



Revista

ISSN 2007-4700

# Perla

MÉXICO

Número 5 • Septiembre 2013



## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro



Alex van Weezel

Pontificia Universidad Católica de Chile

**RESUMEN:** *En el escenario de un Derecho penal en expansión resulta indispensable volver a reflexionar sobre la vigencia real de la garantía de tipicidad o mandato de determinación de los tipos penales. Esta contribución analiza las dos fundamentaciones tradicionales de la garantía —la tesis subjetivista y la que concibe el mandato como una restricción adicional del poder punitivo del Estado—, y pone a prueba su capacidad de rendimiento a la luz de tres casos resueltos recientemente por el Tribunal Constitucional chileno. El análisis conduce a la conclusión de que sólo la segunda fundamentación preserva el núcleo de la garantía, mientras que la tesis subjetivista tiende a diluirla en consideraciones de cognoscibilidad de los deberes subyacentes a los tipos penales desde la perspectiva de un hombre medio. Este efecto resulta sólo intensificado cuando el procedimiento en el cual un Tribunal Constitucional está llamado a pronunciarse sobre la conformidad de una determinada ley con el mandato de determinación impide hacerse cargo de la individualidad de los acusados.*

**PALABRAS CLAVE:** *Principio de tipicidad, determinación de los tipos penales, ley penal en blanco, tipo penal con elementos normativos.*

**ABSTRACT:** *In a scenario of an expanding criminal law, it is essential to think again about the actual validity of the guarantee of typicality or order of determination of criminal types. This paper analyzes the two traditional foundations of the guarantee —the subjectivist thesis and the one that sees the order as an additional restriction of the punitive power of the state, and tests its ability to perform in the context of three cases recently solved by the Chilean Constitutional Court. The analysis leads to the conclusion that only the second foundation preserves the core of the guarantee, while the subjectivist thesis tends to dilute it through considerations of cognoscibility of the underlying duties in the criminal types from the standpoint of an average man. This effect is only intensified when the procedure in which a Constitutional Court is asked to rule on the compliance of a particular lay with the order of determination prevents the individuality of the accused from being addressed.*

**KEY WORDS:** *Criminality principle, determination of the criminal types, blank criminal law, criminal type with normative elements.*

**SUMARIO:** *1. El fundamento del principio de tipicidad. a) La tesis de la “certeza subjetiva”. b) La tesis limitativa. 2. El caso Deberes Militares (Rol 468). 3. El caso ADN (Rol 1973). 4. Rol 2154 (la impugnación del art. 492 del Código Penal). 5. Breve conclusión.*

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

En lo que interesa a esta contribución, “tipicidad” es el principio jurídico —que en Chile tiene rango de garantía constitucional— según el cual para que el Estado pueda imponer un castigo a un ciudadano, tiene que existir un precepto legal que defina en forma suficiente la conducta amenazada con tal castigo. También se conoce como “mandato de determinación de los tipos”.

Por fortuna o por desgracia, la configuración concreta del principio de tipicidad en el ordenamiento jurídico chileno no ha sido realizada principalmente por los jueces penales, sino por la judicatura constitucional a partir del control preventivo y de las sentencias recaídas en procedimientos de inaplicabilidad por violación del artículo 19 de la Constitución Política. A ella se debe el establecimiento real, y no meramente declarativo ni implícito o “virtual”, de algunos criterios básicos en materia de determinación. Como se verá, esto no pasa de ser un comienzo, pues en no pocos casos el razonamiento de las sentencias de inaplicabilidad no calza del todo con el rechazo de las acciones intentadas. Pero al menos la magistratura constitucional ha aceptado un desafío que la jurisdicción penal llevaba décadas sin enfrentar.

Este desafío es apremiante si se tiene en cuenta el estado actual de la política criminal. Es un hecho que el principio de legalidad nunca ha reivindicado vigencia efectiva cuando se trata de injusticias muy graves —piénsese en la fórmula de Radbruch sobre la vigencia del Derecho positivo injusto—, pero ocurre que la exigencia de una *legis certae* se encuentra especialmente cuestionada en estos tiempos de expansión del Derecho penal. Mientras la retórica garantista exalta y proclama el principio de determinación de los tipos, el legislador recurre sin necesidad a elementos normativos de compleja interpretación (“incompletos”, en la mente —no el lenguaje— de Erik Wolf);<sup>1</sup> se tipifica ampliamente conductas consideradas actos preparatorios para obviar la distinción entre éstos y el comienzo de la tentativa, con la consiguiente anticipación de la punibilidad; se tipifica genéricamente

como autoría conductas que de otro modo serían consideradas simple complicidad; se sustituye el dominio de la conducta típica por el dominio del contexto (o incluso de algunos elementos del contexto) en que se realiza la conducta típica; se establece deberes penales genéricos de impedir que terceros autorresponsables cometan delitos (la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, no comprende un verbo rector en el tipo penal que establece); etc. Estas y otras manifestaciones expansivas, a las que se suma la acelerada tipificación de nuevas conductas, ya no son simplemente el resultado de una serie de presiones políticas de distinto signo, sino que cuentan también con respaldo en parte de la doctrina, también en Chile. Por lo tanto, sería ilusorio pensar que el principio es capaz de contener *por sí solo* las demandas por una legislación real o simbólicamente “eficaz”. Sin embargo, el *nullum crimen* es pieza clave para una autocomprensión restrictiva del Estado sancionador, aparte de servir como advertencia y control de racionalidad de las leyes.

En esta contribución se pretende, en primer lugar, esbozar qué se requiere para que el principio de tipicidad cumpla realmente su función. Para ello, es preciso llamar la atención sobre dos fundamentaciones posibles del principio de determinación de los tipos penales que conviven de un modo aparentemente armonioso en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia, pero que en realidad conducen a consecuencias contradictorias en los casos verdaderamente complejos. Luego quisiera detenerme en tres casos concretos, en los cuales el Tribunal Constitucional chileno (TC) se vio obligado a optar entre ambas fundamentaciones, o al menos a tomar posición sobre la disyuntiva. En el primero de ellos, no resulta claro si advirtió a cabalidad la existencia de la contradicción; en el segundo, optó en forma contundente por una de las alternativas —la menos garantista—, mientras que en el tercero se advierte una mayor conciencia del problema y el claro retorno de algunos jueces a la fundamentación más garantista, si bien en el voto de minoría.

<sup>1</sup> E. Wolf, “Der Sachbegriff im Strafrecht”, en Otto Schreiber (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts* (1º de octubre de 1929), tomo V: Strafrecht und Strafprozess (Walter de Gruyter, Berlín), pp. 54 y ss. Wolf precisa que cuando habla de la apreciación “subjetiva” no se refiere “al saber subjetivo del individuo, sino sólo al sentido social que descubre interiormente el hombre preocupado de juzgar conforme a derecho” (E. Wolf, *Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, F. Hirt Breslau, 1931, p. 60). Naturalmente, se trata de una cuestión de grados: mientras “cónyuge” (art. 390) es un elemento normativo muy completo, “conviviente” (art. 390) lo es menos, y menos aun lo es “grave escándalo” (art. 373). Las citas de artículos sin otra especificación corresponden al Código Penal chileno.

## 1. El fundamento del principio de tipicidad

¿Para qué establecer una garantía como la que se expresa en el principio de tipicidad? El Derecho civil no conoce una institución semejante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y ello no ha provocado que se termine condenando habitualmente a pagar indemnizaciones a sujetos que no son responsables. Como la condena presupone siempre la imputación del daño, una buena teoría de la imputación podría ser suficiente para impedir que se haga cargar al inocente con lo que no le compete. Incluso en el ámbito penal, la cultura jurídica no parece haber encontrado demasiados problemas para convivir con normas como el artículo 490 del Código Penal, que sanciona nada menos que al que “ejecuta un hecho” temerariamente imprudente, con resultado de lesión o muerte de otras personas.<sup>2</sup>

### a) La tesis de la “certeza subjetiva”

Las explicaciones que se han dado para responder a la pregunta sobre el fundamento del principio son muchas, pero, dejando por el momento a un lado los diversos matices, ellas pueden reconducirse fundamentalmente a dos. La primera explicación, que denominaremos de la “certeza subjetiva”, dice lo siguiente: el sentido de las sanciones asociadas a normas de conducta consiste en *modelar el comportamiento de los ciudadanos para que se ajuste a dichas normas*. Por lo tanto, si las normas de conducta no existen o no son claras para el ciudadano, las sanciones pierden su sentido, se tornan ilegítimas. Cuando la “culpabilidad” consiste en no comportarse voluntariamente como prescribía la norma, no puede haber culpabilidad si lo que esa norma prescribe no está claro para quien debió ajustarse a ella.

Refiriéndose a las leyes penales en blanco, Sergio Yáñez afirmaba que la norma penal debía estar formulada de modo de “alertar al ciudadano” respecto de la amenaza de pena que se cierne sobre una determinada conducta,<sup>3</sup> y Cury se refiere en los siguientes términos al fundamento de la exigencia de una *legis strictae*: “Al sujeto se le *garantiza* que únicamente se lo castigará si se comporta de una *cierta* forma [...] y para eso es necesario asegurarle que nada le ocurrirá si hace o deja de hacer algo *parecido* pero *diferente* de lo que la ley prohíbe o manda”.<sup>4</sup>

En esta misma tradición parece situarse la doctrina actual del TC, a la que luego nos referiremos. En todo caso, ya en el Rol 46 se afirmaba que el principio de tipicidad “asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos”. Esta tendencia resultará determinante al momento de decidir sobre la constitucionalidad de ciertas leyes penales en blanco, según se verá.<sup>5</sup>

La explicación retributivo-culpabilista del principio de tipicidad presenta bastantes inconvenientes. Por ejemplo, al parecer no toma suficientemente en serio el carácter utópico del conocimiento que se atribuye a los ciudadanos de las conductas prohibidas o mandadas. Los ciudadanos conocen posiblemente un núcleo fundamental de mandatos y prohibiciones amenazadas con sanciones, pero no más que eso.<sup>6</sup> De allí que algunos autores se conformen con cierta “cognoscibilidad” de la materia de la prohibición,<sup>7</sup> con lo cual se abandona el cauce que proporciona esta explicación culpabilista del principio y se cae en el antiguo dilema de la cognoscibilidad: si el parámetro es un hombre medio, entonces será posible castigar a un Juan que jamás pudo conocer la materia de la prohibición; si el parámetro es Juan, entonces queda a salvo su culpabilidad, pero a costa del principio de

<sup>2</sup> Sobre el contenido de este apartado véase A. van Weezel, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 6 y ss.

<sup>3</sup> S. Yáñez, “Las leyes penales en blanco”, *Gaceta Jurídica*, núm. 58, 1985, p. 11.

<sup>4</sup> E. Cury, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, p. 14. En este mismo sentido, en definitiva, también E. Gandulfo, “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, *Política Criminal*, núm. 8, 2009, A2-8, pp. 1-90. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf), pp. 44 y s. (consultado el 22 de noviembre de 2012); igualmente M. Ossandón, *La formulación de tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 279 y s., 524 y ss.

<sup>5</sup> Cfr: Rol 468; Rol 480, cuya doctrina profundiza Rol 549. Las sentencias del TC se citan según el modo ya habitual en la literatura, según el número de rol.

<sup>6</sup> De otra opinión T. Vives Antón, “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en Díaz y García Conlledo y García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, pp. 295 y ss., Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 339 y s.

<sup>7</sup> Como G. Oliver, “Seguridad jurídica y Derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, 2009, pp. 181 y ss.

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

legalidad, el cual dejará de proporcionar una orientación general, pues se cumplirá de diferente manera dependiendo de quién es el destinatario de la norma de conducta en el caso concreto. Esto último no es problemático cuando se trata de la imputación subjetiva de un hecho singular, pero sí cuando se trata de decidir si un tipo penal cumple con el mandato de determinación.

El principal problema de la explicación de la certeza subjetiva parece ser, sin embargo, que es muy poco lo que explica. De la exigencia que los ciudadanos conozcan la materia de la prohibición o del mandato que está resguardado mediante una amenaza de sanción, no se deduce para nada que dicha materia tenga que estar minuciosamente descrita. Es perfectamente imaginable una norma según la cual se amenace con determinado castigo a todo el que perjudique a otro en su propiedad, es decir, una norma que incluyera las figuras que hoy conocemos como hurto, daños, robo con fuerza en las cosas, apropiación indebida, estafa y otras semejantes. Por ejemplo: ¿Podría un ciudadano sostener razonablemente que era consciente de que sustraer el computador portátil del vecino significaba perjudicarlo en su propiedad, pero que “no pudo saber” que matar a su ruidoso perro también lo era? En el lenguaje de la certeza subjetiva, ¿resultará “sorprendido” el ciudadano si se pretende subsumir esta última conducta bajo el tenor de la norma de comportamiento señalada previamente?

De la exigencia de que los ciudadanos conozcan de antemano la conducta que es objeto de una amenaza de sanción, tampoco se deduce que dicha materia tenga que estar descrita precisamente en una ley. Si el fundamento del principio es la certeza subjetiva, entonces podría bastar una comunicación por correo electrónico, a lo sumo con confirmación de lectura.<sup>8</sup>

### b) La tesis limitativa

La segunda explicación del principio de tipicidad lo concibe como una elevación del estándar de protección del ciudadano frente al Estado. Esto resulta muy evidente al leer el artículo 19 núm. 3 de la Constitución Política, que en su inciso final formula el princi-

pio de un modo rotundamente garantista: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Es el lenguaje que se usa para expresar la conquista de un ámbito de libertad frente al poder estatal, lo que además resulta confirmado por el contexto del artículo 19, del artículo 1º inciso 2º, de los artículos 5º, 6º y 7º y de muchos otros de la Constitución Política. La Corte Suprema ha destacado con toda claridad este aspecto: “El principio de reserva o legalidad, como *límite de la potestad punitiva del Estado*, apreciado para los efectos del presente análisis, bajo su vertiente de la tipicidad [...] se encuentra previsto como un *derecho fundamental* de las personas en el inciso final del precitado artículo 19 N° 3 de la Constitución”.<sup>9</sup>

Si se le entiende en estos términos, sin embargo, el principio de tipicidad no es un mero corolario del principio de legalidad de los delitos y las penas. La estrictez de la ley es un *plus*, un afinamiento ulterior del estatuto de garantías del ciudadano. La tipicidad es una garantía constitucional que implica un incremento en la limitación del poder sancionador del Estado, una elevación del estándar exigido para tolerar la intervención de este poder en la vida del ciudadano. Si esto es así, entonces resulta irrelevante que el ciudadano pudiera conocer perfectamente sus deberes por otra vía. Con la certeza subjetiva del individuo acerca de lo que “se puede o no se puede”, el principio tiene poco o nada que ver. Lo que está en juego es algo distinto: el sistema jurídico “se complica la vida” con el principio de tipicidad para “complicársela” al Estado sancionador.

Esta explicación del principio incluye dos aspectos que concurren a la limitación del poder del Estado y que son muy relevantes desde la perspectiva discursiva de análisis de la sociedad y su Derecho. En primer lugar, el principio de tipicidad lleva, a través de la reserva legal de la cual se alimenta, a que la definición de las conductas susceptibles de sanción sea realizada por autoridades que gozan de legitimación democrática. Sin principio de tipicidad o con una aplicación laxa del principio, la definición de tales conductas quedaría en manos de funcionarios no representativos, lo que erosiona la culpabilidad

<sup>8</sup> Esto no es una exageración: en el ámbito administrativo sancionador, por ejemplo, la Superintendencia de Casinos de Juego ha considerado suficientemente tipificada una conducta por el hecho de que el deber no cumplido por el regulado se encontraba prescrito en un oficio dirigido exclusivamente a dicho regulado!

<sup>9</sup> Corte Suprema, sentencia recaída en causa Rol 4.404-2005 (cursivas añadidas).

entendida en términos discursivos. En segundo lugar, la precisión que impone el principio a la redacción de las proposiciones normativas y el alcance que tiene respecto de la función judicial facilitan (no es que recién permitan) el ejercicio de un control racional sobre las decisiones de aplicación del Derecho. Ambos aspectos son dimensiones del principio entendido como límite.<sup>10</sup>

Un ejemplo de la adopción de esta perspectiva por parte del Tribunal Constitucional es la sentencia Rol 286, dictada en control abstracto de constitucionalidad antes de la reforma de 2005. Aunque se hace una referencia a la “certeza jurídica”, el argumento central para estimar inconstitucional el precepto contenido en el proyecto radica en que su indeterminación “abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer”.<sup>11</sup>

Se trata, como se puede apreciar, de una decisión a favor de una restricción del poder sancionador aún más severa que la que es capaz de proporcionar el principio de legalidad por sí solo. Esta decisión es el producto de cierta forma de entender las relaciones entre la persona y el Estado, que por lo demás no es universalmente aceptada ni tiene asegurada su vigencia en el futuro, en la medida en que está sujeta a la presión constante por hacer más “eficiente” el Derecho penal, combatir la impunidad, la delincuencia de los poderosos, etc. Por ejemplo, en el Derecho penal internacional actualmente no rigen la prohibición de retroactividad ni el principio de tipicidad.<sup>12</sup>

Pero aunque sea cierto que el principio de tipicidad es contingente, funcional a determinada estructura de relaciones, variable en el tiempo y también “pondera-

ble” o compensable con otros principios por parte del legislador, es necesario preguntarse cuál de las dos fundamentaciones del principio es la que está en mejores condiciones para evitar una instrumentalización penal del ciudadano. Veamos qué ha ocurrido en la práctica.

## 2. El caso *Deberes Militares* (Rol 468)

El TC considera al tipo penal como la “descripción abstracta de una conducta humana punible” (Rol 549, cons. 4º), y el análisis que sigue procurará ajustarse a esta definición. Pero es importante tener presente que los tipos en realidad no contienen descripciones. Las descripciones siempre se refieren a hechos concretos y no a categorías abstractas, y por lo tanto sólo pueden realizarse en relación con un acontecimiento pasado o presente. En este sentido, la expresión “descripción abstracta” que usa el tribunal sería una contradicción en los términos. En lugar de descripciones, los tipos contienen definiciones de clases de conductas, prescripciones con contenido valorativo: el tipo define una clase de conducta y la valora como relevante para el Derecho penal.<sup>13</sup> Esto es importante para la problemática de la tipicidad, pues ayuda a situar el principio en su lugar: no tiene sentido decir que una formulación típica es demasiado general o que no lo es, pues en estricto rigor no existe un parámetro con el cual compararla. La tipificación es un ejercicio originario y definitorio.

La única forma de criticar una formulación típica es funcional: ella resulta insuficiente para que el ciudadano anticipe las consecuencias de sus actos, o bien ella resulta incapaz de poner límites efectivos al poder sancionador del Estado. Si se sigue la tesis de la certeza subjetiva, la definición del tipo como “descripción abstracta de una conducta” es en realidad una abreviatura para decir: el tipo expresa o debe expresar todos los

<sup>10</sup> Los recoge explícitamente el cons. 5º del voto disidente en Rol 468.

<sup>11</sup> Rol 286, cons. 6º. El tipo delictivo propuesto era el siguiente: “El que, sin perjuicio de lo anterior [*i.e.*, tras el arresto de hasta quince días], continuare entorpeciendo la investigación o se rehusare a proporcionar antecedentes que conozca o que obren en su poder, será penado con presidio menor en su grado mínimo. Si se tratare de un funcionario público será, además, penado con la pérdida del empleo”.

<sup>12</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 15.2; G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, n. marg. 100.

<sup>13</sup> Las aproximaciones a la teoría del tipo desde este ángulo son variadas: por ejemplo, es posible ofrecer una comprensión de las normas de conducta como normas de valoración y no de determinación (*cf.* G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2008, pp. 50 y ss.); también se puede, siguiendo a Quine, argumentar en la línea de la teoría de clases, como hace Gandulfo (n. 4), pp. 27 y ss. A conclusiones similares se llega recurriendo a la tradición de la teoría del tipo penal como juicio de antijuridicidad *prima facie*, desarrollada por oposición a Beling a comienzos del siglo xx (*cf.*, por ejemplo, Mezger, para quien la antijuridicidad no es elemento de la conducta típica, pero la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad: *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, reimp. Keip, Goldbach, 2002, pp. 179 y ss.); en este sentido parecen moverse también las reflexiones de Ossandón (n. 4), p. 28.

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

elementos que el ciudadano necesita para planificar adecuadamente su conducta futura en el ámbito que se trate. Por ejemplo, el tipo del hurto debe dejar en claro que el sujeto será castigado si toma una cosa mueble ajena para quedarse con ella, pero que no lo será si la toma “simplemente” para utilizarla por un rato y luego devolverla sin daños. Desde esta perspectiva, una vez más, la observancia del principio de tipicidad dependerá menos de la construcción de la norma y su capacidad restrictiva de la punibilidad que de su utilidad como insumo en la planificación individual de sus destinatarios.

Sobre esta base, el TC ha establecido que el inciso final del artículo 19 núm. 3 exige que la ley sancionatoria contenga una “descripción” y que lo descrito sea precisamente una “conducta”. Describir es más que simplemente nombrar, es “dibujar” o delinear. Que lo descrito haya de ser una conducta significa al menos que no bastaría con que el legislador describiera con detalle determinado resultado, por ejemplo, una herida que tarda más de treinta días en sanar, o un perjuicio de índole patrimonial de cierta entidad. Es evidente que esta exigencia tiene un efecto muy restrictivo de la punibilidad. Por ejemplo, no sería conforme al principio una norma que amenazara con pena de multa la “infracción de los deberes legales” del urbanizador; ni una según la cual “cualquier violación de las normas” que regulan la operación de una administradora de fondos, y que no tenga establecida una sanción especial, se castigará con presidio menor en su grado mínimo.<sup>14</sup>

El caso *Deberes Militares* tiene que ver con una ley penal en blanco: conforme al artículo 299 núm. 3 del Código de Justicia Militar (CJM) se castiga con pena de presidio o pérdida del estado militar al que “sin incurrir en desobediencia [...] deje de cumplir sus deberes militares”; el artículo 431 del mismo Código encomienda la determinación de tales deberes a los reglamentos que dictaría el Presidente de la República para cada institución.

Para quien estuviera familiarizado con la jurisprudencia del TC anterior a la sentencia recaída en el Rol 468, podía resultar previsible que el tribunal acogiera el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 299 núm. 3 CJM. Por esta razón resultó

doblemente sorprendente la forma como en definitiva se resolvió: el TC consideró que este precepto cumplía con el estándar impuesto por el mandato constitucional de determinación. Lo más sorprendente de todo, sin embargo, fue comprobar que —al menos en apariencia— el tribunal ni siquiera estaba consciente de haber dado un paso que suponía apartarse de una línea que teóricamente había sustentado hasta la fecha. Por estas mismas razones es saludable la lectura del voto disidente del ministro Correa, pero también del voto concurrente al fallo, pero con prevenciones, de la ministra Peña. En el primer considerando de su prevención, la ministra advierte que la sentencia implica un cambio de criterio del tribunal: “Se descarta así la aprensión manifestada por esta propia Magistratura, en sentencia de 22 de abril de 1999”. Se trata del ya citado Rol 286, conforme al cual un tipo penal no está suficientemente determinado si “abre un [...] espacio al subjetivismo para el intérprete” de modo que se “permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito” (cons. 6º).

Como se indicó antes, Rol 286 privilegia la explicación del principio de tipicidad según la cual éste constituye un límite al poder estatal y donde, por lo tanto, las posibilidades individuales de previsión de la sanción características de la tesis de la “certeza subjetiva” no son relevantes.

Aunque el TC siempre había hecho convivir en sus fallos ambas fundamentaciones del principio, de manera que en estricto rigor no hay un cambio de criterio, sí resulta evidente que en el caso concreto esa convivencia se hacía imposible.

El tenor del fallo es fácilmente accesible y no será reproducido en este lugar. Sólo interesa llamar la atención sobre el hecho que, salvo el ejercicio de autoconciencia contenido en la prevención, el TC parece no haber dimensionado completamente el alcance de su opción por una fundamentación subjetiva del mandato de determinación, la cual implica crear incluso la posibilidad de lo que cabría denominar “constitucionalidad al revés”. En efecto, cuando el análisis abstracto de un precepto legal arroja un resultado satisfactorio, la Constitución reserva aún al TC la posibilidad de declararlo inaplicable en el caso concreto.

<sup>14</sup> Dicho sea de paso: la Ley núm. 20.393 no describe una conducta de la persona jurídica cuya realización la convierta en sujeto pasivo de alguna de las sanciones que la ley establece, sino que se limita a aludir genéricamente al “incumplimiento de deberes de dirección y supervisión”.

Pero si el análisis abstracto arroja que el precepto es contrario al principio de tipicidad, ¿podrían las circunstancias distintas, especiales o excepcionales del caso concreto eliminar esa contrariedad abstracta?

Aunque pueda resultar sorprendente, en el caso *Deberes Militares* el tribunal responde afirmativamente a esta pregunta. El TC entiende que el tipo penal del artículo 299 núm. 3 CJM, según el cual se castiga con pena de presidio o pérdida del estado militar al que “sin incurrir en desobediencia [...] deje de cumplir sus deberes militares”, sería respetuoso del principio de tipicidad, ya 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”. Por esta razón, según el fallo, el artículo 299 núm. 3 CJM contendría ya una descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible (Rol 468, cons. 9º). Es decir, el juicio acerca de si una norma describe suficientemente el núcleo central de la conducta punible —primera condición para admitir una ley en blanco— depende de las características de los destinatarios de la norma.

Esta conclusión tiene algo de desconcertante por varias razones. Destaco una de ellas que es particularmente relevante, si se miran las cosas desde la perspectiva de la ciencia penal: en este razonamiento se confunde el análisis de conformidad de un tipo con el principio de tipicidad con el pronóstico acerca de la eventual evitabilidad del error de tipo o de prohibición por parte de un hombre medio cualificado (y no del acusado en concreto). No obstante, el criterio es en cierto modo coherente con la concepción culpabilista psicológica del principio de tipicidad. Si el fundamento del principio es la previsibilidad de las sanciones desde el punto de vista del ciudadano, es decir, que éste se encuentre en condiciones de anticipar lo que será objeto de sanción, entonces la posición del TC tiene sentido. Lo que ocurre es que de este modo se introduce un elemento espurio en el análisis: el TC no conoce al individuo acusado en la gestión pendiente, por lo que su juicio de evitabilidad del error siempre será generalizador, es decir, predicable de una persona promedio, de una ficción. Este artificio es el que hace practicable la tesis de la “certeza subjetiva” en sede constitucional, pero al mismo tiempo la desnaturaliza:

ya no importa la certeza del acusado, sino de sujetos como él, a los que el acusado ha debido emular.

### 3. El caso *ADN* (Rol 1973)

La sentencia recaída en la arista constitucional del llamado “caso ADN”, el 3 de noviembre del año (2011), refleja fielmente la discusión que existe en el interior del propio TC en materias penales-constitucionales. El precepto impugnado corresponde al tipo general de contrabando establecido en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, según el cual “incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca en el territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”. Es evidente que este tipo penal sólo adquiere sentido con referencia a aquellas normas que establecen las prohibiciones específicas de importación y exportación. En la especie, ellas se contendrían en el Reglamento Sanitario de los Alimentos, norma de rango infralegal, por lo que el caso se presenta en términos similares al que se ha comentado antes.

Esta sentencia contiene aspectos hasta cierto punto novedosos y que merecen destacarse. Por ejemplo, se revive el problema de la distinción entre los tipos penales en blanco y los tipos penales con elementos normativos. Esta distinción es importante en el contexto de la jurisprudencia del TC, pero su análisis escapa al objetivo de esta contribución.<sup>15</sup> Lo que aquí interesa es que el fallo radicaliza aun más la concepción subjetivista de la garantía de tipicidad en el caso de las leyes penales en blanco.

En cuanto considera el precepto impugnado como una auténtica ley penal en blanco, el TC rechazó el requerimiento, pues entendió que se cumplían las condiciones que la jurisprudencia del mismo tribunal había venido estableciendo en cuanto a la constitucionalidad de esta clase de normas. En los pasajes decisivos, la sentencia se remite precisamente al caso *Deberes Militares*, que le sirve de paradigma. Se recuerda que el tribunal consideró en esa oportunidad que el artículo 299 núm. 3 CJM era aceptable constitucionalmente, pues contendría el “núcleo central” de la conducta punible, y se añade —en una interpretación novedosa del fallo por parte del TC— que según

<sup>15</sup> Puede verse al respecto A. van Weezel, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 99 y ss.

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

*Deberes Militares* la norma complementaria poseería la “aptitud” de precisar la noción general de “deber militar”. A partir de ambos elementos, se establece ahora un estándar de admisibilidad de las leyes penales en blanco propias, compuesto de “la aptitud [de la norma de complemento] para precisar el ‘núcleo fundamental’ contenido en la norma impugnada, y la posibilidad real de conocer las normas complementarias”.<sup>16</sup>

Con ello se dejan de lado las exigencias más restrictivas que el mismo precedente había sintetizado y que la jurisprudencia del TC anterior al “caso ADN” se había esforzado —con mayor o menor rigor— por hacer respetar. Estas exigencias se encuentran en el considerando 6° del Rol 468, según el cual están permitidas las leyes penales en blanco propias que reúnen dos requisitos copulativos, a saber, 1) describen —ellas mismas, expresamente— el núcleo central de la conducta punible y además 2) establecen —también ellas mismas y expresamente— el destino de remisión infralegal.

Resulta entonces evidente que la sentencia del “caso ADN” va aun más allá, porque: 1) acoge ya casi sin reservas un criterio que diluye la garantía de tipicidad en el torrente de los saberes que pueden atribuirse a un hombre medio: basta la “posibilidad real de conocer las normas complementarias” por parte de sus destinatarios; 2) atiende a la mera “aptitud” de la norma de complemento para precisar la conducta típica; esto es menos que el complemento, es la mera aptitud para complementar.

#### 4. Rol 2154 (la impugnación del art. 492 del Código Penal)

El TC resolvió el 14 de junio de 2012 un caso en el que el precepto impugnado era el artículo 492 CP:

Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas.

El problema planteado era la remisión a “los reglamentos”, los cuales a su vez se remitían en la especie a “normas técnicas” sobre construcción. El fallo unánime del TC rechazó el requerimiento, pero lo interesante son las razones por las cuales se resolvió

de esta manera. El voto de mayoría contiene, a partir del cons. 45, una serie de argumentaciones, de entre las que quisiera destacar dos. Señala en primer lugar que “no resulta relevante el que las normas técnicas invocadas por el Ministerio Público no hayan sido todas ellas publicadas en el *Diario Oficial*. La parte requirente *debía estar* en conocimiento de las mismas por el hecho de dedicarse a la actividad de construcción”. El TC no se pregunta si el requirente estaba en conocimiento de las normas. Le basta con que haya debido estarlo, pues “desde el punto de vista constitucional, no puede cuestionarse que las normas que regulan una cierta actividad, deban ser conocidas por quienes la desarrollan”. La razón: el derecho a ejercer actividades económicas tiene como límite el respeto a la regulación. ¿Qué relación puede tener esto con la garantía de tipicidad?

Pero el TC va incluso más lejos y revive una especie de presunción de derecho de conocimiento de las normas técnicas con efecto en materia constitucional: “el conocimiento de los reglamentos o normas que regulan las actividades de la construcción es esperable, dado que la parte requirente desempeña justamente dicha actividad. Ante dicha situación, constituye una objeción constitucionalmente inadmisibles aducir que los sujetos no han podido conocer las reglas que rigen los ámbitos específicos de actividad en los que se desempeñan profesionalmente”.

#### 5. Breve conclusión

La evolución es clara: desde una doctrina que procuraba combinar el fundamento de la certeza subjetiva con el fundamento garantista de limitación del poder punitivo estatal en el Rol 286, la jurisprudencia pasó a privilegiar el primer fundamento. Lo hizo de un modo tal vez inconsciente en *Deberes Militares*, caso en el cual, sin embargo, vino a legitimar un tipo casi absolutamente indeterminado. En el “caso ADN”, en cambio, la subjetivización de la garantía es mucho más consciente y clara: basta que la norma de complemento sea “apta” para complementar la ley y, sobre todo, se atiende a que los destinatarios de la norma tuvieran la “posibilidad real” de conocer su contenido. Ahora, en el Rol 2154, al TC le basta simplemente con el “deber de conocer” el contenido de las normas reglamentarias, e incluso de normas técnicas no publicadas en

<sup>16</sup> Cfr., especialmente los considerandos 16 y 17 del rechazo consignado en el número III de la parte considerativa del fallo.

el *Diario Oficial*. Esto se debe al carácter espurio del análisis al que conduce la tesis de la certeza subjetiva, en la que se confunden los requisitos constitucionales del tipo con el pronóstico de inevitabilidad del error de prohibición.

La buena noticia es que el TC parece haber tomado conciencia del problema, y el Rol 2154 —la última sentencia referida— contiene dos prevenciones que rechazan expresamente el argumento basado en el supuesto deber de conocer. Allí se señala que los jueces firmantes “son del parecer de que la garantía normativa del artículo 19, núm. 3º, inciso final, de la Carta Fundamental, más que decir relación con el conocimiento o comprensión que de la ley pueda tener un encartado, consagra una garantía destinada a proteger a las personas del ejercicio despótico del poder punitivo del Estado”. Con ello se apartan de la tesis de la certeza subjetiva para volver explícitamente a la fundamentación garantista o limitativa del poder punitivo del Estado. Tal es el estado actual de la cuestión en esta materia.

En sintonía con la posición de los prevenientes, que —como el lector tal vez habrá adivinado— coincide con la de quien esto escribe, cabe preguntarse: ¿no será conveniente, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, volver a la comprensión del principio como limitación de las potestades estatales o garantía frente a arbitrariedad, relegando a un segundo plano la previsibilidad de las sanciones propia de los modelos imperativistas?

No deja de ser ilustrativo que hasta la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (25 de noviembre de 2004, n. 125), asuma que “la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar[los] con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”.

El modelo culpabilista de la certeza subjetiva entraña siempre el peligro de que, en los casos especialmente dramáticos, se encuentre la forma de atribuir a las personas involucradas un conocimiento de la amenaza penal, basándose en sus circunstancias concretas. Este peligro se realizó en el caso *Deberes Militares*. En cambio, la opción por un modelo de fundamentación de la tipicidad como límite del poder punitivo del Estado implica ya una toma de posición,

que consiste en la decisión *ex ante* del ordenamiento jurídico en el sentido de que, si se produjera un conflicto entre una genuina “necesidad social” de castigo y la garantía de tipicidad, ese ordenamiento jurídico dará preferencia a esta última. La sociedad podría variar su opción derogando el principio, pero esta decisión no está en manos de un tribunal, es decir, ella no puede ser el resultado de una ponderación *ad casum* entre ambos bienes o intereses.

## Bibliografía

- Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.
- Cea Egaña, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, 402 pp.
- Código Penal y Actas de la Comisión Redactora*, Edeval, Valparaíso, 1974, 574 pp.
- Correa Sutil, Jorge, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Legal Publishing, Santiago, 2011, 105 pp.
- Cousiño, Luis, *Derecho Penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, 960 pp.
- Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988.
- Engisch, Karl, “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, en *idem et al.* (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Múnich/Berlín, 1954, 521 pp.
- Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, t. III, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 490 pp.
- , *Derecho Penal*, t. I, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 361 pp.
- Fernández, Pedro, *Código Penal de la República de Chile Explicado i Concordado*, I, 2ª ed., Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1899, 447 pp.
- , *Código Penal de la República de Chile Explicado i Concordado*, II, 2ª ed., Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1900, 410 pp.
- Gadamer, Georg, *Gesammelte Werke, I, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübinga, Mohr, 1990, 493 pp.
- Gandulfo, Eduardo, “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, *Política Criminal*,

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

- núm. 8, A2-8, 2009. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf).
- Guzmán Dalbora, José, “Relaciones del Derecho penal con el constitucional y su concreción en la Constitución Política chilena”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 12, 1994, pp. 165 y ss.
- Hernández Marín, Rafael, “Sentidos de los enunciados jurídicos y principio de legalidad”, en Díaz y García Conlledo y García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 548 pp.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlín, 1991, 944 pp.
- , *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2008, 139 pp.
- Kudlich, Hans, “Comentario previo a los §§ 13 y ss. del Código Penal alemán”, en Satzger, Schmitt y Widmeier, *StGB – Strafgesetzbuch. Kommentar*; Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2009, 2501 pp.
- Kuhlen, Lothar, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Müller, Múnich, 2006, 112 pp.
- Mezger, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1949; reimp. Keip, Goldbach, 2002, 528 pp.
- Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, 618 pp.
- Oliver, Guillermo, “Seguridad jurídica y Derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, 2009, pp. 181 y ss.
- Ossandón, Magdalena, *La formulación de tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, 633 pp.
- Quine, W.V., “Géneros naturales”, en *La relatividad ontológica y otros ensayos*, trad. Manuel Garrido y Josep Blasco, Tecnos, Madrid, 1986, 206 pp.
- Rodríguez Collao, Luis, “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 8, 1984, pp. 231 y ss.
- Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, trad. E. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, 303 pp.
- Schroeder, Friedrich-Christian, “Die normative Auslegung”, *Juristenzeitung*, núm. 4, 2011, pp. 187 y ss.
- Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional*, t. XI, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 314 pp.
- Tiedemann, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1969, 445 pp.
- Vives Antón, Tomás, “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en Díaz y García Conlledo y García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, pp. 295 y ss., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 548 pp.
- Weezel, Alex van, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, 234 pp.
- Werle, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, 728 pp.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 1988, 547 pp.
- Wolf, Erik, “Der Sachbegriff im Strafrecht”, en Otto Schreiber (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts* (1º de octubre de 1929), t. V, Strafrecht und Strafprozess, Walter de Gruyter, Berlín, 1929, 321 pp.
- , *Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, F. Hirt, Breslau, 1931, 63 pp.
- Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. Francisco Javier Exquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, Fontamara, México, 2001, 335 pp.
- Yáñez, Sergio, “Las leyes penales en blanco”, *Gaceta Jurídica*, núm. 58, 1985, pp. 2 y ss.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal