

Estudios e investigaciones

LA IGUAL PROTECCION DE LOS DERECHOS

José Luis Cea Egaña

Profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional

I. EL PRINCIPIO BÁSICO

La Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos¹.

Aunque tal protección es consubstancial a un Estado de Derecho, en el que impera la igualdad en el contenido de los preceptos legales, tiene que ser subrayada la reafirmación explícita que el Poder Constituyente de 1980 hizo con esta garantía, especialmente a los efectos de recortar al máximo la discrecionalidad administrativa².

En efecto, si es de suma importancia la declaración que la Constitución hace en el sentido de reconocer que la ley debe siempre contener preceptos materiales iguales, sin que ella ni autoridad alguna puedan establecer diferencias arbitrarias³, alcanza idéntica jerarquía la seguridad que en la Carta se proclama en cuanto a que el ejercicio de los derechos debe ser también igualmente protegido. Pues estéril sería asegurar la igualdad en la ley si, paralelamente, no se contempla la obligación para el Legislador y toda autoridad de otorgar igual protección a fin de realizar los derechos que, por alguna circunstancia, tengan que ser impetrados *ante* ellas. Ambas igualdades han de coexistir, consecuentemente, porque puede ocurrir que una ley de igual contenido sea desigual en la protección de los derechos que contempla, hipótesis que no excluye la inversa, pero que posee mayor interés práctico que ésta⁴.

La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos por y ante cualquiera autoridad es un principio básico de un ordenamiento jurídico justo. Pero, además, menester resulta agregar que, entre los principios, es uno de los más trascendentales. En efecto, mediante la protección aludida se declara el derecho en los casos concretos, haciendo tangible la legitimidad de dicho ordenamiento⁵. Bien se comprende, entonces,

¹ Constitución de 1980, artículo 19 N° 3 inciso 1°.

² *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*, sesión 94 p. 30; sesión 100 pp. 4-7, 16 y 25-27; sesión 101 pp. 9 y 11.

³ Constitución de 1980, artículo 19 N° 2.

⁴ *Actas*, nota 2, sesión 100 pp. 25-26.

⁵ *Id.*, p. 15; sesión 214 pp. 12-13 y 18.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: "Discrecionalidad Administrativa y Control judicial" en I *Anuario de Derecho Público* 1975-1976 (Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Ed. Universitaria, 1976) p. 446.

que la protección de que hablamos supone fácil acceso a las acciones y recursos que la lleven a cabo⁶. Se trata, en suma, de la eficacia del ordenamiento jurídico.

El principio tiene el más vasto campo imaginable de vigencia y la historia fidedigna prueba que es un profundo error limitarlo sólo a la protección de los derechos ante los tribunales⁷. Pues, dondequiera que los derechos se encuentren amenazados, perturbados o conculcados por alguna autoridad o simple individuo, procede la protección que puede invocarse ante los superiores jerárquicos, ante otras autoridades y, en definitiva, ante los órganos que ejerzan jurisdicción, siendo en tal sentido los jueces ordinarios los herederos del remanente de este poder de declarar el derecho y restablecer su imperio⁸. En síntesis, la intención del Poder Constituyente en esta disposición es la vivencia de todos los derechos por él asegurados y que, suscitado un problema sobre su real vigencia, corresponda a alguna autoridad pública pronunciarse para dilucidarlo o dirimirlo. Es inexacto, por ende, limitar la protección a los tribunales, sean ordinarios, especiales o arbitrales⁹.

Si los conflictos generan la intervención de la autoridad para dirimirlos, cualquiera que sea el litigio siempre se halla la autoridad, no interesa quien sea, en el deber de proteger al que está o puede ser afectado en los derechos que la Constitución le asegura. Y si alguna autoridad se declara incompetente, jamás puede hacer lo mismo la judicatura, pues el principio constitucional de inexcusabilidad se refiere a todos los asuntos que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan¹⁰.

De manera que ningún derecho consagrado en la Constitución puede quedar sin protección, especialmente judicial, y todas las autoridades, sin excepción, están en la obligación de prodigarla, siendo absurdo pensar lo contrario¹¹. Dicho en otras palabras, toda persona tiene el derecho de

⁶ *Actas*, nota 2, sesión 161 p. 4; sesión 214 pp. 12-13 y 18-19; sesión 215 pp. 4, 9-10 y 15-16; sesión 384 pp. 2828-2829.

⁷ *Id.*, sesión 100 pp. 15-16 y 25.

⁸ *Id.*, pp. 20, 22-23 y 30-31.

⁹ *Id.*, pp. 15-16.

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: "Marco Constitucional del Proceso Justo", IX *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (enero-mayo 1982) p. 73.

¹⁰ Constitución de 1980, artículo 73 inciso 1°. Código Orgánico de Tribunales, artículo 5° inciso 1. *Actas*, nota 2, sesión 100 pp. 20, 22-23, 29-30 y 32; sesión 216 pp. 21-22; sesión 304 pp. 1342-1349.

JULIO SALAS VIVALDI: "La Administración de Justicia en la Nueva Constitución Política de la República", en *Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción: Seminario de Estudio de la Constitución Política del Estado de 1980* (Concepción, Imprenta U. de Concepción, 1982) pp. 141-143.

¹¹ *Actas*, nota 2, sesión 100 pp. 22-23, 29-30 y 32.

exigir a cualquiera autoridad que la proteja en sus garantías, pero, además, ella puede siempre ocurrir a los tribunales de justicia y ninguna de los derechos consagrados en la Constitución o en las leyes —que aparezca amenazado o conculcado— podrá quedar sin protección judicial¹². Util es agregar que esta esencial premisa rige, especialmente, tratándose de actos administrativos, sea que ellos impliquen o no el ejercicio de alguna jurisdicción¹³.

Sin embargo, la igual protección en el ejercicio de los derechos es una tarea que recae primordialmente en el Legislador, pero que se extiende —repito— a todas las autoridades¹⁴. ¿Qué ocurre, entonces, si la ley misma es la que viola la Constitución, porque no evita la indefensión o incurre en desprotección? En tal caso, fácil es colegirlo, mediante la declaración de inaplicabilidad será esa ley dejada sin efecto en la materia o gestión precisa que conoció la Suprema Magistratura¹⁵.

Con lo expuesto, bien se entiende la importancia, pero también la amplitud, del precepto constitucional analizado. No es ocioso, a este último respecto, puntualizar que en dicha disposición está el principio esencial que se concreta, específicamente, en los incisos siguientes del artículo 19 N° 3 de la Constitución. De manera que todos esos incisos han de ser comprendidos, interpretados y aplicados a la luz del principio aquí analizado, al cual deben ser reconducidos para que, por circunstancia o motivo alguno pueda una persona, sin excepción ni distinción, quedar desprotegida o indefensa en el ejercicio de los derechos que la Constitución le ha reconocido.

Esto quiere decir que el derecho a asesoría y defensa jurídica con medios propios o que la ley arbitre¹⁶, la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, el imperativo del proceso debido con procedimiento racional y justo, la proscripción de las presunciones de derecho en la responsabilidad penal, el principio de la reserva legal en cuanto a los delitos y el homónimo en lo relativo a las penas son consecuencias de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos¹⁷. Porque es indiscutible que hay desprotección o indefensión cuando el Legislador o cualquiera autoridad infringe una o más de las prerrogativas nombradas, las cuales no son sino concreciones del principio estudiado.

¹² Id., sesión 100 pp. 26-27, 33; sesión 103 pp. 9 y 11; sesión 304 pp. 21-22.

¹³ Id., sesión 100 pp. 4, 7, 10, 16, 25-27; sesión 161 p. 4; sesión 384 pp. 2828-2829.

¹⁴ Id., sesión 100 pp. 4, 7, 19-20.

¹⁵ Constitución de 1980, artículo 80.

¹⁶ En este ensayo no examinaré el tópico de la asesoría y defensa jurídica por haberlo considerado ya en mi estudio citado en la nota 9, al cual me remito.

¹⁷ *Actas*, nota 2 sesión 100 pp. 4-7, 10-11, 25-27; sesión 216 pp. 21-22.

SALAS VIVALDI: Nota 10, p. 142.

Teniendo tal puntualización en la mente, pasemos a considerar el desarrollo que del principio básico se hizo en los incisos 4º y siguientes del artículo 19 Nº 3.

II. PROSCRIPCIÓN DE LAS COMISIONES ESPECIALES

La Constitución asegura que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta¹⁸.

La locución "comisiones especiales" es un eufemismo, porque expresa con suavidad o decoro una idea cuya recta y franca expresión sería dura o malsonante. Debemos entender que ese eufemismo tiene un alcance amplio, en el sentido de que cubre tanto al individuo como a una pluralidad de ellos. Es transparente el fin perseguido por la Constitución y él no sería satisfecho si restringiéramos la extensión de la prohibición constitucional sólo a los grupos o cuerpos colegiados que juzgan *de facto*.

Comisiones especiales son, por lo tanto, las que, de modo individual o colectivo, se arrogan la facultad de tribunales sin serlo, ejerciendo de hecho la jurisdicción que la Constitución reserva a los órganos imparciales e independientes creados con carácter permanente por el Legislador.

Porque, y en efecto, se cumple el axioma de la separación de los poderes cuando se declara que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece, exclusivamente, a los tribunales establecidos por la ley. Por eso, ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos¹⁹. De allí que, además, la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial sean propios de una ley orgánica constitucional, estando prohibido delegar facultades legislativas en la materia²⁰.

Toda persona tiene, entonces, el derecho a ser juzgada por el tribunal imparcial, independiente y permanente que la ley haya establecido con anterioridad para ese efecto.

Pues bien, juzgar es ejercer jurisdicción, o sea, decir cuál es el derecho aplicable a los casos concretos para dirimir una controversia civil, penal, administrativa o de cualquiera otra índole²¹. La misión de juzgar o ejercer

¹⁸ Constitución de 1980, artículo 19 Nº 3 inciso 4º.

¹⁹ Id., artículo 73 inciso 1º.

²⁰ Id., artículo 60, Nº 1 en relación con los artículos 74 y 61, inciso 3º.

²¹ *Actas*, nota 2, sesión 100 pp. 5, 7, 10, 16 y 25.

CEA EGAÑA, nota 9, p. 74; JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: "Función Jurisdiccional y

jurisdicción, en seguida, tiene lugar preferente pero no únicamente dentro de un litigio, es decir, la representación de una contienda entre partes que se hace en un proceso²², pues también se juzgan conductas sin proceso para imponer detrimentos, cargas, lesiones y sanciones por infracciones u otro motivo²³. Juzga, por ende, todo el que habilitado por el ordenamiento jurídico decide sobre la persona y bienes de otro, afectándolo dentro o fuera de un proceso.

Quien juzga debe ser independiente, no comprometido o prejudicado frente al juzgado. El que juzga tiene, también, que ser imparcial, esto es, que define con la libertad de su discernimiento el derecho aplicable al caso, sin subordinación a la persona que es juzgada o a otra ni a los intereses inherentes a lo juzgado. Cuando falta la independencia es imposible la imparcialidad y si ésta es la ausente tórnase casi quimérica la presencia de aquélla²⁴. Y por su directa incidencia en una y otra cualidad del juzgador resulta, evidentemente, que el propósito de la igualdad ante él es de difícil logro —cuando posible— si el tribunal no tiene carácter permanente, sino que se organiza tan sólo para juzgar a la persona o grupo de que se trata²⁵.

En el Estado de Derecho es inaceptable el juicio por comisiones especiales. Pero, admitido el principio, fuerza es aceptar que todavía existe una diferencia entre el enunciado teórico y su vigencia práctica. Cito en tal sentido la autotutela o falta de control sobre la Administración con poderes discrecionales que son, en substancia, jurisdiccionales de preferencia en el ámbito sancionador. Menciono con igual intención la despenalización de la competencia del Poder Judicial, traspasándosela a la Administración con el no siempre correcto argumento de que se trata de delitos de bagatela²⁶. En una y otra situación nos encontramos con funcionarios que juzgan a los administrados, sin gozar de las cualida-

Poder Judicial", VI *Revista Chilena de Derecho* N^{os.} 1-4 (febrero-agosto 1979), pp. 298-301; SALAS VIVALDI, nota 10, pp. 133-134, 136-137 y 140-143.

²² CEA EGAÑA: Nota 9, p. 74; CARLOS CERDA FERNÁNDEZ: "La Naturaleza del Proceso", LXXVII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1^ª P., p.p. 11-12; EDUARDO J. COUTURE: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Depalma, 3^ª ed. póstuma, 1966), pp. 27-44.

²³ *Actas*, nota 2, sesión 100 pp. 4 y 25-27; sesión 215 pp. 4, 9 y 19-20.

EDUARDO SOTO KLOSS: "El Derecho Administrativo Penal", *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile* N^{os.} 44-45 (diciembre de 1979-abril de 1980) pp. 95 y 99-101.

²⁴ EDUARDO SOTO KLOSS: *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982) pp. 114-115.

²⁵ ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN: II *Tratado de Derecho Constitucional* 1 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963) p. 213.

²⁶ ENRIQUE CURY URZÚA: "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", *Boletín* citado en nota 23, p. 93; EDUARDO NOVOA MONREAL: *I Curso de Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), p. 37.

des de imparcialidad, independencia y permanencia que poseen los tribunales creados por la ley para ese objeto. Son tales funcionarios, en síntesis, una especie de las comisiones especiales que el Poder Constituyente prohíbe crear, sin que ni la letra ni el espíritu de la disposición que contiene su mandato admita excepción o circunstancia eximente de especie alguna.

III. PROCESO DEBIDO CON PROCEDIMIENTO RACIONAL Y JUSTO

1. La Constitución asegura que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado, correspondiendo al Legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento²⁷.

Este derecho —como los precedentemente analizados— es una consecuencia específica y necesaria del principio cardinal de la igualdad en y ante la ley. Desde tal punto de vista, con el reconocimiento del derecho al proceso debido el Poder Constituyente quiso asegurar la igualdad de las personas, sin distinción, ante todo órgano que ejerza jurisdicción, en el sentido de que la ley y cualquiera norma jurídica sean por ellos siempre interpretadas y aplicadas sin formular diferencias ni discriminaciones arbitrarias, es decir, irracionales o injustas²⁸.

El sentido y alcance de la locución “órgano que ejerza jurisdicción” debe ser explicado.

Comprende ella, desde luego, a los tribunales ordinarios y especiales de toda índole y jerarquía, pero también a las autoridades políticas, gubernamentales y administrativas —así como, en su caso, por autorización del Estado y con sujeción a los estatutos respectivos, a los representantes de las corporaciones, fundaciones y asociaciones privadas que gozan de personalidad jurídica— con facultad legal para decidir sobre la conducta o la suerte de los bienes de terceros, conociendo y comprobando los hechos, subsumiéndolos en las normas vigentes, interpretándolas y aplicándolas para ordenar, finalmente, la ejecución de lo juzgado²⁹.

²⁷ Constitución de 1980, artículo 19 N° 3 inciso 5°.

²⁸ *Actas*, nota 2, sesión 100a, pp. 3-4, 7, 14-16 y 25; sesión 101a, pp. 2 y 25-27.

MARIO CASARINO: *Normas procesales de rango constitucional* (Valparaíso, EDEVAL, 1981) p. 18, caracteriza en análogos términos a la institución en estudio, al decir que en ella “ambas partes contendientes deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos, como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos”.

²⁹ NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *Tratado de Derecho Político* (Madrid, Civitas, 1976) pp. 407-408; OTTO H. VON DER GABLENTZ: *Introducción a la Ciencia Política* (Barcelona, Herder, 1974) pp. 315-327; FRANCISCO HOYOS: *El Proceso* (Santiago, Universidad de Chile Editorial Jurídica de Chile, 1975) pp. 2, 9-10, 15-16 y 89.

De manera que la locución aludida rebasa el marco del Poder Judicial y cubre el área mucho más vasta de lo jurisdiccional o definitorio del Derecho, sea por un órgano propiamente jurisdiccional o, importante es subrayarlo, por una autoridad que sin tener aquel carácter ejerce, sin embargo, facultad jurisdiccional como ocurre, para ser preciso, con las instituciones fiscalizadoras de la Administración. Tales instituciones deben limitarse a vigilar, controlar y fiscalizar, pero nunca ejercer poderes punitivos, pues en esto les cabe proponer a los tribunales ordinarios la aplicación de las sanciones que procedan³⁰.

Merece, igualmente, ser realzado el sentido y alcance que la palabra "sentencia" tiene en la disposición analizada.

De las ideas expuestas y de las que lo serán en seguida fluye, con certeza, que la finalidad de la norma no se satisface si a esa palabra se da el significado técnico-procesal reservado sólo para ciertas resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales. Si tan estrechamente fuera entendida la expresión, entonces sería imposible aplicarla a las autoridades con facultades jurisdiccionales pero que no son órganos establecidos para ese objeto. Y hemos observado, empero, que la norma busca proteger a los gobernados y administrados ante cualquiera autoridad que ejerza jurisdicción de alguna manera, dentro o fuera del proceso. Coherente con ese espíritu, cabe fijar un sentido no estrictamente técnico-procesal a la voz "sentencia", entendiendo así que ella abarca todas las resoluciones que, por cualquier motivo o circunstancia, un órgano o autoridad que ejerza jurisdicción dicte afectando la persona o los bienes ajenos³¹.

Con relación a los requisitos del proceso y por tratarse de elementos diferentes, no es correcto confundir la legalidad positiva oficial, la racionalidad sustantiva en que ha de fundarse aquélla y el imperativo esencial de justicia que debe cumplir tal proceso. En consecuencia, esas tres condiciones tienen que reunirse copulativamente para que exista un debido proceso civil, penal, administrativo o de otra índole.

Si bien es cierto que la ley es la que debe fijar los trámites del proceso, no lo es menos que siempre ha de hacerlo en forma racional y asegurando que sea sustantivamente justo. La legalidad formal del procedimiento, en otras palabras, no basta para que el proceso sea calificado de racional y justo, como tampoco añadir la racionalidad procedimental significa que esté cumplida sin más la exigencia de justicia sustantiva. Consta en los anales fidedignos que la sola expresión "debido proceso" podría interpretarse en el sentido de que lo debido "es lo que está en la ley, y lo que

³⁰ *Actas*, nota 2, sesión 101 pp. 11, 13-15, 16 y 18; sesión 384 p. 2818; sesión 388 pp. 2902-2903; sesión 394, pp. 3034-3035.

SALAS VIVALDI, nota 10, p. 154.

³¹ *Actas*, Id.

se debe hacer es lo que ha dicho la ley”, exégesis que sería restringida y prescindente de los valores superiores a la legalidad oficial, valores a los cuales se remitió deliberadamente el Constituyente³².

¿Qué es, entonces, lo racional y justo en el proceso?

Se propuso en la Comisión respectiva precisar dichos conceptos, refiriéndolos al conjunto de los actos legalmente previstos y que han sido cumplidos con anterioridad a la sentencia, que permita oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y libre producción de la prueba que correspondiere con arreglo a la ley³³.

Pero surgieron objeciones a tal predicamento, fundadas en que sería menester no sólo definir los requisitos enunciados, con las dificultades inherentes a toda definición y la rigidez que aún la mejor de ellas conlleva, sino que, además, habría que agregar otros presupuestos reputados igualmente esenciales en un debido proceso. Entre los últimos, tal imperativo cubriría la publicidad de las actuaciones, el derecho a la acción, el emplazamiento, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia³⁴, la facultad como regla general para interponer recursos, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos previstos en la ley y la fundamentación de las sentencias con arreglo al sistema jurídico en vigor³⁵.

Por tales razones, debe concluirse que todos y cada uno de los elementos mencionados son de la esencia de un proceso racional y justo, pero que ellos no agotan las exigencias de la racionalidad y justicia. Por ser limitativa quedó, precisamente, excluida la indicación de un comisionado para añadir al texto la frase “que permita, por lo menos, oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que corresponda”. Y al efecto se argumentó que “cuando en un proceso esté presente alguno de esos elementos mínimos, ello podría dar motivo para sostener

³² Id., sesión 101a, pp. 14-15; sesión 103a, pp. 6-7.

³³ Id., sesión 100a, pp. 4-5; sesión 101a, pp. 7-8, 10 y 15-16; sesión 103a, pp. 4 y 11-15.

³⁴ EDUARDO J. COUTURE: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Depalma, 1966) pp. 42, 97 y 183-185, escribió que el proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantía de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho. El precepto *audiatur altera pars* (oíase a la otra parte), aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea, a su nota típica de alteridad o bilateralidad. Oír a la otra parte es la expresión de lo que se denomina bilateralidad de la audiencia en las doctrinas alemana y angloamericana y lo que tal bilateralidad demanda es una razonable equiparidad o igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa. El quebrantamiento del principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino que se conceda a un litigante lo que se niega a otro. La infracción a la bilateralidad de la audiencia existiría cuando al actor se le permita alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado, o viceversa.

³⁵ *Actas*, nota 2, sesión 103a, pp. 11-20.

que el procedimiento ha sido 'racional y justo', como asimismo, que la expresión 'por lo menos', de la partida, excluye todas las demás garantías mínimas del proceso, porque si la ley dice que eso es lo menos deja de ser inconstitucional en cuanto no contemple otras³⁶.

Es decir, los indicados no son siquiera los requisitos mínimos ni los únicos del proceso legal. Ellos son algunos de los supuestos que, en todo caso, exige un proceso previo a la sentencia, justo en lo sustantivo y racional en el procedimiento, tramitado conforme a la ley³⁷. "Racional y justo" son, en suma, las palabras con sentido clave en el proceso y su dinámico sentido excluye la idea de algo terminado. No existe freno, por ende, a la evolución que la jurisprudencia ha de recoger, enriqueciendo así el procedimiento.

Siendo imposible fijar con precisión, brevedad y flexibilidad en normas constitucionales tal cúmulo de requisitos, acordó la Comisión redactar el precepto en los términos con que figura hoy en el inciso 5º del artículo 19 Nº 3º de la Ley Básica. Pero al obrar así la Comisión respectiva entendió que el Legislador, cuando establezca garantías de un racional y justo procedimiento, deberá siempre incluir los elementos anotados. Estos, cabe reiterarlo, fueron mencionados en la Comisión "a título meramente ejemplar y sin que ello constituya limitación de ninguna especie", para que, según la naturaleza y las exigencias del progreso social, el Legislador en el futuro incorpore otros que hagan cada vez más racional y justo el debido proceso y su procedimiento³⁸.

Es a través de la jurisprudencia y, en definitiva, la Corte Suprema mediante la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal por ser inconstitucional, que se debe fijar el sentido y alcance de las garantías del proceso previo a la sentencia, racional y justo, tramitado con sujeción a la ley por todo órgano que ejerza jurisdicción³⁹.

Resumiendo, la Constitución de Chile reconoce a todas las personas, sin distinción, el derecho a un proceso legalmente tramitado, racional y justo, previo a la sentencia declarativa, constitutiva o de condena que pronuncien tribunales de derecho permanentes, independientes, imparciales e incorruptos. En ese proceso se deben contemplar, entre otras garantías, la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, la exclusión de la presunción de derecho en la respon-

³⁶ Id., pp. 19-20.

³⁷ Id., pp. 13, 16-17.

SALAS VIVALDI, Nota 10, pp. 146-148.

³⁸ Id., pp. 16 y 19-20.

³⁹ Id., sesión 101 pp. 14-15; sesión 103 pp. 13 y 16-17.

sabilidad penal, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legalmente previstos y la fundamentación de aquéllos en el régimen jurídico vigente o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural⁴⁰.

Incumbe al Legislador la permanente obligación de establecer las garantías del debido proceso, pero es la Corte Suprema la que, finalmente, decide si la ley ha cumplido o no las exigencias de racionalidad y justicia impuestas a ella por el Poder Constituyente.

2. Existe jurisprudencia de nuestros tribunales sobre el tópico en estudio y los demás conexos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, de todos los cuales proporciono aquí una visión sinóptica.

Así, se ha fallado que "entre las garantías que (la Ley Fundamental) asegura a los ciudadanos figura, por ejemplo, la de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Si se pretendiera enjuiciar a alguien por comisiones especiales el recurso de protección lo ampara, con el objeto de que sea juzgado por el tribunal establecido con anterioridad, y con arreglo a la competencia que a éste le asigne la ley"⁴¹.

Se ha resuelto, también, que las facultades de una autoridad pública y las judiciales "no son contradictorias, sino complementarias, como lo son las de todas las autoridades y personas en relación con la judicatura: todas pueden ser compelidas a presentarse ante la Justicia por actos facultativos o reglados"⁴².

En igual sentido cabe citar la sentencia según la cual "puede (la autoridad pública autónoma) afectar derechos de terceros que están garantizados por las leyes, y aun por la Constitución, en cuyo evento se produce un conflicto, y ese negocio, por mandato expreso del ordenamiento jurídico vigente, corresponde juzgarlo a los tribunales de justicia, acorde a la norma prevista en el artículo 5º del Código Orgánico . . . , por manera que no puede discutirse que esta Corte carezca de jurisdicción"⁴³.

⁴⁰ CEA EGAÑA, Nota 9, p. 78.

⁴¹ Corte Suprema, sentencia del 3 de agosto de 1977, Vásquez Ubeda y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 13º.

⁴² Corte Suprema, sentencia de 25 de noviembre de 1980, Rojas Bascur con Universidad de Concepción, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 5º c) LXXVII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 28 P. S. 1ª, pp. 109-111.

⁴³ Corte Suprema, sentencia de 2 de julio de 1981, Morales Henríquez y otro, Recurso de Protección. Apelación Civil. Considerando 2º. *Fallos del Mes* N° 272 (julio 1981) pp. 254-259.

Pertinente es también el veredicto en donde se sostiene que "es obvio que en el presente caso no puede estimarse que la situación haya sido resuelta por el funcionario bajo el imperio de la legalidad ni del derecho (justicia), porque de los antecedentes que se examinan resulta, precisamente, que encontrándose el asunto bajo la decisión del Director Regional con una doble cualidad de juez y parte en que, obviamente, el sentido de la ecuanimidad debía ser mayor, se han producido transgresiones legales y en actuaciones originadas en el mero arbitrio es un proceder contrario a derecho"⁴⁴.

En otro fallo se afirmó que "todos los organismos, sean éstos judiciales o administrativos, tienen un procedimiento para hacer llegar a los interesados las resoluciones que se dicten y no es aceptable la excusa de conocimiento tácito para dar por notificada una resolución o decreto de la gravedad del que motiva este recurso". En el mismo fallo se lee, más adelante, que los hechos señalados "deben ser comprobados y para comprobarlos por lo menos debió incoarse un sumario interno que pudiera revestir en su medida carácter de seriedad y ponderación propios de un Instituto Superior"⁴⁵.

Citaré, asimismo, la sentencia que califica de ilegítimo en cuanto a su causa o motivo un acto administrativo reglado que ordenó un cobro tributario y en la que se declara, además, "la manifiesta ilegalidad en el procedimiento... que, fuera de ser totalmente inaplicable, se llevaría a efecto ante organismos inhabilitados, si se tiene presente que consiste en una reclamación ante el mismo funcionario que sostiene la legitimidad de dicho cobro y en una apelación ante el Jefe Superior del Servicio de Aduanas, que es el funcionario que ordenó el mismo cobro"⁴⁶.

Finalmente, cabe recordar el fallo según el cual, "si bien el artículo 12 del Decreto Ley N° 1.097, de 1975, atribuye a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la facultad de interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas, esta interpretación es, en todo caso, administrativa y obliga a los Bancos e Instituciones Financieras en sus relaciones con la Superintendencia y los particulares, pero no puede imponerse a los Tribunales de Justicia en las

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 28 de noviembre de 1980, Abogados Consultores de Empresas con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, VIII Región, Recurso de Protección. Civil. LXXVIII, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª P. S., 5ª, p. 13, Considerando 43º.

⁴⁵ Corte Suprema, sentencia de 28 de octubre de 1980, Aída Cerro Saavedra, Recurso de Protección, Apelación Civil. Considerandos 9º y 22. *Fallos del Mes* N° 263 (octubre 1980) pp 339 y 342.

⁴⁶ Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 1981, Cobre Cerrillos S.A. con Director Regional de Aduanas, V Región. Recurso de Protección, Apelación Civil. LXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª P. S. 5ª, p. 57, Considerando 15.

causas particulares de que conozcan, ya que éstos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 80 de la Constitución Política del Estado y 1º del Código Orgánico de Tribunales, son soberanos para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, comprendiéndose en el juzgamiento la facultad de interpretar las leyes con el objeto de resolver un conflicto, sin que ningún otro criterio, que no sea la ley misma, pueda intervenir en dicha interpretación”⁴⁷.

IV. PROHIBICIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE DERECHO PENAL

1. La Constitución asegura que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal⁴⁸.

Es inherente a la dignidad de la persona acusada de un acto delictivo que se presuma su inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente establecida en un proceso público, donde se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa⁴⁹. En tal principio se inspira el precepto constitucional en análisis y su sentido, con sujeción a la historia fidedigna, no es otro que reconocer el derecho que toda persona tiene “a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”⁵⁰.

Aunque el concepto de presunción es el mismo en materia civil y penal⁵¹, nuestra legislación la define para el juicio criminal diciendo que “es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona”⁵².

Si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama *legal*, permitiéndose probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley⁵³. Pero si una cosa, según la expresión de la ley, se presume *de derecho*,

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 27 de enero de 1981, Banco de Santiago con Servicio de Impuestos Internos, Recurso de Protección, LXXVIII *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2º P., S. 5º, p. 29, Considerando 14.

⁴⁸ Constitución de 1980, artículo 19 Nº 3 inciso 6º.

⁴⁹ *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, artículo 11 párrafo 1º.

⁵⁰ *Actas*, nota 2, sesión 124 pp. 16-17.

⁵¹ RAFAEL FONTECILLA RIQUELME: *II Tratado de Derecho Procesal Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1978) p. 362.

⁵² Código de Procedimiento Penal, artículo 485.

⁵³ Código Civil, artículo 47 incisos 2º y 3º. Énfasis en el original.

se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias ⁵⁴.

La regla general es que la culpabilidad debe probarse sin ser presumida, porque no es la persona la obligada a asumir el peso de la evidencia sino quien alega, bien las obligaciones o infracciones, bien su extinción ⁵⁵. Con relación al proceso penal, innecesario es declarar tal supuesto porque él está entre los requisitos de la igual protección de la ley en un debido proceso ⁵⁶. Y ese supuesto o requisito debe ser observado no sólo en la judicatura del crimen sino que, con idéntico mérito, por todo órgano que ejerza jurisdicción, incluyendo a las autoridades administrativas con facultades sancionadoras ⁵⁷.

La ley penal puede invertir la carga probatoria, pero con la condición de reconocer al afectado el derecho a demostrar lo contrario de lo que ella presume. No hay, en consecuencia, lugar para las presunciones de derecho de la culpabilidad ni de la responsabilidad criminal. Y aunque no son sinónimos estos últimos vocablos, ya que la culpabilidad se examina antes de la responsabilidad, la proscripción constitucional que comentamos rige en ambos casos. Esto se vuelve particularmente claro si la presunción de derecho que de tal culpabilidad una ley efectúa lleva, inevitablemente, a la aludida responsabilidad, evento en el cual fuerza es entender que el precepto legal respectivo viola la prohibición fundamental. En suma, sólo la conducta voluntaria, típica, antijurídica y culpable puede irrogar responsabilidad penal y en ninguno de esos cuatro elementos del delito caben las presunciones de derecho de tal responsabilidad ⁵⁸. Sostener lo contrario conduciría a la desprotección de los derechos tanto como a la infracción a una base del proceso justo, garantías que, hemos demostrado, nuestra Constitución asegura a todas las personas, sin excepción ni distinción.

Las presunciones no constituyen en sí el delito sino que lo revelan, pues el hecho o indicio que sirve para indicar otro hecho necesita siempre de prueba. Por lo que es una cuestión previa la de constatar, legalmente, la existencia del hecho en que la presunción se funda, a fin de discutir después su eficacia lógica como indicio. Los hechos tienen, entonces, que

⁵⁴ Id., inciso final. Énfasis en el original.

⁵⁵ Código Civil, artículo 1698 inciso 1º.

⁵⁶ *Actas*, nota 2, sesión 122 pp. 31-32; sesión 123 pp. 5-6, 10 y 12; sesión 124 pp. 13-14.

⁵⁷ Id., sesión 124 pp. 6 y 16.

⁵⁸ Id., sesión 123 pp. 7, 9-11 y 19-23; sesión 124 pp. 8, 11-13 y 15-17.

ENRIQUE CURY URZÚA: *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982) p. 81.

⁵⁹ Código de Procedimiento Penal, artículo 488 N° 1.

FONTECILLA: Nota 51, pp. 362-366.

ser conocidos, reales y probados, no pudiendo ellos ser presumidos⁶⁰. Es decir, siempre han de ser acreditados los hechos y, con base en ese presupuesto, puede la ley declarar que se presume —nunca de derecho— la responsabilidad penal⁶¹. Pero si un precepto legal presume por y en sí los hechos mismos así como las consecuencias delictivas de ellos, entonces no hay duda que configura una presunción de derecho que es inconciliable con la Constitución.

2. Diversas sentencias de nuestros tribunales confirman la naturaleza de la cosa en materia de presunciones.

Por ejemplo, se ha fallado que “la prueba de presunciones sólo es eficaz si descansa en hechos reales y plenamente probados, pues así serán ellos *conocidos*, como exige que lo sean el artículo 47 del Código Civil”⁶¹.

Y, en segundo término, la Corte Suprema ha decidido que las presunciones de derecho no necesitan de palabras sacramentales. En efecto, “las expresiones *se reputa, se entenderá, se considerarán* y otras semejantes que usan las leyes declaran la voluntad del Legislador; de suerte que excluyen la prueba contraria, porque los hechos a que se refieren no pueden entenderse de otra manera que como los ha entendido el Legislador, *a menos que él mismo haya permitido expresamente la prueba*, como sucede en los casos de los artículos 180, 1942, 1791, etc., del Código Civil”⁶².

V. PRINCIPIO DE RESERVA Y LEY PENAL EN BLANCO

1. La Constitución asegura en favor de todas las personas que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado⁶³, como asimismo, que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella⁶⁴.

La conjugación de los derechos referidos se conoce en doctrina como el principio de reserva, legalidad o garantía contra la arbitrariedad⁶⁵. Esta surge con singular peligro por el crecimiento de los poderes discrecionales de la burocracia pública, caracterizada en no pocos Estados por

Consultar en abono de lo expuesto los fallos extractados en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, II *Código de Procedimiento Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981) pp. 190 y 201.

⁶⁰ *Actas*, nota 2, sesión 124 p. 15.

⁶¹ Doctrina sustentada en la sentencia que cita el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, I *Código Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968) p. 116. Énfasis en el original.

⁶² Doctrina sustentada en las dos sentencias que cita el *Repertorio*, nota 61, pp. 116-117. Énfasis en el original.

⁶³ Constitución de 1980, artículo 19 N° 3 inciso 7°.

⁶⁴ *Id.*, inciso 8° y final.

⁶⁵ LUIS COUSIÑO MAC IVER: I *Derecho Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975) p. 83.

la despenalización de la jurisdicción ordinaria y no por privar a la Administración de facultades punitivas o de cuasi legislador con leyes penales en blanco o abiertas ⁶⁶.

El principio de reserva es respetado cuando el Legislador cumple los requisitos sustantivos y procesales que la Constitución contempla al efecto. Son exigencias procesales las ya examinadas a propósito de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y en cuanto inciden en el derecho a asesoría y defensa jurídica, el juicio por los tribunales que la ley señala y que ella ha establecido de antemano con tal objeto, el debido proceso con garantías de racional y justo procedimiento, en fin, la proscripción de las presunciones de derecho en la responsabilidad criminal. Son, en cambio, exigencias sustantivas las de que no hay delito de especie alguna ni sanción o pena sin ley escrita, previa y estricta ⁶⁷.

En suma, para nuestra Constitución el principio de reserva significa que no hay juicio, conducta punible, sanción, responsabilidad ni condena sin que se haya, con antelación, formado regularmente una ley carente de todo efecto retroactivo que no sea el de favorecer al afectado y cuya interpretación jamás se haga extensiva o analógicamente ⁶⁸.

Circunscribiré mi análisis a aquel requisito sustantivo del principio de reserva según el cual no hay delito sin ley escrita, previa y estricta.

Revisando la historia fidedigna constatamos que el precepto en cuestión obedece a una finalidad indiscutible, pero que su texto en vigor difiere del incluido en el Anteproyecto pertinente.

En efecto, "la prohibición de que el Legislador establezca penas sin que la conducta que se sanciona esté descrita de un modo claro y completo en la ley, tiene por objeto evitar que se dicten las llamadas leyes penales en blanco", en que las conductas que se castigan quedan entregadas, a veces, a la determinación de organismos administrativos" ⁶⁹. Porque la intención de los comisionados era eliminar tales leyes, por los peligros de abusos y arbitrariedades que conllevan, como asimismo, habida consideración de que ese tipo de preceptos era incompatible con la nueva doctrina institucional sobre el Orden Público Económico, caracterizada por la defensa de la esencia de los derechos y su libre ejercicio, recordando para ello la soberanía legislativa y, más severamente, la discrecionalidad funcionaria ⁷⁰.

⁶⁶ Cury, nota 26, pp. 88 y 93.

⁶⁷ Cousiño, nota 65, p. 82; Cury, nota 58, p. 125.

⁶⁸ Cousiño, nota 65, p. 82; Cury, nota 58, pp. 125-126.

⁶⁹ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República: "Informe con proposiciones e ideas precisas" (16 de agosto de 1978), reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* Nos. 1-6 (1981), p. 188.

⁷⁰ *Actas*, nota 2, sesión 113 pp. 4-7, 9-10 y 12; sesión 384 pp. 2828-2829; sesión 399 pp. 3149-3150.

En armonía con lo expuesto, las sanciones por infracción a las normas administrativas en materia económica tenían que ser exclusivamente pecuniarias y si la ley, además, contemplaba otros castigos, éstos serían impuestos por los tribunales en un debido proceso, a sugerencia de los entes fiscalizadores que carecerían de facultad punitiva⁷¹. Pero para que el asunto se radicara en la sede judicial, el Legislador tenía que efectuar una tipificación previa y precisa del delito, o sea, configurarlo o definirlo completamente en la misma ley⁷². Por tales razones, la Comisión acordó que la conducta que se sancionara debía hallarse descrita en forma expresa y completa en la ley, de modo que no cupieran reglamentos ni disposiciones emanadas del gobierno o Administración para desarrollarla, porque la ley penal debe bastarse a sí misma y, si no es así, entonces no hay delito ni pena⁷³.

Fundada en las razones expuestas propuso la Comisión en su Anteproyecto la siguiente redacción para la norma:

“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella”⁷⁴.

Dicha redacción fue aprobada sin modificaciones por el Consejo de Estado⁷⁵. Empero, la Junta de Gobierno modificó el proyecto, dejándolo con el texto que fue aprobado plebiscitariamente y que es el vigente hoy.

¿Se quiso con la alteración explicada modificar la finalidad que a la norma asignó la Comisión o, por el contrario, se trata de una corrección lingüística o de otra índole que no cambia la sustancia de ella?

Para responder, útil es puntualizar que no han sido oficialmente difundidas las razones que la Junta de Gobierno tuvo para suprimir la palabra y conjunción “completa y” en el texto que le fue propuesto. A pesar de ello, considero posible dilucidar la cuestión siguiendo el principio de hermenéutica que prohíbe suponer que una regla constitucional está de más⁷⁶. Es decir, la supresión aludida tiene sentido, pero que no es la grullada de declarar inútilmente lo obvio y que nadie discute en el principio de reserva, a saber, que no hay delito sin ley expresa. Por ende, tan insostenible es la interpretación que adjudica el vicio de inservible, su-

⁷¹ Id., sesión 384 p. 2819; sesión 388 pp. 2902-2903; sesión 394 p. 3035; sesión 399 pp. 3149-3151.

⁷² Id., sesión 399 pp. 3150-3151.

⁷³ Id., p. 3151.

⁷⁴ Informe, nota 69, p. 324.

⁷⁵ Artículo 19 N° 3 inciso final del “Proyecto de Nueva Constitución Política propuesto por el Consejo de Estado”, reproducido en VIII *Revista Chilena de Derecho* N°s. 1-6 (enero-diciembre 1981) p. 427.

⁷⁶ SEGUNDO V. LINARES QUINTANA: III *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Plus Ultra, 1978) p. 666.

perfluo o redundante al precepto, porque reconocería lo que nadie desconoce, como la que quita todo significado a la eliminación de una parte de su primitivo texto.

Sabido es que la norma jurídica tiene dos elementos: el supuesto o previsión de hechos o conductas y la consecuencia o efectos que le asigna al cumplimiento del supuesto. En el derecho penal, el principio de reserva exige que ambos elementos los construya el Legislador, pero no siempre ocurre así. Porque la ley penal es "cerrada" cuando describe expresa y completamente el tipo o conducta que prohíbe y fija la sanción precisa aplicable a quienes la infrinjan. Y la ley es "abierta" o en blanco si determina la sanción y la conducta a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la definición concreta de éstos a una norma distinta⁷⁷. A su vez, la ley penal en blanco es "propia" cuando la facultad de completar la sanción bosquejada por ella se delega en una autoridad de inferior jerarquía, generalmente la Administración, llamándose "impropia" si ese poder permanece en el Legislador, pero que lo ejercita dictando otro precepto al cual se remite la norma abierta⁷⁸.

En resumen, la ley penal en blanco clásica es "abierta" en el tipo y "propia" por la facultad que confiere a la Administración para que lo llene. Dicha ley es incompleta desde que fija la sanción, dejando a una norma jurídica inferior la misión de completar la determinación de la conducta punible que ella describe sólo en su núcleo o esencia⁷⁹.

El problema radica, entonces, en el mayor o menor grado de descripción legal del tipo o conjunto de características abstractas que constituyen la prohibición para cada delito⁸⁰. Pese a lo relativo de tal criterio, él sirve para calificar como contraria al principio de reserva una ley penal en blanco que describe la hipótesis delictual de manera formal y sin contenido específico alguno o impreciso⁸¹.

A la luz de lo expuesto cabe examinar el precepto constitucional que nos preocupa. La finalidad, como ya vimos, fue eliminar las leyes penales en blanco, pero ese propósito no puede sostenerse al tenor del texto vigente. Tampoco es correcto aseverar que el mérito del precepto está en prohibir al Legislador el establecimiento de penas sin expresar la conducta que sanciona. En opinión del informante, la solución correcta está entre los extremos aludidos y ella gira en torno al significado de la palabra "descrita" que la Constitución emplea.

⁷⁷ COUSIÑO: Nota 65, pp. 84-85; CURY: Nota 58, pp. 135-136 y 229.

⁷⁸ COUSIÑO: Nota 65, pp. 84 y 87-88; CURY: Nota 58, pp. 133-134; NOVOA: Nota 26, pp. 120-121.

⁷⁹ ALFREDO ETCHEBERRY: *I Derecho Penal* (Santiago, Gibbs, 1964) pp. 64-65.

⁸⁰ CURY, nota 58, p. 229.

⁸¹ ETCHEBERRY: Nota 79, p. 66.

No ha sido definido ese término por el Legislador ni por la dogmática jurídica, de manera que ha de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma palabra⁸². Desde tal ángulo, describir es figurar una cosa de modo que dé cabal idea de ella, explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias, definiéndolas en general por sus propiedades⁸³.

Aplicando lo anterior al precepto en análisis tenemos que la Constitución exige que la conducta que se sanciona, es decir, el tipo, esté de antemano expresa y claramente figurado en la ley, por medio de la explicación que ella misma haga de sus cualidades y circunstancias definitorias. De manera que la Carta es exigente y no se cumple su prohibición si el Legislador entiende que describir la conducta punible es sólo nombrarla, sin precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable.

Por ende, aunque la Constitución no ha excluido la posibilidad de aprobar una ley penal en blanco, sí ha prohibido leyes abiertas con enunciados o bosquejos ambiguos, configurados en concreto discrecionalmente por la Administración y sin la publicidad de las leyes. Y la interpretación del texto constitucional debe ser severa en requerir el cumplimiento de la descripción precisa, aunque no exhaustiva, del tipo por el Legislador, rechazando toda delegación de sus facultades en la Administración⁸⁴, como asimismo, colocar elementos normativos del tipo en el terreno de la discreción y omitir la publicación de los actos administrativos correspondientes en el Diario Oficial⁸⁵.

2. El examen de nuestra jurisprudencia permite sostener que ella ha reconocido la validez de las leyes en blanco, aunque no hay fallos que se pronuncien sobre el artículo 19 N° 3 inciso final de la nueva Constitución.

Así, por ejemplo, una sentencia declaró que el artículo 3° de la Ley N° 15.192, llamada "Ley del Oro"⁸⁶, era una ley penal en blanco, cuyo complemento está entregado a una autoridad diversa del Poder Legislativo, como es el Banco Central, que genera en parte la norma que crea el tipo delictivo concreto y transforma en antijurídicos actos que, sin ella, serían naturalmente permitidos. Agrega el fallo que los acuerdos del Banco Central o de su Comité Ejecutivo son actos de administración emanados

⁸² Código Civil, artículos 20 y 21.

⁸³ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Espasa-Calpe, 1970) p. 448.

⁸⁴ Constitución de 1980, artículos 6°, 7°, 19 N° 26 y 61 incisos 2° y 3°.

⁸⁵ Cury: Nota 58, p. 140.

⁸⁶ El artículo 3° la Ley N° 15.192, de 1963, se encuentra hoy —con modificaciones— en el artículo 24 del D.F.L. N° 471, del Ministerio de Economía, publicado en el Diario Oficial de 29 de noviembre de 1977.

de un ente autónomo, "dotado de potestad reglamentaria especial, porque el Legislador lo ha facultado para dictar reglas de aplicación general en relación con ciertas materias". En este sentido, tienen validez legal y administrativamente surten efectos inmediatos. Pero considerándolos como parte integrante de disposiciones penales, para que tengan validez en este aspecto es preciso que cumplan las exigencias de publicidad comunes a toda ley (artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil) y todo decreto que contenga disposiciones generales que afectan a particulares (D.S. 240, M. del Interior, de 15 de mayo de 1942). "Esta publicidad tiene por objeto no sólo hacer conocida de todos los ciudadanos la existencia y contenido de las normas jurídicas, sino también sus términos auténticos a las autoridades que deben aplicarlas. Este último requisito no se puede cumplir sino mediante la publicación en el Diario Oficial, que es el único órgano que está ligado a la fe pública en lo relativo al texto de las normas de aplicación general obligatoria...". Y esta exigencia, continúa el fallo, es aplicable a los acuerdos del Banco Central que complementan la ley 15.192, "tanto por emanar de una autoridad en la cual se ha delegado la potestad de complementar la ley penal, cuanto en virtud de la naturaleza misma de ésta, así como por su carácter de acto administrativo elaborador de reglas de orden público y de aplicación general que afectan a los particulares, dictados en uso de una potestad reglamentaria especial". Ni las circulares ni las publicaciones de prensa son medios suficientemente auténticos de publicidad, especialmente si se considera que tales acuerdos van a erigir en delictivas conductas que de otro modo no lo serían, con penas corporales... Por último, debe considerarse que tales normas tienen también como destinatario al Poder Judicial, encargado de aplicar la ley penal, el cual necesita conocer dichas disposiciones por un medio que garantice su autenticidad⁸⁷.

⁸⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, contra Mario Rojas y otros, LX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2ª P. S. 4ª, pp. 288 y siguientes. Véase, además, el fallo publicado en el tomo LXIV de la misma Revista, 2ª P. S. 4ª, pp. 84 y siguientes.

Para un análisis de la Jurisprudencia en este tópico, consultar FERNANDO COLOMA REYES: "Concepto de Cambios Internacionales. Atribuciones del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile. Naturaleza jurídica de los acuerdos adoptados por este organismo", II *Estudios Jurídicos* N° 2 (julio 1972) pp. 15 y siguientes, como asimismo, ALFREDO ETCHEBERRY: I *El Derecho Penal en la Jurisprudencia* (Concepción, Samuel Muñoz Vera, editor, 1966) pp. 18 y siguientes, y del mismo autor "La Normas del Banco Central de Chile sobre operaciones de cambios internacionales: Recursos, infracciones y sanciones", II *Estudios Jurídicos* N° 2 (julio 1972) pp. 63 y siguientes.