

## INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE QUE INCORPORA UN ARTÍCULO SOBRE “EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS”.

### VISTOS:

1. Que, el Párrafo 2° del Título IV del Reglamento General de la Convención Constitucional establece las iniciativas constituyentes para la elaboración de las normas constitucionales.
2. Los artículos 81 y siguientes del Reglamento General de la Convención Constitucional permiten que las y los convencionales constituyentes puedan presentar iniciativas de normas convencionales constituyentes a la Mesa Directiva, a través de la Oficina de Partes de la Secretaría de la Mesa Directiva.
3. Que, el artículo 83 del Reglamento General de la Convención Constitucional exige que las iniciativas convencionales constituyentes sean presentadas con fundamento, por escrito, con articulado y dentro de plazo.
4. Que, a su vez, el mismo artículo 83 del Reglamento General de la Convención Constitucional exige que las iniciativas convencionales constituyentes no pueden ser firmadas por menos de ocho ni por más de dieciséis convencionales constituyentes.

### CONSIDERANDO:

Que el principio de legalidad de los delitos y las penas, o en la formulación latina que le dio Paul Anselm Ritter Von Feuerbach a principios del siglo XIX “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”<sup>1</sup>, es un producto del pensamiento ilustrado

---

<sup>1</sup> Sobre ello confirmatoriamente Feuerbach V, P.A.R. “*Tratado de derecho Penal*”. Buenos Aires 2007 pág.52. Jiménez de Asúa, Luis “*Tratado de Derecho Penal*” 7 Vol. Publicados, Tomo II 5ª Edición, Buenos Aires 1992, páginas 381 y siguientes. Tozzinni Carlos “*El Principio de Legalidad*” en AA. W. “*El Penalista Liberal*”; libro homenaje a la memoria del profesor Manuel Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires año 2004 páginas 257 y siguientes. Cerezo Mir José “*Derecho Penal*” P.G. Montevideo - Buenos Aires, año 2008, pág. 196 y, en extenso, Schreiber, Hans Ludwig, “*Geschichtlichen Entwicklung des Satzes “Nullum crimen , nulla poena sine lege”*”, Frankfurt A Main año 1976, pág 102 y sgtes. Castanheira Neves, António “*O Principio da Legalidade Criminal*” en “*Estudos en*

que es el pilar fundamental del derecho penal, propio de una república democrática, que debe ser antes que todo, un derecho penal liberal<sup>2</sup>.

Si bien han existido esfuerzos por rastrear antecedentes más antiguos, remontándose incluso a textos de Cicerón; la denominada Carta Magna Leonesa, otorgada por don Alfonso, Rey de León y Galicia en el año 1188; la Carta Magna inglesa otorgada a pesar suyo a los nobles por el Rey Juan Sin Tierra, en cuyo artículo 39 se consagraban las garantías procesales y de juicio por el derecho de la tierra, pero solo para esos mismos nobles, considerando que se trata de un principio que se vincula con la aspiración del hombre de tener seguridades<sup>3</sup>, lo

---

*Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* Numeros Especiais do Boletim da Faculdade de Direito de la U. de Coimbra, año 1987, pág. 356 y siguientes.

<sup>2</sup> Sobre ello puede verse, entre una bibliografía en realidad inabarcable, por vía puramente ejemplar además de las obras citadas precedentemente: Rodríguez Mourullo, Gonzalo *“Legalidad [Principio de Derecho Penal]”* en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XIV Barcelona año 1971, páginas 881 y siguientes y de Vicente Martínez, E. *“El Principio de legalidad Penal”*, Valencia año 2004, páginas 17 y siguientes. En el mismo sentido se puede tener en consideración a Jescheck, Hans- Heinrich y Weigend, Thomas *“Tratado de Derecho Penal”* P.G. traducción de la 5ª edición alemana [1996] Granada año 2002, página 140 y siguiente; Roxin Claus *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2ª Ed. Alemana año [1994] 1ª edición Madrid año 1997, páginas 141 y siguientes; Frister, Helmut *“Derecho Penal, Parte general”* Traducción de la 4ª Edición Alemana [2009], Buenos Aires año 2011, páginas 89 y siguientes; Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio *“Corso di Diritto Penale”* P.G. Tomo I 3ª Edición Milán año 2001, páginas 12 y sgtes. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo *“Derecho Penal”* P.G. traducción de la 4ª Edición italiana [2001], Bogotá año 2006, páginas 74 y siguientes. Padovani, Tullio *“Diritto Penale”* VIII Edizione, Milán año 2006, páginas 15 y siguiente. Figueiredo Dias, Jorge *“Direito Penal. P.G. Tomo I Questões Fundamentais. A doutrina Geral do Crime”* Coimbra año 2004, páginas 165 y siguientes. Regis Prado, Luiz *“Curso de Direito Penal Brasileiro”* P.G. Vol. 1 3ª Edición São Paulo año 2002, páginas 135 y siguiente; Zaffaroni, Eugenio Raúl *“Derecho Penal”* P.G. con la colaboración de Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar, Buenos Aires año 2000, páginas 108 y siguiente; Velásquez Velásquez, Fernando *“Derecho Penal”* P.G. Tomo I Santiago año 2009, páginas 174 y siguiente. García Cavero, Percy *“Derecho Penal”* P.G. 3ª Edición corregida y actualizada, Lima año 2019, página 138. Silva Sánchez, Jesús María *“Aproximación al Derecho penal Contemporáneo”* 2ª Edición ampliada y actualizada, Montevideo-Buenos Aires año 2010, páginas 401 y siguiente y 499 y siguiente; Mir Puig, Santiago *“Derecho Penal”* P.G. 10ª Edición actualizada y revisada con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ivañez, Barcelona año 2016, páginas 114 y siguientes; Feller Schleyer, Claudio *“Orientaciones Básicas del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho”*, en Revista de Ciencias Penales Quinta Época 1990-1993 Tomo XL, N° 1, páginas 36 y siguiente; Politoff Lifschitz, Sergio *“Derecho Penal”* 2ª Edición actualizada, Santiago año 2000, páginas 75 y siguiente; Ossandón Widow, María Magdalena *“La Formulación de tipos penales. Valoración Crítica de los Instrumentos de técnica Legislativa”*, Santiago año 2009, páginas 487 y siguientes; Rettig Espinoza, Mauricio *“Derecho Penal, Parte General Fundamentos”* Tomo I, Santiago, 2018, páginas 127 y siguiente; Cury Urzúa, Enrique *“Derecho Penal”* P.G. Tomo I, undécima Edición revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller Schleyer y María Elena Santibañez, Santiago año 2020, páginas 186 y siguiente.

<sup>3</sup> En todo caso, la seguridad en referencia, como seguridad jurídica sólo se vincula al principio de legalidad de los delitos y de las penas, en cuanto seguridad del derecho; justamente como seguridad jurídica formal y no en cambio, en modo alguno, en cuanto a la seguridad que pueda obtenerse a través del derecho. Sobre ello, para confirmar que la seguridad jurídica, para que tenga algún sentido como garantía sólo puede ser seguridad jurídica formal, sólo es la seguridad del derecho mismo y no la seguridad que puede proporcionar el derecho, véase por todos: Arcos Ramírez, Federico *“La seguridad Jurídica: Una Teoría Formal”* Madrid año 2000, páginas 14 y siguientes. Radbruch, Gustav *“La Sécurité en Droit D’après la Théorie Anglaise”*, en Annuaire de Philosophie du Droit año 1936, páginas 86 y siguiente.

Es obvio el vínculo existente entre la seguridad jurídica, como uno de sus fundamentos y el principio de legalidad de los delitos y las penas, desde ya en cuanto relación entre la seguridad en sentido subjetivo y la

único cierto es que el principio en último término recepcionado en el contrato social, al modo de Rousseau y la división de poderes en términos de Montesquieu, es claramente un producto del pensamiento penal ilustrado que se plasmó antes que nada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, específicamente en sus artículos 7º, 9º y sobre todo en su artículo 8º: *“Nul ne peut être puni, qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée”*.

El principio fue recogido después en la Constitución francesa del año 1791, específicamente en sus artículos 8º y 10º, en la Constitución del año 1793, en su artículo 14, y en el Código Penal napoleónico de 1810, en su artículo 4º.

Como en su primera y más depurada expresión lo señaló Cesare Beccaria: *“La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado [que es parte de ella] puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”*<sup>4</sup>.

En el ámbito de los análisis históricos una afirmación tradicional como es la remisión del reconocimiento del principio de legalidad de los delitos y las penas a la Constitución de Filadelfia de 1774, de Virginia de 12 de Junio de 1776 y de Maryland de 11 de noviembre del mismo año, es puesta fundadamente en entredicho. Ello en razón del rol que juega el derecho estatutario, también en

---

autonomía personal o individual, entendida en el sentido libertad o dignidad personal. Lo que interesa dejar asentado es que, sin perjuicio de antecedentes anteriores, el interés en la salvaguarda de la seguridad jurídica es también concordantemente un producto del contractualismo liberal ilustrado. Para confirmarlo puede verse: Pérez Luño, Antonio- Enrique *“La seguridad Jurídica”* Barcelona año 1991, páginas 18 y siguiente y muy especialmente García Manrique, Ricardo *“El Valor de la Seguridad Jurídica”* México D.F. 2007 páginas 83 y siguiente, y críticamente, páginas 95 y siguientes.

<sup>4</sup> Beccaria, Cesare *“De los Delitos y de Las Penas”* [1764]. Con el comentario de Voltaire al libro *“De los Delitos y de la Penas”* traducción de Juan Antonio de las Casas [1774] introducción, apéndice [Beccaria en España] y notas de Juan Antonio Deval [1968] Madrid, 1988, páginas 29 y siguientes.

materia penal, al interior de los sistemas pertenecientes a la tradición jurídica del “*common law*”.

Hasta el presente, en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica del “*case law*”, existen junto a delitos y/o penas establecidos por “*statutes*”, delitos y/o penas creadas por el “*common law*”. Aunque se exija efectivamente que ese derecho penal creado por el “*common law*” sea previo y circunscrito, de todas formas esta creación sería inaceptable en cualquier sistema jurídico perteneciente a la tradición jurídica del “*civil law*”<sup>5</sup>.

Precisamente, el que en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica anglosajona la salvaguarda de las garantías, que en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición romano-canónica corresponden al principio de legalidad de los delitos y las penas, no se traduzca en una exigencia de reserva de ley en materia penal, explica la forma en cómo la garantía está consagrada en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En estos instrumentos se exige que el delito y la pena estén previamente establecidos en el derecho preexistente, con lo que se deja la puerta abierta a que el delito y la pena puedan estar establecidos tanto en una ley como en un precedente judicial<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre el problema en el ámbito de los países pertenecientes a la tradición jurídica del “*common law*”, entre muchos puede verse para una mirada desde la tradición jurídica del “*civil law*”: Nino, Carlos Santiago “*Los Límites de la Responsabilidad Penal*” Buenos Aires año 1980, páginas 101 y siguientes; Grande, Elisabetta “*Principio de Legalidad e Diritto Giurisprudenziale: Un Antinomia*” En AA.W Sistema Penale in Transizione e ruolo del Diritto Giurisprudenziale” A. Cura di Giovanni Fiandaca, Milán 1997, páginas 129 y siguientes; Dacoppi, A. “*La Jenesi delle Fattispecie Penali: Una Comparazione tra Civil Law e Common Law*” en AA. W. Sistema Penale in Transizione... Ob. Recién citada, páginas 147 y siguientes, especialmente página 177 y siguiente; Piña Rochefort, Juan Ignacio “*Derecho Penal, Fundamentos de la Responsabilidad Penal*”, Santiago de Chile año 2010, páginas 183 y siguientes; Correcher Mira, Jorge “*Principio de Legalidad Penal: Ley Formal vs. “law in action”*” Valencia año 2018, passim y especialmente, páginas 179 y siguientes, 213 y siguientes y, 302 y siguientes.

En todo evento, actualmente de un lado tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos de Norteamérica no se crean jurisprudencialmente ni más delitos ni penas, y de otro lado en ambos la inmensa mayoría del derecho penal se encuentra legislado, aunque debe reconocerse que de manera caótica y muchas veces al consignar en el “*statute*” sólo el “*nomenn iuris*” de delito de que se trata, remitiéndose al precedente judicial para la definición en concreto de en qué consiste el delito.

<sup>6</sup> Sobre ello puede verse, entre varios, pero no tantos, atendidos los discursos autorreferentes de muchos especialistas en derechos humanos, en lengua española: Gil Gil, Alicia “*La excepción al principio de legalidad del número 2 del art.7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Vol. 63 año 2010, páginas 132 y siguientes; Ayala González, Alejandro “*El Principio de Legalidad Penal y su configuración como Derecho subjetivo en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*” en foro Nueva Época Vol. 20 N° 1 año 2017, páginas 15 y siguientes; Correcher Mira, Jorge “*Principio de Legalidad Penal*” Ob. Citada, páginas 552 y siguientes.

Sin embargo, se ha cuestionado también que, en la relación entre política criminal preventiva y garantías, el reconocimiento ilustrado original del principio de legalidad de los delitos y de las penas haya respondido necesariamente a una vocación de garantía y de limitación de las pretensiones preventivas estatales.

Así, Wolfgang Naucke, en un estudio fundado tanto histórica como teóricamente, sostiene que en el momento histórico en que se formula el principio de legalidad de los delitos y las penas y, en particular en las obras de los autores como Beccaria y Feuerbach, la legalidad no aparece como un obstáculo, sino más bien como un reforzamiento de una política criminal de signo preventivo, perturbada por el arbitrio judicial muchas veces de signo pietista. La naciente legalidad le prestaría a esa política criminal preventiva el importante factor de la certidumbre de la persecución y del castigo, y ello, constituiría su justificación fundamental en ese ámbito. En cambio, el aseguramiento de las libertades, esto es, la vertiente garantística de la legalidad, no constituiría más que un producto secundario de la situación creada.

Según W. Naucke, solo en el momento en que el reconocimiento de la legalidad del delito y la pena se encuentra asentado y aparece como un dato preexistente, comienza a desempeñar su (presunta) función limitadora de la política criminal, como límite formal del *“ius puniendi”* estatal<sup>7</sup>.

---

Naturalmente, si en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica del *“common law”* actualmente y desde hace ya muchos años no se crean jurisprudencialmente delitos y penas, vía precedente judicial, la garantía internacional y supranacional o regional del correspondiente derecho humano no tiene como finalidad salvaguardar que en esos sistemas jurídicos puedan crearse a futuro delitos y penas vía precedente judicial.

De otro lado, es también obvio que la garantía que constituye el derecho fundamental se debe concretar en función de lo que corresponde al sistema jurídico de que se trate. En el caso chileno es evidente e indiscutible que el sistema jurídico desde siempre es uno continental europeo, por lo que la garantía que constituye el reconocimiento internacional y supranacional o regional del correspondiente derecho fundamental se concreta en que el delito y la pena sólo puedan ser establecidos por una ley propiamente tal, previa y cierta.

<sup>7</sup> Sobre esto Naucke, Wolfgang *“Gesetzlichkeit und Kriminal Politik”* en Juristische Schulung, año 1989, páginas 862 y siguientes.

En todo evento, es opinión unánime que en un sistema jurídico perteneciente a la tradición jurídica del “civil law”, definitivamente el derecho penal correspondiente solo y únicamente será derecho penal del Estado de derecho de una república democrática, si ese sistema jurídico consagra integralmente el principio de legalidad de los delitos y las penas como límite formal al “*ius puniendi*” estatal<sup>8</sup>.

La mejor demostración de lo anterior es que la negación teóricamente más importante y prácticamente más relevante del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, en ambos casos por ser una construcción jurídica propia del pensamiento liberal, se produjo con el advenimiento de los regímenes totalitarios en Europa, en los Códigos penales rusos de 1922 y 1926; y en la modificación al Código Penal Alemán por ley de 28 de Junio de 1935 bajo los regímenes comunistas y nacional-socialista respectivamente<sup>9</sup>.

---

Es importante en la actualidad destacar el esfuerzo argumental de W. Naucke, que de todos modos, en definitiva, asigna también a la legalidad del delito una función de garantía, como límite formal del “*ius puniendi*” estatal. Frente al reclamo radicalmente político-democrático mayoritariamente punitivista del iuspublicista alemán Klaus Ferdinand Gärditz, pone en evidencia que la viabilidad de las decisiones punitivas político-democráticas en buena medida están en función de que las mismas se expresen, correcta y circunscritamente, en fuentes legiferantes que inequívocamente sean jurídico formalmente leyes propiamente tales. Sobre ello debe verse: Gärditz, Klaus Ferdinand “*Demokratisizität des Strafrechts und Ultima Ratio- Grundsatz*” en *Juristenzeitung*, 71, año 2016, páginas 641 y siguientes; Silva Sanchez, Jesús María “*malum Passionis*”. *Mitigar el dolor del Derecho penal*” Barcelona año 2018, páginas 29 y siguientes; Mañalich R., Juan Pablo “*El Principialismo Político-Criminal como Fetiche*” en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 29 año 2018, páginas 59 y siguientes; Schünemann Bernd “*El Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho y el Irrenunciable nivel de Racionalidad de su Dogmática*” Madrid-Montevideo- Buenos Aires año 2019, *passim*.

En todo caso lo que interesa dejar asentado es que por razones de su propia viabilidad la que podríamos denominar, usando una denominación empleada en la reflexión político-criminal reciente “una política criminal securitaria” de todos modos, para ser eficiente debe articularse a través de fuentes legiferantes que inequívocamente en sentido jurídico- formal sean leyes propiamente tales, y además no debe tratarse para esos efectos de cualquier ley, sino que debe ser una ley previa, estricta y cierta.

Desde ya con cualquier concepción que se maneje del efecto preventivo general de la amenaza penal y la pena, y muy especialmente con las concepciones preventivo generales negativas o intimidatorias, ese efecto preventivo general requiere que esa amenaza penal se contenga en una ley propiamente tal previa, clara y circunscrita.

<sup>8</sup> Confirmatoriamente puede verse cualquiera de las obras citadas supra en las notas 1 y 2, y especialmente Schünemann, Bernd “*Nulla Poena sine lege P. Rechtstheoretische und uerfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*” Berlín – New York año 1978, páginas 6 y siguientes; Madrid Conesa, Fulgencio “*La Legalidad del Delito*” Valencia año 1983, páginas 2 y siguientes. Lo anterior, por no citar sino las obras que en sus respectivas tradiciones jurídicas son consideradas de las más importantes sobre el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

<sup>9</sup> Sobre ello puede verse: Cattaneo, Mario “*Legalità e certezza del diritto*”, en del mismo “*Persona, Diritto e Dignità Humana. Saggio Sulla Filosofia del Diritto Penale*” Torino año 1990, páginas 233 y siguientes y páginas 278 y siguientes.

Claramente, en todo caso, a partir del trabajo de Bernd Schünemann, recién citado, se suele distinguir entre un fundamento propiamente político del principio de legalidad de los delitos y de las penas y un fundamento propiamente jurídico-penal del mismo.

En el ámbito propiamente jurídico-penal, que se denomina también técnico, la legalidad del delito y de la pena está destinada a salvaguardar la seguridad jurídica como condición, a su vez de la autonomía del destinatario de la norma penal. Tal destinatario solo y únicamente en función de su conocimiento con anterioridad a su actuar de los términos más o menos exactos de la prohibición penal y de las consecuencias penales de su vulneración, podrá en realidad planificar su actuar.

En definitiva, en un Estado de derecho el ciudadano no debe moverse entre las prohibiciones penales como si se tratara de un campo minado, en que particularmente en el ámbito, en cualquier momento sorpresiva e inadvertidamente, puede vulnerar una prohibición penal, haciéndose acreedor de la sanción penal correspondiente; por una vulneración normativa que en realidad, como tal, no le pertenece en cuanto persona en derecho, pues no es expresión de su autonomía moral individual.

Ese conocimiento que debe poder adquirir, en cuanto sea posible el ciudadano, debe abarcar el saber qué conductas puede realizar y qué conductas no puede realizar, con qué penas puede ser sancionadas sus infracciones a las normas penales, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución de esa pena.

Las recién apuntadas son las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución que se conectan directa, clara e inamisiblemente al reconocimiento constitucional del principio de legalidad de los delitos y las penas.

Naturalmente este fundamento, en cuanto es el reconocimiento y salvaguarda de la autonomía moral individual, en cuanto persona en derecho del destinatario de la prohibición penal, no es puramente técnico, sino que en todo

caso es también axiológico y político. En concreto: es expresión de una política democrática en la que se reconoce al ciudadano autonomía moral para elegir.

Este fundamento jurídico-penal o técnico se plasma, en primer lugar, en la exigencia, justamente jurídico-penal, de que la existencia de responsabilidad penal solo y únicamente pueda ser afirmada respecto de un comportamiento susceptible de ser calificado de culpable, en cuanto atribuible o imputable a su autor como persona en derecho, lo que como mínimo inamisible requiere que ese autor haya sabido, o al menos podido saber lo que hacía; que es justamente lo que pretenden salvaguardar las exigencias correspondientes al principio de legalidad de los delitos y las penas.

Naturalmente, la “culpabilidad” a la que se hace referencia corresponde al principio de culpabilidad o “*nullum crimen nulla poena sine culpa*” que, en todo caso, en el Estado de derecho de una república democrática, explícita o implícitamente debe tener también rango constitucional.

En segundo lugar, en este ámbito técnico o propiamente jurídico-penal, como lo han enfatizado Claus Roxin y más que nadie Bernd Schünemann, el que la prohibición y la amenaza penal puedan cumplir una función de prevención general (como quiera que se conciba esta, por lo tanto también si se la concibe como prevención general positiva) es condición insoslayable que esa prohibición y amenaza penal estén estabilizadas normativamente y sean cognoscibles para sus destinatarios potenciales.

Lo anterior solo es posible si están previstas en una ley propiamente tal previa y cierta, tal y cual lo exige el principio de legalidad de los delitos y las penas.

En lo que dice relación con el fundamento político del principio “*Nullum crimen nulla poena sine lege*”, que es su fundamento más importante, el mismo radica en el principio democrático y en relación con él, en el principio de la separación de los poderes del Estado.

De lo que se trata es de que si las prohibiciones y sanciones penales representan la injerencia más intensa legítimamente posible del Estado en los



derechos fundamentales de los ciudadanos, por ello, en todo caso esas injerencias radicales en los derechos fundamentales de los ciudadanos deben estar establecidas en la fuente legiferante que, pese a la denominada “*crisis de la ley*”, y a la llamada “*crisis de la democracia representativa*” sigue siendo la más democrática que conocen los Estados de derecho de repúblicas democráticas: la ley propiamente tal.

En relación con lo recién apuntado, por carácter de la necesaria legitimidad democrática para ello, de conformidad con el principio político de la separación de los poderes del Estado, debe excluirse la posibilidad que los delitos y las penas sean establecidos, en su núcleo fundamental, por los jueces o la autoridad gubernamental.

Supuesto todo lo anterior, el concreto contenido de garantía del principio de legalidad de los delitos y las penas puede expresarse señalando: “*nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia*”, esto es: “no hay delito ni pena sin ley escrita, estricta, cierta y previa”.

Más aún, como se trata de la restricción radical de derechos fundamentales en razón de medidas de control penal, el principio debería ser: “*nullum crimen nulla poena nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa y praevia*”, esto es: “No hay delito, pena ni medida de seguridad sin una ley escrita, estricta, cierta y previa”.

En lo atingente al principio de reserva legal o “*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*”, de lo que se trata es de que la única fuente creadora de delitos, penas, circunstancias que se resuelven en la agravación de la pena y medidas de seguridad sea la ley propiamente tal.

Como consecuencia deben quedar excluidas como fuentes positivas del derecho penal, esto es como fuentes creadoras: la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, y las regulaciones de menor jerarquía (como los decretos supremos, los reglamentos, las instrucciones, órdenes de servicio y otras semejantes).

En particular, por adolecer de un déficit de legitimidad democrática para esos efectos, deben quedar excluidas como fuentes generadoras de delitos y penas los decretos con Fuerza de Ley y con mayor razón los decretos leyes.

Sin embargo, el que actos de autoridad pública de jerarquía inferior a la ley no puedan ser fuente positiva del derecho penal, no impide que los mismos puedan cumplir la función meramente complementaria en el sistema penal.

En cuanto a la prohibición de la analogía *“in malam partem”* o *“nullum crimen nulla poena sine lege stricta”*, el mandato se dirige al juez penal, por lo que no está vinculado directamente a la consagración constitucional.

El mandato de irretroactividad de la ley penal o *“nullum crimen nulla poena sine lege praevia”* se dirige tanto al legislador como al juez, y por lo tanto atañe en todo caso a su consagración constitucional.

En esta parte el fundamento de la garantía atañe a razones de seguridad jurídica, aunque también a razones de proporcionalidad.

En rigor, la garantía no alcanza solo el problema de la retroactividad o irretroactividad de la ley penal, sino que en igual medida, alcanza el problema de la ultractividad de la ley penal.

Del mismo modo, la garantía abarca todo lo que normativamente incida en el tratamiento punitivo de la conducta y no solo lo relativo a la decisión de incriminación.

En realidad, conforme a lo prescrito en la norma que se contiene en el artículo 9° del Código Civil, las leyes en general no pueden tener efectos retroactivos o ultractivos, por lo que ello no es una particularidad de la ley penal.

Como tempranamente lo destacó Klaus Tiedemann,<sup>10</sup> lo que diferencialmente respecto de la ley en general caracteriza a la ley penal, es que esta siempre tendrá efectos retroactivos o ultractivos, en general extractivos, cuando ello en sentido amplio resulta más favorable para el imputado.

---

<sup>10</sup> Tiedemann, Klaus *“Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht Untersuchungen zu Einem Rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, Entwickelt am problem des Wirtschaftsstrafrechts”* Tübingen 1969, página 35.

El fundamento de ese efecto extractivo de la ley penal, que permite hacer excepción a las obvias razones de seguridad jurídica que concurren en sentido contrario, radican en el principio de proporcionalidad, en concreto, en la exigencia de congruencia entre la reacción punitiva al momento de la imposición de la pena y la valoración social del merecimiento y necesidad de la pena del delito, por cuya comisión se condena, expresada en la ley<sup>11</sup>.

El principio de extractividad de la ley penal más favorable se funda, por lo tanto, en que la imposición de la pena que preveía para el delito la ley vigente al tiempo de comisión ya no es necesaria o no representa una limitación de derechos estrictamente proporcionada a los fines buscados con la medida penal.

Ha existido en nuestro medio alguna disputa en torno a desde cuándo debe aplicarse la ley más favorable, disputa que en realidad acorde el tenor literal del artículo 18 del Código Penal y del artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución de 1980 se transformó en una disputa acerca de cual es la interpretación que debe dársele a la expresión “promulgación” que es la que empleaba a estos efectos la disposición de la Constitución ya citada.

Para el sector más tradicional de la doctrina penal chilena se debe aplicar en favor del afectado la ley penal más favorable aún cuando esa ley penal, pese a haber sido promulgada no se encuentre todavía vigente, verbigratia por haberse suspendido su entrada en vigencia durante un periodo de vacancia; entendiéndose para éstos efectos por promulgación el acto administrativo del Presidente de la República que fija el texto definitivo de la reforma legal y ordena su publicación en el Diario Oficial.

Para otro sector de la doctrina nacional, que es discutible que sea minoritaria, con mejores argumentos dogmáticos, tanto sistemáticos como históricos, se defiende que por promulgación debe entenderse la entrada en

---

<sup>11</sup> Bascuñán Rodríguez, Antonio “*Ámbito temporal de la aplicación de la ley Penal*” en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez N° 1 año 2004, página 212.

vigencia de la ley, lo que normalmente ocurrirá con su publicación en el Diario Oficial a menos que la ley establezca un plazo de vacancia legal.

Tratándose de la regulación Constitucional, esta polémica interpretativa infraconstitucional, en la que las mejores razones dogmáticas concurren en favor de la segunda posición reseñada, pierde su relevancia pues la regulación constitucional que se propone será el argumento definitivo en la solución del referido problema interpretativo.

Supuesto todo lo precedentemente expuesto, parece obvio que las razones de seguridad jurídica en que se funda el principio, concurren en su totalidad en el sentido que el momento en cuestión sea el de la entrada en vigencia de la ley, que es lo que en consonancia con los modelos constitucionales comparados se propone en el proyecto de regulación constitucional.

En cuanto al mandato de determinación o certeza de la ley penal, principio de taxatividad de la ley penal, o principio *“nullum crimen nulla poena sine lege certa”* debe destacarse, en primer término, que se trata de un mandato inequívocamente dirigido al legislador y, en segundo término, que en buena medida a propósito del mismo se juega la suerte del principio de legalidad, pues es el aspecto que más habitualmente y con menores consecuencias es vulnerado.

En definitiva, este principio o aspecto del principio de legalidad de los delitos y las penas, impone al legislador que la regulación infraconstitucional del núcleo de la prohibición penal, de la pena y la medida de seguridad sea cierta, clara, precisa y determinada.

Pero la regulación constitucional de la exigencia constituye una tarea extremadamente compleja, que debe ser conciliada con la inequívoca salvaguarda de que el legislador pueda contar con la suficiente libertad para dar expresión normativa a sus decisiones político-criminales.

En algún sentido, lo que debe conciliarse es la salvaguarda del principio que nos ocupa con el empleo por el legislador de los instrumentos técnico-legislativos que posibilitan que el mismo exprese normativamente sus decisiones político-criminales<sup>12</sup>.

Finalmente, la regulación constitucional, si bien debe limitar severamente, de ningún modo debe excluir totalmente la posibilidad de que se recurra a la técnica de las denominadas leyes penales en blanco propias.

Por todo lo anterior, las y los Convencionales Constituyentes, abajo firmantes venimos en presentar, la siguiente iniciativa constitucional constituyente:

## **PROPUESTA DE NORMA.**

**Art (XX) Del principio de legalidad de los delitos y las penas.** Ninguna persona podrá ser perseguida, castigada penalmente u objeto de una medida de seguridad penal, sino en virtud de una ley propiamente tal que haya entrado en vigor con anterioridad a la perpetración del hecho, salvo que posteriormente entre en vigencia una nueva ley favorable para el imputado.

La ley no podrá castigar ningún hecho sin que la conducta que constituye su núcleo esté expresa y determinadamente contemplada en ella.

### 1. Mauricio Daza

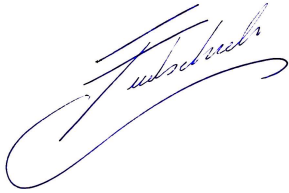


MAURICIO DAZA GAPPACO  
12.263.5114-7

---

<sup>12</sup> Sobre ello puede verse: Marcilla Córdoba, Gema “Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y Nueva Ciencia de la Legislación” Madrid año 2005, passim; Ossandón W. M.M. “La Formulación de los Tipos Penales”, Ob. Citada supra, passim.

2. Javier Fuchloger



3. Jorge Abarca



4. Benito Baranda



5. Patricia Politzer



6. Guillermo Namor



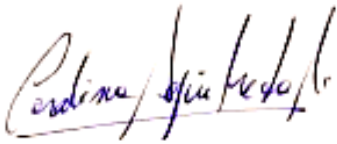
19466852 - K

7. Rodrigo Logan

Firmado digitalmente por  
Rodrigo Logan  
Fecha: 2022.01.31  
16:47:31 -03'00'

Rodrigo Logan

8. Carolina Sepulveda



9. Lorena Cespedes



10. Helmut Martinez

