



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DE LEY PENAL EN BLANCO DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL
ARTÍCULO 299 N°3 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Memorista: Pablo Silva Saunders

Profesor Guía: Germán Ovalle Madrid

Santiago de Chile

2019

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
<i>Capítulo primero</i>	10
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL.....	10
I. EL SENTIDO MODERNO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL	10
I.1. SIGNIFICADO DEL <i>SENTIDO MODERNO</i> DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD Y CON EL ESTADO DE DERECHO.	10
I.2. EL ORIGEN DEL SENTIDO MODERNO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	11
I.3. EL DERECHO PENAL DE LA MODERNIDAD: SUS CARACTERÍSTICAS EN TANTO SISTEMA PENAL DE ESTRICTA LEGALIDAD	19
II. EL <i>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE PRAEVIAM LEGE SCRIPTA, STRICTA ET CERTA</i>	20
II.1. FUNDAMENTOS (JURÍDICO-PENALES Y JURÍDICO-POLÍTICOS) DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	20
II.2. PROHIBICIONES EN CUANTO A LA APLICACIÓN O CREACIÓN DE LA LEY PENAL	23
<i>Capítulo segundo</i>	31
LA LEY PENAL EN BLANCO.....	31
I. DEFINICIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL	31
I.1. CONCEPTO	31
I.2. ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL Y DE LA LEY PENAL EN BLANCO	32
I.3. CLASIFICACIÓN	33
I.4. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO (PROPIAS)	35
II. LA RACIONALIDAD TRAS LA(S) SISTEMATIZACIÓN(ES) DE LA LEY PENAL EN BLANCO	35
II.1. LA COMPRESIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO A PARTIR DE LA <i>LEX SCRIPTA</i>	37
II.2. LA COMPRESIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO A PARTIR DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA	42
III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL PLANTEADO POR LAS LEYES PENALES EN BLANCO	48
III.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA	48

III.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES EN BLANCO PROPIAS EN EL ORDENAMIENTO CHILENO. POSTURAS DOCTRINARIAS	50
III.3. POSTURAS DOCTRINARIAS NACIONALES	51
IV. LA POSTURA ORIGINARIA DEL TC: SENTENCIA ROL N°24, DEL 04 DE DICIEMBRE DE 1984	53
IV.1. NATURALEZA PROCESAL DEL ASUNTO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA	53
IV.2. RESOLUCIÓN DEL ASUNTO	54
<i>Capítulo Tercero</i>	56
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	56
I. OBJETO Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS	56
II. DISPOSICIONES CONTROLADAS	56
III. LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	57
III.1. STC 468, DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2006 (Caso “Antuco”)	57
III.2. STC 781, DE 07 DE JUNIO DE 2007 (Caso “Carabinero”)	60
III.3. STC 1011, DE 26 DE AGOSTO DE 2008 (Caso “Robo en la Armada”)	63
III.4. STC 2773, DE 28 DE ENERO DE 2016 (Caso “Casa 212”)	67
IV. POSTURAS DEL TC RELACIONADAS CON (1) EL PROBLEMA DE LA LEY PENAL EN BLANCO Y CON (2) EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL EN GENERAL, A LA LUZ DE SUS VOTOS DE MAYORÍA	71
IV.1. POSTURAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA DE LA LEY PENAL EN BLANCO	71
IV.2. POSTURAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL	72
V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSTURAS DEL TC	74
V.1. ASPECTOS POSITIVOS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	74
V.2. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA EN RELACIÓN CON EL TÓPICO DE LA LEY PENAL EN BLANCO	75
CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	88
a) Libros y revistas	88
b) Sentencias	92

RESUMEN

Aunque se suele afirmar que las leyes penales en blanco constituyen, ante todo, una técnica legislativa, pocos autores han intentado extraer consecuencias analíticas de esta aserción. En general, su estudio se concentra en las denominadas leyes penales en blanco “propias”, debido a que son las únicas que tensionan la garantía de la *lex scripta*. Estudiar estas figuras a partir de la técnica legislativa, sin embargo, obliga a emprender un análisis no directamente sobre ellas, sino que sobre su *tertium genus*: las remisiones normativas. Soslayar este punto de partida puede conducir a errar sobre la clase de remisión que entraña un determinado tipo penal y, en consecuencia, errar sobre su constitucionalidad.

El presente trabajo constituye un análisis crítico de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, entre el 2006 y el 2016, que recayeron sobre aquellos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar. Desde el primer requerimiento en adelante, en noviembre de 2006, habiendo sobrados motivos para hacerlo, nadie parece haber cuestionado el desacierto de nuestro Tribunal Constitucional al calificar al citado precepto como penal en blanco. Lo particular de este análisis, además de controvertir esa calificación, se ve reflejado en el lugar desde donde se levanta el discurso crítico: la *lex certa*; ya que aquella es la manifestación del principio de legalidad penal que se ve tensionada con la cada vez más frecuente *técnica legislativa de remisión normativa*.

Palabras clave: principio de legalidad penal, técnica legislativa, ley penal en blanco, ley penal abierta, Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Constitución Política de 1980, la primera vez que el Tribunal Constitucional chileno (en adelante “TC”) se pronunció sobre lo que en doctrina se denomina «ley penal en blanco propia» fue el 04 de diciembre de 1984, a propósito de un control preventivo de constitucionalidad de los artículos 1° y 25° del proyecto de ley que sancionaba el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, y derogaba la ley N°17.934. En aquella oportunidad, el TC, por unanimidad, votó a favor de la posibilidad de que, por vía reglamentaria –i.e., infralegislativa–, se regularen aquellas “substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas a que se [referían] ambos incisos del artículo 1° [del proyecto]”. En la medida de que la ley regulara el núcleo esencial de la conducta penada, el TC adhería a la posibilidad de que la descripción de la conducta delictual fuere realizada por una instancia inferior a al Poder Legislativo.

Casi 22 años transcurrieron para que el TC volviera a pronunciarse sobre el problema de las leyes penales en blanco. Esta vez, sin embargo, no sería en el contexto de un control constitucional preventivo, sino que a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 299 del Código de Justicia Militar (en adelante “CJM”). Así, el 09 de noviembre de 2006, el TC nuevamente alzaba su voz para respaldar la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias, a la vez que negaba uno de los últimos recursos de quien, a la postre, sería considerado también responsable de la muerte de 45 conscriptos en el denominado caso “Antuco”. Luego, entre el 2007 y el 2016, el TC se pronunciaría 5 veces más sobre la constitucionalidad del art. 299 N°3 del CJM. En esas 5 ocasiones, su jurisprudencia no sería constante.

Los dos párrafos anteriores resumen muy bien lo que constituye **el principal objeto de investigación de este trabajo: el análisis crítico sobre la comprensión que el TC tiene de las leyes penales en blanco, a partir de las sentencias donde se pronuncia respecto de aquellos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar**. Esta disposición consagra el delito de incumplimiento de deberes militares. Estas sentencias son: SSTC 468-06, 559-06, 781-07, 979-07, 1011-09, 2187-11 y 2773-15¹.

¹ A STC 2773-15 se acumularon los autos SSTC 2817-15, 2849-15 y 2859-15.

No obstante, este trabajo únicamente analizará las siguientes SSTC: 468, 781, 1011 y 2773. Dejo fuera a STC 559-06 por tratarse de un fallo idéntico a STC 468 (caso Antuco). De esto da cuenta el propio TC en el considerando primero de su sentencia: “lo que se razona a continuación reproduce, en largos pasajes, de un modo muchas veces idénticos, la manera como se argumentó en [STC 468]”. En realidad, la reproducción no es ni extensa ni excesiva, sino que es total. **Dejo fuera también a STC 979-07** por haber sido declarado inadmisibile: se trataba del mismo requerimiento, impetrado incluso por el mismo peticionario, que dio origen a STC 468. **Dejo fuera, finalmente, a STC 2187-11** por rechazar el TC el requerimiento, pero sin pronunciarse sobre el problema de las leyes penales en blanco, sino que por estimar “que los preceptos impugnados no son decisivos para la decisión del asunto, habida cuenta de que el requirente fue absuelto del delito de incumplimiento de deberes militares...” (considerando 8°).

Es cierto que las leyes penales en blanco no constituyen ninguna novedad para la dogmática penal. De hecho, fue hace ya más de un siglo que entraron en la escena penal gracias a las investigaciones de Karl Binding. Sin embargo, siendo absolutamente consciente de que el presente objeto de investigación no constituye ningún tema reciente, considero que sí existe al menos dos aspectos donde este trabajo pretende continuar la senda de otros estudios que sí han innovado al respecto.

El primero dice relación con la manera de problematizar el tópico de la ley penal en blanco. En el capítulo II, daré cuenta de cómo la comprensión tradicional que sobre ellas existe ha derivado, principalmente, de sus reparos constitucionales. Esto, explicado a partir de los momentos del principio de legalidad penal, implica sostener que la ley penal en blanco sólo ha generado interés cuando tensiona al momento de la *lex scripta*. La novedad, en consecuencia, será el resultado de pensar las leyes penales en blanco a partir de otros momento del principio de legalidad penal. Algunos autores que han procedido de esta manera –tales como Antonio Doval Pais o María Magdalena Ossandón Widow– lo han hecho desde la *técnica legislativa*. Estudiar las leyes penales en blanco como técnica legislativa implica dos cosas: por un lado, dispensar mayor importancia al momento de la *lex certa* y, por el otro, abocarse al estudio de la *técnica de la remisión normativa*.

¿Cómo se vincula esta primera innovación con un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? De lo más bien: entender las leyes penales en blanco desde la técnica legislativa resulta completamente atingente en un trabajo que, como este, estudia la jurisprudencia de un tribunal al que objetivamente se le denomina «legislador negativo». Pero

más atingente resulta cuando la principal hipótesis consiste en controvertir la naturaleza de ley penal en blanco del delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299 N°3 del CJM, y proponer, a su turno, la de ley penal abierta. Tanto esta última proposición como la controversia inicial no pueden sino desplegarse sobre la base de una sólida comprensión de la técnica legislativa de remisión, ya que, ambas –la ley penal en blanco y la ley penal abierta– no representan sino distintas clases de normas de remisión.

La segunda innovación que propongo es de índole *ensayística*: tomando en cuenta la distinción entre *mera* y *estricta* legalidad, propuesta por Luigi Ferrajoli –entendiendo a la primera como una legalidad extrapenal (o bien penal, pero en la época germinal de los estados constitucionales); y a la segunda como una legalidad propiamente penal, privativa del Estado democrático de Derecho– insinuaré que, más allá del resultado de las sentencias que son objeto de análisis, la falta de comprensión del TC de la técnica legislativa de remisión (que lo llevó a considerar la existencia de una ley penal en blanco donde no la había) importa un retroceso de nuestro actual estado de protección de la legalidad. Por las razones que expondré en el Capítulo tercero, y sin asumir ninguna voluntad política en particular, argumentaré que esa falta de comprensión lo hizo transgredir sus atribuciones, propiciando su actuación como legislador positivo. Concluiré que dicha actuación de nuestro Tribunal Constitucional implica una relajación del mandato de la *lex certa* y, como consecuencia, una involución hacia un estado que sólo protege la mera legalidad.

La estructura de esta tesis será la siguiente: en el *Capítulo primero* expondré, en primer lugar, qué es lo que se entiende modernamente por legalidad (en tanto principio organizativo de nuestra cultura jurídica moderna) y cómo ese entendimiento desencadenó en nuestro actual principio de legalidad penal. Naturalmente, este capítulo constituirá el espacio donde se introducirá la fundamental clasificación entre mera y estricta legalidad.

En el *Capítulo segundo* me encargaré del estudio de la ley penal en blanco. Lo iniciaré con un breve marco conceptual donde abordaré cuestiones tales como su definición, su clasificación, así como también la justificación con la que se suele expiar su eventual inconstitucionalidad. Luego, en las secciones II y III de este capítulo, abordaré, respectivamente, la comprensión de las leyes penales en blanco a partir de la *lex scripta* y a partir de la técnica legislativa.

El *Capítulo tercero*, finalmente, abordará el análisis jurisprudencial que constituye, propiamente, el objeto de investigación de este trabajo.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

I. EL SENTIDO MODERNO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

I.1. SIGNIFICADO DEL *SENTIDO MODERNO*² DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD Y CON EL ESTADO DE DERECHO.

Entender el sentido moderno del principio de legalidad implica entenderlo como producto de la modernidad; delineado por la filosofía de la ilustración; y, por cierto, muy alejado de una supuesta consagración en algunas instituciones del derecho romano o en la *Magna Charta* inglesa. Además, entender el sentido moderno del principio de legalidad es también comprender su estrecha vinculación con la noción de Estado de Derecho, por un lado, y, con la noción de libertad, por el otro.

La relación entre principio de legalidad y Estado de Derecho ha sido más que documentada; y no sólo en nuestra tradición del jurídica continental, sino que también en la tradición del *common law*³.

Ferrajoli, por ejemplo, señala que en el origen del modelo garantista se encuentra “la separación del derecho respecto a la moral, formulada por el pensamiento ilustrado y recibida después por el positivismo jurídico como fundamento del principio de legalidad en el moderno estado de derecho”⁴. Mir Puig, por su parte, construye todo un apartado⁵ de su tratado para explicar al principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho. De esta manera, señala que “[e]n su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la **teoría ilustrada del contrato social** y presuponía una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo”⁶.

² Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 8ª ed. (Granada: Reppertor, 2008), 105. Extraigo la expresión “sentido moderno del principio de legalidad” de este autor, quien la utiliza para distinguir al principio de legalidad, tal y como lo entendemos hoy, de aquellas manifestaciones del “principio de legalidad” anteriores a la Ilustración.

³ Sólo a modo ejemplificativo, entre los autores de la tradición anglosajona que predicán esta relación, podemos mencionar a Kenneth Gallant. Este autor sostiene que: “Yet the name legality shows a deep connection with the rule of law: legality is a requirement that the specific crime, punishment, and courts be established legally – within the prevailing legal system”, y más adelante consolida la idea sentenciando que: “Legality in criminal law is one manifestation of the more general notion of the rule of law in society” Kenneth S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 15.

⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed. (Trotta, 2011), 219.

⁵ Cfr. Apartado II, “El principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho”, en Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 105.

⁶ Mir Puig, 105. (Negritas en el original).

En nuestro medio local, Eduardo Gandulfo ha sostenido que “[e]l principio de legalidad penal es uno de los rasgos claves de la determinación de un Estado de Derecho. Y este constituye la forma de gobierno más apreciada desde el s. XX en el mundo occidental, pues su construcción de base individualista pone en el centro estatal al respeto y consideración de las personas”⁷.

Ahora bien, el fundamento de esta relación en buena medida se logra explicar mediante el estatuto protector de la libertad que adquirió *el imperio de la ley* en la modernidad. Gracias a las ideas de la Ilustración, el principio de legalidad se convierte en un principio organizador de nuestra cultura jurídica moderna. John Rawls corrobora esta asociación entre principio de legalidad y libertad, al señalar que: “El principio de legalidad tiene una base firme en el acuerdo de las personas racionales para establecer por sí mismas la máxima libertad igual”⁸

I.2. EL ORIGEN DEL SENTIDO MODERNO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Sólo mediante un forzamiento artificioso de la evidencia historiográfica se podría argumentar que las raíces del principio de legalidad, tal y como lo entendemos hoy, aparecen en cuerpos normativos anteriores al siglo XVIII.

Según señalé, concebir a la legalidad modernamente implica concebirla como un producto de la modernidad; es decir, cuyo nacimiento tuvo lugar a propósito de la modernidad. Esta forma de comprensión excede al puro derecho penal: **la legalidad moderna nace de la separación o secularización del derecho respecto de la moral, y, en consecuencia, pasa a ser un principio, comunicativo, organizativo y de legitimación institucional.** Se ha dicho, entonces, que la legalidad se “arraiga... en la propia historia del Estado moderno y constituye, junto a otros principios, un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”⁹. Más adelante veremos que la legalidad en tanto principio de organización y legitimidad institucional se identifica con la, así denominada, *mera legalidad*; mientras que la legalidad penal, con la *estricta legalidad*¹⁰.

⁷ Eduardo R. Gandulfo, “¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, *Política Criminal* 4, n° 8 (2009): 295, <https://doi.org/10.4067/S0718-33992009000200002>.

⁸ John Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 2ª ed. (México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995), 226.

⁹ Roberto Bergalli, “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, *Jueces para la democracia*, n° 32 (1998): 58.

¹⁰ Esta definición entre mera y estricta legalidad la propone Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón*. Esta obra, en buena medida, constituye la base del marco teórico de este primer capítulo. *Ut infra*, con esta distinción extraeré más consecuencias en relación con el sentido moderno del principio de legalidad.

I.2.1. “Antecedentes” remotos del principio de legalidad

Es verdad que existe bastante literatura (del *common law* y continental) que hace referencia a otras épocas históricas –partiendo con los romanos– para explicar la supuesta cuna del principio de legalidad. En esa línea discurre, por ejemplo, el pensamiento de Jerome Hall (†1992), reconocido jurista y académico estadounidense, quien, pese a no tomar postura expresa en la discusión sobre el origen del principio de legalidad utiliza los vestigios dejados por el derecho romano (que califica de “*vague and checkered*”), para reclamar una búsqueda que trascienda la barrera del siglo XVIII¹¹.

Entre las fuentes anteriores a la modernidad que se suelen sacar a colación, se señalan principalmente al derecho romano y a la *Charta Magna* inglesa.

a) El derecho romano

Los rastros que lo encumbran como época y lugar de origen (que, por cierto, nada tiene que ver con la formulación latina del *nullum crimen* de Feuerbach) dicen relación con el establecimiento, a partir del siglo II a. C, de los procedimientos penales mediante *quaestiones perpetuas* (algo así como “comisiones permanente”). Se caracteriza este procedimiento por un cierto respeto a lo que hoy denominamos «principio del juez natural», toda vez que LOS jurados y magistrados habrían funcionado de forma permanente y con competencia exclusiva para resolver asuntos sobre figuras delictivas determinadas con anterioridad¹².

Ahora bien, tan efímero (“el procedimiento ordinario por *quaestiones* [...] sólo constituyó bien poca parte en ese desenvolvimiento”¹³) y tan poco vinculante dentro de su “vigencia” (“para todos aquellos hechos que quedaban fuera de las *quaestiones*, se fué siempre recurriendo... a aquella manifestación del *imperium* del magistrado que era la *coertio*, función que se desarrollaba *extra legem*, y que sin crear *crimina*... proveía igualmente a los fines represivos”¹⁴) fue el procedimiento penal mediante *quaestiones* que, con razón, Jiménez de Asúa ha señalado que “estos supuestos antecedentes, aunque tengan aparente parentesco con el problema que se estudia, responden a concepciones tan distintas y a vivencias tan

¹¹ Cfr. Jerome Hall, “Nulla Poena Sine Lege”, *The Yale Law Journal* 47, n° 2 (1937): 166.

¹² De esta forma, bajo la *lex Calpurnia* del año 149 a. C, bajo el régimen de Sila, habrían existido al menos nueve Quaestiones Perpetuas: la 1) *de Majestatis* (sobre traición), 2) *de vi* (sobre violencia) 3) *de sicariis* (sobre asesinato), 4) *de venificiis* (sobre envenenamiento), 5) *de parricidio* (sobre parricidio), 6) *de falso* (sobre falsificación), 7) *de repetundis* (sobre extorsión), 8) *de pectulatus* (sobre malversación), y, finalmente 9) la *quaestio de ambitus* (sobre cohecho). Confróntese con Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y ley penal*, 2ª ed., vol. 2 (Buenos Aires: Editorial Losada, 1956), 384.

¹³ Jiménez de Asúa, 2:385, nota al pie 67 ter.

¹⁴ Jiménez de Asúa, 2:384, nota al pie 67 ter.

diferentes, que no podemos en verdad hallar en ellas el auténtico origen del problema que nos ocupa”¹⁵.

b) La *Carta Magna* inglesa

También se ha señalado al famoso artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 como antecedente de nuestro principio de legalidad. Este artículo reza que: “Ningún hombre libre será detenido preso o desposeído, o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país”¹⁶.

Sin embargo, se ha controvertido su estatuto originario, y no solamente por razones políticas, sino, incluso, técnicas. La razón *política* es, quizás, propio del contexto histórico de la *Carta*: el feudalismo. Así, se dice que los “hombres” a que se refiere la disposición “están muy lejos de ser gentes del pueblo, como son la inmensa mayoría de los delincuentes, sino los prelados, condes, barones y demás señores feudales...”¹⁷.

La razón *técnica* que desmitifica la importancia de la Carta Magna en la configuración de nuestro principio de legalidad arguye que, en realidad, lo que se halla en el documento no es lo que propiamente entendemos por la garantía criminal del principio de legalidad penal (que las conductas prohibidas asociadas a una pena estén tipificadas con anterioridad), sino, más bien, lo que se entiende por garantía jurisdiccional¹⁸ (aquella que “garantiza que el enjuiciamiento de la conducta considerada delito y la decisión sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante un proceso judicial [...] y que, además, tanto el juez competente como el proceso estén previamente determinados en la ley”¹⁹).

I.2.2. El origen del sentido moderno del principio de legalidad (1): la importancia de la Ilustración

Evidentemente, la Ilustración, así como las ideas que ésta infundió en la configuración de la sociedad, excede con mucho al campo jurídico: se trata de ideas que organizaron, además del campo político (que incluye tanto al jurídico como al económico), los campos científicos,

¹⁵ Jiménez de Asúa, 2:384, nota al pie 67 ter.

¹⁶ Traducción extraída de Jiménez de Asúa, 2:385. nota al pie N°68.

¹⁷ Jiménez de Asúa, 2:385.

¹⁸ Cfr. José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 6ª ed., vol. I (Madrid: Tecnos, 1998), 62.

¹⁹ María Inmaculada Ramos Tapia, “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, en *Derecho Penal Parte General*, ed. José M. Zugaldía Espinar y Esteban Pérez Alonso (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 238.

culturales e incluso artísticos²⁰. Sin embargo, lo que todos esos campos tienen en común es que en su construcción predominan los conceptos de razón y de autonomía.

Indiscutiblemente, el gran referente de la filosofía ilustrada es Immanuel Kant, quien define a la Ilustración como “*el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo*. Esta *minoría de edad* significa la incapacidad de servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro”²¹. En la filosofía política, esta salida de la minoría de edad se manifiesta en –y se explica con– las teorías contractualistas. En otras palabras, “la filosofía moderna del Derecho público se sustenta en una institución del Derecho privado: el contrato”²².

Si nos preguntamos por el estatuto de la legislación en el sistema de pensamiento del filósofo de Königsberg, ésta “no hac[ía] otra cosa que reflejar la situación moral; en la legalidad, la moralidad, en los deberes jurídicos, los deberes de la virtud”²³. Conforme veremos en el capítulo siguiente, si la (mera) legalidad se transforma en un principio de organización jurídica y cultural, aquello se debe al lugar privilegiado que ésta ocupa en la construcción del incipiente Estado de Derecho.

Por otro lado, al movimiento político ilustrado que perseguía el derrocamiento (de las ideas) del Antiguo Régimen monárquico se le reconoce como auténtico liberalismo político. La influencia de esta corriente ideológica liberal en la configuración del derecho penal de la modernidad, a consecuencia de la centralidad que ocupa en él el principio de legalidad, no constituye para nadie una novedad. Así, por ejemplo, Roxin señala que “un fundamento en el que aún hoy se basa el principio de legalidad reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto. La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces... no pudieran ejercer la potestad

²⁰ Esta verdadera revolución epistemológica, en buena medida, se puede explicar a la luz del concepto de *autonomía*. La autonomía, que en el derecho es importante debido a que convierte (para actuar en la vida jurídica) a una persona en sujeto activo de derecho; en el discurso científico es importante porque permite el nacimiento de las disciplinas, tal y como las conocemos hoy día. Si una determinada esfera de conocimiento adquiere el estatuto de disciplina, se debe a que se le reconoce la capacidad de proferir un *discurso*, esto es, una manifestación comunicativa dirigida a la producción de verdad y con reglas autónomas, dispuestas y ejercidas por interlocutores válidos a quienes también se les reconoce como autónomos. Cfr. Michel Foucault, *El orden del discurso*, trad. Alberto Gonzalez Trovato, 2ª ed. (Buenos Aires: Tusquets, 2004), 16–32.

²¹ Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?*, trad. Roberto R. Aramayo, 2ª ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2013), 87. (Cursivas en el original).

²² José Sáez Capel, “Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*, ed. Jorge de Figueiredo Dias y José Luis Guzmán Dálbora (Buenos Aires: Hammurabi, 2004), 249.

²³ Sáez Capel, 250.

punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla”²⁴.

Quizás, el instrumento jurídico paradigmático con el que antojadamente se ejercía el *ius puniendi* en el Antiguo Régimen francés eran las *Lettres de cachet*: carta cerrada con un sello real (es decir, una orden del rey) con la que se encarcelaba extrajudicialmente a una persona. Estas *lettres de cachet* fueron “el símbolo de la arbitrariedad regia”²⁵.

I.2.3. El origen del sentido moderno del principio de legalidad (2): la separación entre derecho y moral. La distinción entre *mera* y *estricta* legalidad de Luigi Ferrajoli

Una forma didáctica de acceder al entendimiento del principio de legalidad en su noción moderna –esto es, como principio comunicacional y organizativo del incipiente Estado de Derecho– es aquella que resulta de la reflexión de la siguiente pregunta: **¿por qué en la doctrina penal resulta tan apabullante –ya no la opinión, sino– la sensación de injusticia que implicaría castigar un hecho sin ley previa que lo sancione?**²⁶. La respuesta tiene que ver con la separación institucional entre el derecho y la moral; o, en palabras de Ferrajoli, con **“[!]la secularización ilustrada del derecho y de la moral en los orígenes del moderno estado de derecho”**²⁷.

Esta pregunta, así como su respuesta, constituyen respectivamente la hipótesis y objeto de investigación específicos de esta sección.

i. La plena vigencia del mandato de *lex praevia*

Antes de desarrollar la respuesta, intentaré, primeramente, dar cuenta de la veracidad del diagnóstico sobre el cual se formula la pregunta (a saber, el unánime rechazo a la transgresión del mandato de *lex praevia*).

²⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., vol. 1 (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 144.

²⁵ Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002), 217.

²⁶ Tanto a nosotros, operadores jurídicos insertos en la tradición jurídica continental, como a aquellos formados bajo la tradición del *common law* la aplicación retroactiva de la ley penal causa profundo rechazo. Sin embargo, en el *common law* (o, al menos en el derecho estadounidense) la importancia de la irretroactividad de la ley penal trasciende: ya por su propia tradición, ya por el problema que planteaban las leyes penales *ex post facto*, para muchos de sus autores, irretroactividad deviene sinónimo de legalidad: “[C]ommentators assume that legality is paradigmatically concerned with retroactivity”, en Peter Western, “Two Rules of Legality in Criminal Law”, *Law and Philosophy* 26, nº 3 (2007): 233.

²⁷ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 218. (En cursiva el original, pero añadidas las negritas). Este libro constituye la bibliografía elemental de la que me serviré para explicar el carácter discursivo del principio de legalidad.

En la literatura penal, sobre todo en aquella conteste con el modelo del derecho penal del riesgo o con el de la seguridad ciudadana²⁸, es cada vez más frecuente encontrar opiniones que busquen o describan la relativización, en algún aspecto (ya en el contenido, ya en la vinculatoriedad, ya en la constitucionalidad, etc.), de los mandatos de *lex certa* o de *lex scripta* o de *lex stricta*. No obstante, me atrevería a sostener que no existe ningún intento que, fructíferamente, haya logrado socavar la plena actualidad del mandato de *lex praevia*. Esto se debe a que la prohibición de dictar y aplicar leyes retroactivamente constituye una máxima que excede el derecho penal: constituye, en realidad, una manifestación sistémica de la organización jurídica moderna.

Así también lo entiende Claus Roxin: “La prohibición de retroactividad [...] a diferencia de la prohibición de analogía, no está expuesta a ninguna duda fundamental en cuanto a su aplicación. La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad políticojurídica...”²⁹.

Demostrativa de la actualidad y vigencia de esta prohibición es la actitud de la doctrina cada vez que, hipotéticamente, se plantea su derogación como norma organizacional. En general, y con razón, la reacción se ubica en la frontera del caos con la caricatura: ante la hipotética expulsión de la *lex praevia* como norma organizadora y fundamental, sobre todo en sede penal, se suele sacar a colación los absurdos en que cayeron los regímenes totalitarios del siglo XX. Por ejemplo, se cita el comentario del ministro de justicia nazi, Franz Gürtner, quien, a propósito de si era posible estafar a un aparato telefónico, señaló, en una irónica inversión de la formulación latina de Feuerbach, que: “A la proposición *nulla poena sine lege* se le opone así la de *nullum crimen sine poena* [...] Una ley que se contenta con castigar a

²⁸ A juicio de Díez Ripollés, se debe distinguir el discurso punitivista (que da lugar al modelo de la seguridad ciudadana) del discurso de modernización del derecho penal. Si bien ambos conforman la llamada “expansión del derecho penal”, a juicio del autor, la única expansión que se justifica es aquella que dice relación con “[e]l debate original sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo [que] parte de la constatación de un conjunto de *realidades sociales*...” que dicen relación con “la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanad...”. En definitiva, en lo que difiere la política criminal modernizadora del mero punitivismo, es que la primera “pretendería incidir sobre nuevas realidades sociales problemáticas” tales como “la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos... el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas...”, José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07 (2005): 3 y 4.

²⁹ Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:161. Justifica el autor, en la oración inmediatamente siguiente, aquella “permanente actualidad políticojurídica” en “... el hecho que que [sic] todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseable”.

aquellos que infringen las disposiciones penales de la ley, en nuestra opinión, puede alcanzar sólo limitadamente el fin de la justicia”³⁰.

- ii. La separación entre derecho y moral como fundamento del sentido moderno del principio de legalidad. La importancia de la distinción entre *mera* y *estricta* legalidad (Ferrajoli)

Al explicar la importancia de la separación entre derecho y moral, para explicar el nuevo estatuto discursivo del principio de legalidad, urge señalar al menos dos prevenciones.

La primera prevención es que se trata de una aserción (“el derecho se ha separado de la moral”), no de una valoración (“el derecho debería separarse de la moral”). En segundo lugar, para que no se piense que con esta frase se está induciendo a una petición de principio, se debe agregar que los efectos de esta separación sólo rinden en un plano político-procedimental, y no en uno sustancial. Es decir, da cuenta del manifiesto contraste entre el modo de producción normativa que nace en la modernidad –y se consolida con la Ilustración–, y aquel otro modo que regía bajo el Régimen Antiguo (plano procedimental). No da cuenta, por el contrario, del apoyo –o no– a inclinaciones doctrinarias relativas a si el contenido del derecho se identifica con el de la moral. En definitiva, mediante la exaltación de *lo procedimental*, lo que se persigue es evitar caer en la antigua discusión entre iuspositivistas y iusnaturalistas³¹.

Como se dijo, las consecuencias que provienen de la secularización y autonomización del derecho exceden al puro derecho penal; o, dicho de otra manera, revelan una magnitud distinta según si impactan al derecho penal o no. Esta diferencia de magnitudes fue captada por Luigi Ferrajoli al formular su famosa *teoría del garantismo penal*; y para representarlas no encontró mejor estrategia que acudir al concepto de *legalidad*. Es en este orden de ideas, para diferenciar las magnitudes de los impactos, donde Ferrajoli introduce la **diferencia entre *mera* y *estricta legalidad***.

³⁰ Cornelius Prittitz, “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, ed. Carlos María Romeo Casabona (Granada: Editorial Comares, 2000), 440.

³¹ Ahora bien, cosa distinta es la *justificación externa* del derecho (penal) que, a juicio de Ferrajoli, necesariamente debe atender a prescripciones morales: “El principio liberal de la separación derecho-moral, si bien en el plano teórico-descriptivo excluye del concepto de delito cualquier connotación de tipo moral o natural, **no impide que las prohibiciones legales sean susceptibles de prescripción y/o valoración en el plano ético-político** [negritas añadidas]”. Luego remata: “es precisamente la separación entre derecho y moral la que, por una parte, impone el deber de justificar las prohibiciones y también los castigos y, por otra, permite hablar de una *ética de la legislación* desde la que criticar las leyes como inmorales o, al menos, como injustificadas” (Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 460).

Ya apuntamos cómo para este autor el moderno Estado de Derecho es la consecuencia –y la filosofía contractualista de inspiración ilustrada, la causa– del principio de legalidad. Pero Ferrajoli profundiza las derivaciones de lo que, él considera, constituye la piedra basal de su garantismo penal de base convencionalista. En realidad, el rendimiento que extrae de la diferencia entre mera y estricta legalidad es inconmensurable: a su juicio, permite explicar, y resolver, desde problemas epistemológicos hasta discusiones historiográficas.

A nosotros, sin embargo, sólo nos interesa la esencia de su distinción, ya que sólo hace falta ella para desarrollar el corolario de este subapartado: **identificar la secularización del derecho con el origen del sentido moderno del principio de legalidad, pero entendido éste como mera legalidad. Sólo cuando se logra institucionalizar al principio de mera legalidad es posible desbordarlo para, luego, dar lugar a un garantismo penal de legalidad estricta.** Sin embargo, esa institucionalización de la mera legalidad sólo acaece cuando este logra organizar jurídica y políticamente nuestras instituciones. Sólo en ese instante se puede hablar de la legalidad como discurso.

La discursividad del principio de legalidad nace cuando a ella se le asigna facultades comunicativas y organizativas. El potencial comunicativo del principio de legalidad comienza con la adopción de la ley como forma de comunicación entre el soberano y sus súbditos. El potencial organizativo, por su parte, no es sino la consecuencia de aprehender a la ley como la forma institucionalizada del lenguaje publicista. El lenguaje, sea cual sea la forma que adopte, es la herramienta intemporal de que se han servido las sociedades para organizarse: si el lenguaje deviene ley, también lo hace la organización.

Aplicada al derecho penal, la **mera legalidad representa el carácter formal del convencionalismo penal**: la desviación punible sólo es aquella que haya sido “formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena...”³². La mera legalidad es, ante todo, “una regla semántica que identifica el derecho vigente como objeto exhaustivo y exclusivo de la ciencia penal, estableciendo que sólo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito...”³³. Esta aptitud semántica del principio de legalidad es lo que le da su estatuto discursivo: cuando mediante este discurso se atribuyen

³² Ferrajoli, 34. Y añade: “La desviación punible... no es la que por características intrínsecas y ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares” (p. 34).

³³ Ferrajoli, 374.

(instituyen) roles, el principio de legalidad deviene procedimental, orgánico y atributivo; **fiel reflejo, nada menos, que del principio de la división de los poderes**³⁴.

El principio de **estricta legalidad**, en cambio, **representa el carácter empírico del convencionalismo penal** de Ferrajoli: “comporta el carácter *absoluto* de la reserva de ley penal [...S]ólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva”³⁵. A diferencia de lo que sucede con la mera legalidad, la legalidad estricta es una garantía que sólo atañe al derecho penal³⁶. Desde una perspectiva de técnica legislativa penal, este principio fundamenta el derecho penal de la conducta o del hecho: “se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas”³⁷. Veremos en el subapartado siguiente (I.3) que es sobre la base del principio de estricta legalidad que se construye el modelo penal garantista.

I.3. EL DERECHO PENAL DE LA MODERNIDAD: SUS CARACTERÍSTICAS EN TANTO SISTEMA PENAL DE ETRICTA LEGALIDAD

El apartado anterior versó sobre el principio de mera legalidad. Se dijo que la mera legalidad representaba una instancia de secularización del derecho, así como también la de su separación con la moral. Asimismo, se indicó que era la mera legalidad el concepto idóneo para explicar la institucionalización de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Finalmente, se concluyó que, con base en las explicaciones anteriores, el principio de legalidad adquiriría su sentido moderno: entrañaba atribuciones organizativas y comunicativas. Se trataba de explicar al principio de mera legalidad como un principio de naturaleza procedimental, que excedía al mero derecho penal y que abarcaba, en realidad, a todo el derecho público; en

³⁴ Entre quienes resaltan la cualidad orgánica (organizativa) del principio de legalidad, antes que su cualidad dogmática, está Juan Pablo Montiel. Este autor promueve la resignificación del principio de legalidad por medio de la exaltación de su finalidad originaria: ser un principio orgánico-constitucional. Así, distinguiendo entre la parte orgánica y dogmática de las constituciones, Montiel sostiene que, mientras en el grupo de garantías jurídico-penales de la parte dogmática “podría ubicarse... al principio de resocialización, de humanidad de las penas, de culpabilidad, de personalidad de las penas o el derecho a las condiciones carcelarias mínimas”, en el grupo de la parte orgánica “el **principio estelar es el principio de legalidad**. Justamente, desde esta perspectiva no debería sorprender a nadie cuando se lee en la literatura que **el principio de legalidad tiene una raíz jurídico-política ligada a la división de poderes**, dado que ello refleja justamente el «linaje constitucional» de este principio” (negritas añadidas), en Juan Pablo Montiel Fernández, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1 (2017): 6, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5817532>).

³⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 35.

³⁶ Cfr. Ferrajoli, 379.

³⁷ Ferrajoli, 379.

definitiva, que constituía el principio organizador de nuestra cultura jurídica aunque sin llegar a entrañar todavía la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

Para Ferrajoli, es la *estricta legalidad* la que se ubica al centro mismo del sistema penal garantista: “Mientras el axioma de *mera legalidad* se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito... **el principio de *estricta legalidad* exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal**”³⁸.

La pregunta consiguiente cae por su propio peso: **¿Cuáles son las garantías que la *estricta legalidad* exige como condiciones necesarias de la legalidad penal?** Ferrajoli enumera las siguientes: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o estricto; 3) principio de necesidad; 4) principio de lesividad; 5) principio de la materialidad de la acción; 6) principio de la culpabilidad; 7) principio de jurisdiccionalidad; 8) principio acusatorio; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación, y 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación³⁹.

II. EL *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE PRAEUIA LEGE SCRIPTA, STRICTA ET CERTA*

II.1. FUNDAMENTOS (JURÍDICO-PENALES Y JURÍDICO-POLÍTICOS) DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Claus Roxin reconoce dos grandes fundamentos (o *meta fundamentos*) del principio de legalidad penal: los jurídico-políticos y los jurídico-penales. Estos, a su vez, degeneran en cuatro fundamentos: 1) el liberalismo político, 2) la división de los poderes y la democracia, 3) la prevención general y 4) la culpabilidad. El resultado es el siguiente: jurídico-políticamente hablando, el principio de legalidad se fundamenta con el liberalismo político y con la división de los poderes; jurídico-penalmente, con la culpabilidad y con la prevención general⁴⁰. Este subapartado trata sobre la explicación de estos fundamentos, así como de otros que recurrentemente se aducen por la doctrina. **La finalidad de esta explicación es decantar, así como ordenar, las ideas vertidas en el apartado anterior.**

II.1.1. Los fundamentos del principio de legalidad penal según Roxin

i. El liberalismo como fundamento jurídico-político

³⁸ Ferrajoli, 95. (Negritas añadidas; cursivas originales).

³⁹ Cfr. Ferrajoli, 93.

⁴⁰ Cfr. Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:144–47.

Me remito íntegramente a lo expuesto en el apartado 1.2.2. “El origen del sentido moderno del principio de legalidad (1): la importancia de la Ilustración”.

ii. La democracia y división de poderes como fundamento jurídico-político

Ya vimos cómo el principio de legalidad, en tanto principio organizativo de nuestra cultura jurídica moderna, se encuentra estrechamente vinculado con la separación de los poderes del Estado. Ahora bien, la división de los poderes será una arista jurídico-política en la medida que se relacione con la democracia: “La aplicación de la pena constituye una ingerencia (sic) tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo”⁴¹. Este fundamento se manifiesta en el así denominado «principio de reserva de ley»⁴². Asimismo, según veremos, para alguno autores este fundamento se concreta en el requisito de *lex scripta* de la ley penal⁴³.

iii. La prevención general como fundamento jurídico-penal

La prevención general es un concepto que se estudia a propósito de las teorías que explican los fines de la pena. Esta teoría mira a la pena como instrumento influenciador del comportamiento de la comunidad, es decir, “que [la comunidad] mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación [...] Se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa) como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar... **generalmente** sobre la comunidad”⁴⁴.

⁴¹ Roxin, 1:145. (Negritas en el original).

⁴² Es por esto que **Cury** señala que, ante todo, las leyes penales en blanco constituyen un problema político: “[P]uede deducirse que el principal problema planteado por las leyes en blanco es el de su *admisibilidad constitucional*, o, para expresarlo en términos más comprensivos, *política*” [cursivas originales] Enrique Cury Urzúa, *La ley penal en blanco* (Bogotá: Temis, 1988), 54. Para **Muñoz Conde y García Arán**, el problema de las leyes penales en blanco radica en que: “parte de la definición de la conducta se contiene en una disposición que, complementando la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que puede resultar infringida la reserva de ley...” Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. (Valencia: Tirant lo blanch, 2010), 134.

⁴³ Así, por ejemplo, para el profesor Tozzini: “La razón de esta prohibición [*nullum crimen sine lege scripta*] en el campo penal de aplicar normas no escritas radica en la llamada fundamentación democrático-representativa del principio de legalidad, esto es, en la exigencia de que las prescripciones incriminadoras sólo pueden ser establecidas por el Congreso federal, como organismo representativo de la voluntad popular”. Carlos Tozzini, “El principio de legalidad”, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología* (Buenos Aires: Hammurabi, 2004), 266.

⁴⁴ Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:89. (Negritas en el original).

El germen de la prevención general se advierte en la *teoría de la coacción psicológica* de Von Feuerbach. Este autor entendía que la pena cumplía la función de eliminar el impulso criminal pero sólo “a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho”⁴⁵.

iv. La culpabilidad como fundamento jurídico-penal

Roxin defiende a la culpabilidad como fundamento y presupuesto de conocer previamente el injusto: “la posibilidad de llegar a tener una conciencia del injusto referida al tipo [...] en la práctica y por regla absolutamente general sólo se dará si el autor hubiera podido conocer el precepto penal”⁴⁶

II.1.2. Otros fundamentos del principio de legalidad penal

i. La garantía de objetividad de Jakobs

Jakobs, por diversos motivos, critica los fundamentos del principio de legalidad penal que propone Roxin⁴⁷. Para él, el fundamento que explica la “sujeción a la ley” es la garantía de objetividad, esto es, que “[e]l comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho”⁴⁸

ii. La seguridad jurídica

A pesar de la ligereza con que se utiliza el concepto de seguridad jurídica, así como la vaguedad que se le critica al mismo⁴⁹, muchos autores acuden al concepto de seguridad jurídica para intentar explicar el fundamento de la legalidad penal.

⁴⁵ Citado en Tozzini, “El principio de legalidad”, 258.

⁴⁶ Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:147.

⁴⁷ Al respecto, vid. Günther Jakobs, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 1997), 79–82. Así, entre alguna de sus críticas, está: i) la vinculación del principio de legalidad con la división de los poderes no conduce, en realidad, a separar los distintos poderes del Estado, sino “a la completa subordinación del poder judicial al legislativo” (p.81); ii) a la conexión con el principio de culpabilidad le reprocha que, mediante ella “no cabe explicar ni por qué la determinación ha de producirse legalmente ni por qué tiene que abarcar incluso la punibilidad y la medida de la pena [... En realidad] la conexión del principio de culpabilidad con la sujeción a la ley la llevan a cabo hoy las reglas del error de prohibición...” (p.80).

⁴⁸ Jakobs, 82.

⁴⁹ Guillermo Oliver Calderón, “Seguridad jurídica y Derecho Penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 11 (2009): 181–82, citando a Martínez Roldán, señala que: “un ejemplo típico de ambigüedad e imprecisión es el concepto de seguridad jurídica, y ello hasta el punto que resulta casi imposible dar una definición de la misma sin hacer múltiples

En general, se tiende a distinguir la faz subjetiva de la faz objetiva de la seguridad jurídica. A la **seguridad jurídica subjetivamente entendida**, también denominada «certeza jurídica», se la concibe como el conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios; esto es, que los ciudadanos conozcan el derecho vigente a fin de que puedan prever las consecuencias penales de sus actos y, conforme a ello, planificar su conducta. La **seguridad jurídica objetiva**, en cambio, constituye una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, mediante una adecuada formulación de leyes; esto es, que las leyes sean claras, estrictas, irretroactivas y estables⁵⁰.

Para Ossandón Widow, el fundamento del principio de legalidad está en la “seguridad jurídica entendida como garantía frente a la arbitrariedad (seguridad objetiva)”: sólo con una “clara distinción entre lo penalmente lícito y lo ilícito... es posible actuar con entera libertad en el marco de lo que aparece como lícito”⁵¹.

II.2. PROHIBICIONES EN CUANTO A LA APLICACIÓN O CREACIÓN DE LA LEY PENAL

II.2.1. *Lex praevia* o principio de irretroactividad de la ley penal

i. Concepto

Se refiere a la prohibición de *crear o aplicar* leyes penales con efecto retroactivo. Como tal, supone que un hecho que al momento de su ejecución no conllevaba aparejado sanción alguna, deviene punible con posterioridad a su comisión⁵².

Esta definición obliga a realizar por lo menos dos consideraciones. Primero: el que los verbos centrales de la definición esbozada sean “crear” o “aplicar”, dice relación con la pregunta por el destinatario de la prohibición. Roxin, por un lado, y Jescheck y Weigend, por el otro (y, en general, la mayoría de la doctrina) sostienen que se trata de una prohibición dirigida al legislador⁵³. En nuestro medio, Juan Pablo Mañalich lo discute: como el artículo 18 del Código Penal no sirve para resolver el problema, porque un mandato legal dirigido al

matizaciones, precisiones o distinciones”. No sin gracia, remata diciendo que “la seguridad jurídica representa un concepto jurídico inseguro”.

⁵⁰ Cfr. Oliver Calderón, 183–84.

⁵¹ María Magdalena Ossandón Widow, “Caso ‘Antuco’. STC, 09/11/2006, Rol N°468-2006”, en *Casos destacados Derecho Penal Parte General*, ed. Tatiana Vargas Pinto (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 19. A juicio de esta autora, esta es la comprensión que ella advierte como correcta en el voto de minoría del Excmo. Ministro del Tribunal Constitucional, Jorge Correa, en la segunda sentencia analizada (STC 468, Caso Antuco), objeto de este trabajo.

⁵² Por todos, Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, 5ª ed. (Granada, 2002), 147.

⁵³ Expresamente en, Jescheck y Weigend, 136; y en Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:140.

legislador mismo no genera vínculo alguno, debemos dirigirnos al tenor del artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución. Concluye que “es capital que la Constitución vincule directamente al tribunal, en el sentido de que este haga caso omiso de la aplicación de una norma de sanción aun cuando legislativamente esta ha sido producida como retroactiva”⁵⁴.

En segundo lugar, se extrae de la definición anotada que no está prohibida la posibilidad de aplicar retroactivamente leyes penales, o modificaciones de leyes penales, cuando sean favorables al imputado⁵⁵.

ii. Función de protección

Principalmente, proteger el fin preventivo general de la pena: una persona sólo podrá adecuar su comportamiento al Derecho penal si se le coloca sobre aviso de las conductas que el Estado desvalora.

iii. Plena actualidad del principio de irretroactividad (como consecuencia de su carácter formal)

De acuerdo con lo expresado en el apartado I de este capítulo, de todas las exigencias de la ley penal, esta es la única que sigue tan vigente como al inicio. Es posible aventurar que la explicación de su imperecedera actualidad se debe a su naturaleza formal: bajo el entendido de que, según Ferrajoli, se trata del corolario del principio de mera legalidad, su naturaleza e importancia sólo abarca la forma que debe adoptar el convencionalismo penal, mas no la sustancia. Por lo tanto, si no se complementa con las exigencias materiales de la legalidad (*lex certa*, sobre todo) –o, en el mismo sentido, si las garantías materiales del principio de legalidad pierden vinculatoriedad– la consecuencia será la imposibilidad de seguir llamando al nuestro un “Estado de Derecho”.

II.3.2. *Lex scripta* o principio de reserva de ley

i. Concepto

⁵⁴ Juan Pablo Mañalich Raffo, “Transcripciones de clases del segundo semestre de 2015” (2015), 55.

⁵⁵ El principio de aplicación retroactiva de la ley favorable está contenido en el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal. Ahora bien, en el inciso siguiente nuestro Código va más allá: extiende aplicación del principio a la persona que ya fue condenada pero que, con posterioridad a la sentencia firme y ejecutoriada, acaece una modificación legislativa favorable a sus intereses.

Existe dos formas en que se concibe la exigencia de *lex scripta*⁵⁶ (también denominada «principio de reserva de ley»): la primera la entiende como una prohibición dirigida al juez, según la cual este no podría fundamentar la aplicación de una pena sólo con base en el derecho consuetudinario. Esta es la concepción más difundida⁵⁷.

Sin embargo, esta concepción no resuelve los problemas de constitucionalidad que genera la *creación* de leyes penales en blanco. En consecuencia, una segunda concepción de esta prohibición es la que nos interesa. Para Jakobs, esta exigencia⁵⁸ implica que “[l]a determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante *ley (lex scripta)*” y que, por lo tanto, la *legalidad de la determinación* alude a “toda norma jurídica escrita, bien se trate de una ley formal, de un reglamento o de un decreto [...] En las leyes en blanco, pues, la propia ley en blanco (u otra ley formal) debe perfilar los presupuestos de la punibilidad así como determinar la clase de pena, siempre que las normas de complementación no sean a su vez leyes formales”⁵⁹

Esta es la concepción que también adopta el profesor Enrique Cury. Él señala que la ley “ha de ser, además, formalmente tal. [...] P]or consiguiente, la palabra ‘ley’ se emplea en sentido restringido y designa únicamente a los actos del poder legislativo, a las declaraciones de la voluntad soberana que, *manifestadas en la forma prescrita por la Constitución*, mandan, prohíben o permiten”⁶⁰.

ii. Función de protección

Entendido el contenido de la *lex scripta* como aquel en que el delito y la pena sólo son válidos cuando han sido sancionados por una ley formal, entonces no cabe duda de que su función es la de proteger la división de poderes y la democracia. En un estado democrático de derecho, la ley formal sólo puede emanar de órganos investidos con atribuciones legislativas y elegidos por el poder popular. En nuestro caso, esa labor la asume el Congreso Nacional.

⁵⁶ Implícitamente, Bacigalupo da cuenta de estas dos formas de concepción de la *lex scripta*, al afirmar que: “Otro aspecto del principio de legalidad es la prohibición de fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario. Esto se puede expresar de otra manera, sosteniendo que la ley formal es la única fuente del derecho penal”. Enrique Bacigalupo, *Derecho penal Parte general*, 2ª ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 133.

⁵⁷ Así, Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 143; Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:140.

⁵⁸ Cabe prevenir que Jakobs en ningún momento señala que existen dos formas de comprender la exigencia de *lex scripta*. La única forma en que él entiende es aquella que reproduce la siguiente cita, y que está ubicada en Jakobs, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 88.

⁵⁹ Para la ubicación de estas citas, ver nota al pie anterior.

⁶⁰ Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 8 y 9.

- iii. Particular importancia para la resolución del problema constitucional que generan las leyes penales en blanco

Entenderla de una u otra forma conlleva repercusiones de importancia práctica. En primer lugar, condiciona al destinatario de la prohibición: si se la concibe como prohibición de aplicar derecho consuetudinario, se trata de un *regla de adjudicación* dirigida al tribunal; si, en cambio, se la concibe como prohibición de crear leyes penales sino es por leyes formales, entonces se trata de una *regla de creación* dirigida al legislador.

Estrechamente relacionado con lo anterior, también condiciona la posibilidad de actuación del Tribunal Constitucional: si se la concibe sólo como regla de adjudicación, al TC le queda vedada la posibilidad de controlar su constitucionalidad, ya que, en tanto legislador *contramayoritario*, sólo tienen competencia para resolver aquellos conflictos que nazcan con ocasión del momento de la *creación legislativa*. El control de la aplicación del derecho por los tribunales ordinarios excede las facultades del Tribunal Constitucional.

Por tanto, si es cierto que –como lo sostienen Jakobs, Bacigalupo y Cury⁶¹, entre otros– el problema de las leyes en blanco es un problema de *lex scripta*, este requisito debe también entenderse como una regla sobre la creación del derecho que se dirige al legislador.

II.2.3. *Lex stricta* o prohibición de analogía

- i. Concepto

También denominada por algunos autores “garantía de tipicidad”⁶², se sostiene (Roxin) que, por la prohibición de analogía, al juez le queda vedada la posibilidad de “hacer surgir la punibilidad de un comportamiento de la circunstancia de ser parecido e igualmente digno de sanción que uno expresamente amenazado con pena”⁶³. Nótese cómo, en la base misma de la definición, se aprecia la separación entre derecho y moral, anotada por Ferrajoli.

⁶¹ Para el profesor Cury, la relación entre ley penal en blanco y *lex scripta* es ineludible: “[L]a ley penal en blanco es básicamente un problema relativo al principio de reserva. Lo es, sobre todo, la cuestión relativa a su admisibilidad constitucional y a los límites de ella”, Cury Urzúa, 22. Ahora bien, curiosamente, este autor sí señala de forma expresa que la *lex stricta* se dirige al juez y que la *lex certa*, al legislador. Sin embargo, omite indicar quién es el destinatario del mandato de *lex scripta* (vid. Cury Urzúa, 9 y 10).

⁶² Así, por ejemplo, Rafael Alcácer Guirao, “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional: algunas bases constitucionales”, en *Constitución y principios del Derecho Penal*, ed. Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez (Valencia: Tirant lo blanch, 2010), 19, para diferenciarla de la garantía de taxatividad o *lex certa*.

⁶³ Claus Roxin, “El principio de determinación de la ley en el derecho penal alemán”, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, ed. Alex Van Weezel (Santiago: Legal Publishing Chile, 2013), 116.

Naturalmente, se trata de una exigencia dirigida al juez.

ii. Función de protección

Si, según Ferrajoli, el corolario del principio de mera legalidad es la prohibición de creación o aplicación retroactiva de la ley penal, el de la estricta legalidad es el mandato de *lex stricta* (junto con el de *lex certa*). Ahora bien, toda vez que la función de protección que cumple esta exigencia responde a los mismos estímulos que la *lex certa* (subapartado siguiente), *vid. infra* (sección II.2.4.ii).

iii. El sentido literal posible como límite de la interpretación permitida

Lo que se busca con esta exigencia es diferenciar entre interpretación prohibida y permitida. Tradicionalmente, la solución pasó por las distintas relaciones en que se podían encontrar el tenor literal de una disposición y su sentido. Así, se solía señalar que el límite entre interpretación prohibida y permitida lo constituía el paso de una interpretación declarativa a una extensiva: es decir, cuando el sentido que se le daba a la disposición dejaba de corresponderse con su tenor literal y pasaba a abarcar un mayor rango de hipótesis. Sin embargo, esta solución se encuentra superada: se le criticaba que el rango de hipótesis que “*ex ante*” podía abarcar la disposición (es decir, sin mediar interpretación) sólo podía determinarse mediante una operación interpretativa, por lo que la distinción entre tenor y sentido no tenía sentido. Actualmente, se suele señalar como límite el *sentido literal posible*, es decir, son admisibles aquellas interpretaciones que aplican la norma a casos que quedan cubiertos por el sentido posible de la disposición, en la forma en que ésta se encuentra formulada.

II.2.4. *Lex certa* o mandato de determinación de la ley penal^{64, 65 y 66}

i. Concepto (problemas de su conceptualización)

⁶⁴ **Importancia de su análisis para este trabajo.** Por doble motivo, el análisis de este requisito cobra particular relevancia para el desarrollo de este trabajo: en primer lugar, porque además de tensionar la exigencia de *lex scripta*, la ley penal en blanco también confronta la exigencia de determinación⁶⁴. En segundo lugar, porque, en general, todos los problemas que dicen relación con la técnica legislativa de la ley penal, incluida la ley penal en blanco, se explican en clave de determinación; y, como se verá, la relevancia que la comprensión de la técnica legislativa habrá de adquirir en esta investigación excede a las anteriores

⁶⁵ **Diversidad de nomenclaturas.** De todas, la *lex certa* es la que ha recibido mayor número de nomenclaturas, entre otras: 1.- Principio de tipicidad (nomenclatura adoptada por el TC en, v.gr.: STC 468/2006, considerandos 1°, 2°, 4°, 6°, 7°, 8° y 10°); 2.- principio de taxatividad (también adoptada por el TC en, v.gr STC 2773/2015, en Cap. II y considerandos 10°, 14° y 24°); 3.- principio de certeza; 4.- principio de determinación (Mir Puig), etc.

⁶⁶ Además de sus diversas denominaciones, el tratamiento de la *lex certa* importa otra particularidad: no es reconocida como tal por todos los autores. Cuando eso sucede, los autores incorporan el contenido de su mandato

Aunque su idea central sea básica (incluso intuitiva) y aunque tampoco se discuta que el destinatario de sus efectos sea el legislador, el contenido exacto del mandato de determinación continúa indeterminado. En gran medida, la mantención de esta incertidumbre se debe a la disparidad de criterios que han sostenido las Cortes Constitucionales.

Así, por ejemplo, la severidad con que nuestro Tribunal Constitucional sanciona las exigencias derivadas de la *lex certa* (vocablo que sólo recientemente comenzó a utilizar⁶⁷) es notablemente menor que la severidad que le da el Tribunal Constitucional alemán o, incluso, que la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que debería constituir un piso mínimo). El TC chileno –y en esto se ha mantenido tan uniforme como críptico– no se ha alejado de la *teoría de la esencialidad o suficiencia*; esto es, “que el tipo ha de ser suficiente... que ha de contener una descripción de sus elementos *esenciales*”^{68 y 69}.

Doctrinariamente, Roxin considera que “un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección al legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de interpretación”⁷⁰.

ii. Función de protección

Al inicio de este capítulo, para explicar el sentido moderno del principio de legalidad, acudí a Ferrajoli debido al increíble rendimiento que mostraba su distinción entre *mera* y *estricta* legalidad. Recordaremos que, según este autor, la principal diferencia entre ambas era que mientras la *mera legalidad* representaba el carácter formal del principio, la *legalidad estricta*,

dentro de la exigencia de *lex stricta*. Así, por ejemplo, proceden los profesores **Enrique Cury** (en *La ley penal en blanco*); **Juan Bustos** (en *Obras Completas. Derecho Penal Parte General*, vol. Tomo I (Lima: ARA Editores, 2004)); y **Santiago Mir Puig** (en *Derecho penal parte general*).

⁶⁷ La primera vez que el TC utiliza el latinismo fue con ocasión del voto concurrente conjunto de los ministros Letelier y Pozo, en STC 3052 de 2016, que rechaza el requerimiento de inaplicabilidad en contra del delito de «giro doloso de cheque», contenido en el art. 22, incisos 1°, 3°, 4° y 7° del DFL N°707, sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

⁶⁸ STC 3052, considerando 9° del voto concurrente conjunto de los ministros Letelier y Pozo, p.35. Como se verá, nuestro TC requiere el mismo estándar para la configuración de leyes penales completas como de leyes penales en blanco: en ambos casos sólo requiere la descripción de la esencia de la conducta.

⁶⁹ El **Tribunal Constitucional alemán**, en cambio, entiende que el principio de determinación “obliga al legislador a ‘describir los presupuestos de la punibilidad de una manera tan concreta que el ámbito de aplicación y alcance de los tipos penales se pueda determinar a partir del tenor literal o, en todo caso, mediante interpretación”, citado en Roxin, “El principio de determinación de la ley en el derecho penal alemán”, 133. La **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, por su parte, “entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada que fije sus elementos o permita deslindarla de comportamientos no punibles [...]”, por todas las sentencias que contiene su opinión, véase Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, de 30 de mayo de 1999 párr. 121.

⁷⁰ Roxin, *Derecho Penal Parte Gen.*, 1:172.

que representaba el carácter empírico, sólo tendría lugar si las definiciones de los delitos *iban dotadas de precisas referencias empíricas y fácticas*. Dicho esto, teniendo en consideración la importancia de la legalidad estricta en la configuración de los modelos penales garantistas, es fácil intuir que deben ser varias las funciones de protección que competen a la *lex certa*.

En primer lugar, de todas las prohibiciones, la *lex certa* es la única que directamente se relaciona con la **mantención del Estado de Derecho**. Es cierto que un Estado de Derecho también depende del cumplimiento de los otros mandatos de la legalidad penal, pero si, particularmente, se corrompe el principio de determinación, los otros mandatos automáticamente pierden sentido. Así, de nada serviría una ley previa y originada en instancias legislativas si el contenido de ella es tan vago que, en la práctica, dependerá del juez, y su arbitrio, la definición del objeto de la prohibición a castigar. Luego, la indeterminación legal hace también impracticable la prohibición de analogía: las fórmulas típicas generales suelen ser tan vagas que, semánticamente, admitirán cualquier sentido. Sin una referencia de apoyo empírica, los jueces no corren el riesgo de aplicar analógicamente el derecho.

Naturalmente, la *lex certa* también cumple funciones de resguardo tanto de **la seguridad jurídica como de la prevención general**: a nosotros, los ciudadanos, sólo se nos puede alentar a confiar en un sistema penal en la medida en que no se defrauden nuestras expectativas; pero si una ley penal no está ni moderadamente determinada, entonces ni siquiera estamos en condiciones de describir esas expectativas. Así, la tipificación del delito, y de la pena asociada, deja de tener un fin disuasivo y pasa a transformarse en verdadera fuente de incertidumbre.

Finalmente, un precepto que sólo vagamente determina el objeto punible quebranta el **principio de la separación de poderes**. Si una conducta solo está general y vagamente formulada, los tribunales ordinarios no tendrán más opción que, ellos mismos, dotar de contenido a la norma penal; y lo tendrán que hacer sin poder apoyarse ni en referencias sociales ni morales ni culturales. Los tribunales pasan de ser aplicadores a ser creadores del derecho.

iii. Importancia de la *lex certa* para la técnica legislativa

Como hice notar en la introducción (y lo reforzaré en los dos capítulos siguientes), en este trabajo cobra particular relevancia la comprensión de la técnica legislativa de la remisión normativa. Al nivel de la Parte Especial, individualmente considerada –esto es, sin tomar en cuenta la remisión estructural que debe de existir entre la Parte Especial y la General para la

determinación exacta del sentido y alcance de un tipo penal– existen cuatro clases de remisiones normativas que tensionan al principio de legalidad.

Estas cuatro formas de remisión son: 1) las leyes penales en blanco, 2) los elementos normativos del tipo, 3) los tipos penales que incorporan elementos del deber jurídico y 4) las leyes penales abiertas.

Por ahora, basta con señalar que la diferencia que existe entre leyes penales en blanco, elementos normativos y tipos abiertos, según advierte Santana Vega, es una diferencia de “*grado o intensidad de la remisión a la regulación extrapenal*”⁷¹. Respecto de las *leyes penales abiertas o fórmulas típicas generales*, se suele sostener su inconstitucionalidad⁷².

⁷¹ Dulce María Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2000), 56. Prosigue diciendo que: “[E]sa remisión es *global* a la totalidad del ordenamiento jurídico, en el caso de las cláusulas normativas [...] de grado *medio* en el caso de las leyes penales en blanco [...] y *más reducida* en el caso de los elementos normativos [...]”. (Cursivas originales).

⁷² Para una descripción y caracterización más acabada entre ley penal abierta (o fórmulas típicas generales) y tipos abiertos (o elementos de valoración global del hecho), *vid.* capítulo tercero, sección IV.2.1.iv.

Capítulo segundo

LA LEY PENAL EN BLANCO

I. DEFINICIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL

En general, la metodología que ocupan las grandes obras de los autores nacionales para explicar el fenómeno de las leyes penales en blanco es –y se ha mantenido– invariable. Casi todas con ocasión del segmento dedicado al estudio de las fuentes de la ley penal (la mayoría de las veces, a propósito de su tipología) proceden, alternativamente, de la siguiente manera: (i) las definen, (ii) las clasifican según la terminología de Mezger (agregando las leyes penales en blanco *al revés*), (iii) dan cuenta de su necesidad político-criminal, y (iv), finalmente, resaltan el problema de su constitucionalidad.⁷³

Con el sólo objeto de ceñir las bases conceptuales que habré de ocupar en lo sucesivo (sobre todo en el capítulo III, donde analizaré las sentencias del TC que son el objeto de este trabajo), en este apartado permaneceré dentro de aquel trazado y, desde ahí, enunciaré (i) el concepto *autorizado* de ley penal en blanco para nuestro medio local, y (ii) su caracterización con base en el contraste de lo que sería una ley penal no en blanco y, finalmente, (ii) las clasificaciones que sobre ella se formulan. La explicación de su finalidad político-criminal, así como el problema de su constitucionalidad lo trataré más adelante.

I.1. CONCEPTO

El profesor Enrique Cury, como concepto “propio”⁷⁴ de ley penal en blanco, señala que “es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente”⁷⁵. Se puede decir que representa el concepto *autorizado* de ley penal en blanco por dos razones: primero, porque el profesor Cury

⁷³ Esta estructura se aprecia, paradigmáticamente, en la obra de **Garrido Montt**, en Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte General*, vol. 1 (Santiago: Editorial Jurídica, 2001), 89–91. **Cousiño**, pese a no cuestionar la constitucionalidad de estas leyes, señala que su “verdadero reparo... está en la incertidumbre en que dejan a los habitantes sobre la licitud o ilicitud de sus actos”, Luis Cousiño MacIver, *Derecho Penal chileno. Parte General*, vol. 1 (Santiago: Editorial Jurídica, 1975), 83–88. **Etcheberry**, en tanto, introdujo una clasificación, al parecer, desconocida para la doctrina nacional de ese momento (leyes parcial o totalmente en blanco) y, con base en aquella clasificación, se pronunció por la constitucionalidad de las leyes parcialmente en blanco propias, Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., vol. 3 (Santiago: Editorial Jurídica, 1999), 83–86. También dentro de esa estructura, **Sergio Politoff Lifschitz**, **Jean Pierre Matus Acuña**, y **María Cecilia Ramírez**, *Lecciones de derecho penal chileno parte general*, 2ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 96–99.

⁷⁴ No debe confundirse el concepto “propio” de ley penal en blanco de Cury, con el tipo de ley penal en blanco “propia”. *Vid. infra* en I.3.

⁷⁵ Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 38. (Cursivas originales).

es el único autor nacional que ha tratado de manera integral el tópico de las leyes penales; segundo –quizás como consecuencia de lo primero–, porque constituye el, por decirlo así, “marco teórico” de la última sentencia que es objeto de este análisis: STC 2773.

I.2. ESTRUCTURA DE LA NORMA PENAL Y DE LA LEY PENAL EN BLANCO

Es una estrategia común comenzar abordando la ley penal en blanco mediante la explicación de su estructura. También es común que la explicación de la estructura de la ley en blanco se lleve a cabo por contraste a la estructura de la ley penal *norma o completa*.

La norma penal *completa* es aquella que, dentro del mismo enunciado –o, al menos dentro de enunciados inmediatamente conectados dentro del Código penal–, contiene al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica⁷⁶. Un típico ejemplo de norma penal completa sería la del artículo 138 del Código penal español: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

Se dice que también son normas penales completas aquellas donde “los artículos entre los que se reparte el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están en inmediata conexión, dentro de la misma sección o capítulo...”⁷⁷. En ese sentido, nuestro delito de homicidio del artículo 391 CP, aunque no sería el típico ejemplo, sí calificaría como norma penal completa: “El que mate a otro *y no esté comprendido en el artículo anterior*, será penado...”. No es el típico ejemplo porque para lograr una comprensión cabal de la conducta sancionada se debe acudir a la disposición inmediatamente anterior (art. 390 que tipifica el parricidio y el femicidio).

La mejor comprensión de los efectos *geográficos* que genera la ley penal en blanco procura expandir el vocabulario: a los signos “supuesto de hecho” y “consecuencia jurídica”, que bastaban para explicar la norma penal completa, se agregan los de “ley remisoras” (la ley en blanco propiamente tal) y “ley complementaria” (la ley de destino; aquella a la que apunta la remisión de la ley en blanco). Este vocabulario es válido tanto para las leyes en blanco propias como impropias⁷⁸.

Un ejemplo paradigmático de ley penal en blanco para la doctrina chilena es el del artículo 318 CP⁷⁹: “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad [...] será penado...”. Así, para

⁷⁶ Cfr. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte Gen.*, 35.

⁷⁷ Muñoz Conde y García Arán, 35.

⁷⁸ *Vid.* I.3.

⁷⁹ Cousiño Maclver, *Derecho Penal chileno. Parte General*, 1:84; Etcheberry, *Derecho Penal Parte Gen.*, 3:83.

Etcheberry, es esta una norma en blanco ya que “el artículo en cuestión sólo señala con precisión la pena, pero la conducta misma punible será determinada en cada caso por otras disposiciones, no legales, sino establecidas por la autoridad administrativa”⁸⁰.

Finalmente, si bien es cierto que la estructura de la ley penal en blanco se suele explicar a partir de, y por oposición a, la norma penal completa, los autores no suelen considerar a la ley en blanco como una norma incompleta⁸¹: se dice que, una vez complementada, la norma en blanco es tan norma como cualquier otra⁸².

I.3. CLASIFICACIÓN

I.3.1. Ley penal en blanco propia e impropia

Según Cury, es la distinción “más tradicional y generalizada, al menos en la literatura latinoamericana”⁸³. Como veremos, esta distinción constituye un correlato perfecto de la toma de posición de las denominadas concepciones amplia y restringida sobre el concepto de ley en blanco.

La **ley penal en blanco propia** es aquella en que la ley, formal o remisor, remite la descripción o determinación de todo o parte del supuesto de hecho a una regla emanada de una instancia inferior al Poder Legislativo. Constituye un ejemplo de esta clase de ley en blanco, el recién citado artículo 318 del CP.

En cambio, la **ley penal en blanco impropia** es aquella que remite la descripción de todo o parte de la conducta a otra norma de rango legal. Según la postura que se adopte, se podrá, o no, subdistinguir entre **ley en blanco impropia de remisión interna**, si la norma complementaria está dentro del mismo Código penal, o **de remisión externa**, si la remisión se dirige a otra ley formal⁸⁴. Esta última subclasificación, de aceptarse, es evidente que no influye en las leyes en blanco propias por ser estas siempre externas al Código penal.

⁸⁰ Etcheberry, *Derecho Penal Parte Gen.*, 3:83.

⁸¹ En contra, **Santana Vega**: “En suma, no toda norma incompleta es una norma penal en blanco, si bien toda norma penal en blanco siempre es una norma incompleta”. (Dulce María Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2000), 33). Para, **Muñoz Conde y García Arán**, las normas penales incompletas se identifican principalmente con la Parte General del Derecho Penal. Sobre ellas, dicen que “el nombre «norma» le viene un poco ancho a este tipo de preceptos, ya que desde el momento en que no contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica no pueden considerarse como tales en sentido propio. Se trata más bien de «fragmentos» de normas...”, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 37.

⁸² *Vid.* nota al pie N°136.

⁸³ Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 40.

⁸⁴ Cfr. Cury Urzúa, 40.

Aunque de acuerdo con su definición *léxica*⁸⁵, correspondería situar al artículo 470 N°1 CP en la clasificación siguiente (ley en blanco al revés), la doctrina chilena suele mostrarlo como ejemplo de ley en blanco impropia. Esta disposición hace asimilable las penas de la estafa (art. 467 CP) al delito de apropiación indebida (art. 470 N°1); es decir, lo que remite no es el supuesto de hecho, sino la sanción. Como se trata de la remisión a una norma inmediatamente anterior (por cierto, dentro del mismo Código penal) se dice que no suscita problema alguno⁸⁶.

I.3.2. Ley penal en blanco en sentido estricto y ley penal en blanco al revés

La clasificación atiende a si lo que se remite es la conducta o la sanción. Todo lo que se diga en este trabajo sobre ley en blanco dirá relación con ley en blanco en **sentido estricto**, esto es, aquella en que el objeto de remisión es el supuesto de hecho. Hay acuerdo unánime en que la **ley en blanco al revés** –aquella en que lo remitido es la determinación de la sanción– carece de toda validez cuando la norma remitida proviene de una instancia infralegal⁸⁷.

Cury cita como ejemplo de ley en blanco al revés “el art. 4° de la ley sobre ‘fuentes del derecho’ emanada del Estado de la Ciudad del Vaticano... en el que se castiga el atentado contra los jefes de Estado y los jefes de gobierno de Estados extranjeros, ‘con la misma pena, con la que sería penado, si el hecho fuere cometido en el territorio del Estado al cual pertenece la persona contra la cual va dirigido el hecho’”⁸⁸.

I.3.3. Ley penal totalmente en blanco y ley penal parcialmente en blanco

Las leyes **totalmente en blanco** son aquellas en que la totalidad de la conducta o supuesto de hecho se reenvía a otra norma. Así, por ejemplo, “el que deje de cumplir el reglamento x, será castigado”⁸⁹. Las leyes **parcialmente en blanco** son aquellas en que “existiría una descripción, aunque incompleta de la conducta, que comprendería por lo menos la esencia de la acción (el **verbo rector del tipo...**)”⁹⁰. Un ejemplo de esta última clase sería el art. 320 CP,

⁸⁵ Aquellas que “*describen* el uso de un término en una comunidad de hablantes (y por lo tanto tiene sentido hablar de <verdad> y <falsedad> de la definición...” (por oposición a las *estipulativas*, en las cuales el uso se prescribe), Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “La referencia político-criminal en el Derecho Penal contemporáneo”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, ed. Emilio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdiel Sierra, y Emilio Cortés Bechiarelli (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 867.

⁸⁶ Muñoz Conde, a ese tipo de procedimiento (remisión de la pena a una disposición dentro del mismo Código penal) lo denomina, simplemente “Remisión”. Señala que “[a]quí, más que de <técnica legislativa> se puede hablar de <pereza legislativa>”, Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, ed. Julio César Faira, *Darwin*, 2ª ed. (Buenos Aires: B de F, 2001), 48.

⁸⁷ Polittoff Lifschitz, Matus Acuña, y Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno parte general*, 98.

⁸⁸ Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 42.

⁸⁹ Sin mucha discusión, se puede aceptar que el ya referido artículo 318 podría ser una ley totalmente en blanco: pocos delimitación al sentido literal provee el “núcleo esencial” de “poner en peligro la salud pública”.

⁹⁰ Etcheberry, *Derecho Penal Parte Gen.*, 3:85.

sobre inhumaciones ilegales: “El que practicare o hiciere practicar una inhumación *contraviniendo a lo dispuesto por las leyes o reglamentos* respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas...”⁹¹.

I.4. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO (PROPIAS)⁹²

En general, la doctrina suele citar *un solo gran* motivo, de índole sociológico, para justificar la utilización de las leyes penal en blanco: la complejidad de la vida contemporánea⁹³. Así, se suele sostener que con el desarrollo de las sociedades postindustriales hemos arribado a una época de difusa y compleja regulación (entre otros, en los campos de las relaciones económicas internas, el mercado de cambios internacionales, las comunicaciones, la salud pública, el medio ambiente, etcétera). Asimismo, se suele señalar como causas directas de estas regulaciones al aumento de las fuentes de riesgo, y la expansión y mayor reconocimiento de derechos sociales

Ahora bien, como consecuencia de la expansión del catálogo de derechos sociales, la profesora Santana Vega ha revelado otra justificación de las leyes penales en blanco: “aparecen como un *instrumento técnico necesario para superar el nivel del Derecho penal de corte exclusivamente liberal*, nucleado en torno a bienes jurídico-penales individuales”⁹⁴.

II. LA RACIONALIDAD TRAS LA(S) SISTEMATIZACIÓN(ES) DE LA LEY PENAL EN BLANCO

Considero que *la posición desde la cual se construyen las categorías* que tradicionalmente intentan explicar el fenómeno de las leyes en blanco no resulta totalmente idónea para el objetivo de este trabajo. Esta *posición* –cuyos resultados no son sino la exposición de la estructura reproducida en el apartado anterior– sistematiza las leyes en blanco a partir del *momento*⁹⁵ de la *lex scripta*.

⁹¹ En palabras de nuestro TC, esta disposición sí contendría el núcleo esencial de la prohibición (“inhumar”) dejando las circunstancias y modalidades de la inhumación sancionable al reglamento

⁹² Como habrá de notarse, este motivo sólo justifica las leyes penales en blanco propias. Con todo, como veremos, en la medida en que la doctrina prácticamente unánime sólo discute la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias, no parece ser tan criticable tampoco que sólo estas sean objeto de justificación.

⁹³ Cfr. Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 30.

⁹⁴ Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, 18.

⁹⁵ Sobre la posibilidad de calificar las cuatro típicas manifestaciones del principio de legalidad (*lex: scripta, praevia, certa y stricta*) como “momentos”, Lothar Kuhlen, “Sobre la realización entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía”, en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* (Marcial Pons, 2012), 155. Señala que: “En una diferenciación ulterior [de la desmembración analítica del principio de determinación], pueden distinguirse entre sí el mandato de certeza y la prohibición de la analogía en su carácter de *momentos parciales* del principio de determinación de la ley”. (Cursivas añadidas).

Ante todo, a modo de urgente prevención, advierto que no persigo realizar una investigación dirigida a acusar la ineficacia *global* de la estructura anotada (estructura que, desde mi perspectiva, pone en la base de su discurso al fundamento jurídico-político del principio de legalidad, a saber, el principio de la división de poderes manifestado en la forma de la *lex scripta*). Más aún, ni siquiera pretendo deslizar que, para este trabajo, no servirían las categorías ahí utilizadas: si toda una producción discursiva ha surgido a partir de ella, yo, evidentemente, deberé ceñirme a ella.

En realidad, cuando declaro que el sistema de comprensión desarrollado a partir de la *lex scripta* no resulta *totalmente* idóneo para el objetivo de este trabajo, estoy dirigiendo la crítica, principalmente, a la labor jurisprudencial del TC. Ambos– el sistema de comprensión anotado en el apartado anterior y la jurisprudencia del TC analizada en el capítulo final– parten de una petición de principios: que lo que se analiza –como objeto de estudio científico para la dogmática, pero como objeto del proceso para el TC– *no es sino* una norma penal en blanco. En el primer caso, dicha asunción se trata de una convención disciplinariamente admisible; en el segundo caso, no.

El segundo modo (o momento) de comprensión de la ley penal en blanco, que se desarrolla todavía dentro del espacio del principio de legalidad, es el de la *técnica legislativa*, tradicionalmente vinculado al momento de la *lex certa*. En este sistema de comprensión las categorías ya no se construyen según su adecuación, o no, al principio de reserva, sino que según su *tertium genus*, esto es, su calidad de norma de remisión.

Comenzaré este apartado con la perspectiva que ha dominado la discusión: la de la *lex scripta* (II.1). Posteriormente, (II.2) daré cuenta de cómo ese primer momento no resulta adecuado para un trabajo que, como este, pretende cuestionar la naturaleza, asumida, del objeto del conflicto.

En definitiva, la decisión de abordar las leyes en blanco desde una perspectiva *diacrónica* (que dé cuenta de una comprensión del principio de legalidad que exceda la sola consideración del momento de la *lex scripta*) no pretende una mera exposición *avalorativa* sobre ellas. Por el contrario: esta forma de proceder está mediada justamente por la necesidad de proveerme de una herramienta adicional para la evaluación crítica de la jurisprudencia del TC.

II.1. LA COMPRESIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO A PARTIR DE LA *LEX SCRIPTA*

II.1.1. Introducción

La pregunta inicial, que permite caracterizar este sistema, es la siguiente: **¿Se debe estructurar el tratamiento de las leyes penales en blanco sólo sobre aquello que genera más problemas (que es su compatibilidad con el principio de reserva o *lex scripta*); o también deben incorporarse aquellas otras formas de remisión que, si bien no cuestionan el principio de reserva, sí pueden generar otros problemas?**

La respuesta que se escoja (que, como se verá, constituye el criterio de *distribución* para la formación de las concepciones amplia y restringida) será el reflejo de lo que, en definitiva, constituye una decisión más que una reflexión: la decisión sobre el grado de *importancia* que se le deberá conceder al problema constitucional que generan las leyes en blanco (propias). En este sistema de comprensión, que parte de la base que el mayor problema lo generan las leyes en blanco propias a propósito de su adecuación al principio de reserva, lo que se discute es si los problemas que genera las leyes en blanco impropias, que no son problemas idóneos para transgredir el principio de reserva, deberían o no ser integradas al concepto de ley penal en blanco.

Resulta lógico constatar, en consecuencia, que los tópicos estelares de discusión que fueran promovidos dentro de este sistema de comprensión digan relación con dos cuestiones: con el alcance del concepto de "ley penal en blanco"⁹⁶ y con la admisibilidad constitucional de las leyes en blanco propias⁹⁷.

⁹⁶ Cfr. Mercedes García Arán, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios penales y criminológicos*, n° 16: 66, accedido 29 de septiembre de 2018, http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/4_REMISIONES-NORMATIVAS.pdf.

⁹⁷ Francisco **Muñoz Conde** y Mercedes **García Arán**, *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. (Valencia: Tirant lo blanch, 2010), 112, "La problemática que plantean las leyes penales en blanco, en relación al principio de legalidad, aparece cuando la remisión se lleva respecto de una disposición de rango inferior al de la propia ley penal, generalmente un reglamento. En tales casos, parte de la definición de la conducta se contiene en una disposición que, complementando la ley penal, no ha sido dictada por el poder legislativo, con lo que puede resultar infringida la reserva de ley y, en su caso, la reserva de ley orgánica que afecta a las leyes penales"; también **Zaffaroni** sostiene que es la ley en blanco en sentido estricto, la "que plantea los problemas actuales", Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, vol. III (Buenos Aires: EDIAR, 1981), 66; En el mismo sentido, Esteban **Mestre Delgado**, "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, n° 2 (1988): 507. **Bustos** señala que: "El problema se presentará cuando la remisión se haga a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigida por la Constitución. Tal es el caso de las llamadas leyes penales en blanco y de los tipos abiertos. En estos supuestos pueden presentarse problemas de constitucionalidad", Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, vol. 1 (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 91.

II.1.2 Antecedentes de la sistematización conforme a su justificación: Binding y Mezger

El hallazgo de lo que hoy denominamos “ley penal en blanco” (*Blankettstrafgesetze*) se le atribuye unánimemente a Karl Binding. Mediante aquella expresión, y, con ocasión de sus estudios sobre la estructura de la ley penal en general, pretendía explicar el fenómeno que surgía como consecuencia de la estructura federal alemana, donde “la ley penal del Imperio (Código penal del *Reich*) delegaba en los *Länder*, o incluso en los Municipios, la concreción del supuesto de hecho con relación a un determinado tipo...”⁹⁸. Sería Mezger quien luego ampliaría el significado de ley en blanco, “añadiendo otros dos supuestos [...] 1º) [El caso donde e]l complemento se halla contenido en el mismo Código o Ley que contiene el precepto penal en blanco [y] 2º) [el caso donde e]l complemento se halla previsto en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa.”⁹⁹

Si bien, en principio, existirían buenas razones para vincular al “descubrimiento” de esta técnica con el problema de su admisibilidad constitucional, aquella conexión ha sido cuestionada¹⁰⁰. Por el contrario: no ha sido cuestionada la circunstancia de que ambas posturas iniciales (Binding y Mezger) constituyan las bases dialécticas para el debate sobre el alcance del concepto de ley penal en blanco; o, lo que es igual, para la concepción amplia o restringida de ley penal en blanco¹⁰¹.

⁹⁸ Dulce María Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2000), 14. También cfr. Enrique Cury Urzúa, *La ley penal en blanco* (Bogotá: Temis, 1988), 24; y María Magdalena Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa* (Santiago: Editorial Jurídica, 2011), 163.

⁹⁹ Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 66.

¹⁰⁰ Cury niega que el origen de la ley penal en blanco esté, inherentemente, determinado por un problema de constitucionalidad: “Como puede observarse, al concebirla en esta forma la ley en blanco no es presentada como un problema relativo a la constitucionalidad de su origen –esto es, como una infracción al *nulla poena sine lege scripta*– pues incluso se considera tal a la que confía el complemento de su precepto a otra ley forma. [...] Desde este punto de vista solo aparecen en primer plano dificultades relacionadas con el *nulla poena sine lege praevia*...”, Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 24–25; También se ha dicho que “... el contexto constitucional alemán en el que surge esta institución [...] no es idéntico a la realidad constitucional española. De manera que no cabe hacer un trasvase automático de las leyes penales en blanco, sino que su rechazo o aceptación ha de pasar necesariamente por la convalidación constitucional de la misma”, Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, 22.

¹⁰¹ Cfr. Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, 163 y 165; Sandra Zúñiga Morales, “Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad”, *Revista de Derecho*, n° 8 (2004): 163.

II.1.3. Concepción amplia vs restringida: delimitación del concepto de ley penal en blanco

Esta discusión –que se indentifica con el problema del *concepto* de la ley penal en blanco– puede ser formulada bajo la siguiente pregunta: **¿cuáles son las hipótesis de remisión que deberían incorporarse dentro del concepto de ley penal en blanco?**

Comenzaré con una proposición sobre ley en blanco que, por elemental, difícilmente puede ser discutida: se trata de una ley que *por estar “necesitada de complemento” en cuanto al supuesto de hecho, se remite a otro precepto para dicha determinación*¹⁰². La expresión con la que se identifica el objeto de la discusión es “otro precepto”. La pregunta que aquí se formula es la siguiente: ¿Cuál es el rango o jerarquía que tiene que tener el “otro precepto” para que la norma remisora sea considerada en blanco?

Sin perjuicio de que la pregunta no es disyuntiva (puede haber tantas respuestas como jerarquías de leyes exista), el debate se ha configurado en torno a dos posturas o concepciones, una *amplia* y otra *restringida*, cuyo criterio discriminador lo constituye la norma reglamentaria. Así, interrogativamente: ¿Hablamos de ley penal en blanco solo cuando la norma de complemento emana de una instancia legislativa inferior al Poder Legislativo; o también cuando la norma de complemento emana de la instancia legislativa (penal o no)? En respuesta a esta pregunta se ubican, en oposición, la concepción amplia y la concepción restringida.

Concepción restringida o estricta de ley penal en blanco. Bajo esta postura, son leyes penales en blanco sólo “aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se completa en una disposición de rango inferior...”¹⁰³. A esta concepción adscriben, entre otros, los siguientes autores: Juan Bustos, Enrique Bacigalupo, Esteban Mestre Delgado, etc.

Si bien es cierto que quienes adhieren a un concepto estricto de ley en blanco no niegan la existencia de otras clases de remisión del supuesto de hecho a normas de rango legal (penal o extrapenal), sí rechazan, por irrelevante, la necesidad de estudiar dicho fenómeno. Es decir,

¹⁰² Parto de una formulación tan elemental como de la que parte Magdalena Ossandón, de quien, por cierto, extraigo la “*necesidad de complemento...*” (en cursivas la original). (Ella la señala como fundamento de “[e]n general, todas las definiciones...”), María Magdalena Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa* (Santiago: Editorial Jurídica, 2011), 162.

¹⁰³ Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, 1:91.

cuando por razones de *mera técnica legislativa* no se avizora problemas para el principio de reserva, carece de sentido práctico no sólo estudiarlas, sino también –y como consecuencia– integrarlas al concepto. Luego, como se considera que, *a priori*, sólo las remisiones dirigidas a normas infrarreglamentarias son idóneas para contravenir la *lex scripta*, entonces sólo ellas deben constituir el objeto de estudio. Así, para esta concepción no genera utilidad alguna distinguir entre ley penal en blanco propia e impropia, y tiende a identificar el concepto *total* de ley en blanco, con el de ley en blanco propia¹⁰⁴.

Concepción amplia de ley penal en blanco. Bajo esta postura, es ley en blanco aquella que “no... expresa enteramente el supuesto de hecho, sino que se hace una remisión a otras leyes, reglamentos o, incluso, actos de la Administración para completar su determinación. Se incluyen, sin distinción, tanto las remisiones a normas de rango inferior como a otras del mismo rango”¹⁰⁵. En esta postura encontramos, entre otros, a los y las siguientes autoras: Mercedes García Arán, Dulce Santana Vega, Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig, Enrique Cury, Eugenio Zaffaroni, etc.

Cabe prevenir que, en relación con el problema entre ley en blanco y principio de reserva, los autores de la concepción amplia ratifican la especial consideración que deben ostentar las leyes penales en blanco propias, ya que, sólo ellas son institucionalmente capaces transgredir el principio de la separación de los poderes del Estado.

Ahora bien, sólo para quienes adscriben a la concepción amplia tendrá sentido discriminar entre leyes propias e impropias, ya que sólo ellos estiman correcto que las segundas deban incluirse dentro de un concepto total de ley en blanco.

El motivo que subyace la extensión del concepto está mediado, también, por consideraciones pragmáticas. Se sostiene que la utilización de esta técnica no sólo riñe con la garantía formal del principio de legalidad, sino también con cuestiones dogmáticas *extra constitucionales*. Así, con la finalidad de favorecer la “igualdad de tratamiento [que merecen] los dos supuestos posibles de complemento situado *fuera de la ley* en que se halla el precepto

¹⁰⁴ Así, para Bacigalupo “[l]a extensión del concepto de ley en blanco... no parece tener la menor trascendencia práctica, pues ninguno de los autores que toman parte en la discusión extrae de la ampliación del concepto de ley penal en blanco ninguna consecuencia que esté vinculada con la discusión”, Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales de derecho penal*, ed. Jose Luis Depalma (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999), 100.

¹⁰⁵ Por todos, Ossandón Widow, 165; Schünemann incluye “incluso [a las] recomendaciones privadas” dentro de “las leyes penales en sentido amplio”, Bernd Schünemann, “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1994, 309; Zaffaroni no incorpora a las leyes de rango infralegal dentro del concepto amplio: “Las [leyes en blanco en sentido amplio] serían aquellas en que para determinar la prohibición debe acudir a otra ley, pero emergida del mismo órgano o poder legiferante...”, Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, vol. III (Buenos Aires: EDIAR, 1981), 190.

penal en blanco...¹⁰⁶ resulta oportuno incluir, dentro del concepto de ley en blanco, a la remisión dirigida a una norma de origen legal extrapenal¹⁰⁷. Esos aspectos serían los problemas que suscita “el tratamiento del **error** [...] y de la **retroactividad de la ley penal más favorable**”¹⁰⁸.

En relación con la *aplicación temporal* de la ley en blanco, o su norma complementaria, además del problema que genera la *lex mitior*, Cury identifica, entre otros, los siguientes: “[1] ¿en qué medida dependen la vigencia y efectos de la ley en blanco de la existencia de la *disposición complementaria*? [2] ¿Rige esa norma desde su promulgación y publicación en el *Diario Oficial*, o se requiere para ello que el complemento, a su vez, entre también en vigencia? [3] ¿Qué ocurre cuando la disposición complementaria es derogada en forma independiente de la ley en blanco, dejándola, por así decirlo, sin contenido?”¹⁰⁹.

Luego, en relación con el *error* en la norma complementaria, se discute cuándo habrá error de tipo y cuándo, de prohibición. Además, para el caso particular de las leyes en blanco propias, se discute (al menos Cury¹¹⁰) si el error de prohibición que recae sobre la norma remitida (reglamentaria) se “presume” invencible, y, ante la afirmativa, cuáles serían las circunstancias que deben concurrir para “destruir la presunción”¹¹¹.

¹⁰⁶ Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 68.

¹⁰⁷ Se dice que esta posición (“Posición Intermedia”) sobre el concepto de ley en blanco es la que domina la doctrina: aquella en que la remisión del supuesto de hecho se dirige a cualquier norma de origen extrapenal (independientemente de su rango normativo), excluyéndose únicamente aquella en que la norma complementaria está ubicada dentro de la misma ley penal. Cfr. Zuñiga Morales, “Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad”, 163.

¹⁰⁸ Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 68. Curiosamente, en lo que dice relación con la ley penal en blanco, Mir Puig sólo problematiza la aplicación de la ley penal más favorable, y no toda la aplicación temporal de la ley penal, a pesar de sostener que “el hecho de que el supuesto de hecho se describa en un Cuerpo legal distinto al que señala la pena, plantea una problemática que es independiente de la jerarquía de las Leyes en juego”.

¹⁰⁹ Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 118. (Cursivas originales).

¹¹⁰ Cfr. Cury Urzúa, 128–35.

¹¹¹ Al respecto, Cury señala que la razón por la que debe concluirse, como regla general, la invencibilidad del error de prohibición cuando recae sobre la norma complementaria para el caso de los tipos en blanco propios, se debe al fundamento de aquellas: “[L]a construcción de tales tipos –especialmente por medio de leyes en blanco propias– se justifica cuando se trata de proteger bienes jurídicos cuya incolumidad depende de circunstancias cambiantes. Ya en ese enunciado se observa que respecto de tales materias es relativamente difícil que el sujeto posea intuitivamente la conciencia de lo que es lícito o ilícito.” (p.130). Continúan señalando que: “A causa de esta peculiaridad de sus contenidos... al error de prohibición más característico, esto es, al de *subsunción*, debe otorgársele un tratamiento semejante al que Welzel propone para él cuando recae sobre infracciones ‘en que predomina o prima exclusivamente el carácter de orden’...” (p.131). Finaliza concluyendo que: “En rigor, esto quiere decir que [...] a diferencia de lo que ocurre respecto de los tipos penales plenos más tradicionales, la regla es que al error de subsunción se lo considere invencible y que excluya la culpabilidad.” (p.131), Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*.

II.2. LA COMPRESIÓN DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO A PARTIR DE LA TÉCNICA LEGISLATIVA

II.2.1. Introducción

Si dentro de la literatura sobre la ley en blanco existe un punto indiscutido, es que ella constituye un fenómeno de técnica legislativa¹¹². Sin embargo, prácticamente nadie intenta extraer consecuencias dogmáticas de aquella incardinación¹¹³. Excepciones a esta regla son, entre otros, Cury (*La ley penal en blanco*), Santana (*El concepto...*), Mestre Delgado (*Límites...*) y, sobre todo, Ossandón Widow (*La formulación...*).

Que el estudio de la técnica legislativa advenga en una disciplina que, además de exceder el marco de este trabajo, sea foránea al estudio y enseñanza del Derecho en general, conlleva el riesgo de que su inclusión constituya un verdadero despropósito. Pero no lo es: un abordaje íntegro de la ley en blanco a partir de categorías elaboradas desde el estudio de la técnica ya ha sido realizado: en Chile, aunque a propósito de la legislación penal española, por Ossandón Widow (en su libro arriba citado); en España, entre otros, por Antonio Doval Pais con su obra *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco*¹¹⁴.

Como contrapartida de la postergación que ha existido en contra del estudio de la técnica legislativa, la disciplina jurídica "... se [ha] ocupado de establecer el Derecho concreto

¹¹² Entre los que reconocen realzan la estatus de técnica legislativa de la ley en blanco, **Cury Urzúa**, 38 (quien, para justificar la utilización de una definición muy amplia de ley penal aduce que "lo que pasa es que, en realidad, la ley en blanco es en sí una *técnica legislativa*, como lo destacan correctamente las conclusiones del coloquio de Friburgo de Brisgovia en donde la resolución referente a ellas se encuentra precisamente entre las agrupadas bajo ese rótulo"); Para **Ossandón Widow**, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, 161, "[l]a ley penal en blanco es una de las técnicas de redacción de la ley penal que ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia...". Entre los que, explícitamente niegan relevancia académica a aquellos fenómenos que no trascenderían una decisión de técnica legislativa, **Mestre Delgado**, "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", quien, para rechazar la inclusión de las leyes en blanco impropias en el concepto de ley en blanco, señala que "[s]i el legislador mismo completa ese supuesto de hecho, ya en la Ley Penal, ya en otra de distinto alcance, la remisión no tiene más trascendencia que la de una *simple técnica normativa*" (p. 507); Francisco **Muñoz Conde**, *Introducción al derecho penal*, ed. Julio César Faira, *Darwin*, 2ª ed. (Buenos Aires: B de F, 2001), 51: "se trata en estos casos [de remisión a la misma ley penal], de un *simple procedimiento de técnica legislativa* sin mayores razones sustanciales". Finalmente, para **Mezger**, todos los casos de remisión de la conducta a otra norma "son sólo modalidades particulares de «técnica legislativa externa», sin que ello encierre mayores consecuencias. Pero el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales...", citado en Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 66.

¹¹³ Ossandón advierte que: "A pesar de la trascendencia que reviste el proceso de creación del Derecho y la forma que pueda asumir su concreción legislativa, históricamente no ha existido gran preocupación de los juristas por estos temas" Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, 30.

¹¹⁴ Lamentablemente, no he podido acceder a este libro.

extrayéndolo de la ley, pero sin atender al procedimiento legislativo”¹¹⁵. Consecuencia de la referida postergación es que no exista una metodología clara para estudiar la técnica legislativa ni tampoco, quizás, un objetivo muy definido. Lo que sí está claro es la *topografía* sobre la cual se despliega: la creación del derecho.

Si a este momento de la creación del derecho hubiera que identificarlo con alguna de las prohibiciones del principio de legalidad penal, analíticamente desmembrado, la conexión sin duda que sería con la *lex certa*. De hecho, y sin perjuicio de la mayor o menor utilidad que de ella se extraiga, otra aserción que tampoco se discute es la importancia del papel que la técnica legislativa juega en la garantía criminal del principio de legalidad. Así, por ejemplo, Jescheck y Weigend: “Para la eficacia de la función garantista de la Ley penal la técnica legislativa juega un papel esencial”¹¹⁶.

Así lo considera, también, Juan Pablo Montiel quien sostiene que la delimitación de la “cuestión relativa a la *creación de Derecho penal*”¹¹⁷ se le atribuye, ante todo, al principio de legalidad. Quizás por la estrecha vinculación entre el principio de legalidad y la división de poderes, o, quizás por el dejado trato actual que se le da al mandato de determinación, a esta *función creadora* se la identifica casi de forma instintiva con “la autoridad legitimada para crear un Código penal e introducir leyes complementarias”¹¹⁸; es decir, con el Poder Legislativo¹¹⁹.

Sin embargo, Montiel también nos advierte que los problemas relativos a la creación de Derecho penal exceden la pura pregunta por la autoridad competente: “en la determinación de esta competencia no resulta decisivo para el principio de legalidad determinar únicamente criterios de legitimidad creadora [...] sino también **criterios relativos a la formulación del enunciado legal**”¹²⁰. Dicho de otra manera: la delimitación de la competencia creadora de Derecho penal, inherente al principio de legalidad, exige la definición de criterios sobre los enunciados lingüísticos que, promovidos por el mandato de determinación o taxatividad, permitan alcanzar cierta dosis de racionalidad en la ley penal.

¹¹⁵ Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, 30.

¹¹⁶ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 137.

¹¹⁷ Montiel Fernández, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, 8.

¹¹⁸ Montiel Fernández, 8.

¹¹⁹ De ser esto así, resulta entonces comprensible que la doctrina se ocupe primordialmente de los problemas que ocasionan las leyes en blanco propias, ya que, como dijimos sólo ellas son capaces de transgredir el mandato creador dirigido a la autoridad competente.

¹²⁰ Montiel Fernández, “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, 8. (Negritas son mías).

II.2.2. La utilidad de la comprensión de la ley penal en blanco, a partir de la técnica legislativa

Mediante la utilización del recurso de la técnica, ante todo, se pretende una sistematización más clara de los recursos idiomáticos que utiliza el lenguaje legal: se trata de una decisión que apunta, casi exclusivamente, a entender la nosografía de la redacción de la ley; particularmente, cuando por dicha producción textual –que, al convertirse en ley, deviene autoritativa– se ordena la remisión a otro segmento, material o jerárquico, del ordenamiento. En otras palabras, sin rechazar –aunque tampoco sin abordar– el indiscutible rendimiento político ínsito en la utilización del lenguaje, la invocación a la técnica legislativa pretenderá potenciar su, también indiscutible, capacidad ordenadora.

Para concretizar lo anterior, urge adelantar sucintamente lo que constituye la premisa crítica inicial sobre la jurisprudencia del TC a partir del 2006, en relación con los requerimientos de inaplicabilidad en contra del artículo 299 N°3 del CJM. Esta premisa crítica cuestiona las bases conceptuales que el TC coloca (o deja colocar) como sustancia última del debate. La base conceptual que, a mi juicio, asume el TC es que el artículo 299 N°3 del CJM constituye una ley penal en blanco propia. En el capítulo siguiente, cuestiono que aquella sea la naturaleza de aquel precepto, y, para hacerlo, considero que un punto de partida idóneo lo proporciona el estudio de la técnica legislativa relacionada con la remisión normativa.

II.2.3. La remisión como técnica legislativa penal. Clases de delitos contruidos con base en la técnica de la remisión

En el más elemental de los niveles, debemos asumir algo no muy discutido¹²¹: que, al menos en teoría, la ley en blanco comparte la fisionomía de lo que se ha denominado “normas de remisión”. En efecto, Ossandón, para “profundizar en los rasgos definitorios de las leyes penales en blanco, en las notas que deslind[a]n más precisamente [su] figura”¹²² acude a su “género próximo: las remisiones normativas”¹²³.

Luego, si a raíz del estudio de la técnica legislativa se despoja de la imperecedera exclusividad analítica de que gozaba la ley en blanco, juntándola con el resto de las normas remisoras, aquello no se puede deber sino a la falta de claridad (o consenso) en cuanto a los

¹²¹ Aquella asunción es demostrable, ya, con la explicación sobre el origen de la nomenclatura: V. II.1.2.

¹²² Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, 171.

¹²³ Ossandón Widow, 172. (En mayúsculas el original, ya que constituye el título del apartado IV del capítulo quinto).

deslindes entre unas y otras. A mayor abundamiento, no son pocos los autores que, con marcado afán esencialista, rechazan la existencia de diferencias ontológicas entre las distintas normas de remisión (o, por lo menos, entre los elementos normativos, los elementos de valoración global del hecho y las leyes en blanco).¹²⁴

Ahora bien, comprender que todo el sistema jurídico-penal (y, quizás, todo el sistema jurídico sin más) esté construido sobre la base de la técnica de la remisión no es novedoso. Mir Puig, por ejemplo, ya observó que “todas las disposiciones del Código penal aparecen, vistas aisladamente, como **proposiciones incompletas**”¹²⁵; en consecuencia, ni siquiera los delitos más concienzudamente tipificados son capaces de determinar, por sí solos, todos los elementos del tipo penal ya que, al menos, deberán ponerse en relación con la Parte General del Código penal. En consecuencia, todas las disposiciones de la Parte Especial remiten implícita o tácitamente a las disposiciones de la Parte General.

Quizás resulta evidente que la remisión de las normas penales en blanco sea muy diferente a la remisión que concurre entre la Parte General y Especial de los códigos penales, pero eso sólo se debe a que esta última forma de remisión es estructural al Derecho penal. Probablemente, se trata de remisiones espontáneamente generadas; que ni siquiera pasaron por la mente del legislador al momento de la creación del delito.

Sin embargo, si colocamos sobre la mesa a todas aquellas remisiones que, en mayor o menor medida, fueron producto de una decisión consciente del legislador, a través del empleo de una determinada técnica legislativa, entonces es probable que su diferenciación resulte tanto más compleja. En general, se puede sostener que son tres las instituciones penales que se configuran con base en remisiones normativas deliberadas, a saber: 1) las **leyes penales en blanco**, 2) los **tipos abiertos o que incorporan elementos del deber jurídico**, 3) los **tipos penales que incorporan elementos normativos** y 4) las **leyes penales abiertas o fórmulas de cláusula general**. Toda vez que todas estas instituciones se configuran con base

¹²⁴ Así, por ejemplo, Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, 56, para quien “lo que diferencia a las leyes penales en blanco de los elementos normativo [y..] de los tipos abiertos [e]s la nota, meramente secundaria, del grado o intensidad de la remisión a la regulación extrapenal. En concreto, esa remisión es *global* a la totalidad del ordenamiento jurídico, en el caso de las cláusulas normativas (así por ejemplo ‘traficar de manera ilegal’ del art. 312.1 o dictar sentencia o resolución injusta de la prevaricación judicial del art. 446), de *grado medio* en el caso de las leyes penales en blanco (caso del ‘incumplimiento de las leyes o reglamentos respectivos’ del art. 360) y *más reducida* en el caso de los elementos normativos (por ejemplo, el concepto de abogado del art. 465 o el de ajenidad en el hurto del art. 234)”. (Itálicas en el original).

¹²⁵ Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 65. (Negritas en el original)

en la técnica de la remisión, debería ser más que plausible poder definir las explicando cómo opera la remisión en cada caso¹²⁶.

Al respecto, es posible sostener dos consideraciones elementales. La primera dice relación con un criterio general de distinción: en los dos primeros casos (ley penal en blanco y tipos abiertos), la remisión se contiene de forma explícita en la ley penal, distinguiéndose la una de la otra según si el objeto de la remisión se identifica o con el tipo o con la antijuridicidad. Asimismo, en este caso, el destinatario de la remisión será otra norma jurídica y no el juez. En los dos últimos casos (elementos normativos y leyes penales abiertas), en cambio, la remisión sólo de forma implícita se contiene en el precepto, siendo el juez, con base en criterio valorativos más o menos determinados, el encargado de concretar casuísticamente el alcance de la prohibición.

Se deriva de lo anterior, como segunda consideración, que no sería correcto entender que hay una ley penal en blanco cuando la ley penal no autoriza una remisión expresa a otra ley. Es decir, no sería correcto considerar que una ley está en blanco sólo porque el juez, interpretativamente y sin expresa autorización de la ley, consideró que la conducta típica podía completarse acudiendo a otros preceptos penales¹²⁷.

II.2.4. ¿Leyes penales en blanco con «remisión tácita»?

Si bien es cierto que la definición autorizada de ley penal en blanco –la de Cury– contiene la posibilidad de “reenviar tácitamente” el supuesto de hecho a otro precepto legal, como vimos, es más que discutible que aquello dé lugar a una ley en blanco.

En primer lugar, Cury, a pesar de que en su definición de ley penal en blanco incorpora la posibilidad de que ésta contenga una remisión tácita de la conducta, lo cierto es que nunca llega a desarrollar qué entiende por ello. De hecho, todo parece indicar que por “reenvío tácito” no se refiere a la posibilidad de que la ley no contenga expresamente el reenvío o que éste sea colegido (por el juez) por el contexto o por el caso a caso. Esa conclusión se extrae de la prohibición de *remisión en bloque* que él propugna: “[L]a ley en blanco debe remitirse a una o más normas complementarias determinadas, y no a una reglamentación completa de extensión variable” Luego, más enfáticamente, añade que “la ley formal tiene que señalar con precisión las materias al quebrantamiento de cuya regulación ulterior asociará la pena”¹²⁸.

¹²⁶ Al respecto, vid. sección IV.2.1 del Capítulo cuarto.

¹²⁷ Al respecto, vid. sección IV.2.1 del Capítulo cuarto.

¹²⁸ Esta cita y la anterior, en Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 83 y 84.

Pero la remisión *tácita* (también denominada *implícita*, *por deducción* o *interpretativa*) es algo que en doctrina se comenta. Ossandón Widow, que utiliza la nomenclatura *remisión implícita*, la define como “aquella que se realiza por la vía de introducir en el tipo un elemento –término o expresión– que posee un significado normativo, o, más precisamente, que tiene un contenido valorativo-jurídico que deberá ser interpretado recurriendo a otras normas”¹²⁹. Con razón, Santana Vega señala que **esta clasificación nace de aquellos autores que consideran asimilables a las leyes penales en blanco con aquellos tipos que incorporan elementos normativos**, señalando como propulsores de esta asimilación a Günter Warda en Alemania, y a José Manuel Gómez Benítez en España¹³⁰.

Efectivamente, si algo tienen en común las leyes penales en blanco y los tipos con elementos normativos, es que ambos constituyen *tipos de remisión*. Y, analíticamente, no puedo sino estar de acuerdo en que conviene un estudio conjunto de ellos, así como, en general, un estudio de la técnica legislativa de la remisión. En parte, conviene una sistematización así, justamente, para poder ser capaz de identificar los rasgos esenciales de las diferentes técnicas que acuden a la remisión, de forma tal que, primero, no quepa confundirlas, y, segundo, tampoco quepa confundir sus consecuencias.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con que una ley penal en blanco pueda configurarse con base en una remisión implícita. La razón es muy sencilla: en la ley penal en blanco, el legislador, explícita y visiblemente, manifiesta su voluntad de que otra instancia legislativa complete la conducta prohibida. Más allá de que pueda o no equivocarse en la manera de hacerlo¹³¹, nadie podría poner en tela de juicio que, cuando el tipo de remisión aparece incorporado en la ley, el legislador *persigue* que se complete el tipo.

Pero cuando la cláusula de remisión no aparece incorporada, y, sin embargo, se compele a interpretarla de esa manera porque así “se desprende” de la ley, entonces aquel que obliga a esa forma de proceder –el Tribunal Constitucional en el caso del art. 299 N°3– estará arrogándose facultades que no le competen, configurándose así en un verdadero legislador positivo. Al Tribunal Constitucional, en tanto legislador negativo, no le compete agregar requisitos o modalidades de interpretación que la ley no provea expresamente: si lo hace, entonces deja de “legislar negativamente”. Dicho de otro modo: **tan importante resulta el**

¹²⁹ Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, 178.

¹³⁰ Cfr. Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, 47.

¹³¹ por ejemplo, se critica que la ley en blanco se remita *en bloque* –es decir, indiferenciadamente– a otro cuerpo reglamentario, porque de esta forma resulta imposible identificar de forma precisa la conducta que se reprocha

estudio de la técnica legislativa, que las consecuencias de su desconocimiento se pueden traducir, nada menos, que en la vulneración del principio de la división de los poderes.

III. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL PLANTEADO POR LAS LEYES PENALES EN BLANCO

III.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

Sobre el problema constitucional de las leyes en blanco, Cury sostiene una opinión que tiende a ser minoritaria: que las leyes en blanco impropias, al igual que las propias, son susceptibles de adolecer de vicios que pueden cuestionar –o, en el peor de los casos, declarar– la (in)constitucionalidad del precepto. Al respecto, el autor señala que: “[Las leyes en blanco propias], es cierto, ponen ya en entredicho el *nullum crimen sine lege scripta*; pero las [leyes en blanco impropias], a causa de la técnica empleada, pueden infringir a su vez el principio de certeza y el de irretroactividad”¹³².

La doctrina tiende a rechazar esta posición¹³³. En primer lugar, de acuerdo con lo expuesto, si existen autores que sólo reconocen las leyes en blanco propia (identificándolas con el concepto *total* de ley en blanco), aquello no se debe a consideraciones de orden ontológico. Lo mismo se puede decir de la concepción amplia. Toda la discusión sobre la delimitación del concepto de ley en blanco es de naturaleza eminentemente pragmática: la adscripción a una u otra concepción es, ante todo, una decisión cuyo fundamento se encuentran en la relevancia (académica) de los problemas que provocan. En consecuencia, la existencia de una concepción restringida de ley en blanco se explica simplemente por los evidentes cuestionamientos que ellas provocan en el principio de reserva y, consecuentemente en la Constitución. Así, quienes adscriben al concepto estricto de ley en blanco repudian que las leyes en blanco impropias puedan adolecer de vicios de constitucionalidad o de algún otro vicio de relevancia académica y cuya solución no pueda ser tratado en otra parte de la teoría.

¹³² Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 57.

¹³³ Etcheberry, *Derecho Penal Parte General*, 3:85; Politoff Lifschitz, Matus Acuña, y Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno parte general*, 98, quienes, no obstante prevenir lo que dice Cury, sostienen que "no hay, en principio, problemas relativos al principio de legalidad...".

En segundo lugar –a título de fundamento de la explicación anterior– se dice que, a diferencia de lo que sucede con los tipos abiertos¹³⁴ o con las normas incompletas¹³⁵, una vez complementada, *la ley en blanco es “tan norma como cualquier otra”*. Esta expresión debe entenderse referida a la ausencia de interferencia entre la ley penal en blanco y la *lex certa*: sólo “aparentemente” existiría una oposición entre ley penal completa y ley penal en blanco. No obstante ser cierto que la particular estructura de la ley en blanco puede generar problemas con la *lex scripta* cuando la remisión está destinada a una norma de rango infralegal, una vez complementada, la ley queda totalmente determinada (y cognoscible). De esa forma, se descarta que la ley en blanco, en tanto precepto incompleto, sea idónea para promover reparos de constitucionalidad referidos al mandato de determinación; al menos no en una dimensión distinta de la que puede generar cualquier otra norma penal¹³⁶.

Que el principal problema de constitucionalidad que generan las leyes en blanco provenga de aquellas cuya remisión se dirige a normas emanadas de instancias legislativas de rango inferior (leyes en blanco propias), y que ese problema se desarrolle a propósito de su (falta de) adecuación constitucional con el principio de reserva o *lex scripta*, es una cuestión que no se discute.

Según la tradicional clasificación en cuanto a los fundamentos del principio de legalidad – entre fundamentos de orden jurídico-político y jurídico-penal–, se suele señalar que el principio de reserva encuentra sus raíces en consideraciones eminentemente políticas, ligadas al

¹³⁴ Dejando fuera la conexión entre tipo abierto y elementos del deber jurídico (Roxin), se tiende a caracterizar a los tipos abiertos como aquellos donde las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas, de forma que la valoración negativa de la conducta queda abandonada al arbitrio del juez. Cfr., Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 107; Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, III:182..

¹³⁵ Para Muñoz Conde, las normas incompletas son (p.45) “[A]quellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar” y las identifica, principalmente, con los preceptos ubicados en la Parte General, Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, ed. Julio César Faira, *Darwin*, 2ª ed. (Buenos Aires: B de F, 2001). En el mismo sentido, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte Gen.*, 36–37.

¹³⁶ Así, por ejemplo, **Muñoz Conde y García Arán**, quienes señalan que “la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. Desde un punto de vista meramente estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades”, Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 39. En la doctrina chilena, se pronuncia de esta manera **Etcheberry**, para quien las leyes en blanco impropias “no suscitaría[n] problema[s] de constitucionalidad, puesto que [...] siempre es la ley la que resulta ser fuente, tanto de la descripción de la conducta como de la pena correspondiente”, Etcheberry, *Derecho Penal Parte Gen.*, 3:85. En contra, **Cury** [Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009), 177], para quien: “el problema es más aparente que real, pues desde que la ley penal en blanco se remite al precepto complementario, el contenido de éste se incorpora al de aquélla, integrándose a su estructura y adquiriendo el mismo rango y calidad”, ya que, dicha posición “se encuentra sometid[a...] a reparos materias y prácticos, aparte de que, en el presente, no podría compatibilizárselo con la disposición del art. 19 N° 3° inc. octavo de la C.P.R. de 1980”. En el mismo sentido, Sergio Yáñez Pérez, “Las Leyes Penales en Blanco”, *Gaceta Jurídica* X, n° 58 (1985): 4, **Yáñez** señala que “la ley penal en blanco atentaría contra el principio de legalidad por la falta de certeza en cuanto a su contenido y por su incapacidad para servir de garantía a las personas”.

principio de la división de los poderes. Así lo señala Roxin: “La aplicación de la pena constituye una ingerencia [sic] tan dura en la libertad del ciudadano que la *legitimación para determinar sus presupuestos* sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el **Parlamento**”¹³⁷. De esta forma, se explica por qué las leyes penales en blanco propias son las únicas que podrían vulnerar tanto el principio de reserva como el de la separación de los poderes: al remitir, ellas, la determinación final de la conducta típica a una instancia que no representa la voluntad general del pueblo, serían, ellas, las únicas que idóneamente podrían transgredir la *lex scripta*.

III.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES EN BLANCO PROPIAS EN EL ORDENAMIENTO CHILENO.

En Chile, el precepto constitucional a satisfacer es el art. 19 N°3, inciso final: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”¹³⁸. La pregunta que se formula para situar el problema de la constitucionalidad de las leyes en blanco es la siguiente: **“¿Es conciliable con el principio de la reserva y con el texto del Art. 19 N°3° incisos 7° y 8° de la Constitución, el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no lo haga la ley?”**¹³⁹.

Actualmente, la doctrina mayoritaria –con más o menos resguardos– responde de manera afirmativa la pregunta planteada: las leyes penales en blanco propias no transgreden el artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución Política de la República. Esta postura dominante

¹³⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., vol. 1 (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 145 (cursivas añadidas; negritas no). También Arroyo Zapatero (Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 8 (1983): 13, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_008_009.pdf), quien señala que: “[e]n definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes, no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que «concede» el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general”.

¹³⁸ Jaime Náquira et al., “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, 8, <http://criminnet.ugr.es/recpc>. Estos autores señalan que: “[L]a doctrina nacional observa los límites a la ley penal en blanco en los propios preceptos constitucionales. El artículo 19 N°3 inciso 8 de la constitución chilena señala “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

¹³⁹ Etcheberry, *Derecho Penal Parte Gen.*, 3:84. Con todo, no es correcto que, para situar el problema de la constitucionalidad de las leyes en blanco, Etcheberry incluya al inciso N°7 del artículo 19 N°3 de la Constitución: este inciso contiene la denominada “garantía penal” del principio de legalidad que “garantiza la previa fijación en la ley de la pena que debe imponerse”. Sin embargo, lo que la doctrina discute en cuanto al uso de la ley en blanco no es la determinación de la sanción (pena), sino que la de la conducta. Esa problematización se incardina dentro de la denominada “garantía criminal”, esto es, “aquella que garantiza la existencia de una ley previa que determine la conducta delictiva”, José M. Zugaldía Espinar, *Derecho Penal Parte General*, ed. José M. Zugaldía Espinar y Esteban J. Pérez Alonso (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 237.

descansa en dos argumentos: uno *sociológico* y otro legal (o, si se quiere, gramatical). El primero no se aparta un ápice de lo ya expuesto *ut supra* (vid. “Justificación de las leyes penales en blanco (propias)) por la ciencia penal comparada. El segundo, sí.

En nuestro país, el argumento legal del que tradicionalmente se sirven doctrina y jurisprudencia para fundamentar la adecuación constitucional de la ley en blanco propia se despliega a propósito de una misteriosa anécdota extraíble de los anales de nuestra Constitución vigente, pero de la que, al parecer, no pervive registro alguno: se señala que en la Sesión N°399 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, del 12 de julio de 1978 y con ocasión de la discusión del principio de legalidad penal y su redacción resultante, se discutió el problema de las leyes en blanco propias. Con la intención pública de rechazar la posibilidad de que nuestro ordenamiento las acogiera, se decidió, por la Comisión, que la garantía criminal del principio de legalidad quedara redactada en términos idénticos a nuestro actual artículo 19 N°3, inciso final, salvo por la circunstancia de que, en vez de la conducta estar “*expresamente* descrita” (redacción actual), estuviera “completa y expresamente” descrita (redacción de la Comisión)¹⁴⁰.

Así redactada la disposición, con la conducta “completa y expresamente” descrita, la Junta de Gobierno decidió suprimir el adjetivo “completamente”, debiendo nuestro legislador, hasta el día de hoy, solamente describir la conducta de manera “expresa”. La razón de esta supresión se ignora¹⁴¹.

III.3. POSTURAS DOCTRINARIAS NACIONALES

III.3.1. Posturas a favor de la constitucionalidad de la ley penal en blanco

Sergio Yáñez, refutando a quienes intentan concluir una prohibición general de leyes penales en blanco propias con base en la voluntad original del constituyente (que sería la de la Comisión de Estudios), sostiene que “la [verdadera] voluntad del legislador tendríamos que encontrarla en la última y definitiva expresión del poder constituyente, que innova los planteamientos anteriores al modificar significativamente el texto propuesto”¹⁴². Concluye afirmando que: “Como consecuencia de estas apreciaciones podemos concluir que la

¹⁴⁰ Cfr. Yáñez Pérez, “Las Leyes Penales en Blanco”, 6 y 7.

¹⁴¹ Etcheberry, *Derecho Penal Parte Gen.*, 3:84.

¹⁴² Yáñez Pérez, “Las Leyes Penales en Blanco”, 9.

Constitución Política de la República, *no consagra una prohibición a la existencia de leyes penales en blanco*¹⁴³.

Esta argumentación fue íntegramente recogida por el TC en la primera sentencia donde tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias, esto es, en la STC 24 de 1984 (que se analiza en el último apartado de este capítulo). Y, aunque con sutiles variaciones, también la mantuvo en la última sentencia objeto de este análisis (STC 2773 de 2016), donde señala que “la jurisprudencia de este órgano constitucional y la doctrina jurisprudencial de la Excma. Corte Suprema han determinado que las leyes penales en blanco son permitidas en nuestro ordenamiento constitucional, teniendo como antecedente la supresión de la expresión <completamente>, contenida en el texto original del artículo 19, N°3°, inciso final, de la Constitución, por la voz <expresamente>”, lo cual disminuiría el requisito que la doctrina exige a la tipicidad de la ley penal¹⁴⁴

Por otro lado, Cury también adscribe a la permisibilidad constitucional de las leyes penales en blanco propias, pero desmitifica la importancia motivadora de la anécdota narrada¹⁴⁵: “[A]unque se hubiera conservado la redacción propuesta originalmente para el art. 19, num. [sic] 3°, inciso octavo de la Constitución de 1980, no se habría producido la proscripción definitiva de las leyes en blanco¹⁴⁶. La argumentación dirigida a fundamentar esta aseveración coloca, en su base, lo que “fundamentalmente” –se entiende que– constituyen los tipos penales, esto es, “descripciones de *conductas* [o] de *acciones u omisiones* a las que convencionalmente se agrupa –sin demasiado rigor– bajo esa designación genérica¹⁴⁷. Al ser esta la esencia de los tipos penales devendría evidente concluir que los enunciados lingüísticos que contienen las conductas delictivas tendrían que, lógicamente, abrir espacios de relleno para su absoluta determinación. Así, por ejemplo, no sería de la esencia del tipo penal: ni el mandato de definir las condiciones objetivas de punibilidad ni las excusas legales absolutorias ni los obstáculos procesales ni las limitaciones sobre el ejercicio de la acción¹⁴⁸. Tampoco existiría un deber lógico de incluir, dentro de la descripción de la conducta, las *circunstancias* que determinan la punibilidad, “puesto que, como su nombre lo indica,

¹⁴³ Yáñez Pérez, 9.

¹⁴⁴ STC 2773, considerando. 18°.

¹⁴⁵ Luego de relatar la supresión del adjetivo “completamente”, critica que “el acento [haya] reca[í]do sobre una cuestión consecuenal, a la que se otorgó singula importancia, mientras que los fundamentos materiales sobre los que descansaba la exigencia se sobreentendieron, posiblemente sin demasiada precisión” Cury Urzúa, *La ley penal en blanco*, 60–61.

¹⁴⁶ Cury Urzúa, 63.

¹⁴⁷ Cury Urzúa, 61. (Cursivas en el original).

¹⁴⁸ Cfr. Cury Urzúa, 62.

constituyen particularidades que la «circundan», que preexisten, coexisten o incluso derivan de ella, pero no pertenecen a su entidad”¹⁴⁹.

III.3.2. Postura en contra de la constitucionalidad de la ley penal en blanco propia

La doctrina de nuestro país, con más o menos restricciones, se inclina de manera prácticamente unánime por la constitucionalidad de las leyes en blanco propias. Un autor que se ubica en la vereda opuesta es Luis Ortiz Quiroga.

Ortiz Quiroga, interpretando de forma exegética el artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución, rechaza la posibilidad de que nuestra Carta Fundamental admita las leyes penales en blanco propias. Señala que “[I]a Constitución obliga a incorporar en la ley «la conducta que se sanciona», como un todo comprensivo de una acción u omisión, del resultado en los casos de delito de resultado y de todas sus modalidades y circunstancias, razón por la cual, la norma complementaria no podría contener jamás derivaciones o precisiones en aspectos supuestamente no esenciales de la conducta, pues todo lo que dice referencia con ella, para esos efectos, es absolutamente esencial y por consiguiente, inescindible”¹⁵⁰.

IV. LA POSTURA ORIGINARIA DEL TC: SENTENCIA ROL N°24, DEL 04 DE DICIEMBRE DE 1984

IV.1. NATURALEZA PROCESAL DEL ASUNTO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La primera vez que el Tribunal Constitucional tuvo que tomar postura en cuanto a la admisibilidad o inadmisibilidad de las leyes en blanco propias, fue con ocasión de un requerimiento formulado por la Junta de Gobierno, a fin de que resolviera sobre la cuestión relacionada con los artículos 1° y 25° del proyecto de ley que sancionaba el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y derogaba la ley N°17.934.

Motivó el requerimiento una discrepancia entre los presidentes de las Comisiones Legislativas Primera (1°) y Tercera (3°), por un lado, y los presidentes de las Comisiones Legislativas Segunda (2°) y Cuarta (4°), por el otro. Los primeros (Comisiones 1° y 3°) sostuvieron que sí era constitucionalmente admisible remitirse a un reglamento para indicar cuáles serían las “sustancias o drogas estupefacientes, sicotrópicas o productoras de dependencia física o síquica” prohibidas en el artículo 1° del Proyecto. Vale decir, los

¹⁴⁹ Cury Urzúa, 63.

¹⁵⁰ Luis Ortiz Quiroga, “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, ed. Alex Van Weezel (Santiago: Legal Publishing Chile, 2013), 149.

presidentes de las Comisiones 1° y 3° sostenían que la Carta Fundamental sí admitiría la posibilidad de incorporar leyes penales en blanco propias al ordenamiento jurídico penal. El proyecto en el sentido expuesto fue ofrecido al TC mediante el denominado “anexo A”.

Por el contrario, los presidentes de la Comisiones 2° y 4°, sostuvieron que “violaba el artículo 19, N°3, inciso final de la Constitución Política, remitir a un reglamento la enumeración de las sustancias o drogas, ya referidas [del art. 1° del Proyecto...] y que, en cambio, tal enumeración debía consignarse en la propia ley...”¹⁵¹. Adjuntan el proyecto en el sentido expuesto en el denominado “anexo B”.

En definitiva, el objeto del debate que se formula ante el TC dice relación con que éste “se sirva resolver la controversia acerca de si el proyecto del precepto legal acompañado a este requerimiento como anexo “A”, o el acompañado como anexo “B” o, eventualmente, ambos textos, cumplen con describir expresamente la conducta que se sanciona, como lo exige el artículo 19, N°3, inciso final, de la Constitución Política de la República”¹⁵².

IV.2. RESOLUCIÓN DEL ASUNTO

La parte resolutive de la sentencia decide que “tanto el proyecto de los preceptos legales 1° y 25° del Anexo «A» como del Anexo «B», cumplen con describir expresamente la conducta que se sanciona en ellos como lo exige el artículo 19 N°3 [...] y que, en consecuencia, son constitucionales”¹⁵³. En otras palabras, las leyes penales en blanco, para el TC, eran válidas.

IV.2.1. *Ratio decidendi*

Según se adelantó, para resolver así el TC hizo suya la interpretación de Yáñez respecto de la eliminación del adjetivo “completamente”, que exigía el texto del artículo 19 N°3, inciso final, aprobado por la Comisión de Estudios: “Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa”¹⁵⁴. Luego, en el considerando 4°, apoya esta consideración mediante la referencia a la definiciones que, de las palabras “expresa” y “completa”, da el Diccionario de la RAE. Concluyen que la palabra

¹⁵¹ STC 24, p. 19.

¹⁵² STC 24, p. 19.

¹⁵³ STC 24, p. 22.

¹⁵⁴ STC 24, considerando 3°, p. 21.

“completamente”, “contiene mayores exigencias y, tratándose de la conducta delictual debe ser llena, cabal y perfecta”¹⁵⁵

IV.2.2. La definición del núcleo central de la prohibición

A juicio del TC, “[d]e acuerdo a los términos del inciso final del N°3 del art. 19, basta pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”¹⁵⁶.

En definitiva, el TC entiende que la tipificación de un delito cumple con la Constitución cuando “el **núcleo esencial de la conducta** que se sanciona está expresa y perfectamente definido en el proyectado artículo 1°”¹⁵⁷.

¹⁵⁵ STC 24, Considerando 4° (p.21).

¹⁵⁶ STC 24, Considerando 4° (p.21).

¹⁵⁷ STC 24, Considerando 5° (p.21 vta.). Negritas añadidas. Para un análisis crítico sobre la teoría de la esencialidad, vid. sección IV.2.2. del capítulo tercero.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

I. OBJETO Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS

En este último capítulo analizaré lo que específicamente constituye el objeto de este trabajo: el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que contienen las sentencias roles STC 468, STC 781, STC 1011 y STC 2773 (en adelante, indistintamente “la Jurisprudencia Analizada”); todas las cuales realizan un control concreto de constitucionalidad, principalmente, sobre el artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar (CJM¹⁵⁸), y, secundariamente –a partir de STC 781– sobre los artículos 431 y 433 del CJM.

La estructura de este capítulo será la siguiente: en el apartado III describiré el marco fáctico y jurídico de cada una de las sentencias de la Jurisprudencia Analizada. En el apartado IV, a la luz de los votos de mayoría, identificaré, clasificaré y explicaré, expositivamente, aquellas posturas relacionadas o con el tópico de la ley penal en blanco o con el tópico de la *lex certa*. Finalmente, en el apartado V expondré mis comentario críticos únicamente sobre aquellas posturas que, identificadas en el tercer apartado, digan relación con las leyes penales en blanco. Antes de eso, plasmo el contenido de las disposiciones cuya constitucionalidad fue, a partir de STC 781, controlada a lo largo de toda la Jurisprudencia Analizada.

II. DISPOSICIONES CONTROLADAS

Art. 299 N°2 CJM: “*Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: [...] 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares*”

Art. 431 CJM: “*El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas de servicio y demás necesarios para el régimen militar.*”

¹⁵⁸ De igual forma, en lo sucesivo, si no se indica el cuerpo normativo al que pertenece la disposición, se entenderá que pertenece al Código de Justicia Militar.

“En ellos se señalarán las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina, atendidas a las categorías del hechos y a la mayor o menor gravedad de las infracciones.

“Las penas disciplinarias que podrán imponer serán:

“Amonestación, reprensión y arresto militar hasta por dos meses respecto de todo militar; suspensión del empleo, retiro, disponibilidad, calificación y separación del servicio, tratándose de oficiales; y rebaja en el grado, deposición del empleo y licenciamiento del servicio, tratándose de individuos de tropa o de tripulación.

“Podrán también imponerse a los suboficiales, cabos y soldados otros castigos disciplinarios menores, como servicios extraordinarios o especiales, presentaciones y otros, en los cuales no se rebaje la dignidad de los suboficiales ni se comprometa la salud de los infractores”.

Art. 433 CJM: *“Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.*

III. LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

III.1. STC 468, DE 09 DE NOVIEMBRE DE 2006 (Caso “Antuco”)

III.1.1. Hechos del caso

Junto con el último, este primer caso es el de mayor repercusión mediática. Se le denominó *La tragedia de Antuco*. Los días 17 y 18 de mayo de 2005, en Antuco, localidad de la VIII Región del Bío-Bío, con ocasión de un ejercicio de entrenamiento en el sector cordillerano de “Los Barros”, 72 conscriptos se vieron enfrentados a una severa tormenta de nieve (denominada “viento blanco” en la jerga cordillerana). De los 72, 27 sobrevivieron. 45 murieron por hipotermia.

III.1.2. Normas impugnadas y argumentos principales del requirente

El requirente solicitó que se declarara inaplicable la disposición del artículo 299 N°3 del CJM.

Argumentó que la referida disposición contravenía el artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución. Apoyó sus alegaciones, principalmente, con el siguiente razonamiento: “[A]unque la Constitución no ha excluido la posibilidad de aprobar una ley penal en blanco, sí ha prohibido leyes abiertas con enunciados o bosquejos ambiguos...”¹⁵⁹. En ese sentido, sostuvo que “la expresión deberes militares es demasiado amplia y no se basta a sí misma [agregando que] ella no está definida en el Código de Justicia Militar”¹⁶⁰.

III.1.3. Decisión y considerandos relevantes.

El TC decidió rechazar el requerimiento. En relación con la admisibilidad constitucional *in abstracto* de las leyes penales en blanco, el TC reafirmó su doctrina sostenida en STC 24, de 04 de diciembre de 1984. Acudiendo de nuevo a la supresión de la palabra “completamente... y [al] carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión «expresamente»...”¹⁶¹, el TC determinó que **“están permitidas, también, aquellas [leyes penales en blanco] cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aún cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible”**¹⁶²

En relación con el control concreto de constitucionalidad, el TC sostuvo que: “[P]uede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del «núcleo central» de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los «deberes militares» **no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente con el carácter de «disciplinadas»** que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas”¹⁶³

¹⁵⁹ STC 468, p. 2.

¹⁶⁰ STC 468, p. 3.

¹⁶¹ STC 468, Considerando 4°.

¹⁶² STC 468, Considerando 3°. Negritas añadidas.

¹⁶³ STC 468, Considerando 9°. Negritas añadidas.

III.1.4. Concurrencias

La ministra Marisol Peña concurre al voto de mayoría reforzando la “familiarización” del militar para con sus deberes militares y destacando la noción de “relación de sujeción especial” a que alude el considerando 8° de la sentencia¹⁶⁴ y ¹⁶⁵. La *ratio decidendi* de su prevención puede hallarse en el considerando cuarto de la misma: “[L]os deberes militares, que emanan de las misiones y naturaleza propias de los cuerpos armados, en cuanto órganos del Estado, no sólo constituyen una derivación del carácter <disciplinado> que la Constitución Política les ha reconocido [sino que] también constituyen un reflejo de los otros rasgos que singularizan a las Fuerzas Armadas, al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 101, y que consisten en ser cuerpos obedientes, no deliberantes, profesionales y jerarquizados”¹⁶⁶.

III.1.5. Disidencias

i. Voto disidente del ministro Jorge Correa

El ministro Jorge Correa estuvo **por acoger el requerimiento**. Sus reparos son dos, aunque ambos relacionados con la falta de satisfacción del mandato de *lex certa*. En primer término, **en relación con el artículo 431, el art. 299 N°3 del CJM no describe el núcleo esencial de la conducta**, sino que se trata de un precepto que “no describe conducta alguna; incumplir deberes militares no es una conducta que quede descrita o explicada en sus cualidades o circunstancias ...no constituye la descripción patente y clara de una conducta [...] Si la única conducta que se describe en la ley no contiene otros datos que <desobedecer las obligaciones>, <infringir las normas> o <incumplir deberes>, ello equivale a no decir absolutamente nada acerca de los deberes u obligaciones que se tienen, pues la norma, el deber o la obligación quedan necesariamente descritas en otra norma o en ninguna, pero no <en ella misma>”¹⁶⁷.

En segundo término, según el ministro el art. 299 N°3 debe necesariamente relacionarse con el art. 433. En esa relación **el art. 299 N°3 constituye una ley penal abierta**, “en cuanto habilita a los jueces militares a definir, con entera discrecionalidad, lo que es un delito y lo que no lo es [añadiendo que] no sólo se remite a un Reglamento para definir tales deberes, sino

¹⁶⁴ Cfr. STC 468, Considerandos 2° y 3° del voto de prevención.

¹⁶⁵ El considerando octavo, en lo pertinente, señala que para el caso de los militares “quienes en tanto grupo de sujeción especial”, “la expresión <deje de cumplir sus deberes militares> es equivalente a describir el <núcleo esencial de la conducta>”.

¹⁶⁶ STC 468, Considerando 4° del voto de prevención.

¹⁶⁷ STC 468, considerando 8° de la disidencia del ministro Correa.

que también se remite a lo dispuesto en el artículo 433 del mismo cuerpo legal, que faculta a castigar como delitos las faltas a los deberes militares ´cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito ´”¹⁶⁸

ii. Voto disidente del ministro Hernán Vodanovic

La disidencia del ministro Vodanovic también se construye sobre dos argumentos: el primero se refiere a que el art. 299 N°3 no ostenta el carácter de norma penal en blanco: “En efecto, la norma que describe o completa la descripción del delito no puede emerger autónomamente, sino que requiere ser autorizada explícitamente por la que determina la pena”¹⁶⁹, por lo que el examen de su constitucionalidad debe quedar constreñido al texto expreso de la conducta. En ese orden de ideas, haciendo suyo parte de lo sostenido por el ministro Correa, “se arriba forzosamente a la conclusión de que el precepto, por su contenido vago y genérico, es una **norma penal abierta** que no da cumplimiento a la exigencia de tipicidad que impone la Ley Fundamental...”¹⁷⁰.

Pero, además, este disidente considera que “[l]a dictación de una ley penal en blanco propia es incompatible con la Constitución...”¹⁷¹. El ministro Vodanovic se constituirá en el único de toda la Jurisprudencia Analizada que sustentará la inadmisibilidad general de las leyes penales en blanco propias.

III.2. STC 781, DE 07 DE JUNIO DE 2007 (Caso “Carabinero”)

III.2.1. Hechos del caso¹⁷²

Según el auto de procesamiento, de fecha de 6 de julio de 2005, habría quedado establecido que el 14 de noviembre de 2001, alrededor de las 03:40 horas, Cristián Gómez (agresor) ingresó a un domicilio determinado, obligando a salir de aquel a Víctor Manuel Moenen (víctima). Ya en el exterior, el agresor dispara en más de una ocasión, y en distintas partes del cuerpo, a la víctima. Prontamente, junto a su patrulla se constituyó en el lugar de los quien fuera el requirente de autos, el señor Silva Martínez (a la fecha de los hechos, Tte. de la Primera Comisaría de Viña del Mar). A los pocos minutos llegó también personal del

¹⁶⁸ STC 468, considerando 13° de la disidencia del ministro Correa.

¹⁶⁹ STC 468, considerando 1° de la disidencia del ministro Vodanovic.

¹⁷⁰ STC 468, considerando 2° de la disidencia del ministro Vodanovic. Negritas añadidas.

¹⁷¹ STC 468, considerando 4° de la disidencia del ministro Vodanovic. Negritas añadidas.

¹⁷² El auto de procesamiento fue acompañado, en su escrito de requerimiento de inaplicabilidad de 03 de mayo de 2007, por el abogado del requirente (a la fecha, Capitán Pablo Silva Martínez), don Matías Mundaca Campos.

SAMU del Hospital Gustavo Fricke. Al tratar estos últimos de prestar primeros auxilios a la víctima fueron impedidos por el agresor (señor Gómez).

Se le imputa al actor haber incumplido sus deberes militares por “no [haber] realiz[ado] ninguna gestión tendiente a reducir al agresor, con lo que no se actuó en forma inmediata y oportuna, lo que trajo como consecuencia que [la víctima] agonizara por un lapso aproximado de 30 minutos, falleciendo a consecuencia de una anemia aguda por hemorragia, originada por los disparos recibidos...”¹⁷³.

III.2.2. Normas impugnadas y argumentos principales del requirente

En esta oportunidad, el requirente optó por impugnar 3 disposiciones del CJM: el artículo 299 N°3, el artículo 431 y el artículo 433. En los tres casos, aduce que la garantía constitucional vulnerada fue el principio de legalidad penal consagrado en los incisos penúltimo y último del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

En relación con la inaplicabilidad del art. 299 N°3, señala el actor que el precepto no solo no es claro en describir la conducta incriminada, sino que no describe conducta alguna: “no sólo es una ley penal en blanco sino que también es una ley penal abierta ya que deja entregada a los jueces militares la determinación, discrecionalmente, de lo que es delito y [de] lo que no”¹⁷⁴. Añade que el reglamento de Carabineros, a diferencia del reglamento de las Fuerzas Armadas, no contempla disposiciones sobre deberes militares o policiales que puedan ser complemento coherente del 299 N°3.

En relación con el artículo 431, “infringe el... principio de legalidad, al permitir que el Ejecutivo, mediante la dictación de reglamentos, determine conductas que puedan ser constitutivas de delito, lo que está reservado por la Constitución a la ley”¹⁷⁵.

Finalmente, en el capítulo relativo a la inaplicabilidad del artículo 433 del CJM, el actor plantea que la legalidad penal se ve vulnerada con la autorización a “castigar como delitos las faltas a los deberes militares <cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir delito>”¹⁷⁶.

¹⁷³ A fs. 8 del auto de procesamiento.

¹⁷⁴ STC 781, p. 4.

¹⁷⁵ STC 781, p.7.

¹⁷⁶ STC 781, p.9.

III.2.3. Decisión y considerandos relevantes

El TC decide acoger totalmente el requerimiento. En primer lugar, esta sentencia resulta importante porque acá el TC hace explícita su opinión en cuanto a la conexión indisoluble entre los arts. 299 N°3 y 431¹⁷⁷. Pero, además, en segundo lugar, la sentencia también se distancia de su predecesora al señalar que la relación del art. 299 N°3 también se da con el art. 433 (acogiendo, en consecuencia, la tesis disidente del ministro Correa en el caso Antuco).

En cuanto al reglamento con que la justicia militar pretendía la sanción del requirente, y cuyas omisiones resultaron fundamentales para acoger el requerimiento, es el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile N°11, contenido en el DS N°900 del Ministerio del Interior.

i. Fundamento de la decisión de inaplicar los arts. 299 N°3 y 431 del CJM

Señala el considerando 15° que: “[A]l no constar en el proceso criminal, ni tampoco en el de inaplicabilidad, cuáles son los deberes militares infringidos ni qué normas los establece, mucho menos resulta posible examinarlos para determinar si son de aquéllos cuya trascendencia los incluye en el tipo residual de incumplimiento de deberes militares”¹⁷⁸. Remata este desarrollo en el considerando siguiente, con la siguiente argumentación: “[E]l tipo penal establecido en el 299 N°3... resulta incompleto, en términos que no se basta a sí mismo al faltar la concreción de los deberes cuya infracción se sanciona [...] **Se trata –en su aplicación en este caso– de una ley penal en blanco abierta** que no describe expresamente la conducta penada, ya que la suficiencia del tipo se encuentra a merced de la potestad reglamentaria, en el marco del artículo 431 ya citado, la que no ha sido ejercitada”¹⁷⁹.

ii. Fundamento de la decisión de inaplicar el art. 433 del CJM

Con esta disposición, a juicio del TC, se provoca la consecuencia de que “es el juez de la causa quien decide si las circunstancias que le sean anexas a una falta contra los deberes militares o la disciplina dan lugar a la configuración de un delito. Al efecto, el sentenciador no interpreta simplemente el precepto legal o constata si los hechos de la causa están subsumidos en la descripción normativa, sino que –en ausencia de toda definición del tipo –

¹⁷⁷ STC 781, considerando 13°: “[E]l tipo de incumplimiento de deberes militares debe entenderse, en abstracto, en estrecha conexión con lo establecido por el artículo 431..., que, en el marco normativo penal regulado por dicho cuerpo legal, habilita al Presidente... a dictar los reglamentos de cada institución que establezcan los denominados <deberes militares>”.

¹⁷⁸ STC 781, considerando 15°.

¹⁷⁹ STC 781, considerando 16°. Negritas añadidas.

resuelve discrecionalmente lo que es delito. En definitiva, crea el tipo¹⁸⁰ (considerando 23°). En el considerando siguiente **el TC también califica al art. 433 como una ley penal abierta.**

III.2.4. Concurrencias

i. Voto concurrente del ministro Marcelo Venegas

El ministro Venegas acoge el requerimiento, pero teniendo presente únicamente los argumentos planteados entre los considerandos 1° a 10°¹⁸¹.

ii. Voto concurrente de los ministros Marisol Peña y Francisco Fernández

Estos ministros concurren a la sentencia, pero sin adherir a los considerandos 20° a 24° (el considerando 23, citado *ut supra*, constituye la *ratio decidendi* de la decisión de inaplicar el art. 433). A juicio de los prevenientes, la finalidad del art. 433 es permitir la compatibilidad de sanciones penales y disciplinaria, no de permitir la posibilidad de que una persona pueda ser castigado dos veces, en la misma sede (ya penal, ya disciplinaria), por un mismo hecho.

La interpretación que ellos dan a la finalidad del artículo 433 es la siguiente: “[P]ara que... pueda perseguirse la responsabilidad penal derivada del mismo hecho, es necesario que efectivamente se configure un delito que cumpla con el requisito que la Constitución establece en su artículo 19 N°3, inciso final”¹⁸², por lo que “si tal requisito de tipicidad no se cumple, el juez llamado a instruir la causa penal no podría dar curso al ejercicio de la acción correspondiente, amparándose en el artículo 433 del Código de Justicia Militar”¹⁸³.

III.3. STC 1011, DE 26 DE AGOSTO DE 2008 (Caso “Robo en la Armada”)

III.3.1. Hechos del caso

Según el dictamen fiscal de la Fiscalía Naval de Valparaíso, al requirente de autos, señor Vargas Díaz (Condestable Artillero, a la fecha de ocurrencia de los hechos objeto de la acusación), se le acusa de haber incurrido en el delito de incumplimiento de deberes militares, tipificado en el art. 299 N°3 del CJM, por haber desatendido sus funciones mínimas consistentes en revisar diaria y personalmente la sala de armas del departamento militar donde

¹⁸⁰ STC 781, considerando 23°.

¹⁸¹ Lo fundamental de estos considerandos lo contiene justamente el 10°: “[E]n la especie no se detalla por parte del Ministerio Público Militar, ni en la gestión pendiente ni en el presente proceso, cuáles serían los deberes militares infringidos por el requirente y que se contienen en [las] normas reglamentarias”.

¹⁸² STC 781, considerando 5° del voto preveniente de los ministros Peña y Fernández.

¹⁸³ STC 781, considerando 6° del voto preveniente de los ministros Peña y Fernández.

trabajaba. Esta omisión se habría extendido desde el 5 de agosto de 2006 en adelante. Producto de su desatención, el requirente no habría constatado la desaparición de armamento de guerra, pese a que en el parte que rendía diariamente ante el Departamento de Habitabilidad, señalaba que “el cargo no presentaba novedades”¹⁸⁴.

El auto de procesamiento señala que su negligencia cobra mayor importancia al imposibilitar que las “autoridades navales a partir de la primera apropiación [...] tomaran las providencias necesarias para evitar la segunda sustracción de armamento de guerra de mayor envergadura, facilitando con ellos que los terceros vendieran a su vez las armas y municiones sustraídas a otras personas, quienes finalmente las utilizaron en un delito de robo con violencia...”¹⁸⁵.

III.3.2. Normas impugnadas y argumentos principales del requirente

El requirente impugna los artículos 299 N°3, 431 y 433. Al igual que en el caso anterior, se señala que todas las normas impugnadas deberían ser inaplicadas con base en que violarían el principio de legalidad penal del art. 19 N°3 de la CPR.

Sobre el artículo 299 N°3, expresa que infringe el citado precepto constitucional en atención a que este prohibiría la creación de leyes penales en blanco (a su juicio: “normas penales imperfectas en cuanto a los elementos propios de dichas disposiciones: la hipótesis y la sanción”¹⁸⁶). Además, toda vez que existiría una jurisprudencia constitucional consolidada en cuanto a la inseparable conexión entre los artículos 299 N°3 y 431 (esta última sería la norma que contendría el mandato de remisión), ni aun complementando la primera disposición con los deberes militares que consagraría el Reglamento de Disciplina de la Armada, por un lado, o la Ordenanza de la Armada, por el otro, devendría el artículo 299 N°3 en un tipo penal completo: “ellos [los reglamentos de la Armada] o no describen conducta alguna o hacen referencia a responsabilidades genéricas”¹⁸⁷, en consecuencia, el tipo que consagra el incumplimiento de deberes militares no se podría completar.

Del art. 431, dice que mediante él el art. 299 N°3 se remite tanto al Reglamento de Disciplina como a la Ordenanza de la Armada, pero ninguno de aquellos actos señala de manera concreta cuál es el deber militar infringido¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Requerimiento contentivo de la acción constitucional, p.1.

¹⁸⁵ STC 1011, p. 2.

¹⁸⁶ STC 1011, p. 5.

¹⁸⁷ STC 1011, P. 6.

¹⁸⁸ Cfr. STC 1011, p. 6.

Del art. 433, dice que “constituye una ley penal abierta, puesto que permite al juez crear el delito”¹⁸⁹.

III.3.3. Decisión y considerandos relevantes

El TC solo acogió parcialmente el requerimiento: declaró inaplicable el artículo 433, pero no los artículos 299 N°3 y 431 del CJM. Fundamenta su decisión en el análisis del DS 1232, Reglamento de Disciplina de la Armada, al que supuestamente se remitiría el artículo 431 del CJM.

i. Fundamento del rechazo en lo relativo a los arts. 299 N°3 y 431

Señala la sentencia que el Reglamento de la Armada presentaría una estructura diversa a la del Reglamento de Disciplina de las FF.AA., enumerando con mayor precisión las conductas que importan “faltas”, y clasificándolas según si son leves, graves o gravísimas. Es el artículo 205 del DS 1232 –que contiene un catálogo de 51 faltas graves– el que define la falta de “Negligencia” como “Evidenciar descuido, con consecuencias graves, en el incumplimiento del deber o en la mantención de artículos asignados en forma permanente o temporal en función del cargo desempeñado”.

Ahora bien, sin perjuicio de que esta mayor descripción sí se encuadraría con el hecho imputado, el TC considera que: “la conducta descrita **no se encuentra dentro de una categoría de <deberes militares>**, como ninguna otra dentro del Reglamento de Disciplina de la Armada [...] Dicho cuerpo legal contiene un solo Título sobre conductas, denominado <De las Faltas>, **y, por lo tanto, no puede entenderse como norma de destino de la remisión de descripción de la conducta punible establecida en el numeral 3° del artículo 299 del Código...**”¹⁹⁰. Concluye señalando que al no haber vinculación “entre la ley penal remisora, esto es, el número 3° del artículo 299... y las normas inferiores citadas”¹⁹¹ no corresponde declarar inaplicable el artículo 299, por no resultar atingente a la causa. De la misma forma fundamenta el rechazo del requerimiento en lo que dice relación con el art. 431.

ii. Fundamento de la decisión de inaplicar el artículo 433 del CJM

¹⁸⁹ STC 1011, p.6.

¹⁹⁰ STC 1011, considerando 10°. Negritas añadidas sólo al final.

¹⁹¹ STC 1011, considerando 16°.

El Tribunal considera que el único sustento jurídico que permitiría condenar penalmente el hecho descrito, que según el propio Reglamento no constituye sino una falta disciplinaria, es el contenido de la primera parte del artículo 111 del mismo cuerpo administrativo: “El hecho de que una falta haya sido sancionada administrativamente, no impide que ella pueda ser sometida al ejercicio de una acción penal, cuando las circunstancias indiquen que puede llegar a constituir un delito”. Considera el TC que, al igual que lo que suceden con el artículo 433: “Resulta nítido que no especificándose cómo se determina la existencia de las circunstancias para que una falta se convierta en delito, debe entenderse que sólo será el juez quien lo decida, lo que configura la presencia de una ley penal en blanco abierta, dada la falta de correspondencia entre el artículo 299 del Código... y el Reglamento de Disciplina de la Armada, así como la Ordenanza de la Armada, en materia de remisión de descripción de la conducta punible ya tratada”¹⁹².

III.3.4. Disidencias

i. Voto disidente del ministro Raúl Bertelsen

El ministro Bertelsen estuvo por rechazar totalmente el requerimiento. Señala que el art. 433 “lo que hace es permitir que a un mismo hecho se aplique una sanción disciplinaria y una sanción penal, lo que no se opone a la Constitución Política y sólo representa una excepción al principio *non bis in idem*”¹⁹³.

ii. Voto disidente del ministro Jorge Correa

El ministro Correa estuvo por acoger totalmente el requerimiento, es decir, también está por declarar la inaplicabilidad de los arts. 299 N°3 y 341 del CJM. Para este efecto, además de remitirse expresamente a lo sostenido en el caso Antuco (donde sostuvo que no existía descripción siquiera de la conducta esencial en el art. 299 N°3), considera que “tal como se concluye en el considerando 16° del fallo, no es posible establecer vinculación entre la ley penal remisoras – el artículo 299... – y las normas inferiores vigentes para el personal de la Armada. Siendo ello así, debe concluirse que existe una norma de rango legal que castiga a aquel que deje de cumplir con sus deberes militares, sin que exista otra, de rango legal o inferior, que tipifique o describa más precisamente lo que sean los deberes militares y que resulte aplicable en la especie”.

¹⁹² STC 1011, considerandos 12° y 15°.

¹⁹³ STC 1011, considerando 1° disidencia ministro Bertelsen.

III.4. STC 2773, DE 28 DE ENERO DE 2016¹⁹⁴ (Caso “Casa 212”)

III.4.1. Hechos del caso¹⁹⁵

Los hechos que son objeto de la gestión pendiente en que incide la sentencia de inaplicabilidad dicen relación con el mediático accidente de la aeronave CASA 212 de la Fuerza Aérea de Chile que, el 2 de septiembre de 2011, cayó al mar en el archipiélago de Juan Fernández. Todas las personas que viajaban en la aeronave fallecieron: 18 pasajeros y 3 tripulantes.

Los requirentes de autos son los señores 1) **Castro Guzmán** (a la fecha de los hechos¹⁹⁶, Jefe de Estado Mayor y Director de Operaciones del Comando de Combate); 2) **Frías Pistono** (Comandante en Jefe de la Brigada Aérea); 3) **Barría Ruiz** (Teniente Jefe de la Bandada de Transporte Táctico de la Escuadrilla de Apoyo de Operaciones de Combate de Grupo de Aviación); y 4) **Castro Moya** (Comandante de Escuadrilla de Apoyo al Combate de la Fuerza Aérea). Además, con fecha 13 de abril de 2015, se hace parte al proceso ya acumulado el señor Mauricio Solano Cepeda, quien sin ser requirente también tiene interés en la decisión sobre inaplicabilidad ya que también fue sometido a proceso, en la misma gestión pendiente, por incumplimiento de deberes militares.

A todos los requirentes se le imputa el delito tipificado en el artículo 299 N°3. La ministra en Visita que conocía del fondo del asunto, señora Dobra Lusic Nadal, levanta esta imputación con base en la supuesta infracción de las siguientes normas: 1) Norma Operacional de la Fuerza Aérea de Chile (NOFA); 2) normas aeronáuticas contenidas en los reglamentos de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), sobre reglas de vuelo y operación general de las aeronaves; 3) Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Comando de Combate; 4) Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Grupo de Aviación; y 5) Manuales de Vuelo del avión CASA 212.

Específicamente, a los requirentes se les atribuye las siguientes conductas: 1) a **Castro Guzmán** se le imputa, primero, dar curso a la “Misión de Vuelo” sin observar que con el número de personas que viajaba excedía el máximo permitido por la aeronave (Casa 212), y, segundo, no efectuar la coordinación y control de desarrollo de las actividades en que se encontraba

¹⁹⁴ Acumulado a los autos sobre inaplicabilidad, roles 2817, 2849 y 2859.

¹⁹⁵ Cfr. STC 2773, pp. 1 a 7.

¹⁹⁶ En lo sucesivo, todos los cargos que se predicán de los requirentes son los que estos ocupaban a la fecha del suceso.

involucrada más de una Brigada Aérea¹⁹⁷; 2) a **Frías Pistono** se le atribuye no haber dictado un procedimiento que regulara la operación de sus aeronave con otra Brigada Aérea como lo ordena la NOFA; y 3) a **Frías Pistono, Barría Ruiz y Castro Moya** se les acusa de no haber supervisado de manera acuciosa la referida misión y planificación, ya que no fue ponderado el peso máximo considerado para el despegue de la aeronave¹⁹⁸.

III.4.2. Normas impugnadas y argumentos principales de los requirentes¹⁹⁹

Los requirentes impugnan los artículos 299 N°3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar, por contravenir el principio de legalidad penal consagrado en el art. 19 N°3 CPR.

Explican que el art. 299 N°3 forma un todo inseparable con el art. 431, por lo que si bien reconocen que nuestro ordenamiento constitucional, así como la interpretación que hace de él el TC, admite *in abstracto* la constitucionalidad de normas penales en blanco propias, dicha admisibilidad sólo puede tener lugar cuando la norma remitida consagra determinadamente el núcleo esencial que debe estar descrito por la ley. En ese sentido, la conexión inseparable con el art. 431 se explica porque es esta la disposición que faculta al presidente poder dictar reglamentos contentivos de deberes militares.

Sin embargo, y ante todo, los peticionarios alegan que con algunos de los requirentes el incumplimiento de deberes militares que se atribuye no se funda siquiera en normas de carácter reglamentario, ya que el o los cuerpos normativos que los contiene no emanan de las facultades reglamentarias del Presidente así como tampoco de ningún otro órgano de la Administración. Se trata, en muchos de los casos, de normas de carácter técnico tales como manuales de vuelo.

Sin perjuicio de este vicio de forma, los requirentes también consideran que la ley penal del artículo 299 N°3 deviene en una ley penal en blanco propia de aquellas inadmisibles constitucionalmente, porque la norma no describe el deber militar cuya infracción se sanciona penalmente; la norma ni siquiera contendría el núcleo esencial de la conducta. En consecuencia, los actores no tenían cómo conocer el mandato legal que describiera la acción a que estaban obligados a no incumplir.

¹⁹⁷ Este deber lo ordena el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Comando de Combate.

¹⁹⁸ El cual estaría establecido en el Manual de Vuelo del Avión CASA 212.

¹⁹⁹ Cfr. STC 2773, pp. 8 a 11.

Finalmente, en relación con la vulneración de la legalidad penal que implicaría el artículo 433, los peticionarios señalan que se trata de una ley penal abierta que habilitaría al juez para establecer el delito de forma discrecional.

III.4.3. Decisión del caso y considerandos relevantes

i. Decisión

El TC resolvió acoger parcialmente el requerimiento acumulado: declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 299 N°3 y 433, sin acoger el capítulo que versaba sobre la norma contenida en el artículo 431.

ii. En relación con el artículo 299 N°3 del CJM

En relación con el artículo 299 N°3, fundamenta su decisión en atención a que: **“los deberes infringidos no se encuentran suficientemente descritos en las normas reglamentarias y no resultan relevantes en relación al caso que se investiga**. Es posible que el incumplimiento de aquellos deberes de operación pueda dar origen a responsabilidad funcionaria pero no podría acarrear consecuencias penales, en tanto no tienen la aptitud de complementar la norma más general de incumplimiento de deberes militares”²⁰⁰. Señala, a modo de ejemplo, los Reglamento DAR 91 de la DGAC y el Manual del avión Casa 212, concluyendo que “no determinan deberes o prohibiciones relacionadas a la función militar, sino de aquellas necesaria para que se cumpla en debida forma el objetivo propuesto”²⁰¹.

Profundiza estas consideraciones analizando cuál sería la naturaleza de la norma del 299 N°3 CJM, en el caso *sublite*: “[E]staríamos en presencia de una **ley penal en blanco abierta**, puesto que ella no describe expresamente la conducta penada y, además, carece de suficiencia el tipo, ya que se encuentra sujeta a su desarrollo por la potestad reglamentaria, en el marco del artículo 431 ya citado, la que no ha sido ejercitada”²⁰².

iii. En relación con el artículo 433 del CJM

En relación con el art. 433, el TC decide acoger la acción también sobre la base de dos grandes argumentos: en primer lugar, lo considera también (al igual que el art. 299 N°3) una

²⁰⁰ STC 2773, Considerando 20°. Negritas añadidas.

²⁰¹ STC 2773, Considerando 20°.

²⁰² STC 2773, Considerando 21°. Negritas añadidas. La motivación de este considerando también incide en la decisión de no acoger el requerimiento en la parte que se refiere al artículo 431: si, en la especie, no se hizo uso de la potestad reglamentaria a que habilita la referida norma, no tiene sentido inaplicarla; excede el marco fáctico impuesto por la gestión pendiente.

ley penal abierta: “[E]l artículo 433 del Código... establece la responsabilidad disciplinaria y penal, mediante un tipo penal abierto, entregando al juez la calificación como delito de toda falta contra los deberes militares y la disciplina, cuando las circunstancias anexas indiquen que puede llegar a constituir una transgresión penal, caso en el cual es el juez de la causa quien decide si las circunstancias asociadas a una falta contra los deberes militares o la disciplina dan lugar a la configuración de un delito”²⁰³.

En segundo lugar, “el artículo 433 del Código... **vulnera el principio *ne bis in idem***, en la medida que sanciona toda falta contra los deberes militares o la disciplina de conformidad a las normas reglamentaria pertinentes, pero además agrega que podrá ser ejercida a su respecto una acción penal cuando las circunstancias conexas lleven a la configuración de un delito”.

III.4.4. Concurrencias

- i. Voto concurrente conjunto de los ministros Carlos Carmona y Gonzalo García²⁰⁴

Estos ministros concurrieron a la sentencia sin compartir lo señalado sobre la vulneración del principio del *ne bis in idem*.

- ii. Voto concurrente de la ministra Marisol Peña²⁰⁵

La ministra acoge los requerimientos de autos sólo en cuanto dicen relación con la inaplicabilidad del artículo 299 N°3, restándose de inaplicar el art. 433. En este orden de ideas, señala que el art. 299 N°3 resulta inaplicable en el caso concreto porque los deberes infringidos por los cuales han sido procesados los actores no se encuentran suficientemente descritos en las normas reglamentarias que se han invocado como complemento de aquel precepto. Agrega que “una acción de inaplicabilidad no puede importar un juzgamiento en abstracto de la constitucionalidad del artículo 299 N°3 del Código... el que describiendo el núcleo central de la conducta punible puede ser perfectamente complementado por una norma de carácter reglamentario que consigne específicamente cuáles son [esos] deberes militares...”²⁰⁶

²⁰³ STC 2773, Considerando 27°.

²⁰⁴ Cfr. STC 2773, p. 37.

²⁰⁵ Cfr. STC 2773, pp. 37 y 38.

²⁰⁶ STC 2773, p. 38.

III.4.5. Disidencias

La misma ministra Marisol Peña estuvo por rechazar los requerimientos de inaplicabilidad deducidos en contra del artículo 433, “por las mismas razones que, junto al ex ministro Francisco Fernández Fredes, vertiera en su voto particular en la sentencia Rol N°787 [sic: en realidad se refiere a la STC 781, caso Carabinero]”²⁰⁷.

IV. POSTURAS DEL TC RELACIONADAS CON (1) EL PROBLEMA DE LA LEY PENAL EN BLANCO Y CON (2) EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL EN GENERAL, A LA LUZ DE SUS VOTOS DE MAYORÍA

IV.1. POSTURAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA DE LA LEY PENAL EN BLANCO

IV.1.1. Entendimiento *genérico* o *amplio* del concepto de ley penal en blanco

Desde STC 468, caso Antuco, se advierte que el TC concibe amplia o genéricamente el concepto de ley penal en blanco. Resulta imperioso, en todo caso, hacer notar que este entendimiento *amplio* del TC no se identifica con la *concepción amplia* de ley en blanco, explicada en el apartado II.1.3 del capítulo segundo, correspondiente a aquella posición de la doctrina que entiende que en el concepto de ley penal en blanco integra tanto las leyes en blanco propias como impropias.

En realidad, este entendimiento amplio dice relación con que las remisiones a que se refiere el concepto de ley penal en blanco no incluyen únicamente a aquellas que se dirigen a otros cuerpos normativos (independientemente de su jerarquía), sino que también a aquellas que se dirigen a la discrecionalidad del juez producto de la indeterminación de la conducta. En consecuencia, el TC distingue entre: ley penal en blanco *propia*, ley penal en blanco *impropia* y ley penal en blanco *abierta*²⁰⁸; calificando a esta última como aquella en que la descripción de la conducta está entregada al juez. A juicio del TC, esta es una clasificación dominante en la doctrina.

²⁰⁷ STC 2773, p. 39.

²⁰⁸ Así, por ejemplo, en **STC 468 (Antuco)**, considerando 2°, en donde señala que una línea dominante sólo acepta las denominadas “leyes penales en blanco impropias o de reenvío”, rechazando, en cambio, las ley penal en blanco propia y las ley penal en blanco abierta (“... y cuando la descripción de la conducta punible está entregada al juez [la doctrina las denomina] <leyes penales en blanco abiertas>”). Luego, En **STC 781 (Carabinero)**, utiliza la clasificación de “ley penal en blanco abierta” para acoger la inaplicabilidad del art. 299 N°3 (considerando 16°). En **STC 1011 (caso Robo en la Armada)** también utiliza la noción “ley penal en blanco abierta”, pero ahora para inaplicar el artículo 433 (considerando 18°). Finalmente, en **STC 2773 (caso Casa 212)**, considerando 21°, también sostiene que “en el caso del artículo 299, N°3, impugnado [...] estaríamos en presencia de una ley penal en blanco abierta, puesto que ella no describe expresamente la conducta penada...”.

IV.1.2. Admisibilidad constitucional de las leyes en blanco propias y acogimiento de la teoría de la esencialidad

Un argumento que el TC mantuvo incólume desde STC 24, de 1984, es aquel que dice relación con la denominada *teoría de la esencialidad*²⁰⁹ como requisito necesario y suficiente para la admisibilidad constitucional de las leyes penales en blanco propias. Naturalmente, esta teoría de la esencialidad dice relación con que las leyes en blanco propias serán constitucionales si, y solo si, contienen a lo menos el núcleo esencial de prohibición.

Hasta antes de Casa 212, el TC solamente había enunciado que para que un precepto en blanco sea conforme con la Constitución debía de contener el núcleo esencial de la prohibición. En el considerando 16° de STC 2773, sin embargo, el TC da un salto cualitativo en materia de justificación de la ley penal en blanco propia al hacer suyos los requisitos que el profesor Cury propugna para su validez.

Estos nuevos requisitos exceden la mera cuestión del núcleo esencial, ya que incorporan exigencias relativas a la publicidad y territorialidad de la ley en blanco, entre otras. En lo que dice relación con la esencialidad de la conducta prohibida, el TC exige que: “La ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionada con una pena, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá”²¹⁰.

IV.2. POSTURAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL

IV.2.1. Entendimiento *sui generis* del concepto de tipo penal

Las sentencias del TC no permiten adentrarse en discusiones tales como si el elemento *tipicidad* constituye o no indicio de antijuridicidad, o si el tipo debe comprender o no elementos objetivos y/o subjetivos. De lo que se trata, al parecer, es que por “tipo penal” el TC entiende algo más amplio que “un comportamiento al que se le asocia una pena” (una caracterización que, por su vaguedad, nadie discutiría).

²⁰⁹ Así denomina Ossandón Widow a la teoría por la cual se admite la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en la medida que ella contenga el *núcleo esencial de la prohibición*, en Ossandón Widow, “Caso ‘Antuco’”. STC, 09/11/2006, Rol N°468-2006”, 12.

²¹⁰ STC 2773, considerando 16°.

En efecto, de lo expresado por el TC en el caso Robo en la Armada pero, sobre todo, por lo expuesto en el considerando 27° de STC 2773 (caso Casa 212), cabe preguntarse qué es lo que el TC entiende por tipo. En dicho considerando, el TC decide declarar inaplicable el artículo 433 por considerarlo un “tipo penal abierto”. Sin embargo, esta disposición no describe conducta, hecho o comportamiento alguno. Naturalmente, tampoco lleva aparejada alguna pena. Lo que establece el art. 433 es que “toda falta contra los deberes militares o la disciplina [...] podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.

IV.2.2. Importancia del círculo de destinatarios como criterio modulador de la exigencia de *lex certa* (1): la alusión a la cultura militar como concepto determinante de los deberes militares

La *ratio decidendi* del caso Antuco fue única dentro de la Jurisprudencia Analizada. La sentencia, en su considerando 9°, morigeró las exigencias derivadas del mandato de determinación en atención a la calidad del sujeto destinatario de la norma. En ese sentido, dijo que el art. 299 N°3 contiene “la descripción suficiente del «núcleo central» de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los «deberes militares» no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino **conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales se familiarizan desde el inicio de su formación** en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de «disciplinadas»²¹¹, que les otorga la Constitución.

IV.2.3. Importancia del círculo de destinatarios como criterio modulador de la exigencia de *lex certa* (2): la alusión a la relación de sujeción especial del militar

En la Jurisprudencia Analizada es posible advertir un rendimiento doble de la noción de “relación de sujeción especial”. Por un lado, tanto en STC 468 (Antuco) como STC 1011 (Robo en la Armada) se alude a esta *relación de sujeción* con la misma finalidad que se alude al rol de la cultura militar: morigerar la exigencia de taxatividad respecto de los militares²¹². Por el otro, en STC 781 (Carabinero) el TC utiliza la noción para fundamentar la dualidad de

²¹¹ Negritas añadidas.

²¹² En STC 1011, considerando 14°, se señala que esta relación de sujeción especial “refuerza la certeza jurídica que envuelve al personal de las Fuerzas Armadas al conocer el contenido de las normas que obligan a sus miembros” y “contribuye en el caso *sublite* a consolidar el carácter de falta disciplinaria que la conducta sancionada en cuestión importa”.

sanciones, penal y disciplinaria, de las que el militar puede ser objeto: “De allí que la posibilidad de dualidad de sanciones se dé en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, como las que caracterizan la carrera de los funcionarios de Carabineros de Chile”.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSTURAS DEL TC

V.1. ASPECTOS POSITIVOS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

V.1.1. Constituye un avance que STC 2773 (Casa 212) haya sistematizado los requisitos de admisibilidad constitucional de las leyes penales en blanco.

Es digno de nota que nuestro TC, en su último pronunciamiento, haya decidido replicar las exigencias que Cury propone para la validez constitucional de las leyes penales en blanco. Si bien es ser cierto que algunos de esos requisitos fueron esbozados en sentencias anteriores, no deja de ser un adelanto que esta sentencia las haya reproducido de manera ordenada y sistematizada, ya que ello constituye un aliciente para consolidarlas jurisprudencialmente.

Estos requisitos son los siguientes: 1) la ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente el comportamiento punible, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá; 2) en el caso de las leyes en blanco propia, es la ley *stricto sensu* la que debe determinar la sanción; nunca la disposición reglamentaria de complemento; 3) las normas complementaria deben recibir una publicidad semejante a la de la ley penal, aun cuando se trate de instrumentos de menor jerarquía; 4) el órgano que dicta la ley complementaria debe tener competencia territorial a nivel nacional; y, 5) para la ley complementaria rige el mandato de determinación del hecho: debe contener una descripción pormenorizada de la conducta²¹³.

V.1.2. Constituye un logro que en 2 de las 4 oportunidades que el TC revisó el fondo de la controversia, haya decidido inaplicar el artículo 299 N°3 del CJM

Si bien no comparto varios de los argumentos que el TC utilizó para fundamentar las declaraciones de inaplicabilidad, no deja de ser loable que haya optado por acoger los requerimientos. Que haya procedido así lo diferencia de su par español que, como veremos, cuando tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la “misma” disposición, este la encontró conforme con la Constitución.

²¹³ Cfr. STC 2773, considerando 16°.

V.2. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA EN RELACIÓN CON EL TÓPICO DE LA LEY PENAL EN BLANCO

V.2.1. El artículo 299 N°3 del CJM²¹⁴ no constituye ley penal en blanco.

- i. Inexistencia de la doctrina que incorporaría a la “ley penal en blanco abierta” como especie del género “ley penal en blanco”

El principal error que comete el TC consiste en asumir algo que debió haber cuestionado desde el principio: la calidad de norma en blanco del artículo 299 N°3 del CJM. Si bien en el considerando 2° de STC 468 alude a una, supuestamente, consolidada posición de la doctrina (“la doctrina las denomina...«leyes penales en blanco abiertas»”) para justificar *su* clasificación entre (a) ley penal en blanco *propia*, (b) ley penal en blanco *impropia* y (c) ley penal en blanco *abierta*; lo cierto es que ninguno de los autores que cita en dicho considerando –ni Eduardo Novoa Monreal ni Dulce Santana Vega– desarrollan esa clasificación²¹⁵.

Ante todo, cabe despejar que ninguno de estos dos autores, en ningún contexto ni en ninguna circunstancia, llegaron a utilizar la expresión “ley penal en blanco abierta”. Sí utilizaron las expresiones “ley penal abierta” (Santana) y “ley abierta” (Novoa), aunque jamás para extraer una clasificación autónoma ni mucho menos para incardinarla dentro de un supuesto concepto genérico de ley penal en blanco. Tanto Novoa como Santana se sirven de la expresión “abierta” para explicar y referir el mismo acontecimiento histórico: la denominación alternativa que Karl Binding les dio²¹⁶.

- ii. La importancia de comprender la técnica legislativa de la remisión: ni remisión implícita ni remisión inversa

Improcedencia de aducir una remisión «implícita» o «por deducción». En la sección II.2.4 del Capítulo segundo manifesté mi desacuerdo ante la posibilidad de poder configurar

²¹⁴ **En adelante, indistintamente, “delito de incumplimiento”**

²¹⁵ Para un paneo de todos aquellos considerandos que dentro de la Jurisprudencia Analizada utilizan la “clasificación” de «ley penal en blanco abierta», *vid.* nota al pie N°208.

²¹⁶ El profesor **Novoa** señala que “Carlos Binding identificó cierta clase especial de leyes penales que no satisfacen totalmente las exigencias del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, porque son incompletas, ya que una parte de ellas está destinada a ser integrada por reglas o preceptos que otra autoridad, distinta del legislador, habrá de dar a posteriori. A estas leyes las denominó «leyes en blanco» o «**leyes abiertas**» [negritas añadidas], en Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, 3ª ed., vol. Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 117. Por su parte, **Dulce Santana**, en un pie de página, explica exactamente la misma situación: “Binding... utiliza también como terminología equivalente la de *offene Strafgesetze* (**leyes penales abiertas**)”, en Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, 16, nota al pie N°2. Fuera de estas alusiones, ninguno de los autores desarrolla o profundiza el concepto de ley penal abierta. Mucho menos el de ley penal en blanco abierta.

una ley penal en blanco con base en una remisión implícita. El corolario de esa opinión también sirve como fundamento de que en doctrina no exista, realmente, la categoría “ley penal en blanco abierta”. ¿Por qué? Porque aquello sería tan inverosímil como sostener que se puede concluir *implícitamente*, la remisión *explícita* que una ley debería hacer a otra. A simple vista se aprecia cómo el delito de Incumplimiento no consagra remisión directa alguna. (Contendría una remisión directa si, por ejemplo, agregara la siguiente cláusula: “... y los deberes militares serán reglados en tal reglamento”).

Improcedencia de aducir una remisión «inversa». El TC ha intentado salvar el problema acudiendo a la intermediación de otro precepto: el artículo 431 del CJM²¹⁷. El razonamiento del TC es más o menos el siguiente: es cierto que el art. 299 N°3 no hace referencia a ningún reglamento para determinar los deberes militares de que habla, sin embargo el art. 431, sí (“*El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares...*”); en consecuencia, ambos artículos deben entenderse en estrecha conexión para configurar la ley penal en blanco. Es decir, el TC acude a una institución similar a la así denominada «ley penal en blanco con cláusula de remisión inversa» para fundamentar la existencia de la ley en blanco. Sin embargo, a mi juicio, aquello tampoco es correcto.

En primer lugar, fuera de lo poco común de la remisión inversa, la relación que se da entre los arts. 299 N°3 y 431 tampoco se identifica con lo que la doctrina entiende por ella: “Mientras que la remisión que hace la norma penal en blanco a las disposiciones extrapenales es una remisión de un supuesto de hecho, la que se realiza por la remisión indirecta [o inversa] es de consecuencia jurídica: la norma de complemento indica que la infracción de la misma lleva aparejada sanción en el Código Penal”²¹⁸.

En nuestros artículos no es posible advertir la inversión pretendida debido a tres grandes motivos:

- 1) La remisión que se pretende no parte de la norma complementaria (que serían los respectivos reglamentos), sino que parte de algo que podría denominarse una norma intermediaria (art. 431 CJM).

²¹⁷ Así, sobre todo, en considerando 13° de STC 781, caso Carabinero: “el tipo de incumplimiento de deberes militararse debe entenderse, en abstracto, en estrecha conexión con lo establecido por el artículo 431...”. También en considerandos 6° y 7° de STC 1011 (Robo en la Armada).

²¹⁸ Santana Vega, *El concepto de ley penal en blanco*, 42.

- 2) El art. 431, salvo por la expresión “deberes militares”, ni siquiera alude al art. 299 N°3. Dicho de otro modo: salvo que un militar conozca la jurisprudencia, en realidad no tiene cómo saber que la infracción de un deber contenido en un reglamento podría llegar a configurar la comisión de un delito. Existe un salto normativo insalvable en la relación de esos artículos.
- 3) Pero, más importante aún, porque todo indica que los deberes a que alude el artículo 431 se trata de deberes que no pueden sancionarse a título de delito sino sólo a título de falta disciplinaria.

En efecto, todo parece indicar que nuestro Código de Justicia Militar pretendió establecer dos clases diferenciadas de incumplimiento de deberes militares: aquellos que daban lugar a una sanción penal y aquellos que daban lugar a una sanción disciplinaria. Asimismo, también parece desprenderse de la voluntad del legislador que lo que buscó fue endosar a los tribunales castrenses la labor *jurisprudencial* de dirimir cuándo estamos en presencia de un incumplimiento-delito o, por el contrario, de un incumplimiento-falta.

A esta conclusión se puede llegar si uno compara la redacción de nuestro delito de Incumplimiento con el delito de Incumplimiento del art. 277 del Código de Justicia Militar español de 1890 (en adelante, CJME) –hoy derogado–, y luego analiza la jurisprudencia de aquel país.

- iii. La influencia del Código de Justicia militar de 1890 en la configuración de nuestro delito de incumplimiento de deberes militares.

Nuestro delito de Incumplimiento es idéntico, calcado, al delito de incumplimiento del art. 277 del CJME de 1890. O, mejor dicho, salvo por el numeral 2 de nuestro CJM, el art. 299 N°3 es idéntico al art. 277 del CJME. Este último establece que:

“Será castigado con la pena de prisión militar correccional:

“1° El militar que no mantenga la debida disciplina en las tropas de su mando, ó no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto, cualquier delito militar, según los medios de que al efecto disponga.

“2° El que sin incurrir en desobediencia ó en el delito previsto en el art. 297 deje de cumplir sus deberes militares”.

El Tribunal Constitucional español (en adelante, TCE) sólo habría tenido una oportunidad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de su delito de Incumplimiento. Esta decisión es el objeto de su STCE 133/87, de 21 de julio de 1987²¹⁹.

De la parte considerativa de la sentencia, es posible rescatar cuatro ideas que resultan de lo más atingente para la interpretación de nuestro propio delito de Incumplimiento. La primera es que la jurisprudencia militar española, cuya máxima instancia era la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar (“el Consejo”), no aplicaba conjuntamente sanciones penales y disciplinarias por haber incumplido un militar sus deberes en tanto tal. La segunda, que el Consejo no tenía ningún problema en “reconocer” que era él el órgano encargado de crear los criterios de diferenciación respecto de cuándo procedía sancionar a título de falta y cuándo a título de delito. La tercera, que el TCE no formuló ningún reproche a esa “facultad” del Consejo, por el contrario, él mismo le da un espaldarazo al apoyarse en esa jurisprudencia para rechazar el requerimiento (acción de amparo)²²⁰. La última idea importante es que el TCE respaldaba la indeterminación de su delito de Incumplimiento porque, en definitiva, se trataba de una norma que sancionaba cuasidelitos, es decir, no había sino que aplicar “el denominador común de la negligencia” (cuya legalidad nunca nadie habría cuestionado) para hacer determinable al tipo.

Esa facultad *auto concebida*, de que corresponde a la jurisprudencia militar distinguir entre incumplimientos delictuales e incumplimientos disciplinarios, también parece haberla adoptado nuestra propia jurisprudencia marcial: “Son los tribunales de justicia militar las únicas autoridades llamadas a establecer si un determinado deber cuya infracción no está específicamente configurada en el Código, importa o no un deber trascendente, o sea de aquellos cuya infracción al art. 299 N°3 CJM configura genéricamente un delito”²²¹.

En consecuencia, el TC español nunca abordó el delito de incumplimiento de deberes militares del art 277.2 del CJME de 1890 (ni del 391.2 del CJME de 1945) desde la perspectiva de una ley penal en blanco: lo hacía desde la perspectiva de los elementos normativos del tipo. Esto se condice con la actitud de la doctrina española

²¹⁹ Cabe señalar que la norma que se pretende impugnar en STC 133/87 es el art. 391.2 del CJME de 1945, que, en todo caso, es la misma que la del art. 277.2 del CJME de 1890.

²²⁰ Señala el TC español que de la “Jurisprudencia [militar]... se desprende que ‘el deber incumplido ha de referirse a un acto de verdadera significación dentro de la vida militar’, y, en último término, que ‘la labor juzgadora de encajar los hechos probados en la figura del delito referida, o en la falta grave o leve, dentro del denominador común de negligencia, ha de basarse en la importancia, rango y trascendencia de los deberes incumplidos (considerando tercero)”, STC español 133/87, considerando 6°.

²²¹ Citado en Gandulfo, “¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, 317, nota al pie N°59.

que, predominantemente, la consideraba una ley penal abierta. (Así, Ramos Tapia²²² y Bacigalupo Zapater²²³)

A mayor abundamiento, si uno compara el antiguo delito de incumplimiento de deberes militares español con el que rige hoy en día, no cabe duda de que este último sí que constituye una ley penal en blanco: “Será castigado... el militar que: [...] N°3 Incumpliere, *con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil*, sus deberes militares fundamentales, o los deberes técnicos esenciales de su función específica, ocasionando grave daño para el servicio...” (art. 75 N°3 actual CJME: la cursiva representa la remisión constitutiva de ley en blanco impropia).

iv. La ley penal abierta: el verdadero lugar del artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar

En doctrina se advierten dos acepciones de *tipo abierto*. La primera, la «ley penal abierta» o «formulaciones con cláusula general»²²⁴, entiende que los tipos abiertos son normas que, asociadas a una pena, describen un comportamiento pero de forma tan vaga y genérica que su determinación sólo puede quedar al arbitrio del juez. Justamente con este énfasis Cousiño define a las leyes penales abiertas: son aquellas “en que la hipótesis de hecho queda entregada –en mayor o menor medida– al propio juez que debe aplicarlas, pues en este caso el material de relleno no proviene indirectamente de una ley, sino del simple arbitrio y, por ello, pueden llegar a constituir una seria amenaza para la libertad”²²⁵.

La segunda acepción, el «tipo abierto» propiamente tal, es la construida por Welzel, con ocasión del *descubrimiento* de los elementos del deber jurídico, por oposición a los *tipos cerrados*. Welzel sostiene que, por regla general, en los delitos de comisión la adecuación típica es indiciaria de la antijuridicidad. Así, al tipo indiciario lo denomina *tipo cerrado*: “El juez

²²² Así, por ejemplo, la profesora española Ramos Tapia, quien, con ocasión de sus críticas al TC español por no declarar inconstitucionales aquellos “casos donde la falta de una mínima certeza en la descripción de la conducta típica resultaba indiscutible para la doctrina”²²², señala como ejemplo paradigmático de tipo abierto al artículo 391 N°2 del Código de Justicia Militar español de 1945 (hoy derogado): será castigado “[e]l que, sin incurrir en la desobediencia o en el delito previsto en el artículo 350, deje de cumplir sus deberes militares” Ramos Tapia, “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, 258.

²²³ Bacigalupo también encasilla al art. 391.2 del hoy derogado Código de Justicia Militar español, como una norma representativa de una cláusula general (o, lo que es igual en nuestra jerga local, ley penal abierta), Bacigalupo, *Derecho penal Parte general*, 128.

²²⁴ Así, Bacigalupo, *Derecho penal Parte general*, 127.

²²⁵ Cousiño Maclver, *Derecho Penal chileno. Parte General*, 1:87.

que haya comprobado la adecuación típica sólo necesita para determinar la antijuridicidad realizar un «procedimiento negativo». No necesita buscar ningún otro elemento para pasar de la contrariedad a la norma a la antijuridicidad²²⁶. Los tipos abiertos, en consecuencia, son aquellos en que “la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad”²²⁷. No pudiendo el juez suponer la antijuridicidad, debe salir de su estado de pasividad y proceder a investigarla activamente mediante los denominados *elementos del deber jurídico*.

Sin la ayuda de ejemplos, la discriminación entre ambas acepciones puede resultar escabrosa, sin embargo, su frontera no es tan difusa: mientras que en la ley penal abierta lo indeterminado es –utilizando el lenguaje del TC– el *núcleo esencial de la prohibición*, en el tipo abierto lo difuso son los elementos del deber jurídico, que pueden transformar, o no, a una conducta típica en una conducta típica y antijurídica. En nuestra doctrina, según señalé *ut supra*, el profesor Cousiño considera a nuestro art. 299 N°3 del CJM como una ley penal abierta (y no como un tipo abierto).²²⁸

v. La importancia de distinguir entre ley penal abierta y ley penal en blanco

La importancia que reconoce la doctrina dominante es de lo más significativa: si la mayoría tiende a aceptar la constitucionalidad de las leyes en blanco propias (aunque con restricciones), la misma mayoría se decanta por declarar que las leyes penales abiertas son irreconciliables con el principio de legalidad.

Ramos Tapia, por ejemplo, señala que en los tipos abiertos “la definición del delito se hace de forma tan genérica o vaga que no es posible determinar qué conductas son subsumibles en él”²²⁹; Cousiño MacIver, que “pueden constituir una seria amenaza para la libertad”²³⁰ constituyendo una técnica mucho más grave que las leyes penales en blanco; Enrique Bacigalupo, que “[l]a generalización se torna... inadmisibles cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y qué está permitido”²³¹ (dando como ejemplo de esta

²²⁶ Claus Roxin, *Teoría del tipo penal*, trad. Enrique Bacigalupo (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979), 5.

²²⁷ Roxin, 6.

²²⁸ “El art. 299 n°3 del mismo Código [de Justicia Militar], que dispone que incurre en delito de desobediencia el que ‘deje de cumplir sus deberes militares’, pero omitiendo toda especificación respecto de cuáles son los deberes a que se hace referencia Cousiño MacIver, *Derecho Penal chileno. Parte General*, 1:87.

²²⁹ Ramos Tapia, “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, 258.

²³⁰ Cousiño MacIver, *Derecho Penal chileno. Parte General*, 1:87.

²³¹ Bacigalupo, *Derecho penal Parte general*, 127.

"generalización inadmisibles" el recién analizado artículo 391.2 del Código de Justicia Militar español de 1945).

V.2.2. La teoría de la esencialidad es incapaz de delimitar el contenido del art. 299 N°3 del Código de Justicia Militar

En un texto de antología²³², Eduardo Gandulfo aborda el “problema de las clases” como una de las tantas causas que ha ayudado a desencadenar la crisis del principio de legalidad. Cuando, producto de una decisión legislativa, se tipifica una “clase”, entonces –dice Gandulfo– “[e]l tipo penal tiene el problema de que *éste no describe una conducta o un suceso singular de la vida real, sino que prescribe pautas de una clase de conductas o sucesos desvalorados*”²³³. Esta desvaloración se explica porque las clases son abstracciones de la realidad material, se habla de ella como un todo colectivo, independientemente de los miembros que la componen.

El problema de tipificar “clases” de conductas consiste en que el criterio de construcción de esas clases deviene arbitrario. Esta arbitrariedad queda al descubierto al examinar cada uno de los hechos que fueron objeto de los juicios donde el art. 299 N°3 se requirió de inaplicabilidad: 1) en el caso Antuco, haber ordenado realizar un ejercicio de entrenamiento no previendo las condiciones climáticas (que terminó con la muerte de un pelotón casi completo); 2) en el caso Carabinero, no haber reaccionado ante la fuerza física opuesta por una persona en contra de otras que buscaban auxiliar a un herido (que terminó falleciendo); 3) en el caso Robo en la Armada, no haber vigilado un espacio donde se almacenaban armas (de donde fueron sustraídas y utilizadas para perpetrar un robo); 4) en el caso Casa 212, no haber coordinado una operación de vuelo (que terminó con la muerte de todos los ocupantes de la aeronave que debía llevar a cabo esa operación). Es decir, **salvo por el hecho de que a todas se le atribuyen resultados gravísimos, estas conductas examinadas nada tienen en común.**

En ese orden de ideas, el rol que juega la teoría de la esencialidad es intrascendente. Decir que basta el núcleo de prohibición para que un delito se considere determinado es no decir absolutamente nada: **cualquier verbo rector (desde los que representan menos a los que**

²³² Gandulfo, “¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica”. Por su exhaustividad y por su incuestionable vocación de inter y transdisciplinariedad (acude a disciplinas epistemológicas, lingüísticas, metodológicas, lógicas y de filosofía del Derecho), es uno de los trabajos que más prolijamente ha tratado la así denominada «crisis del principio de legalidad».

²³³ Gandulfo, 316. (Cursivas en el original).

representan más posibilidades de acción) unido a cualquier objeto de prohibición (desde los más específicos a los más generales) tiene un núcleo esencial. Dicho de un modo más gráfico: tanto la norma que castigue a “la persona que haga el mal” como aquella que castigue al “maquinista de tren que se embriague durante sus funciones” son reconducibles a un núcleo esencial.

La ubicuidad de la teoría del núcleo esencial como criterio de *determinabilidad* de una conducta típica redundará, necesariamente, en que en estos casos límite (donde la inconstitucionalidad de un precepto es tan evidente como autoexplicativa) los sentenciadores deban apoyarse en categorías extrapenales para corregir la inidoneidad de la *esencia*. Muchas veces, estas categorías de apoyo serán tanto o más nocivas para un derecho penal mínimo como el propio delito que se intenta justificar.

En la Jurisprudencia Analizada, este apoyo *extrajurídico-penal* resulta prístino sobre todo en el caso Antuco, único que rechazó totalmente un requerimiento. La *ratio decidendi* (considerandos 8° y 9°) de este fallo justifica el hallazgo de un núcleo de prohibición atendiendo exclusivamente a la calidad del destinatario de la norma. Argumenta el fallo que: “Se admite que la expresión <deje de cumplir sus deberes militares> es equivalente a describir el <núcleo central de la prohibición>... tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares, quienes en tanto grupo de sujeción especial, conocería sus deberes...”. Luego, en el considerando siguiente, sostiene que el art. 299 N°3 “constituye la descripción suficiente del <núcleo central> [pues] los <deberes militares> no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación...”.

Nótese cómo, para justificar la decisión, se acude a la noción de «persona sometida a una relación de sujeción especial». La utilización de esta noción transgrede al menos dos fundamentos de nuestro derecho penal garantista: la garantía de *lex stricta* del principio de legalidad y la garantía de que el derecho penal debe sancionar tipos de conducta y no tipos de autores. La primera transgresión se concreta mediante la referencia a la “familiarización” con sus deberes que implicaría la vida castrense; la segunda, mediante la referencia al cargo que ocupaba el requirente de autos (se trataba de un oficial). Esta referencia al cargo, que gramaticalmente parece accesorio en la construcción del argumento (nótese que va entre comas), resulta fundamental como categoría de apoyo: sólo se llega a ser oficial si se ha permanecido un tiempo prolongado dentro de la institución; luego, sólo la permanencia prolongada permite presumir que el militar se ha familiarizado con sus deberes. Pero la

pregunta subsecuente se advierte por sí sola: de haberse tratado de un estudiante de primer año de formación de una escuela policial o militar ¿se puede presumir también que conoce sus deberes militares por haberse familiarizado con ellos?

Sin embargo, lo más criticable de esta argumentación es que con ella el TC delega su potestad jurisdiccional. En efecto, pareciera que basta con enunciar que un *significante* cualquiera –que para el resto de la sociedad, incluido los tribunales, carece de todo contenido referencial– se inserta dentro de un conjunto especial de relaciones (en este caso, la “vida militar”), para que, automáticamente, adquiera un *significado “preciso”*: no importa que el TC no entienda, ni se esfuerce por entender, de qué tratan esos deberes (= cuál es el significado del significante); sólo parece importa que el acusador los entienda²³⁴.

²³⁴ En un sentido parecido, Ortiz Quiroga: “El grado de comprensión del ilícito debe tener su origen en el entendimiento que surge del texto de la ley, que está dirigido a todos, sin excepción, desde luego al juez y a los intervinientes del proceso, que nada pueden saber sobre deberes militares, sin que sea admisible hacer diferencias”, Ortiz Quiroga, “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”, 156.

CONCLUSIONES

1.- Según la principal clasificación de principio de legalidad que propone Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y razón*, distinguimos entre *mera* y *estricta* legalidad. Mientras la primera constituye el aspecto formal del principio de legalidad, se manifiesta exclusivamente a través de la prohibición de retroactividad, y, como tal, se encuentra más propiamente en los estados preconstitucionales; la segunda representa el aspecto empírico de la legalidad penal (exclusivamente penal), se manifiesta a través de la prohibición de analogía y del principio de determinación de la ley penal, y, propiamente tal, la encontramos en los Estados democráticos de Derecho (que propenden a proteger a las y los ciudadanos de un *ius puniendi* sin contrapesos).

2.- La nuestra, al igual que todos las democracias occidentales (independientemente de su mayor o menor concreción), sin duda que ha sido diseñada, constitucional e institucionalmente, como un Estado democrático de Derecho. De esto da cuenta el artículo 1° del Código Civil: la ley es la *declaración de la voluntad soberana* (Estado democrático) *que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda prohíbe o permite* (Estado de Derecho).

3.- Tan obvio como aseverar que en un Estado de Derecho la ley debe respetarse, resulta sostener que, para respetarla, la ley debe primero comprenderse. Pero esto es mucho más fácil decirlo que hacerlo.

4.- En este aspecto, el derecho penal es particularmente abstruso; y esto por dos motivos: en primer lugar, porque tanto en su creación como en su aplicación la ley penal pasa por filtros exclusivos. Estos filtros se suelen manifestar mediante las prohibiciones o manifestaciones del principio de legalidad penal que vimos en este trabajo; esto es, que la ley penal sea *praevia, scripta, stricta* y *certa*. En segundo lugar, porque el legislador penal se sirve constantemente de figuras que son *anormales* dentro de la estructura tradicional de ley penal. Esta anomalía se manifiesta en las denominadas *normas de remisión*: ya para determinar la tipicidad, ya para determinar la antijuridicidad, el legislador penal, expresa o tácitamente, se remite o bien a otra norma jurídica, o bien a la discreción del juzgador.

5.- Dependiendo de cuál sea la naturaleza y quién el destinatario de la remisión, podemos encontrar, a lo menos, 3 formas *incompletas* de tipo penal: a) el tipo penal en blanco, b) el tipo penal abierto, y c) el tipo penal que incorpora elementos normativos (la ley penal abierta no es

más que una utilización exagerada de los elementos normativos). Dirimir cuándo estamos en presencia de uno u otro puede llegar a ser una tarea compleja, pero, por lo mismo, imprescindible. En ese sentido, **lo más novedoso de este trabajo lo constituye la exaltación del estudio de la técnica legislativa penal como vehículo de comprensión de estas formas incompletas de ley penal. Sobre todo cuando el intérprete es el TC.**

6.- El Tribunal Constitucional no es un tribunal ordinario, ni en el sentido vulgar ni en el legal de la palabra. En primer lugar, el TC no aplica la ley, o, por lo menos, no la aplica como el resto de los tribunales: su jurisdicción no pasa por resolver conflictos jurídicos, sino que por sancionar, concreta o abstractamente, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto. A diferencia del resto de los tribunales, su actividad se despliega, con igual fuerza, tanto en el momento de la *lex certa* como en el de la *lex stricta*. En sede penal, esto conlleva el deber de colocar especial cuidado en aquellas leyes penales *anormales*, porque, a diferencia de los tribunales ordinarios, el TC sí puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. Es por eso que diferenciar entre una ley penal abierta u otra que incorpora elementos normativos, por ejemplo, resulta elemental para dilucidar si se incurre o no en algún vicio de legitimidad. **No por nada a los tribunales constitucionales se le considera un *legislador negativo*.**

7.- Según se sostuvo en los comentarios críticos a la Jurisprudencia Analizada, **el TC yerra al considerar que el art. 299 N°3 deba interpretarse junto al art. 431 para concluir que, entre ambos, forman una ley penal en blanco (ni hablar de considerar al art. 433 como tipo penal).** Ni la historia de la ley ni tampoco el sentido literal posible (ni el del texto del art. 299 N°3 ni el del art. 431) permiten sostener esa vinculación.

8.- Según el TC, sin embargo, esa relación no sólo existe sino que constituye el único medio plausible para salvar la constitucionalidad del art. 299 N°3. Corrobora esta interpretación el hecho de que, en Casa 212, el TC haya desestimado la inaplicabilidad del art. 431 porque, en la especie, no se haya hecho uso de la potestad reglamentaria a que habilita la referida norma: como los reglamentos a que alude el art. 431 en la especie no se dictaron, entonces el art. 299 N°3 habría dejado de ser una ley penal en blanco para pasar a ser una ley penal (en blanco) abierta.

9.- Sin embargo, como vimos, eso no es posible: una ley no puede ser abierta un día y completa el otro. **Al obligar el TC a interpretar el delito de incumplimiento de deberes militares juntamente con el art. 431 del CJM, y así poder salvar la constitucionalidad de la norma, está creando un nuevo tipo penal: está ejerciendo potestades que no le fueron**

conferidas y, en consecuencia, está actuando en calidad de legislador positivo. En efecto, al incorporar al tipo una modalidad que la ley no exige, no está respetando la voluntad expresa de la ley. A mi juicio, esa vulneración de la voluntad soberana pasa, en parte, por la falta de comprensión de la técnica legislativa penal de remisión.

10.- **Doctrinariamente, esta forma en que los tribunales constitucionales se instituyen en legisladores positivos, por mor de la transgresión del ámbito de su potestad, se la conoce como «sentencias interpretativas».** Las sentencias interpretativas “son aquellas que declaran que ‘un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera’ [...] esto es, que afirman la constitucionalidad del precepto impugnado pero únicamente en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución”²³⁵.

11.- Las sentencias interpretativas han sido objeto de estudio por la literatura constitucional comparada. Estas sentencias tienen lugar, sobre todo, en sede constitucional-penal para intentar salvar la legalidad del tipo ante la presencia de algún vicio de determinación, **sin embargo, su proliferación solo ha conseguido relajar el mandato de *lex certa*:** “la exigencia de normas *determinadas* pasa a convertirse en que las normas sean *determinables*, [en consecuencia] viene a modificarse tanto el objeto de la garantía como el encargado de satisfacerla: ya no estamos, entonces, ante una exigencia que se predica de la ley en abstracto –esto, antes de su aplicación a un caso concreto– [ni] va por tanto dirigida al legislador...”²³⁶.

12.- Una escalada de las atribuciones legislativas que los tribunales constitucionales se auto conceden pone en peligro la noción de Estado democrático de Derecho. No podemos olvidar que su función es, justamente, custodiar este Estado; defender la preservación de la legalidad estricta. Pero, entre otras, **la técnica de las sentencias interpretativas, la utilización de derecho consuetudinario para fundamentar sanciones penales²³⁷ y la construcción de tipos penales de autoría²³⁸, sólo apuntan a las antípodas de aquel solemne objetivo: dejan sin contenido al mandato de la *lex certa* y propician el retroceso a la mera legalidad.**

²³⁵ Alcácer Guirao, “El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional: algunas bases constitucionales”, 33.

²³⁶ Alcácer Guirao, 32.

²³⁷ Vid. sección IV.2.2. del capítulo tercero.

²³⁸ Vid. sección IV.2.2. del capítulo tercero.

BIBLIOGRAFÍA

a) Libros y revistas

- Alcácer Guirao, Rafael. "El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional: algunas bases contitucionales". En *Constitución y principios del Derecho Penal*, editado por Santiago Mir Puig y Joan J. Queralt Jiménez, 15–66. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- Arroyo Zapatero, Luis. "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional* 8 (1983): 9–46.
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_008_009.pdf.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho penal Parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- . *Principios constitucionales de derecho penal*. Editado por Jose Luis Depalma. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- Bergalli, Roberto. "Principio de legalidad: fundamento de la modernidad". *Jueces para la democracia*, nº 32 (1998): 58–64.
- Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas. Derecho Penal Parte General*. Vol. Tomo I. Lima: ARA Editores, 2004.
- Bustos Ramírez, Juan, y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal*. Vol. 1. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General*. 6ª ed. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1998.
- Cousiño Maclver, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General*. Vol. 1. Santiago: Editorial Jurídica, 1975.
- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 9ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009.
- . *La ley penal en blanco*. Bogotá: Temis, 1988.
- Díez Ripollés, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07 (2005): 1–37.

- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. 3ª ed. Vol. 3. Santiago: Editorial Jurídica, 1999.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 10ª ed. Trotta, 2011.
- Foucault, Michel. *El orden del discurso*. Traducido por Alberto Gonzalez Trovano. 2ª ed. Buenos Aires: Tusquets, 2004.
- . *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002.
- Gallant, Kenneth S. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Gandulfo, Eduardo R. “¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la argumentación jurídica”. *Política Criminal* 4, n° 8 (2009): 292–382. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992009000200002>.
- García Arán, Mercedes. “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”. *Estudios penales y criminológicos*, n° 16: 63–104. Accedido 29 de septiembre de 2018. http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/4_REMISIONES-NORMATIVAS.pdf.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 1. Santiago: Editorial Jurídica, 2001.
- Hall, Jerome. “Nulla Poena Sine Lege”. *The Yale Law Journal* 47, n° 2 (1937): 165–93.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich, y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducido por Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada, 2002.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal. Filosofía y ley penal*. 2ª ed. Vol. 2. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956.
- Kant, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración?* Traducido por Roberto R. Aramayo. 2ª ed. Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- Kuhlen, Lothar. “Sobre la realización entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía”. En *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia*

- o evolución?, 151–72. Marcial Pons, 2012.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo. “Transcripciones de clases del segundo semestre de 2015”. 2015.
- Mestre Delgado, Esteban. “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, nº 2 (1988): 503–28.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8ª ed. Granada: Reppertor, 2008.
- Montiel Fernández, Juan Pablo. “Estructuras analíticas del principio de legalidad”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1 (2017): 18.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5817532>.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Editado por Julio César Faira. *Darwin*. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2001.
- Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- Náquira, Jaime, Cristóbal Izquierdo, Paula Vial, y Víctor Vidal. “Principios y penas en el derecho penal chileno”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008.
<http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*. 3ª ed. Vol. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Oliver Calderón, Guillermo. “Seguridad jurídica y Derecho Penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 11 (2009): 181–99.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “La referencia político-criminal en el Derecho Penal contemporáneo”. En *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, editado por Emilio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, y Emilio Cortés Bechiarelli, 859–94. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- Ortiz Quiroga, Luis. “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”. En *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, editado por Alex Van Weezel, 143–62. Santiago: Legal Publishing Chile, 2013.
- Ossandón Widow, María Magdalena. “Caso ‘Antuco’. STC, 09/11/2006, Rol N°468-2006”. En *Casos destacados Derecho Penal Parte General*, editado por Tatiana Vargas Pinto, 3–23. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

- . *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica, 2011.
- Polittoff Lifschitz, Sergio, Jean Pierre Matus Acuña, y María Cecilia Ramírez. *Lecciones de derecho penal chileno parte general*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Prittwitz, Cornelius. “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal”. En *La insostenible situación del Derecho Penal*, editado por Carlos María Romeo Casabona, 427–46. Granada: Editorial Comares, 2000.
- Ramos Tapia, María Inmaculada. “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”. En *Derecho Penal Parte General*, editado por José M. Zugaldía Espinar y Esteban Pérez Alonso, 253–71. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Traducido por María Dolores González. 2ª ed. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General*. Traducido por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. 2ª ed. Vol. 1. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- . “El principio de determinación de la ley en el derecho penal alemán”. En *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, editado por Alex Van Weezel, 109–41. Santiago: Legal Publishing Chile, 2013.
- . *Teoría del tipo penal*. Traducido por Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- Sáez Capel, José. “Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución en el Derecho penal”. En *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*, editado por Jorge de Figueiredo Dias y José Luis Guzmán Dálbora, 245–56. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- Santana Vega, Dulce María. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
- Schünemann, Bernd. “Las reglas de la técnica en Derecho penal”. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1994, 309–42.
- Tozzini, Carlos. “El principio de legalidad”. En *El penalista liberal. Controversias nacionales e*

internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología, 257–71. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

Western, Peter. “Two Rules of Legality in Criminal Law”. *Law and Philosophy* 26, n° 3 (2007): 229–305.

Yáñez Pérez, Sergio. “Las Leyes Penales en Blanco”. *Gaceta Jurídica X*, n° 58 (1985): 2–16.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Vol. III. Buenos Aires: EDIAR, 1981.

Zugaldía Espinar, José M. *Derecho Penal Parte General*. Editado por José M. Zugaldía Espinar y Esteban J. Pérez Alonso. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

Zuñiga Morales, Sandra. “Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad”. *Revista de Derecho*, n° 8 (2004): 161–82.

b) Sentencias

T. Constitucional, 4 de diciembre de 1984, Rol N°24-84 [en: www.tribunalconstitucional.cl]

T. Constitucional, 9 de noviembre de 2006, Rol N°468-06 [en: www.tribunalconstitucional.cl]

T. Constitucional, 27 de septiembre de 2007, Rol N°781-07 [en: www.tribunalconstitucional.cl]

T. Constitucional, 28 de enero de 2016, Rol N°2773-15 (acumulado con 2817-15, 2849-15, 2859-15) [en: www.tribunalconstitucional.cl]

T. Constitucional, 5 de mayo de 2016, Rol N°3052-16 [en: www.tribunalconstitucional.cl]

C. Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, de 30 de mayo de 1999