve marco teórico relativo al Derecho Público y la constitucionalización del derecho, particularmente en lo relativo al Derecho Penal, circunscrito a las normas constitucionales sobre reserva legal en materia penal, y por último se han considerado algunos fallos relativos a recursos de inaplicabilidad, en que se efectúan consideraciones sobre la materia, como asimismo se ha revisado una sentencia de inconstitucionalidad.

Reconocemos que existen otras normas constitucionales que pueden tener una aplicación sobre la materia y que además existen fallos del Tribunal Constitucional sobre diversos aspectos que pueden permitir una reflexión bastante más completa sobre estos aspectos, pero excede los límites propuestos para esta investigación, y en consecuencia, quedan como un desafío futuro.

II. DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

El Derecho Público es concebido tradicionalmente como un Derecho del Estado, que "tiene por objeto la regulación de las relaciones de vida pública, constitutivas de la organización y de la actividad del Estado, organismo político que protege la vida civil en los pueblos civilizados"¹.

Este concepto incorpora la protección de los derechos fundamentales del ser humano, por cuanto implica un mecanismo de tutela del hombre frente al Leviathan omnipotente, máxime si los tratados internacionales y las constituciones políticas modernas, consagran los principios de humanidad y de servicialidad, en virtud de los cuales los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en los que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es el bien común, material y espiritual, de todos y cada uno de los súbditos de éste.

Dentro de los principios más relevantes que rigen en el ámbito del Derecho Público se destaca el principio de legalidad, que permite actuar a los órganos del Estado conforme a los ámbitos de competencias, facultades y en la forma prevista por la ley.

¹ HAURIUO, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. Ediciones Comares, reimpresión año 2003, pág. 1.

En este contexto, el Derecho Público es más restrictivo que el Derecho Privado, por cuanto en el ámbito privado la voluntad de las partes (especialmente en el Derecho Civil) e incluso la costumbre (en el ámbito del Derecho Comercial) pueden constituir una fuente formal del derecho, en cambio, en el Derecho Público, solo existe como única fuente la ley.

El concepto de ley para estos efectos, no solo se refiere a la fuente formal de carácter general y obligatorio, que estatuye las bases esenciales del ordenamiento jurídico, sino que también contempla dentro de esta a los tratados internacionales y la Constitución Política de la República, en ambos casos, relacionados con la protección positiva y negativa de los derechos fundamentales.

La defensa de los derechos fundamentales ha sido el pilar en que se fundamenta la moderna concepción del Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, un Estado de tales características exige que se proclamen y protejan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (protección positiva), y además, que se oriente el ejercicio de las potestades públicas a no lesionar bienes jurídicos esenciales como la vida, integridad corporal, honor, libertad, propiedad, entre otros (protección negativa).

En el ámbito del derecho público, y con el fin de proteger tales derechos, se han elaborado los principios de "conurrencia normativa" y de "supremacía constitucional".

La "conurrencia normativa" se produce en sentido amplio (para interpretar y aplicar el bien jurídico tutelado) y en sentido estricto (para interpretar las restricciones o afectaciones de esos bienes jurídicos), en consecuencia "tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esa interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"².

La "supremacía constitucional" es, en cambio, un mecanismo vinculado a la juridicidad del acto más que a su legalidad, y se funda en una "elevación del sistema de fuentes del derecho".

² RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales. Ediciones Ariel Derecho, año 1995, pág. 77.

En efecto, como expresa Favoreau, "Antes de 1958, y como lo había demostrado magistralmente Carré de Malberg, el sistema de fuentes era esencialmente legislativo en el sentido que la ley definía su propio campo de aplicación, tanto en cuanto, al reglamento como acerca de la Constitución. Para parafrasear una terminología del derecho internacional, el legislador tenía la competencia de su competencia"³.

Actualmente, la Constitución ha dejado de ser una mera declaración de principios y preámbulos con contenidos axiológicos, transformándose en una norma de aplicación directa y concreta en la resolución de conflictos, esa es la esencia de la constitucionalización del derecho. Lo anterior ha provocado una transformación en la interpretación de la ley, por cuanto ha dejado de ser una declaración de voluntad soberana y formal, para convertirse en un instrumento de protección de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. En consecuencia, el límite que se impone al legislador es la voluntad del Constituyente expresada en la Carta Fundamental.

En Chile, este proceso se comenzó a percibir a partir de la Constitución de 1925 con el "Recurso de inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución"⁴, y más nítidamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, mediante el ejercicio de acciones constitucionales de impugnación de actos ilegales y arbitrarios⁵, fundadas en la protección de derechos fundamentales (amparo y protección).

Los recursos de amparo y protección son de competencia de las Cortes de Apelaciones, en cambio la acción de inaplicabilidad correspondía desde sus inicios, en cuanto a su conocimiento y resolución, a la Corte Suprema.

Pero su verdadero desarrollo se presenta a partir de la Reforma Constitucional del año 2005⁶, en la que se otorga al Tribunal Constitucional competencia para conocer y fallar los recursos de inaplicabilidad, que desde esa reforma dejaron de ser competencia de la Corte Suprema. Además, se introduce un nuevo recurso denominado de Inconstitucionalidad, que permite declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable por ser contrario a la Constitución.

³ FAVOREU, Louis Joseph. La Constitucionalización del Derecho. Artículo publicado en *Misceláneas en Homenaje a Roland Drago, "La unidad del derecho"*, París, Económica, 1996 pág.25 y siguientes, reproducido con autorización del autor por la Revista de Derecho Volumen XII, año 2001, pág. 31 y siguientes.

⁴ Artículo 86 inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile de 1925.

⁵ Artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

⁶ Ley de Reforma Constitucional 20.050 de 26 de agosto de 2005.

Lo relevante de este nuevo recurso de inconstitucionalidad y que lo diferencia del sistema de inaplicabilidad, es su efecto universal o erga omnes, que se produce desde el momento que la Sentencia de Inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional es publicada en el Diario Oficial, por cuanto desde ese instante, el precepto legal se entenderá derogado, pero sin efecto retroactivo. En consecuencia esa sentencia de Inconstitucionalidad, emanada del Tribunal Constitucional es una nueva fuente formal del Derecho.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Si reconocemos en la constitucionalización del derecho un fenómeno reciente, la constitucionalización del Derecho Penal es aún bastante más actual.

El fundamento de la constitucionalización del Derecho Penal, no es otro que la protección de bienes jurídicos relevantes para una sociedad, tales como la vida, honor, libertad en sus más diversas dimensiones jurídicas, propiedad, entre otros.

El Derecho Penal en su acepción material es una "protección subsidiaria de bienes jurídicos", predeterminados y que se estiman relevantes por la sociedad, tales como la vida, integridad corporal, honor, libertades, propiedad, etc., en consecuencia, si los demás mecanismos fallan en la prevención del delito, entonces el Derecho Penal cumple su labor mediante la imposición de una pena.

Carbonell Mateu, afirma que "...la función del Derecho Penal es proteger los valores de intereses de relevancia constitucional"⁷. Para estos efectos, expresa Bacigalupo "el Estado se legitima, entre otros criterios, por el de la realización de Derechos fundamentales"⁸ estimo que el Derecho Penal, no es tan solo un instrumento de control social primario, sino que además, es un mecanismo subsidiario de protección de bienes jurídicos, estimados relevantes por una sociedad moderna.

La Constitucionalización del Derecho Penal supone una aparente contradicción, porque permite afectar garantías constitucionales, con la finalidad de proteger las mismas, esto implica que las restricciones al bien

⁷ CARBONELL MATEU, Juan. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, página 33.

⁸ BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal, Editorial Hammurabi, año 1999, página 1.

jurídico libertad mediante la sanción penal, se justifican axiológicamente en la protección de ese y otros bienes jurídicos esenciales para el ser humano. En esta doble dimensión positiva y negativa radica la esencia de la Constitucionalización del Derecho Penal, por cuanto se legitima el *ius puniendi* en la medida que se utilice para la protección de garantías constitucionales.

Además la Constitucionalización del Derecho Penal tiene una dimensión de excepcionalidad, porque se usa como mecanismo de protección de bienes jurídicos o valores jurídicos constitucionales, que necesiten ese grado excepcional de "intervención estatal", que solo es lícita en un Estado democrático de derecho.

Bacigalupo⁹ sostiene en este orden de ideas que "...el derecho penal del Estado democrático de derecho no debe ser moralizador ni utilizado para imponer una determinada ideología. Esto quiere decir que no es suficiente la lesión de normas morales ni las inconsecuencias ideológicas para justificar la punibilidad de un comportamiento por parte del Estado".

Además de lo anterior, se reconoce una facultad estatal emanada de la Constitución Política de la Republica, de castigar el delito. En este contexto Roxin afirma que: "El derecho del legislador a establecer penas, el *ius puniendi*, se desprende del artículo 74 N° 1 GG (Ley Fundamental de la República Federal Alemana), pues la remisión que allí se hace del derecho penal a la legislación concurrente permite reconocer que el legislador constitucional presupone la existencia de un derecho del Estado a penar"¹⁰.

En nuestra opinión, el Derecho Penal tiene una dimensión axiológica que no le pertenece al legislador, sino al constituyente.

En sus inicios el Derecho Penal era esencialmente punitivo o sancionatorio, hoy en cambio, fundándose en la dignidad humana, el derecho penal cumple un rol de control social primario de comportamientos desviados, y además respecto del delincuente, tiene un fin de rehabilitación y reinserción social, lo que emana de los principios de humanidad, libertad y supremacía de los derechos fundamentales por sobre el ejercicio de la

⁹ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal Parte General*, Editorial Akal Iure año 1990. Página 31.

¹⁰ ROXIN Claus. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I. Editorial Thomson, reimpresión año 2006, página 51.

soberanía estatal, previstos en los artículos 1º y 5º de nuestra Constitución Política de la República.

En efecto, en Chile, el poder punitivo del Estado no puede sustraerse de esta realidad jurídica, máxime si la propia Constitución Política de la República consagra claramente que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es el bien común, por lo que el ejercicio del *ius puniendi*, "no es arbitrario", sino que está reglado por los valores constitucionales, fundados en la dignidad humana y en la servicialidad del Estado, que permiten que un Estado de Derecho, se encuentre limitado por el principio de legalidad en materia penal.

Para Roxin¹¹ el derecho penal se manifiesta en una doble dimensión, positiva y negativa a la vez, por cuanto protege (positiva) y restringe (negativa) a la persona humana, por ello afirma que "... un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo *mediante* el Derecho Penal, sino también *del* Derecho Penal"¹².

La protección de los valores constitucionales en materia penal, se efectúa mediante diversos mecanismos, pero los que verdaderamente producirán una constitucionalización del derecho penal, serán a nuestro juicio, los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, con las especiales características introducidas con la reforma constitucional del año 2005 en Chile.

IV. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL

En materia penal, nuestra Constitución, por su relevante contenido axiológico, puede ser una fecunda fuente de principios protectores de derechos fundamentales y limitadores del *ius puniendi*, pero un análisis de esa fenomenología excede los contenidos de este trabajo.

En definitiva, en esta parte de la exposición, nos centraremos en una visión general de los dos principios constitucionales, que tradicionalmente se han relacionado con el derecho penal, tales son: el principio de legalidad y el principio de culpabilidad.

¹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas 1997, Tomo I, página 137.

¹² Ob. cit.

IV. A. Principio de Legalidad o reserva legal

El principio de legalidad es una limitación al *ius puniendi*, y consiste en que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse, no fueran delito en conformidad a una ley. Su formulación latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, stricta, scripta, certa*, tiene dos importantes consecuencias: por una parte, la ley debe efectuar una descripción expresa de las conductas que son merecedoras de reproche penal, a través de la tipificación de delitos, y por otro lado, solo la ley puede determinar la consecuencia jurídica, sanción o pena, que se impondrá al sujeto pasivo.

En efecto, el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política de la República, dispone en sus dos últimos incisos:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con *anterioridad a su perpetración*, a menos que una nueva ley *favorezca* al afectado”.

“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *expresamente* descrita en ella.

1. Efectos del principio de reserva legal:

a) *Lex Stricta*, Prohibición de Analogía o Principio de Taxatividad.

Esta exigencia también se deriva de la norma prevista en el artículo 19 N° 3 de nuestra C.P.R. “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. La aplicación e interpretación analógica están proscritas, salvo cuando se impone un principio de favorabilidad. Por ejemplo, no podría interpretar o aplicar analógicamente un tipo penal o una agravante, pero sí podría interpretar o aplicar analógicamente una atenuante de responsabilidad penal.

b) *Lex Scripta*, Prohibición del Derecho Consuetudinario para fundamentar o agravar penas.

Este principio nos permite afirmar que la costumbre no constituye fuente directa o inmediata del Derecho Penal, de conformidad a lo previsto en citado artículo 19 N° 3 C.P.R, por cuanto los delitos y las penas asignadas a estos deben estar previstos en una ley.

Recordemos que la costumbre en materia penal no es fuente formal

del derecho en el sistema europeo, romano continental (al que estamos adscritos), en cambio ocurre lo contrario en los sistemas anglosajones.

c) *Lex certa* o Prohibición de Leyes Penales y de Penas Indeterminadas.

El legislador debe precisar concretamente la conducta punible y la pena o medida que corresponde aplicar. Por consiguiente, se prohíben las cláusulas generales (ejemplo "delitos contra el sano sentimiento del pueblo" u "orden social democrático") o los tipos penales abiertos (delitos de omisión impropia y tipos culposos, siempre que no exista una descripción expresa de la conducta que se sanciona).

El referido artículo 19 N° 3 C.P.R. establece una exigencia constitucional, que impone al legislador la obligación de describir una conducta que se sanciona "*expresamente*", esto es, en términos claros, precisos, concretos, pero no necesariamente de manera completa.

En efecto, la expresión "completa", fue eliminada en el texto definitivo de la nueva carta de 1980¹³.

d) *Lex Praevia* es la Prohibición de Retroactividad o también denominada Irretroactividad.

En el derecho nacional, se refiere a la exigencia de que los delitos se encuentren tipificados en una "ley promulgada con anterioridad a la perpetración del delito", entendido como el establecimiento de conductas ilícitas hacia el futuro.

Se exceptúa de lo anterior la "retroactividad de la ley penal más favorable" o principio de "favorabilidad", consagrado en el artículo 19 N°3 de la antes citada C.P.R., en virtud del cual, la norma constitucional permite excepcionalmente aplicar una ley en forma retroactiva, si impone una pena menos rigurosa.

En todo caso, conforme al criterio de constitucionalización del Derecho Penal, el referido "principio de favorabilidad" debe ser entendido como una "menor afectación de derechos y garantías constitucionales en cualquiera de sus manifestaciones", considerando en su conjunto la pro-

¹³ EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2004, página 151.

tección de los "derechos en su esencia" conforme al artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República de Chile.

Por ello estimo que no solo procede la aplicación de retroactividad cuando se está en presencia de una menor pena, sino además, de la disminución de agravantes, aumento de eximentes o atenuantes, despenalizaciones de todo o parte de conductas, sustitución de penas que afectan la libertad personal por otras que afecten la propiedad, por ejemplo. En todo caso, la determinación de cuando una pena es más favorable, debería corresponder, en caso de duda, a una decisión del propio imputado, como acontece en otras legislaciones¹⁴, lo que en Chile se podría sustentar mediante una aplicación directa de los principios de libertad, humanidad y servicialidad, previstos en el artículo primero y quinto inciso segundo de la Constitución, a un caso concreto.

2. Alcances del principio de legalidad

El principio de legalidad tiene una dimensión restringida y otra amplia. En sentido restringido, no hay delito ni pena sin ley, lo que es denominado como garantía de legalidad y está referido a los efectos de *lex stricta*, *lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*, antes mencionados.

En su sentido amplio, comprende, además de las situaciones anteriores, las garantías de jurisdicción y de ejecución. Estas garantías se consagran en el artículo 19 N° 3 incisos 2, 3, 4 y 5 de la Constitución Política de la República.

La garantía de jurisdicción¹⁵ comprende los requisitos para imponer condenas mediante el ejercicio de la jurisdicción, entre los que se encuentran la existencia de sentencia judicial previa, proceso legalmente tramitado o debido proceso, existencia del derecho a defensa, tribunal

¹⁴ El Código Penal Español en su artículo artículo 2º dispone:
"ART 2º.1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".

¹⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional, autos de inconstitucionalidad Rol 681-2006, en su fundamento vigésimo quinto, párrafo final expresa que "...toda persona que pretenda desempeñarse como juez ejerciendo una jurisdicción que no le ha sido conferida por la ley sino por un acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por el artículo 19 N°3 inciso cuarto, de la Ley Fundamental".

competente y finalmente prohibición de juzgamiento por comisiones especiales o juez natural.

En general la garantía de jurisdicción no se extiende a las actuaciones que efectúa el Ministerio Público, por tratarse de un órgano autónomo encargado de la persecución penal pública, que se somete al principio de interdicción de jurisdicción, en el sentido que al Ministerio Público le está vedado dado que el artículo 83 de la Constitución Política de la República establece que el Ministerio Público, "En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales". Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario precisar que el debido proceso se garantiza no para la función jurisdiccional, sino que además para el desarrollo de una investigación, todo ello mediante la reforma introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997¹⁶. Esta reforma, permitió que tanto los "procedimientos" como las "investigaciones" fueran racionales y justas.

En cuanto a la garantía de ejecución, nuestra Constitución Política determina la forma como debe cumplirse una pena y prohíbe la imposición de ciertas penas, que por su naturaleza resultan atentatorias contra la dignidad humana¹⁷.

IV. B. Principio de Culpabilidad

Este principio surge de la expresión latina de *nulla poena sine culpa*. En su virtud un hecho puede ser castigado penalmente cuando constituya una obra humana, no siendo suficiente la constatación de un hecho lesivo o dañoso en sentido objetivo o de resultado.

En Chile este tema ha sido analizado en detalle por el profesor Kunsemüller¹⁸, quien afirma que la doctrina nacional "se encuentra dividida entre quienes reconocen en la Ley Fundamental de 1980 una explícita consagración del *nulla poena sine culpa*, con trascendentales proyecciones en el ámbito de la ley inferior, de la normativa penal, y quienes son mucho más escépticos en esta materia, reconociendo una plasmación mera-

¹⁶ Artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República.

¹⁷ Sobre este punto, debe considerarse lo previsto en las letras "g" y "h", del numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Por ejemplo en la Constitución Política de Chile, en que se prohíben los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Además se prohíben las penas asociadas a la pérdida de derechos previsionales; y asimismo se restringen las confiscaciones de bienes, excepto en las asociaciones ilícitas. Además se puede decretar "comiso" del cuerpo o los efectos del delito lo que normalmente acontece en los delitos de narcotráfico, terrorismo y secuestro.

¹⁸ KÜNSEMÜLLER, Carlos. Culpabilidad y Pena. Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pág. 235.

mente implícita e imperfecta, no representativa plenamente de la garantía esencial que el principio culpabilístico debe representar sin excepción, lo que necesariamente debería corregirse para evitar la aparición de normas penales infractoras del postulado, en cuanto principio esencial, limitativo del *ius puniendi* y, por ende del control político”.

Luego el mencionado profesor, reconoce que autores como Cousiño Mac Iver, Rodríguez Collao, De la Fuente Hulaud, Náquira, Mera, Cury, Evans de la Cuadra, Etcheverry, entre otros, relacionan preceptos constitucionales con el principio de culpabilidad. En el caso de Cousiño Mac Iver, citado por el profesor Kunsemuller, el principio de culpabilidad es un problema del derecho constitucional y no de derecho penal.

Entre los artículos de la Constitución, mencionados por dichos autores en el texto analizado, que permiten fundar constitucionalmente el principio de culpabilidad, se citan los siguientes: 1º, 4º, 5º, 7º, 9º, 12º, 13º, 18º, 19º Ns 1, 3, 4, 7, 12, 26 y los artículos 20º y 21º de nuestra Carta Fundamental.

La estructura constitucional que se obtiene de la interpretación axiológica de esas diversas normas, tales como la consagración de los derechos y garantías constitucionales, los sistemas de control a los actos estatales, los fines del Estado y especialmente su servicialidad, los mecanismos constitucionales de impugnación, tienen un solo objetivo, proteger la dignidad humana.

Para el Tribunal Constitucional Español, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”¹⁹.

Rubio Llorente²⁰ afirma “Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE (Constitución española) implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985, Fj 8.), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre –también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad [...]– constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras limitaciones que se impongan

¹⁹ STC 53/1985, Fjs 8, citada por RUBIO LLORENTE, ob. cit., pág. 72.

²⁰ ob. cit pág. 72.

en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano merece la persona (STC 120/1990, Fj. 4). Véase también STC 5771994, Fj 3 A."

En este contexto y siguiendo la línea argumental del Tribunal Constitucional español, podemos afirmar que un sujeto que no tiene una autodeterminación consciente deja de ser libre, por lo que no es responsable penalmente de sus actos, independiente que se puedan adoptar respecto de aquel, medidas de seguridad que se fundan en su peligrosidad, en ausencia de su culpabilidad.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

El Tribunal Constitucional Chileno fue creado por la modificación constitucional de 23 de enero de 1970, mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 17.284, que introduce un capítulo VI en la Constitución de 1925, dicho capítulo se denominaba Tribunal Constitucional y Tribunal Calificador de Elecciones.

La labor del Tribunal Constitucional puede ser dividida en tres etapas o períodos, con caracteres muy diferentes. En efecto, el destacado Ministro del Tribunal Constitucional y ex Presidente del mismo órgano, profesor Cea Egaña afirma que "El Tribunal Constitucional de Chile fue creado en enero de 1971, disuelto por el régimen militar en 1973, restaurado en marzo de 1981 y *refundado*²¹ en agosto de 2005"²².

En una primera etapa jurisprudencial, esto es entre 1970 a 1973, sus sentencias estuvieron orientadas a temas políticos, económicos y sociales²³.

Posteriormente en una segunda etapa, su labor se desarrolla como un control concreto, previo y obligatorio respecto de preceptos legales sometidos a su potestad jurisdiccional constitucional, que se ha denominado

²¹ He destacado esta expresión "*refundado*" que usa el Profesor Cea Egaña, porque nos demuestra que respecto del Tribunal Constitucional no se trató de una simple reforma a la Constitución, sino que un cambio más profundo.

²² CEA EGAÑA, José Luis. Praxis de Control de Constitucionalidad en Chile. Ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007. Pág.1.

²³ Una detallada exposición sobre las 17 resoluciones dictadas entre esos años se encuentra en la obra "El Tribunal Constitucional de Chile 1970-1973", de Enrique Silva Cimma, de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas año 1977.

por Colombo²⁴ como "control de certeza"²⁵, "destinado a precaver un conflicto real"²⁶ en el que se confronta la Constitución con un proyecto de ley, determinando las normas legales del proyecto que deben eliminarse por ser contrarias a la Constitución. Este control se produjo de manera relevante hasta el año 2005. El control represivo por inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución se ejercía por la Corte Suprema.

En una tercera etapa, a partir del año 2005, se amplía su ámbito de competencia y se incorpora el control *a posteriori* o represivo, de carácter concreto de preceptos legales vigentes, aplicables en una gestión pendiente ante tribunales de justicia, a petición de parte, que originalmente estaba radicado en la Corte Suprema, lo que significó en consecuencia, una concentración de facultades jurisdiccionales en el Tribunal Constitucional.

Este recurso de inaplicabilidad es diferente del antes asignado a la Corte Suprema, por cuanto en el texto constitucional reformado el 2005 se incorpora un requisito adicional al recurso de inaplicabilidad, el que implica analizar si la "*aplicación*" del precepto legal impugnado, en la respectiva "*gestión*", resulta contraria a la Constitución. Esto le permite al Tribunal Constitucional declarar aplicable un precepto en un caso, e inaplicable el mismo precepto en otro caso distinto, por lo que normalmente se revisan los antecedentes de hecho y derecho de la "*gestión pendiente*", lo que nos permite aseverar que existe un control concreto de constitucionalidad.

Cuando el Tribunal Constitucional conoce una inaplicabilidad de un precepto legal aplicable en una gestión pendiente, se producen tres efectos en ese caso concreto:

- a) Efecto suspensivo: Antes de la resolución del conflicto de inaplicabilidad, si se ordena la suspensión del procedimiento que se sigue, el tribunal de la causa (ordinario o especial) se ve impedido de resolver esa gestión.
- b) Efecto positivo: Si se rechaza la inaplicabilidad, el tribunal de la causa (ordinario o especial) recobra sus potestades jurisdiccionales plenamente, por lo que puede aplicar o no el precepto, lo anterior

²⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia., pág. 559. Artículo extractado del texto "Reforma Constitucional 2005", Editorial LexisNexis. Coordinador Francisco Zúñiga, con ponencias de diversos autores.

²⁵ ob. cit. pág.559.

²⁶ ob. cit. pág. 559.

queda entregado enteramente a la decisión jurisdiccional que efectúe el tribunal de la causa. En todo caso, el tribunal de la causa no está obligado a efectuar esta aplicación del precepto cuando se ha rechazado el requerimiento de inaplicabilidad.

- c) Efecto negativo: Si se acoge la inaplicabilidad el tribunal de la causa (ordinario o especial) se ve impedido de aplicar el precepto legal en ese caso concreto de que conoce.

Asimismo, se incorpora un nuevo recurso, denominado de inconstitucionalidad, que corresponde a un control abstracto, *a posteriori* o represivo, de preceptos previamente declarados inaplicables, con un efecto de lo que en doctrina se denomina "legislador negativo"²⁷, consistente en la derogación hacia el futuro o "sin efecto retroactivo" del citado precepto legal declarado inconstitucional. Respecto de este recurso existen dos sentencias dictadas a la fecha, que se refieren a temas de competencia (en que se acogió) y de desafueros (en que se rechazó) (artículos 116 del Código Tributario y 416 inciso 3° del Código Procesal Penal, respectivamente).

VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CHILENA RELATIVA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL, EN SENTIDO RESTRINGIDO Y AMPLIO

Hemos considerado algunos criterios de interpretación que se pueden extraer de fallos del Tribunal Constitucional en materias de inaplicabilidad, y en un caso de inconstitucionalidad, relativos al principio de legalidad en materia Penal (en sentido restringido y en sentido amplio, tipicidad y legalidad de jurisdicción, respectivamente), los que se pueden resumir en los siguientes principios:

a) *Integridad:*

El principio de integridad se fundamenta en que el criterio material o sustantivo que existe en la Constitución respecto de la reserva legal, ha sido invariable a partir de la norma constitucional de 1980.

²⁷ Terminología expresada por la profesora Marisol Peña Torres, para referirse al efecto derogatorio de una ley, luego de publicar en el Diario Oficial una sentencia de inconstitucionalidad, al tenor de lo previsto en el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República, en la ponencia "La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y sus efectos.", en el VII Seminario sobre Temas Constitucionales de Actualidad, realizado los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2008, en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

En efecto, la citada norma consagra el principio de legalidad penal en sentido restringido, esto es, tipicidad expresa, el que no ha sufrido modificaciones desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, esto ha sido expresamente reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lo anterior permite extraer criterios de interpretación del principio de reserva legal y de tipicidad expresa utilizando toda la jurisprudencia existente a partir de 1980.

El considerando quinto del fallo dictado en el Rol 559-2006 señala que "...el texto definitivo del artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro ordenamiento jurídico." (Fundamento quinto)

b) Permisividad:

Este principio de permisividad de leyes penales en blanco impropias o de reenvío, nos permite afirmar que éstas no fueron prohibidas en la Constitución Política de 1980.

La sentencia Rol 24-1984, al referirse a la eliminación del vocablo "completamente" del precepto constitucional, expresa que "Es evidente que la modificación introducida por la Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo sentido a sí misma..." (Fundamento tercero).

En el Rol 468-2006, se ha sostenido que existen variadas interpretaciones sobre el alcance del principio de tipicidad expresa consagrado en la Constitución Política del Estado, "... prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico" (Fundamento cuarto).

El Rol 559-2006, concluye que "...están permitidas en nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, es decir, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa...". (Fundamento séptimo, en igual sentido su fundamento segundo).

El fallo del Rol 1011-2008, considera que: "...la Constitución ha garantizado el principio jurídico fundamental "no hay delito ni penal sin ley" , pero, asimismo, ha tolerado la existencia de las denominadas leyes en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona" (Fundamento cuarto).

c) Esencialidad:

El principio de esencialidad en la descripción de una conducta implica que a partir de la Constitución de 1980, se estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta que se sanciona, a esto se le denomina "núcleo central de la prohibición", pero que aspectos de detalle o que no integran el tipo, puedan estar contenidos en disposiciones de inferior jerarquía a la ley, tales como un reglamento, por ejemplo.

Este criterio quedó de manifiesto a partir de 1984 en el Rol 24-1984, por cuanto: "se estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta a la legislativa" (Fundamento tercero).

La sentencia recaída en el Rol 468-2006, refiriéndose a la norma prevista en el artículo 19 N° 3 de la C. P. R., se afirma que: "En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquella." Asimismo en ese Rol, en el análisis particular del tipo penal respectivo, se expresó que esa norma contiene "descripción suficiente del núcleo central de la conducta punible" (Fundamento cuarto).

La sentencia dictada en el Rol 559-2006, afirma que se permite una ley penal en blanco "...siempre que en la ley se describa el núcleo central de la conducta punible" (Fundamento noveno).

En el Rol 1011-2008, se resuelve que se debe tipificar un delito: "con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona" (Fundamento cuarto).

d) Certeza jurídica penal:

El principio de certeza jurídica en cuanto a la libertad de los seres humanos, para actuar con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos.

En el Rol 286-99 se expresó que: la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al Constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas ..." (Fundamento sexto).

Para fallar el Rol 1011-2008, se consideró que: "...la anomalía jurídica de las leyes penales en blanco, arranca de que ellas lesionan valores constitucionales. Como señala Welzel, el carácter muy general de las normas descriptivas de punibilidad trae consigo la consecuencia de que "ni el ciudadano puede saber que debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir qué es lo que se debe castigar" (Fundamento quinto).

e) Densidad normativa mínima:

El principio de densidad normativa mínima implica que el constituyente acepta el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que la norma principal sea de rango legal y reúna los contenidos mínimos que impidan la vaguedad e imprecisión en su aplicación.

En la sentencia recaída en el Rol 559-2006 se concluyó que: "la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19 N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que éstas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según condiciones mínimas que aquellas deberán cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones" (Fundamento séptimo).

En el rol 781-2007 se establece que procede examinar si la ley penal en blanco "es o no de aquellas que se encuentran admitidas o proscritas por nuestro ordenamiento, siendo necesario analizar el estándar de densidad normativa del tipo aplicado..." (Fundamento décimo cuarto).

f) Interdicción en función legislativa:

Los jueces del fondo, no pueden crear derecho, solo deben aplicarlo. En materia penal, lo anterior implica que la interpretación judicial tiene

como límite la existencia del tipo legal previo, que sea aplicable al caso concreto en que se subsuma.

En el Rol 286-99 se expresó que no es factible la aplicación de normas genéricas, "...abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer" (Fundamento sexto).

En el Rol 781-2007, existe una interesante prevención de los ministros Marisol Peña y Francisco Fernández Fredes, en el sentido que "...suponer que la determinación de la existencia del delito, en base a sus circunstancias anexas, queda entregada a mero arbitrio del juez, por sobre lo que la Constitución establece, implica atribuir, a la norma referida, un significado que estos ministros no comparten, pues no se desprende así del texto expreso del precepto..." (Fundamento sexto de la prevención).

g) Deferencia razonada:

Se debe presumir la buena fe del legislador, en el sentido de que legisla respetando la Constitución. Esto justifica que en los recursos de inaplicabilidad se declara inaplicable el precepto legal para ese caso concreto.

Situación distinta se produce en el recurso de inconstitucionalidad, toda vez que la naturaleza de la contradicción entre el precepto legal y la Constitución, debe ser total. En efecto, se exige una búsqueda abstracta de posibles interpretaciones, y "*si al menos una de ellas se armoniza*" con la Constitución, ese precepto "*no*" podría ser declarado inconstitucional.

En el recurso de inconstitucionalidad Rol 681-2006, se afirma "Que, tal como lo ha reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor del legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y solo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad" (Fundamento octavo).

Este fallo no es propiamente referido al principio de tipicidad expresa, sino de principio de legalidad de jurisdicción, esto es, del principio de legalidad en sentido amplio, referido a la garantía de jurisdicción, pero tiene una conexión por la denominada "reserva legal".

El principio de deferencia razonada, aplicado en materia penal, nos permite afirmar que en general los tipos penales existentes en la legislación nacional, tienen a lo menos una presunción de que son constitucionales.

En el evento de ser impugnados mediante el recurso de inaplicabilidad, se deberá analizar, si esa norma en el caso concreto, esto es, revisando los hechos y el derecho de la causa, permite declarar ese precepto legal aplicado en el caso respectivo, resulta, en virtud de esa "aplicación" contrario a la Constitución.

Distinta situación acontece con el recurso de inconstitucionalidad, porque el examen del Tribunal Constitucional es ajeno a las consideraciones de hecho y derecho del caso concreto, y solo basta una comparación de la norma legal impugnada con la Constitución (que previamente había sido declarada inaplicable), y si de esa comparación no existe ninguna hipótesis posible en que la norma pueda ser conciliada o armonizada con el texto constitucional, en ese caso, deberá declararse inconstitucional.

VII. CONCLUSIONES

1. Las leyes penales en blanco, que se remiten a una norma de inferior jerarquía que la ley para su complementación, son permitidas por el Constituyente de 1980.
2. Los límites que se imponen al legislador en virtud del principio de tipicidad de la ley penal, están determinados por definir un núcleo central o esencial, estableciendo cual es la materia contenida en la prohibición que afecta a la conducta humana.
3. Es importante que la norma penal impida una vaguedad o imprecisión de lo que es prohibido, a objeto de evitar subjetividades del juez de la causa, en la interpretación del precepto legal.
4. El juez, mediante una interpretación amplia de preceptos ambiguos, no puede llegar al extremo de reemplazar al legislador en la creación de normas penales.

5. El objeto del principio de tipicidad es la certeza jurídica de los seres humanos, quienes deben tener la posibilidad concreta de conocer cuáles son las materias prohibidas o no deseadas por el legislador penal.
6. La norma constitucional que consagra el principio de tipicidad en materia penal, esto es, el artículo 19 N° 3 inciso final de la C.P.R., se encuentra vigente y sin modificaciones desde la Constitución de 1980, por lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto del segundo como del tercer período (1980 a 2005 y 2005 a la fecha) puede ser utilizada para fijar criterios sobre la legalidad penal.
7. En cambio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del período 1970 a 1973 no sirve para estos fines, por cuanto se basa en normas distintas y fue referida a otras materias políticas, económicas y sociales.
8. No existen actualmente fallos de inconstitucionalidad respecto del principio de legalidad penal en sentido restringido (tipicidad), por lo que los criterios jurisprudenciales expuestos son válidos en los recursos de inaplicabilidad, en los que existe un control concreto de constitucionalidad, en cambio en los recursos de inconstitucionalidad el control es abstracto.
9. El fallo de inconstitucionalidad del que se desprende la deferencia razonada se refiere a la legalidad penal en sentido amplio, esto es, incluyendo la legalidad de jurisdicción en materia penal.
10. La importancia de esa distinción radica en que el control abstracto, el Tribunal Constitucional, debe buscar en teoría alguna interpretación del precepto que permita armonizarlo con la Constitución, y solo en el evento de que ello no sea posible, la protección de la supremacía constitucional exige que el precepto sea expulsado del ordenamiento jurídico, por la declaración de inconstitucionalidad.
11. Resultará interesante verificar si la revisión abstracta del Tribunal Constitucional en un futuro recurso de inconstitucionalidad respecto del principio de tipicidad (legalidad penal en sentido restringido), resulta más compleja que en la legalidad de la jurisdicción (legalidad penal en sentido amplio).

