

EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN LA CONSTITUCION DE 1980

ADELIO MISSESONI RADDATZ
Ayudante de Derecho Civil
Universidad Católica de Valparaíso

INTRODUCCION

La Carta Fundamental de 1980 representa el mayor impulso progresivo que el derecho penal ha recibido en la historia constitucional de nuestro país, al consagrar la mayor parte de los *principios rectores* del ámbito punitivo.

Dentro de tales principios, la doctrina unánimemente reconoce que la garantía de tipicidad es una de aquellas ideas directrices que debiera estar dotada de la máxima jerarquía normativa, como una forma de conseguir el pleno resguardo de los derechos de las personas frente a los poderes sancionatorios que ejerce el Estado.

La idea de tipicidad -a diferencia de lo ocurrido con los otros principios fundamentales del derecho penal-, ha tardado mucho en obtener reconocimiento a nivel constitucional. De allí que la mayor parte de los autores se refiera a ella como una simple aspiración o, más precisamente, como una meta a la que debieran tender las legislaciones.

Siendo un hecho indiscutible que el texto constitucional vigente contiene importantes novedades en lo que respecta a los principios orientadores del derecho penal, es muy atinente que nos preguntemos si aquél recoge efectivamente la idea de tipicidad.

Aunque el logro de este objetivo supone explicar el alcance de varias de las disposiciones que contiene el artículo 19 N° 3 de la Constitución, el presente trabajo en modo alguno pretende abarcar el conjunto de garantías penales que dicho texto consagra, salvo las necesarias referencias que es preciso efectuar, especialmente a la garantía de *legalidad*, para el cabal cumplimiento del objetivo que nos hemos trazado.

LA GARANTIA DE TIPICIDAD

Como se sabe, la garantía de *legalidad penal* implica tres manifestaciones, las cuales pueden resumirse de la siguiente forma: *reserva* (sólo la ley puede obrar como fuente de delitos y penas); *irretroactividad* (la ley penal sólo puede ser aplicada a hechos que ocurran después de su entrada en vigencia) y *tipicidad* (el precepto que crea el delito debe encontrarse redactado en términos estrictos).

Entre estos subprincipios se halla -y en posición preeminente- el principio de tipicidad, también llamado de *determinación* o de *taxatividad*, que abraza las clásicas garantías criminal y penal, exigiendo que tanto la definición de la conducta delictiva, como las consecuencias de la misma, alcancen la mayor concreción posible en la ley, impidiendo así que por vía material se eluda el principio de legalidad, empobreciendo a éste como mera garantía formal.

En efecto, las finalidades del principio de legalidad pueden verse frustradas por el propio legislador, al formular las normas penales de manera tan imprecisa como para que el ciudadano, aun conociendo su contenido, no sepa exactamente lo que le está mandado o prohibido.¹ Como señala Rodríguez Mourullo,² decisivo para comprobar la vigencia del principio de legalidad, no es el reconocimiento formal del mismo, en uno o varios preceptos de carácter general, sino la

¹ CURY, Enrique, *La ley penal en blanco* (Bogotá, 1988), p. 14.

² RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, 1977), p. 61

forma en que aparecen configurados los distintos tipos de delito en particular. En consecuencia, se impone al legislador la obligación de determinar con precisión y claridad tanto el presupuesto como la consecuencia de la norma penal.

DENOMINACION

Con el brocardo *nullum crimen sine lege certa* se alude al principio de tipicidad,³ de determinación,⁴ de taxatividad⁵ o mandato de certeza,⁶ expresiones utilizadas indistintamente en doctrina para señalar la exigencia de claridad y precisión de la ley en la descripción de las conductas delictivas.

³ Vid., entre otros, BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General* (Barcelona, 1984), p. 78; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal. Parte General*, (2a. Ed., Santiago, 1976) I, p. 47; YÁÑEZ, Sergio, *Las leyes penales en blanco*, en *Gaceta Jurídica* 58 (1985), p. 6.

⁴ Vid., entre otros, PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale* (3a. Ed., Milano, 1987), p. 66; WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General* (Trad. Conrado Finzi, Buenos Aires, 1980), p. 14.

⁵ BARATTA, Alessandro, *Principios del Derecho Penal Mínimo*, en *Doctrina Penal* 40 (octubre-diciembre, 1987), p. 629; BETTIOL - PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale* (12a. Ed., Padova, 1986), p. 58; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General* (2a. Ed., Valencia, 1987), p. 49; LANDROVE, Gerardo, *Introducción al Derecho Penal Español* (Madrid, 1985), p. 89. Emplean indistintamente las expresiones *principio de tipicidad, de determinación o de taxatividad*, ARROYO ZAPATERO, Luis, *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 8 (mayo - agosto 1983), pp. 10, 14 y 20; CURY (n. 1), pp. 26, 47, 91 y 143; LAMARCA, Carmen, *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 20 (mayo - agosto, 1987), pp. 102 s. y 199; SAINZ CANTERO, José, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción* (Barcelona, 1982) I, p. 88.

⁶ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal* (Trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984), pp. 314 ss.; JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Trad. Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981) I, pp. 182 s.

Sin embargo, no todas estas denominaciones tienen idéntico alcance. Así, las expresiones *principio de determinación*, *de taxatividad*, *mandato de certeza* u otras análogas que se suelen emplear, son perfectamente aptas para significar la necesidad de claridad y exhaustividad en la descripción de las conductas constitutivas de delito y de precisión en el establecimiento de las sanciones aplicables (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); en otras palabras, son términos que se refieren tanto al supuesto o hipótesis de hecho como a la consecuencia jurídica.

Por el contrario, la expresión *principio de tipicidad* es específica, pues sólo alude a la exigencia de determinación en la descripción de la conducta punible (*nullum crimen sine lege certa*), siendo inaplicable a la consecuencia jurídica (*nulla poena sine lege certa*). Es, precisamente, en este sentido que se utiliza la expresión tipicidad (del alemán *typizität*) en la sistemática de Beling, como característica del derecho penal moderno, señalando esa necesidad de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas. La ley penal moderna, correctamente formulada, no dirá, pues: "el ladrón sufrirá tal pena", sino que definirá la acción que constituye al sujeto en ladrón y solamente a través de esa acción podrá considerarse la culpabilidad del sujeto; dirá, en consecuencia, "el que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropiare de cosa mueble ajena". Y con figuras de acción como ésta se integrará todo el Código Penal.⁷

En consecuencia, podemos fijar al tipo legal tres funciones ya delimitadas a través del desarrollo actual de la doctrina:

a) *Función de garantía*. La tipicidad es una concreción del principio de legalidad y, al igual que éste, también constituye una garantía para todas las personas. Para que el principio de legalidad constituya una efectiva garantía es necesario que las conductas delictivas, o los tipos, estén redactados en la forma más completa y precisa que sea posible, porque mientras más minucioso es el tipo, mayor es la

⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino* (Reimp., Buenos Aires, 1956) II, p. 165.

garantía para las personas. La ley ha de contener descripciones de acciones y no fórmulas amplias o imprecisas, dentro de las cuales puedan comprenderse otras conductas que la propia ley no ha querido prever.⁸ Por otra parte, la tipicidad constituye una garantía de igualdad, por cuanto todas las personas van a ser sancionadas y juzgadas de acuerdo con un mismo tipo.

b) *Función legislativa.* Al legislador le corresponde seleccionar de entre todas las conductas antijurídicas, aquellas que merecen sancionarse penalmente. Al efectuar esta selección, el medio o instrumento que utiliza es la creación de tipos. Por eso, se dice que el tipo es un instrumento del legislador, a través del cual este último expresa sus criterios en materia de política criminal.

c) *Función dogmática.* La realización del tipo legal cumple una función indiciaria de la antijuridicidad. Cuando se comprueba que una conducta es típica, esta comprobación nos indica que esa conducta típica, con un alto grado de probabilidad, será también antijurídica; y así ocurre en la gran mayoría de los casos, porque las conductas típicas son además antijurídicas, salvo que concurra alguna causal de justificación.

En síntesis, podemos concluir que la expresión *tipicidad*, en su función de garantía o condicionante de las legislaciones, es la única que se refiere en forma exclusiva a la obligación que se impone al legislador de determinar con exhaustividad y precisión las conductas constitutivas de delito (*nullum crimen sine lege certa*). En razón de esta especificidad y del arraigo que la expresión ha alcanzado en la doctrina jurídica nacional, es que hemos optado por utilizar la denominación *principio de tipicidad* para referirnos a la materia objeto de nuestro estudio.⁹

⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos, *Misión de Garantía del Derecho Penal* (Buenos Aires, 1950), p. 36.

⁹ En la doctrina extranjera, principalmente italiana y española, se emplean mayoritariamente las expresiones *determinación* y *taxatividad*. Vid., entre otros, PALAZZO, citado por GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación del*

La gran mayoría de las legislaciones acepta plenamente el principio de *legalidad*, consagrándolo en forma expresa, ya sea a nivel constitucional, o bien, en el Código Penal.

Sin embargo, las diversas plasmaciones de este principio no son recogidas en forma manifiesta por las legislaciones extranjeras, las que se limitan a establecer claramente, por regla general, sólo la *reserva de ley* y la *irretroactividad de las normas desfavorables al reo*.¹⁰

Pero bien sabemos que de poco vale la consagración del principio de legalidad en su vertiente formal (reserva e irretroactividad), si no se respeta su dimensión sustantiva (determinación de la ley penal), que de no hallarse satisfecha en la regulación positiva (al tipificar los delitos en la parte especial), produce como resultado la violación del principio de legalidad por medio de la ley.¹¹ Es así como, en la actualidad, se producen por parte de los estados, negaciones más sutiles, solapadas o farisaicas a dicho principio.¹²

Dentro de las formas de elusión del principio de legalidad, Cobo del Rosal¹³ indica: "El exorbitado derecho penal preventivo, las ideas totalitarias imperativistas, la llamada defensa social, los elementos valorativos del tipo, las cláusulas generales, los tipos penales

hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional (Madrid, 1992), pp. 23 s., quien señala que entre ambas denominaciones no existe total identidad, ya que el mandato de determinación no se agota con la exigencia de taxatividad.

- 10 Vid. CAMARGO, César, *Introducción al Estudio del Derecho Penal* (Barcelona, 1964), pp. 137 ss.; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Las normas penales en las modernas constituciones*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (enero - abril 1951), pp. 28 ss.
- 11 VIVES ANTON, Tomás, *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*, en *Revista de Derecho Público* (Madrid, 1982) I, p. 35.
- 12 COBO DEL ROSAL, Manuel, *Principio de legalidad y ministerio fiscal*, en *Cuadernos de Política Criminal* 2 (1977), p. 25; BETTIOL - PETTOELLO MANTOVANI (n. 5), p. 132.
- 13 COBO DEL ROSAL (n. 12), p. 25.

abiertos (flexibles), las leyes penales indeterminadas o en blanco, la incriminación de puros talentos subjetivos, el uso y abuso de elementos subjetivos del tipo, la valoración moralista de las pruebas y un largo etc., son los enemigos naturales, por supuesto desde la propia legalidad -y de ahí su grave crisis- del principio de legalidad, mediante la utilización de refinada técnica jurídica por el Estado moderno en su deseo de exigir cada vez más poder, en detrimento de las garantías jurídicas, formales y sustanciales de los derechos individuales de la persona"

Por esta razón es que en la actualidad cobra mayor importancia el contenido material del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, particularmente en relación al principio de taxatividad, el cual, a pesar de no encontrarse consagrado expresamente en la mayor parte de los textos constitucionales, ha recibido plena acogida en la doctrina y jurisprudencia, ya que se desprende, en virtud de un proceso interpretativo, de la consagración formal del principio de legalidad.

En efecto, la constitucionalización del *principio de reserva* implica de suyo el reconocimiento de la exigencia de *tipicidad*. El monopolio del legislador debe ser respetado, sobre todo, por el mismo Poder Legislativo, el cual no debe despojarse de la tarea de formular los tipos penales, dejando al arbitrio del intérprete la determinación de su exacto contenido.¹⁴ Como afirma Pecorella,¹⁵ la reserva de ley comporta "la exclusión no sólo del Poder Ejecutivo de la promulgación de normas penales, sino también la prohibición al juez de crear preceptos penales más allá de la mera interpretación de la ley escrita. Bajo este segundo aspecto, el principio de legalidad impone que la ley penal identifique con claridad y taxativamente los hechos que pueden dar lugar a una sanción criminal, ya que en caso contrario la norma constituiría tan sólo una indicación dictada al juez que se convertiría en verdadero legislador. La reserva de ley puede considerarse respetada sólo cuando sea respetada igualmente

¹⁴ DELITALA, Giacomo, *Cesare Beccaria e il problema penale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1964), p. 969.

¹⁵ PECORELLA, citado por GARCÍA RIVAS (n. 9), p. 48.

la taxatividad de las prescripciones" Podemos afirmar con certeza que es imposible hablar de reserva de ley prescindiendo del principio de tipicidad: éste se transforma en núcleo esencial de aquél.

Examinaremos someramente el derecho penal vigente en algunos países, distinguiendo aquellos que reconocen el mandato de determinación en forma explícita en la Carta Fundamental, de aquellos que sólo lo hacen implícitamente, a partir de la formulación del principio de legalidad en su vertiente formal.

a) *Consagración constitucional explícita*

El primer país de habla hispana en establecer en forma expresa el principio de tipicidad en la Ley Fundamental, fue Perú. La Constitución de 1979, señala en su artículo 2º N° 20 letra d), lo siguiente: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, *de manera expresa e inequívoca*, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Al exigirse que el acto u omisión esté calificado legalmente de manera expresa e inequívoca, el texto constitucional está recogiendo claramente el mandato de determinación de la ley penal.

b) *Consagración constitucional implícita*

La Carta Fundamental de Colombia no establece explícitamente el principio de taxatividad. El artículo 26 de la Constitución sólo formula la legalidad de delitos, penas, procedimientos y órgano jurisdiccional; la irretroactividad *in malam partem* y la retroactividad de las normas favorables al reo.¹⁶

Por su parte, el Código Penal de ese país optó por introducir como Título I de su Parte General (capítulo único) doce normas que denominó *rectoras*. Según la doctrina, dichas normas tienen que ser

¹⁶ Artículo 26: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"

atendidas indefectiblemente: emanan de la Constitución, adquieren rango supralegal, son la concreción del estado de derecho en materia penal, lo que conduce a la ruptura de éste cuando es vulnerada o desechada alguna de aquéllas.¹⁷

Dentro de estas normas rectoras, el artículo 3º del Código Penal, establece el principio de tipicidad en los siguientes términos: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

En consecuencia, si bien la determinabilidad legal ha sido consagrada en la legislación penal ordinaria, por constituir una norma rectora, no puede ser dejada de lado, siendo obligatoria para el legislador.

Tampoco el ordenamiento jurídico constitucional de España formula la exigencia de taxatividad en forma expresa.

En efecto, la Carta Fundamental de 1978 destina dos preceptos al principio de legalidad: los artículos 9.3 y 25.1. Señala la primera disposición: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

El segundo de los preceptos citados, que viene a especificar el principio para la materia penal, establece: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

La doctrina española, desde la entrada en vigor de la Constitución, ha denunciado la insatisfactoria formulación del principio de legalidad, por no hacer referencia a las diversas manifestaciones del mismo.¹⁸ En general, se sostiene que fue desaprovechada por el

17 PEREZ PINZON, Alvaro, *Algunas notas sobre el principio de legalidad*, en Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía (Bogotá, 1987), pp. 95 ss.

18 ARROYO ZAPATERO (n. 5), pp. 10 ss.; BUSTOS (n. 3), pp. 72 ss.; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON (n. 5), pp. 51 ss.; LAMARCA (n. 5), pp. 101 ss.; LANDROVE (n. 5), pp. 88 s.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General* (2a. Ed., Barcelona,

constituyente la oportunidad de consagrar el principio de determinación, que sólo puede hacerse derivar de la Carta Fundamental a través de la cláusula genérica de la seguridad jurídica (artículo 9.3).¹⁹

En síntesis, ni la Ley Fundamental ni la ley común regulan expresamente en España el principio de taxatividad. Sin embargo, ello no ha sido óbice para su acogida en copiosa jurisprudencia constitucional, por lo que cualquier duda sobre su constitucionalización se encuentra actualmente superada.²⁰⁻²¹

En Italia, la Constitución de 1947, no reconoce en forma explícita la exigencia de determinación. El artículo 25, al formular el principio de legalidad referido tanto a los delitos y penas como a las medidas de seguridad, sólo plasma en forma manifiesta los principios de reserva e irretroactividad.²² La redacción de este precepto ha sido criticada por la doctrina de ese país.²³

Más precisos son los artículos 1º y 199 del Código Penal, que establecen el principio de legalidad referido a los delitos y penas y a las medidas de seguridad, respectivamente.

1985), pp. 65 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General* (10a. Ed., Madrid, 1986), pp. 177 s.; SAINZ CANTERO (n. 5), pp. 87 ss.; VIVES ANTON (n. 11), pp. 47 s.

19 COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON (n. 5), pp. 53 ss.; LAMARCA (n. 5), p. 103

20 Un análisis profundo de la doctrina del Tribunal Constitucional Español, en relación al principio de determinación, puede verse en GARCIA RIVAS (n. 9), pp. 65 ss.

21 Curiosamente, la idea de taxatividad se halla proclamada en el artículo 4º inciso segundo del Código Civil español, que establece lo siguiente: "Las leyes penales, las excepcionales y las del ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". Pero el valor en materia penal del referido precepto habrá de resultar muy dudoso, una vez que se regule ésta por medio de Ley Orgánica.

22 Artículo 25 incisos segundo y tercero: "Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido". "Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad, sino en los casos previstos por la ley"

23 BETTIOL - PETTOELLO MANTOVANI (n. 5), pp. 57 s.; PAOLIANO (n. 4), pp. 50 s.

El artículo 1º establece "Nadie puede ser castigado por un hecho que no esté *expresamente* previsto como delito por la ley, ni con penas que no hayan sido establecidas por ella" De esta forma, el principio de legalidad aparece formulado con toda claridad, esfumándose las dudas que podían surgir de la formulación constitucional del mismo.

La mencionada disposición es considerada de rango supralegal, por lo que es obligatoria para el legislador ordinario; tiene un indudable valor exegético frente al artículo 25 de la Carta Fundamental, de modo que el significado de este último, que es ambiguo considerándolo en forma aislada, se torna unívoco en el marco del sistema,²⁴⁻²⁵ correspondiendo a la Corte Constitucional el deber de declarar la ilegitimidad de toda ley que esté en contra de este principio.

Al señalar el precepto que el hecho debe estar *expresamente* previsto como delito por la ley, consagra el principio de tipicidad, pues significa que el legislador debe configurar el hecho punible de manera clara, patente, ya que ése es, precisamente, el significado de aquel adverbio

Por otra parte, ya la consagración misma de la reserva de ley en la Carta Fundamental, implica la formulación del mandato de taxatividad, por lo que la jurisprudencia italiana no ha dudado en su reconocimiento. En efecto, puede sostenerse que el desarrollo del principio de tipicidad en ese país ha sido obra tanto de la doctrina como de la jurisprudencia constitucional.²⁶

Es así como la Corte Constitucional italiana declaró contrario a la Carta Fundamental por falta de taxatividad, el artículo 603 del

24 PAGLIARO (n. 4), pp. 51 s

25 En este mismo sentido, la doctrina alemana entiende que en caso de oscuridad en la formulación constitucional de un derecho o principio que ya con anterioridad se encontraba configurado y en términos más amplios por la legislación, debe éste estimarse integrado a la norma fundamental. Vid. ARROYO ZAPATERO (n. 5), p. 11

26 BRICOLA, Franco, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1988), pp. 14 s.

Código Penal, que tipificaba el delito de plagio, siendo el único caso que conocemos de un pronunciamiento de esta naturaleza en el derecho comparado.²⁷⁻²⁸

LA IDEA DE TIPICIDAD EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CHILE

El primer texto positivo que introdujo la garantía de *legalidad* en nuestro ordenamiento jurídico fue la Constitución de 1823, al formular en el artículo 122 los principios de reserva, irretroactividad y legalidad del juzgamiento.²⁹⁻³⁰

Las Constituciones de 1833 y 1925 establecían la mencionada garantía en términos similares a los utilizados por la Carta Fundamental de 1823. Por ejemplo, el artículo 11 de la Constitución Política de 1925 prescribía: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio"

-
- 27 TIEDEMANN, Klaus, *Constitución y Derecho Penal*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 33 (septiembre-diciembre 1991), p. 162, sostiene que el Tribunal Constitucional Alemán se ha comportado con retraimiento frente al principio de determinación, pues, ni un solo tipo del Código Penal ha sido declarado contrario a éste.
- 28 La sentencia, de 8 de junio de 1981, aparece recogida en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1981), pp. 1147 ss., con comentario de BOSCARRELLI, Marco. *A proposito del «principio di tassatività»*, también en *Giurisprudenza Costituzionale* 1 (1981), pp. 806 ss., con comentario de GRASSO, Pietro: *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*.
- 29 DIAZ LISBOA, Marcelo, *Los principios rectores del derecho penal en la historia constitucional de Chile* (Memoria de prueba, Universidad Católica de Valparaíso, 1992), pp. 46 ss.
- 30 Artículo 122: "Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho"

Según Etcheberry,³¹ el principio de *tipicidad* se desprendía del análisis del artículo 11 de la Carta de 1925. Dicha disposición establecía que la ley debía referirse a *hechos* y no a simples criterios de penalidad (como sería el caso de una ley que dijera: "Es delito todo evento socialmente dañoso", donde no se contiene referencia a ningún hecho). Además, si no se interpretara dicho precepto en el sentido de que la ley debe referirse a *hechos determinados*, el sentido de garantía de esta norma desaparecería.

Compartimos la opinión señalada, en el sentido que la dimensión sustantiva del principio de legalidad está constituida por la imprescindible precisión y claridad en la descripción de las conductas constitutivas de delito, pero hay que dejar en claro que la Constitución Política de 1925 no consultaba el principio de *tipicidad*, limitándose a consagrar las exigencias de *lex praevia et scripta*.³²

Sin embargo, a pesar de la no formulación expresa del mandato de taxatividad de la ley penal en la anterior Carta Fundamental, creemos que era perfectamente posible recurrir de inconstitucionalidad respecto de aquellos preceptos penales vulnerantes del principio de *legalidad* en su vertiente material, tal como ocurre en aquellos sistemas jurídicos extranjeros que no contienen una norma consagrada expresa de la exigencia de determinación de las disposiciones penales, pero que se desprende del contenido esencial del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

No obstante lo anterior, y precisamente por el hecho de no existir un pronunciamiento categórico de parte de las Constituciones que precedieron a la actual, el ordenamiento jurídico chileno dio cabida a una serie de preceptos penales que son claramente vulnerantes de la idea de tipicidad. Es el caso, por ejemplo, de varias disposiciones del Código Penal,³³ dictado bajo el imperio de la Carta de 1833, y de no

³¹ ETCHEBERRY (n. 3), p. 49.

³² DIAZ LISBOA (n. 29), p. 121; YAÑEZ (n. 3), p. 10.

³³ Es el caso, por ejemplo, de los artículos 363 y 373, que no contienen la descripción de una conducta.

pocas normas contenidas en leyes especiales dictadas durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1925³⁴

GENESIS DEL ARTICULO 19 N° 3 INCISO OCTAVO DE LA CONSTITUCION DE 1980

La actual Ley Fundamental formula el principio de *legalidad* de manera mucho más acabada que la Constitución de 1925. El inciso séptimo del N° 3 del artículo 19, establece que "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". Su estructura es similar a la del artículo 11 de la Constitución de 1925 salvo la introducción de la retroactividad *in bonam partem*, antes sólo formulada a nivel legal (artículo 18 del Código Penal).

Asimismo, dentro de la nueva formulación del principio de *legalidad*, destaca la exigencia que contiene el inciso final del propio artículo 19 N° 3, en orden a que los tipos deben estar redactados sobre la base de una conducta.

El tratamiento de este último precepto al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, giró en torno al problema de las leyes penales en blanco. En efecto, la intención de los comisionados fue la de proscribir esta clase de normas, sin que se consideraran circunstancias de fondo concernientes a la función del tipo. El acento recayó sobre una cuestión consecencial, mientras que los fundamentos materiales de la idea de tipicidad simplemente se sobreentendieron.³⁵

El debate sobre esta materia tuvo lugar en la sesión 399, de fecha 12 de julio de 1978, en los momentos en que la Comisión se encon-

34 Entre ellas, cabe mencionar los preceptos que contienen los artículos 1° y 2° del decreto ley N° 211, de 1973

35 CURY (n 1), pp. 60 s

traba abocada al estudio de las normas sobre el orden público económico en la futura Carta Fundamental.³⁶

En un primer momento se sometió a discusión el siguiente precepto: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar esté clara y expresamente descrita en esa o en otra ley".

Los comisionados doña Alicia Romo y don Roberto Guerrero, Fiscal del Banco Central, invitado especialmente a la Comisión, presentaron una disposición en sustitución de la anterior, que rezaba de la siguiente forma:

"Sólo serán constitutivas de delito las conductas descritas como tales y penas por la ley promulgada con anterioridad al hecho que se califique".

"La determinación de las figuras delictivas se harán en el texto mismo del precepto legal o se concluirá de la conjugación de distintas leyes; pero no podrá quedar entregada, ni en todo ni en parte, a disposiciones reglamentarias, administrativas, u otros actos de autoridad que no sean ley de la República".

El señor Guerrero señala que el texto de reemplazo constituye una explicación de lo que es la ley penal en blanco, siendo similares ambos preceptos en su esencia.

La señora Romo fundamenta la disposición propuesta al manifestar que el de las leyes penales en blanco es uno de los problemas más graves que subsisten al presente, y poniendo énfasis en la gravedad extraordinaria que reviste el hecho de que los ciudadanos estén sujetos a lo que resuelva un grupo de funcionarios administrativos.

Don Jaime Guzmán consideró que, a la luz de una correcta interpretación del texto constitucional, la expresión delito requiere indispensablemente una tipificación precisa, que debe ser efectuada por la ley, la cual, a su vez, debe estar promulgada con anterioridad a la perpetración del mismo. Como esto no ha sido entendido tajantemente así, ni por el legislador ni por los tribunales, le parece nece-

³⁶ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399 (12 de julio de 1978), pp. 3149 ss.

sario consagrar una disposición para exigir que la tipificación del delito esté completamente configurada en la ley.

El comisionado señor Gustavo Lorca, señala la necesidad de complementar la norma referente al principio de legalidad, con un precepto que establezca la necesidad que la conducta penada esté clara y expresamente descrita por la ley.

Finalmente, por indicación de don Raúl Bertelsen, se propuso perfeccionar la redacción señalada, haciendo alusión a que la conducta que se sancione esté descrita en forma *expresa y completa* por la ley, de modo que no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del gobierno para desarrollar la ley penal. Esta -afirma- debe bastarse a sí misma, y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena.

La disposición aprobada quedó redactada en los siguientes términos: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar esté expresa y completamente descrita en ella" Posteriormente, fue perfeccionado el texto, quedando la norma redactada del modo que sigue: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella"

La disposición aprobada por el Consejo de Estado es idéntica a la contemplada en el anteproyecto elaborado por la Comisión.³⁷

El texto definitivo de la Constitución aprobado por el Poder Ejecutivo, difiere del contenido en los anteproyectos de la Comisión de Estudio y del Consejo de Estado, al suprimirse la expresión *completa* que ellos incluían, quedando la disposición redactada en los términos que establece actualmente la Carta Fundamental.

Desafortunadamente, no sabemos cuáles fueron las razones que llevaron a la modificación del precepto, pues no existen actas de las sesiones de estudio al interior del Poder Ejecutivo. Debemos, en consecuencia, atenernos a las discusiones suscitadas en el seno de la Comisión Constituyente, aunque los antecedentes que de ellas podemos recabar para reconstituir la historia fidedigna del establecimien-

³⁷ El precepto fue aprobado con el voto en contra del señor Juan Antonio Coloma.

to de la garantía de tipicidad, son más bien escasos, ya que, como hemos señalado, el debate de los comisionados recayó casi exclusivamente sobre el problema de la prohibición de las leyes penales en blanco, y no sobre la exigencia -mucho más importante- de determinación de las normas penales

SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTICULO 19 N° 3 INCISO OCTAVO DE LA CONSTITUCION DE 1980

Tradicionalmente se ha dicho que interpretar la ley significa determinar o desentrañar su sentido y alcance, con el objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida social.

El Código Civil establece normas relativas a la interpretación de la ley en su Título Preliminar, en los artículos 3°, 5°, 9° inciso segundo, 11, 13 y 19 a 24

En materia de hermenéutica constitucional, a falta de reglas expresas, son aplicables las disposiciones contenidas en el Código Civil, imponiéndose, eso sí, modalidades particulares a este sistema de raigambre jusprivatista

Es menester, en consecuencia, para determinar el sentido y alcance del precepto constitucional en análisis, recurrir a las normas sobre interpretación anteriormente señaladas, asumiendo especial relevancia para nuestro estudio, las disposiciones contenidas en los artículos 19 inciso segundo, 20 y 22 inciso primero del Código Civil, que hacen referencia, respectivamente, a la historia fidedigna del establecimiento de la ley al modo de entender los términos singulares de ésta y a la necesaria armonía que debe haber entre todas sus partes

En relación a este último punto, un principio de hermenéutica legal nos señala que el sentido de una disposición no deriva de su consideración aislada, puesto que ella se encuentra inserta en un conjunto armónico de normas, razón por la cual debe ser interpretada dentro del referido contexto.

El artículo 19 N° 3 inciso octavo se encuentra consagrado en el Capítulo III, denominado *De los derechos y deberes constitucionales*, en los siguientes términos:

"La Constitución asegura a todas las personas.

N° 3 La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. *Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*"

En efecto, la disposición en análisis constituye una concreción del principio esencial consagrado en el inciso primero del artículo 19 N° 3, de manera que ha de ser comprendida, interpretada y aplicada a la luz de éste. Representa, por ende, una consecuencia de la igual protección en el ejercicio de los derechos, puesto que, indiscutiblemente, hay indefensión cuando el legislador infringe el mandato de taxatividad de la ley penal,³⁸ al entregar a la autoridad judicial o administrativa la tarea de determinar el contenido de la norma.

Esta garantía es, a su vez, emanación lógica del principio de igualdad ante la ley, formulado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, ya que estéril sería su mera declaración formal si, paralelamente, no se asegura la igual protección de esos derechos.³⁹

En la medida que los preceptos penales sean precisos en su formulación, se está respetando el principio de igualdad, impidiendo que cualquier autoridad establezca diferencias arbitrarias, garantizando a todas las personas, que van a ser juzgadas y sancionadas de acuerdo con un mismo tipo.⁴⁰ En consecuencia, queda perfectamente justificada la ubicación constitucional de la norma.

En cuanto a la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional, ésta no ofrece antecedentes sólidos que permitan indagar acerca de su contenido

38 CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, 1988), p. 271

39 CEA EGAÑA (n. 38), p. 269

40 En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Alemán, al declarar que el principio de legalidad es expresión del de igualdad de todos ante la ley. Cfr. ARROYO ZAPATERO (n. 5), p. 13

Efectivamente, bien sabemos que las discusiones al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución giraron en torno al problema de las leyes penales en blanco y no se refieren a la cuestión de fondo, cual es la exigencia de determinación de la ley en la descripción de las conductas punibles. Además, el texto definitivo no recoge la intención de los redactores en orden a proscribir esta clase de normas penales.

Por otra parte, es dominante en la actualidad la posición que estima que lo que debe buscarse es la voluntad de la ley, es decir, su querer actual (interpretación objetiva) y no la voluntad del legislador (interpretación subjetiva). En este sentido, se señala que la ley, con el acto de legislación, se libera de su creador y se objetiviza.

El artículo 20 del Código Civil señala en su primera parte que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras". El precepto constitucional que analizamos establece en términos simples y escuetos que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Debemos, por lo tanto, determinar el sentido de los términos particulares de dicha disposición, conforme lo ordena la norma de hermenéutica legal.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra *expreso* significa *claro, patente, especificado*. En consecuencia, la conducta sancionada, que es la base sustantiva sobre la cual descansa toda la estructura del delito, debe estar claramente descrita en la ley, pues, de lo contrario, se estaría vulnerando la exigencia constitucional.

Pero la Carta Fundamental es aún más exigente, ya que establece que la conducta debe aparecer descrita y no solamente mencionada o señalada. En efecto, según el mismo Diccionario, la palabra *describir* significa representar a personas o cosas por medio del lenguaje, refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias.

Por consiguiente, el actual Código Político pone énfasis en la necesidad de exigir al legislador el máximo de esfuerzo en la tipificación de las conductas punibles, de manera tal que ellas aparezcan en la ley representadas en forma clara, mencionando todos aquellos

detalles que permitan a un hombre medio hacerse una idea cabal de aquello que debe abstenerse de hacer o que está obligado a ejecutar, corriendo el riesgo de ser sancionado penalmente en el evento de infringir la prohibición o el mandato legal.

Sin embargo, en la redacción de las conductas delictivas, el legislador encuentra una serie de obstáculos que conspiran contra la cabal realización de aquel ideal de taxatividad que las disposiciones penales requieren. El principio de tipicidad constituye una meta a la que se debe tender, aunque realizarlo en plenitud es prácticamente imposible.

No se exige, por ende, una precisión matemática, sino una descripción de las acciones u omisiones sancionadas lo suficientemente clara como para que un hombre corriente pueda conocer aquello que le está mandado o prohibido, a fin de no exponerse a un castigo.⁴¹

Sabemos que el *verbo rector*, a través del cual se expresa la conducta, puede en ocasiones, por sí solo, determinar la materia de prohibición, estimándose completa la descripción típica con la sola indicación de éste; en otros casos, en cambio, será menester determinar dicha conducta haciendo referencia a otros elementos que vienen a precisar la figura delictiva, como, por ejemplo, el resultado, los sujetos que intervienen, el objeto material o jurídico, ciertas circunstancias o modalidades de ejecución, etc. De allí que, para determinar si se cumple o no con la exigencia de tipicidad, la apreciación debe efectuarse caso a caso.

La doctrina, al analizar el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución, en relación con las leyes penales en blanco, señala que lo exigido por dicho texto es la descripción del núcleo básico, permitiendo delegar en otras instancias legiferantes las precisiones sobre las condiciones en que estas conductas serán sancionadas. La integración sólo puede referirse a aspectos circunstanciales y jamás podría tener por objeto agregar una nueva conducta o completar la

41 CURY (n. 1), p. 91

descripción de la que figura en el tipo, en términos de precisar su significado ⁴²

Las consideraciones expuestas son válidas tratándose de leyes penales en blanco propiamente tales, las que son aceptadas por razones de orden técnico, en estos casos, siempre habrá una norma complementaria que, satisfaciendo las exigencias de certeza, permitirá, en último término, que los ciudadanos sepan que ciertas acciones u omisiones puedan llegar a estar sancionadas bajo determinadas condiciones, precisadas en otra disposición

Sin embargo, como señala Bricola,⁴³ del principio de taxatividad se deriva la exigencia de que las decisiones político criminales no puedan ser delegadas nunca en el Poder Judicial, no admitiéndose ni siquiera excepciones similares a los casos de delegación técnica hacia el Ejecutivo. Por lo tanto, jamás podría facultarse al juez para que complemente la ley penal, precisando las circunstancias en que la conducta ha de ser sancionada. Las exigencias son por ende mayores cuando no existe remisión normativa, pues, en ese caso, la norma penal debe describir la acción u omisión prohibidas con todos sus detalles.

Así, por ejemplo, la ley N° 18.403, que sanciona el tráfico de estupefacientes, señala diversas formas de conductas, como elaborar, fabricar, transformar, preparar y extraer, referidas a las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública (artículo 1°). El artículo 25, por su parte, prescribe que un reglamento señalará las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas.

Como podemos apreciar, la conducta constitutiva de delito está descrita con precisión en la ley, la que señala, además, el objeto

42 CURY (n. 1), pp. 68 ss.; RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* 8 (1984), pp. 242 s.; YAÑEZ (n. 3), p. 11.

43 BRICOLA, citado por GARCIA RIVAS (n. 9), p. 47

material remitiéndose a una norma de inferior jerarquía a fin de que determine este último en forma detallada.

La ley N° 18.403 cumple con las exigencias contenidas en el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución. La remisión obedece a necesidades técnicas y estos criterios técnicos son integrados por la norma remitida. Lo que sería inadmisibles es que, a falta de disposición complementaria, fuera el juez quien realizara la integración. No puede transformarse la ley penal en blanco en un tipo que contiene un elemento normativo. En el ejemplo anterior, si la ley no delegara la facultad de precisar el objeto material en una instancia legiferante inferior, no podría ser el tribunal el que llenara ese vacío; en tal caso, para que la ley tuviese contenido y pudiese ser aplicada, debería fijar la conducta sancionada con todos sus detalles, incluyendo la mención de las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas.

En síntesis, podemos señalar con certeza, que las leyes penales en blanco, cumpliendo las exigencias que la Carta Fundamental establece, son perfectamente admisibles en el ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, bajo ningún aspecto son constitucionalmente admisibles los tipos abiertos; éstos sólo son completados en el momento en que el juez interpreta la ley, aplicándola al caso concreto sometido a su conocimiento. Si bien las leyes en blanco debilitan las exigencias derivadas del principio de legalidad, particularmente en lo relativo a la reserva de ley, constituyen un mal necesario; en cambio, los tipos abiertos, además de vulnerar los principios de irretroactividad, reserva y taxatividad, transgreden la garantía de igualdad de trato ante la ley.

Frente al juez, las normas penales siempre deben ser completas y determinadas, ya sea que la sola ley precise la conducta con todas sus circunstancias, o bien, sea una norma complementaria la que determine las condiciones en que dicha conducta ha de ser penada.

Finalmente, en cuanto al ámbito de aplicación del principio de tipicidad, éste abarca tanto la conducta y sus elementos complementarios, como las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, pues ellas determinan el grado en que una persona debe responder por la comisión de un delito. Sin embargo, la exigencia de taxatividad opera con todo su rigor sólo respecto de las circunstan-

cias agravantes, ya que así lo sugiere su carácter de garantía constitucional. En el caso de las causas de atenuación de la pena, desaparece el fundamento esencialmente tutelar que el principio de tipicidad tiene.

Las mismas consideraciones son válidas respecto de las eximentes, de las condiciones objetivas de punibilidad y de las excusas legales absolutorias, pues, al igual que en el caso de las circunstancias atenuantes, también se admite respecto de aquellas una mayor laxitud en su configuración. En estos casos, estamos frente a una contracción de la punibilidad, por lo que la *ratio* de garantía que fundamentalmente inspira al principio de determinación, carece de sentido.

CONCLUSIONES

La idea de tipicidad, indudablemente es una de las manifestaciones consustanciales al principio de legalidad y, en tal virtud, la consagración de este último debiera ser suficiente para tener por acogida la exigencia de taxatividad a nivel constitucional. Sin embargo, basta con examinar lo que a este respecto ocurre en otros países, e incluso la propia realidad legislativa chilena, para advertir la necesidad de que la garantía de tipicidad sea específicamente reconocida por la preceptiva constitucional. Sólo así se obtiene que el imperativo de determinación del hecho punible no quede supeditado a la interpretación judicial y doctrinal y se impide, al mismo tiempo, que el legislador utilice fórmulas inapropiadas para la tipificación de los delitos.

Considerando que es muy escaso el número de países que consagra el principio de tipicidad en sus códigos políticos, y que éste nunca figuró de modo expreso en los diversos textos que integran la historia constitucional de Chile, es francamente meritorio que la Carta de 1980 diera cabida a aquel principio.

Aunque la historia del establecimiento de la norma demuestra que sus redactores no tuvieron la intención de consagrar expresamente el principio de tipicidad, los términos en que aparece conce-

bido el inciso final del artículo 19 N° 3 no admiten discusión acerca del efectivo reconocimiento de dicha garantía

Por otra parte, la fórmula empleada para efectuar aquel reconocimiento es también meritoria, porque al exigir que las conductas delictivas estén expresamente descritas en una norma de jerarquía legal, no sólo autoriza el recurso a las leyes penales en blanco -procedimiento este último que es de general aceptación en la doctrina-, sino que también impone límites muy precisos a la actividad del legislador. Desde una perspectiva crítica, es posible afirmar que aquella fórmula recoge el contenido esencial del principio de determinación, según las pautas que al respecto ofrece la penalística contemporánea

Existiendo, sin embargo -y como hemos explicado-, un número importante de preceptos dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1980 que infringen abiertamente la actual exigencia constitucional, corresponde ahora al órgano jurisdiccional ejercer la función conservadora que le es inherente, a fin de hacer realidad el importante avance que la consagración del principio de tipicidad representa para el resguardo de los derechos de las personas