

Santiago, seis de agosto de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha trece de febrero de dos mil nueve, el abogado Eduardo Gallardo Urbina, en representación de Daniel Ernesto Adaro Silva, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 239 del Código Penal, en la causa RIT N° 196-2008, sobre presunto delito de fraude al Fisco, que se tramita ante el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta.

La norma impugnada dispone:

“Art. 239. El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.”

Expone el requirente que la disposición impugnada ha sido invocada en la gestión pendiente por parte del Ministerio Público y querellantes particulares, con el fin de que se le condene, entre otras, a la pena de inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio público, lo que podría contravenir los artículos 6°, 13, 17 y 57 a 60 de la Constitución.

Sostiene que el precepto aludido podría resultar inconstitucional ya que en su aplicación el tribunal respectivo podría aplicar la pena de inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio público -privándolo de los derechos derivados de su calidad de ciudadano-, aun cuando se le hubiese condenado, en virtud del mismo

artículo, a una pena privativa de libertad inferior a pena aflictiva.

Señala el requirente que la inhabilitación especial perpetua produce la privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recae y de los honores anexos a él, perpetuamente, y lo que se pretende en la gestión pendiente es que, cualquiera sea la pena corporal que se aplique, se le prive de todos modos -por la vía de imposición de la pena de inhabilitación especial perpetua- del derecho a postular a cargos o empleos públicos, como los de Alcalde, Diputado o Senador.

Expresa la peticionaria que la norma impugnada sería constitucional si se le impusiera una condena a pena aflictiva, superior a 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo; sin embargo, señala, si la condena de privación de libertad fuera inferior a pena aflictiva, la pretensión de los acusadores sería inconstitucional ya que vulneraría el artículo 17 N° 2 de la Constitución, relacionado con el artículo 13, inciso segundo, de la misma Carta, que disponen que los derechos ciudadanos se pueden perder por condena a pena aflictiva y, se desprende de ello, no por una pena inferior a la referida. Por consiguiente, enfatiza, en aplicación de la norma impugnada y en la hipótesis referida, el afectado quedaría, por imposición de la inhabilitación especial perpetua, privado de los derechos de ciudadano sin que se le haya condenado a una pena aflictiva.

Indica que, por otra parte, los diputados y senadores se encuentran sujetos a incapacidades, inhabilidades e incompatibilidades señaladas expresamente en los artículos 57 a 60 de la Constitución, sin que se considere entre ellas la condena por algún tipo de delito, salvo a pena aflictiva, lo que generaría una incapacidad sobreviviente, ajustándose así al artículo 17 N° 2 de la Constitución.

Solicita finalmente que se declare la inaplicabilidad de la norma impugnada en el juicio oral respectivo, en los siguientes términos y condiciones:

“A. Que se declare que es contrario a la Constitución la imposición de una pena de inhabilidad especial perpetua para el cargo u oficio de Alcalde, en el caso o evento que el acusado sea condenado por un delito que no merezca pena aflictiva.

B. Que se declare que la referida inhabilidad no alcanza o afecta a los cargos de Diputado o Senador, salvo que el acusado sea condenado a pena aflictiva.”

Con fecha veintiséis de febrero de dos mil nueve, la Sala de Turno de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Presidente del Tribunal para que les diera curso progresivo.

Haciendo uso del traslado que se le confiriera, el Ministerio Público, mediante presentación de 17 de marzo de 2009, expone sus observaciones al requerimiento solicitando su rechazo. Expresa, en primer lugar, que la acción de inaplicabilidad no debe ser entendida como una herramienta para obtener declaraciones de mera certeza.

Agrega, respecto al fondo de la presentación, que la sanción contemplada en el artículo 239 del Código Penal ha sido establecida por el legislador para proteger al aparato estatal de aquellos funcionarios que, aprovechándose de su cargo, han incurrido en fraudes que afectan intereses fiscales. Indica que la pena de inhabilitación especial perpetua contemplada en el artículo impugnado no constituye una pena accesoria sino principal, de acuerdo lo dispuesto en el artículo 22 del Código Penal. Señala que el requirente basa su presentación en la eventualidad de que la pena privativa de libertad que se le aplique sea o no de carácter aflictivo, pero omite considerar que la pena de

inhabilitación especial perpetua establecida para sancionar el fraude al Fisco constituye por sí misma una pena aflictiva, como se desprende claramente de lo dispuesto en los artículos 37 y 21 del Código Penal.

En consecuencia, señala, ninguna relevancia puede tener la extensión de la pena privativa de libertad que se le aplique en virtud de la norma impugnada, ya que, sea o no la de presidio menor en grado máximo, de todos modos el fraude al Fisco está sancionado con una pena aflictiva, cual es la inhabilitación, con los efectos señalados en los artículos 16 y 17 de la Constitución. Por lo tanto, concluye, el indiscutible carácter de pena aflictiva de la inhabilitación especial perpetua para el cargo, hace que el requerimiento carezca de sustento jurídico.

Con fecha veinte de marzo de 2009, el Consejo de Defensa del Estado solicitó el rechazo del requerimiento señalando que el recurrente confunde la naturaleza de la pena de inhabilitación especial perpetua al estimarla accesoria, en circunstancias de que se trata de una pena principal.

Especifica el Consejo que la norma legal cuestionada sanciona la conducta descrita con tres penas de distinta naturaleza: 1) presidio menor en su grado medio a máximo, que es una pena privativa de libertad; 2) inhabilitación especial perpetua, que es una pena restrictiva de derechos; y 3) multa de 10 al 50 por ciento del perjuicio causado, que es una sanción pecuniaria. Así, señala, no se divisa la razón por la cual se denuncia la inconstitucionalidad de sólo una de las penas establecidas en la norma impugnada.

Agrega que el bien jurídico protegido por la norma legal impugnada es la probidad y que en ese sentido el legislador estableció la sanción de inhabilitación especial como una medida de seguridad o protección para

impedir que el funcionario público que defraudó al Estado vuelva a ocupar ese mismo cargo. Por eso se denomina inhabilitación "especial": porque está referida al cargo específico que ocupaba quien defraudó, en contraposición con la inhabilitación absoluta que dice relación con todos los cargos y oficios públicos.

Sostiene que el requirente olvida que la pena privativa o restrictiva de derechos es también una pena aflictiva. Explica que no hay contradicción entre la norma impugnada y la Constitución, ya que el artículo 17, N° 2, de la Carta Fundamental dispone que la calidad de ciudadano se pierde por condena a pena aflictiva y la pena de inhabilitación especial perpetua es, justamente, una pena aflictiva. De acuerdo a los artículos 37 y 21 del Código Penal, expresa, queda claro que la pena de inhabilitación especial perpetua es una pena principal que tiene el carácter de aflictiva y es completamente independiente de la pena privativa de libertad que establece el mismo artículo 239 del Código Penal. Por otra parte, sostiene, la solicitud del requirente relativa a que se declare que la inhabilitación especial no alcanza o afecta a los cargos de diputado o senador salvo que exista condena a pena aflictiva, confunde la pena de inhabilitación especial perpetua contemplada en el artículo 239 impugnado, con la de inhabilitación absoluta perpetua, establecida en el artículo 38 del Código Penal. La primera, señala, se refiere únicamente al cargo que ejercía el acusado al momento de delinquir, mientras que la segunda dice relación con la privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesionales de que estuviere en posesión el penado, aun cuando sean de elección popular. Así, afirma, la imposición de la pena de inhabilitación especial perpetua no impide que el requirente pueda postular a otros cargos de elección popular, ya que la sanción, en este caso,

sólo afectaría su cargo de Alcalde de la Municipalidad de Antofagasta, que es el cargo que ocupaba al momento en que supuestamente habría cometido los eventuales delitos de fraude que son materia de la acusación dirigida en su contra. En consecuencia, afirma, la norma reprochada es plenamente coincidente con los artículos 13 y 17 N° 2 de la Constitución Política.

Con fecha nueve de abril de 2009 Pedro Araya Guerrero, querellante en la causa *sub lite*, evacuó el traslado conferido solicitando el rechazo del requerimiento. Indica que el artículo 239 del Código Penal establece tres penas principales, pudiendo el mismo tribunal regularlas conforme al grado de participación, a la pluralidad de delitos cometidos y a las circunstancias modificatorias de responsabilidad. Agrega que el requirente incurre en una confusión cuando considera que sólo la pena privativa de libertad puede tener el carácter de pena aflictiva, ya que la pena privativa o restrictiva de derechos tiene esa misma naturaleza, además de ser una pena principal que debe aplicarse copulativamente con la pena corporal y la pecuniaria. Agrega que el actor también incurre en una confusión cuando solicita que se declare que la inhabilidad prevista en el artículo 239 impugnado no alcanza a los cargos de diputado o senador a menos que el acusado sea condenado a pena aflictiva. En este punto, expresa, el actor confunde la inhabilitación especial perpetua -cuyos efectos penales se encuentran descritos en el artículo 39 del Código Penal y se refieren únicamente al cargo que el acusado ocupaba al momento de delinquir- con la inhabilitación absoluta perpetua, cuyos efectos describe el artículo 38 del mismo Código. Por otra parte, agrega, lo solicitado por el requirente es una declaración de inaplicabilidad en abstracto, bajo supuestos erróneos en lo formal.

Respecto al fondo de lo solicitado, el querellante señala que no existe contradicción entre la norma legal impugnada y los supuestos constitucionales, ya que el requirente se fundamenta en una errónea interpretación de la norma penal que vincula el concepto de pena aflictiva sólo a las penas corporales previstas en el artículo 239 del Código Penal, dando a entender que las penas no corporales que contempla la misma norma son inidóneas para calificarlas como aflictivas, lo que es equivocado, al tenor de los artículos 37 y 21 del Código Penal. Según el artículo 21 del Código Penal, indica, la pena de inhabilitación especial perpetua es pena de crimen, y como pena de crimen, según lo prevenido en el artículo 37 del mismo Código, se reputa para los efectos legales como aflictiva. Además, expresa, no hay razón para que se denuncie la inconstitucionalidad de sólo una de las penas del artículo 239, tratándose de tres penas de distinta naturaleza.

Con fecha quince de abril de 2009 se ordenó traer los autos en relación y el once de junio siguiente se procedió a la vista de la causa, alegando los abogados Eduardo Gallardo Urbina, en representación del requirente; Cristián Aguilar Aranela, Fiscal Regional de la II Región de Antofagasta, en representación del Ministerio Público, y Luis Orellana Meneses, en representación del Consejo de Defensa del Estado.

CONSIDERANDO:

I. LOS VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADOS.

PRIMERO: Que el artículo 93 N° 6° de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un*

precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;*

TERCERO: Que, tal como se ha señalado en la parte expositiva de este fallo, la requirente ha impugnado la aplicabilidad, por pretendida inconstitucionalidad, del artículo 239 del Código Penal en la gestión pendiente constituida por el juicio oral seguido ante el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, causa RIT N° 196-2008, sobre presunto delito de fraude al Fisco. En dicho proceso, el Ministerio Público y querellantes particulares han solicitado que se aplique al requirente la pena de inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio público, contemplada en el precepto impugnado en estos autos;

CUARTO: Que la norma legal objetada, vigente a la fecha de presentación del requerimiento y sobre la cual este Tribunal llevará a cabo su examen de constitucionalidad, disponía textualmente:

“Artículo 239.- El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de

instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado”;

QUINTO: Que el requirente, en la parte petitoria principal de su libelo, ha formulado las siguientes dos solicitudes a esta Magistratura:

- a) Que se declare que es contraria a la Constitución la imposición de una pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio de Alcalde, en el caso o evento de que el acusado sea condenado por un delito que no merezca pena aflictiva (aludiendo con ello a una pena privativa de libertad); y
- b) Que se declare que la referida inhabilitación no alcanza o afecta a los cargos de Diputado o Senador, salvo que el acusado sea condenado a pena aflictiva.

En efecto, el actor señala que la acusación que se ha formulado en su contra en la gestión pendiente tiene por objeto obtener, a través de la aplicación del artículo 239 impugnado, su inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos, consistente en la privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos de que estuviere en posesión el penado, además de la privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad para obtenerlos. Agrega que dicha sanción sería constitucionalmente legítima sólo si en aplicación de artículo 239 impugnado fuere condenado a pena aflictiva, igual o superior a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo. En cambio, expresa, si se le pretendiera aplicar la inhabilitación especial perpetua sin que a su vez se le condenara a pena aflictiva, la aplicación de la referida norma se tornaría inconstitucional. Al respecto, señala que tanto el

artículo 17 N° 2 como el artículo 13 de la Constitución Política disponen que la pérdida de derechos ciudadanos se produce por una condena a pena aflictiva. A la luz de dichas normas, indica que si se le impusiera la pena de inhabilitación especial perpetua sin haber sido condenado a pena aflictiva, estaría perdiendo sus derechos ciudadanos en virtud de una pena inferior a la establecida en la Constitución para ese efecto.

Por otra parte, en la exposición vertida en alegatos, el requirente agregó otro argumento para sustentar la supuesta inconstitucionalidad de la norma, relativo a la perpetuidad de la sanción de inhabilitación especial. Al respecto, esgrimió que el carácter perpetuo de la pena que se solicita en su contra es incompatible con la posibilidad de rehabilitación de la ciudadanía que el mismo artículo 17 de la Carta permite respecto de los condenados a pena aflictiva.

A. POR EL RECHAZO DEL RECURSO.

Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander estuvieron por rechazar el requerimiento, por los siguientes motivos:

SEXO: Que, en los razonamientos que siguen estos sentenciadores se harán cargo de señalar qué tipo de pena es la inhabilitación especial perpetua (II), qué rol le corresponde al legislador en el diseño de las penas que se puedan asignar a un delito (III), cuáles son los efectos constitucionales de la pena aflictiva (IV), de qué modo el artículo 17 de la Constitución no sirve de parámetro para evaluar la constitucionalidad de una pena (V), las apreciaciones de esta Magistratura sobre la constitucionalidad de la pena de inhabilitación especial

perpetua (VI) y algunas consideraciones sobre el planteamiento del presente requerimiento de inaplicabilidad;

II. CARÁCTER DE PENA AFLICTIVA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA.

SÉPTIMO: Que la pena aflictiva está definida “*para los efectos legales*” en el artículo 37 del Código Penal, de acuerdo al cual quedan comprendidas en dicha categoría sólo “*las penas de crímenes y respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos*”;

OCTAVO: Que, contra lo pretendido por el peticionario, la pena de inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público es una pena propia de crimen, conforme a la escala general de penas establecida en el artículo 21 del Código Penal, y, en cuanto tal, es una pena que se reputa aflictiva según lo prevenido en el artículo 37 del mismo cuerpo legal. Dichos artículos no han sido impugnados en el presente requerimiento.

El artículo 21 del Código Penal dispone:

“Artículo 21. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

ESCALA GENERAL

PENAS DE CRÍMENES:

Presidio perpetuo calificado.

Presidio perpetuo.

Reclusión perpetua.

Presidio mayor.

Reclusión mayor.

Relegación perpetua.

Confinamiento mayor.

Extrañamiento mayor.

Relegación mayor.

Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.

Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular.

(...);

NOVENO: Que, al ser la inhabilitación especial perpetua una pena aflictiva, su imposición al eventual condenado traería consigo la pérdida de la calidad de ciudadano -y de los derechos que de ella dimanar-, con sujeción al numeral 2º del artículo 17 de la Carta Fundamental, independientemente de la cuantía de la pena privativa de libertad a que simultáneamente pueda condenarlo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. No hay, pues, en ello ninguna contradicción con los preceptos constitucionales que se alegan como vulnerados por la aplicación de la pena restrictiva de derechos a que se alude. Además, las penas que establece el artículo 239 impugnado no son alternativas, como parece entender el requirente; más bien, el delito tiene tres penas copulativas: presidio, inhabilitación y multa;

DÉCIMO: Que el carácter de pena aflictiva que reviste la inhabilitación especial perpetua ha sido definido por el legislador dentro de su legítima discrecionalidad. En ese sentido, la doctrina ha estimado que *"la determinación del significado de pena aflictiva queda entregada a la definición del legislador"* (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional; T. IV; Editorial Jurídica; Santiago, 1997; pág. 236), y sus únicos límites son los que establece la Constitución para la determinación legislativa de las penas;

III. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS ES PARTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y CORRESPONDE AL LEGISLADOR.

DÉCIMOPRIMERO: Que, por otra parte, de acuerdo a la Constitución, el establecimiento de una pena para un

determinado delito es un asunto que le corresponde al legislador. En ese sentido, el artículo 19 N° 3 de la Carta Magna dispone que *"ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley..."* y que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella"*. Adicionalmente, el artículo 63 N°3 establece como materias de ley *"las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra"*;

DECIMOSEGUNDO: Que, en concordancia con lo referido en el considerando anterior, la Constitución establece para la determinación de penas un procedimiento legislativo que debe asegurar diversas garantías establecidas en la Carta Fundamental, entre las cuales destacan, por relacionarse con el tema del presente requerimiento, la garantía de que ningún delito se debe castigar con otra pena que la que señale la ley (artículo 19 N° 3, inciso séptimo) y que sólo corresponde a los jueces establecidos en la ley aplicarlas (artículo 19 N° 3, inciso cuarto);

DECIMOTERCERO: Que, por tanto, el legislador tiene discrecionalidad para determinar penas, en la medida que respete los límites que le fija para ese procedimiento la misma Carta Fundamental. Por esa razón, el Código Penal - que es una ley común- regula de un modo general los tipos de penas, su clasificación y su aplicación, además de asignar penas a los delitos que establece. Asignar una pena determinada a un delito es, en ese sentido, parte de la política criminal y depende de un juicio de oportunidad o de conveniencia que corresponde efectuar al legislador. Por eso hay penas distintas para cada delito e incluso puede haber penas más altas para delitos que nos pueden parecer menos graves. La decisión es del legislador;

DECIMOCUARTO: En ese sentido, la misma jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 825, de 6 de marzo de 2008, ha señalado al referirse a la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal: *“Que, como toda política, la política criminal se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de las decisiones de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. (...) Desde luego, la primacía del legislador para establecer la política criminal está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho positivo nacional e internacional. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como las condiciones de dignidad en que los condenados deben cumplir sus penas, representan fronteras nítidas dentro de las cuales se puede mover el establecimiento de la política criminal en cualquier país o comunidad civilizada. Dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos. Así, puede justificarse la equiparidad de penas entre grados distintos de delitos, cumpliéndose con las exigencias de la legislación constitucional y penal cuyo análisis es materia de autos;”* (considerando noveno);

IV. EFECTOS CONSTITUCIONALES DE LA CONDENA A PENA AFLICTIVA.

DECIMOQUINTO: Que, enseguida, el concepto de “pena aflictiva” que emplea la Constitución es sus artículos 13, 16 y 17, es el mismo concepto legal desarrollado por

el legislador en el Código Penal. En efecto, la Carta Fundamental no define este tipo de pena ni introduce un nuevo concepto de la misma, sino que se limita a asignarle diversos efectos, a pesar de que el artículo 37 del Código Penal, cuando define la pena aflictiva, lo hace "para los efectos legales". Por de pronto, dispone que no pueden ser ciudadanos quienes hayan "*sido condenados a pena aflictiva*" (artículo 17). Enseguida, establece que el derecho a sufragio se suspende "*por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva*" (artículo 16 N° 2). Finalmente, declara que la calidad de ciudadano se pierde "*por condena a pena aflictiva*" (artículo 17 N° 2);

DECIMOSEXTO: Cabe anotar, además, que en estos casos la pérdida de la ciudadanía no es una pena accesoria, sino que es el efecto constitucional de ese tipo de condenas. Al respecto, señala Silva Bascuñán que la pérdida de la ciudadanía por condena a pena aflictiva "*guarda consecuencia con la expresión de la voluntad constitucional de haber convertido la condena de tal gravedad en impedimento para la adquisición de la ciudadanía. Así la pérdida de la ciudadanía por condena a pena aflictiva es un efecto constitucional de una condena, y no una pena accesoria separada o distinta*". (Silva Bascuñán, Alejandro; ob. cit; pág. 245);

DECIMOSÉPTIMO: El fundamento de la exigencia de no estar acusado o condenado por delito que merezca pena aflictiva para mantener la calidad de ciudadano, se explica porque para la Constitución no puede considerarse como un ciudadano más a quien fue desleal con el Estado y con el resto de las personas, al cometer un delito grave que, como el que se investiga en el caso sublite, sanciona el empleo de los recursos de la colectividad en fines ilegales. De ahí que se margine al responsable de la vida cívica. En ello hay un juicio de reproche

respecto de quien cometió un delito y fue condenado a esa pena;

DECIMOCTAVO: Que lo anterior tiene relevancia en atención a que en estrados el requirente expuso que con motivo de la imposición de una pena de alcance temporal perpetuo (como la que se discute en autos), se vulnera la intención del constituyente en orden a que las personas que han perdido su ciudadanía como consecuencia de una condena penal, siempre puedan ser rehabilitadas como ciudadanos una vez cumplida la pena o extinguida de otro modo su responsabilidad penal (inciso final del artículo 17 constitucional).

En los títulos que siguen, se analizará y descartará este argumento por las razones que se desarrollarán;

V. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN NO ES UN PARÁMETRO PARA JUZGAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA PENA.

DECIMONOVENO: Que, en primer lugar, así como la ciudadanía se pierde, puede recuperarse. El artículo 17 de la Carta Fundamental contempla el mecanismo para recuperar la ciudadanía; le denomina "rehabilitación". *"Rehabilitar es restituir la calidad de ciudadano a quien la ha perdido. Se está, entonces, de frente a un sujeto afectado por la pérdida de la ciudadanía, al cual se restablece o devuelve la calidad de ciudadano. No existe, por ende, rehabilitación cuando el afectado se halla sólo suspendido en el ejercicio del sufragio"* (Cea, José Luis; Derecho Constitucional; T. I; Ediciones Universidad Católica; Santiago, 2008; pág. 331);

VIGÉSIMO: Que, a pesar de que el artículo 17 de la Constitución contempla el mecanismo de la rehabilitación, esta norma no está diseñada para servir de parámetro que permita enjuiciar la constitucionalidad de una pena, sino más bien para regular la ciudadanía. Sólo a raíz de esa

regulación es que establece la forma de pérdida y recuperación de la misma. Es decir, no puede desprenderse de dicha norma que toda pena que impida la recuperación de la ciudadanía sea inconstitucional por ese solo hecho, y que sea una exigencia constitucional el que todos los ciudadanos, independientemente de la situación en la que se encuentren y de los delitos que hubieren cometido, deban poder ejercer sin limitaciones ni condiciones de ningún tipo sus derechos ciudadanos. De la norma constitucional referida no puede desprenderse semejante conclusión, más aún considerando que en nuestro sistema, al menos hasta que no entre en vigor la reforma constitucional que consagra la voluntariedad del sufragio y la inscripción automática en los registros electorales contenida en la Ley N° 20.337, la calidad de ciudadano con derecho a sufragio requiere, para hacerse operativa, de un acto personal: la inscripción en el registro electoral;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en segundo lugar, la norma del artículo 17 de la Carta Fundamental debe interpretarse conjuntamente con otros valores constitucionales. Si se considerara que todo el sistema de penas debe adecuarse a la recuperación de la ciudadanía de un condenado, se estaría unilateralizando la Constitución. De ahí que sea posible anteponer otros valores. En este caso, la protección de la idoneidad moral de los funcionarios públicos, lo que está directamente relacionado con la consecución del bien común por el que debe velar la Administración.

En efecto, ese es el bien jurídico protegido en los delitos cometidos por los empleados públicos en desempeño de sus cargos. En ese sentido, se ha señalado que *"...en cuanto al bien jurídico protegido de manera común por todas estas figuras puede postularse el recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos*

funcionarios tienen un deber especial frente a la consecución de sus finalidades en orden a la prosecución del bien común, que justifica el diferente tratamiento penal que aquí se les dispensa..." (Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia; Lecciones de Derecho Penal Chileno; Tomo II; Editorial Jurídica; Santiago, 2007; pág. 488).

La importancia que nuestro sistema le da a la idoneidad moral de los funcionarios públicos queda de manifiesto en la normativa contenida en el Código Procesal Penal que dispone, en su artículo 170, al regular el "Principio de oportunidad: *“Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediese la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”;*

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en tercer lugar, es importante tener presente que la recuperación de la ciudadanía que contempla el artículo 17 del Código Político no opera respecto de quien perdió la nacionalidad chilena ni tampoco es automática en los casos en que procede. En lo que se refiere a la condena a pena aflictiva, el inciso final del artículo 17 de la Constitución dispone que: *“Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2º, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal.”* Como se aprecia, en este caso la rehabilitación está sujeta a dos requisitos. Por una parte, es necesario que se haya extinguido la responsabilidad penal del afectado. Ello ocurre, en conformidad al artículo 93 del Código Penal, cuando el responsable fallece, cumple la condena, es amnistiado, indultado o cuando prescribe la pena o la

acción penal. El momento en que surge el derecho para el afectado de pedir su rehabilitación, ocurre “*una vez extinguida su responsabilidad*” (artículo 17 constitucional, inciso final), no antes. Por la otra, es necesario que la recuperación se haga “en conformidad a la ley”. Es decir, esta misma norma de nuestra Carta Fundamental remite a la ley la forma en que operará, en el caso de la pérdida de la ciudadanía por condena a pena aflictiva, la recuperación de tal atributo político, pudiendo, en consecuencia, el legislador establecer los requisitos y modalidades de tal rehabilitación una vez que se haya extinguido la responsabilidad penal del condenado;

VIGESIMOTERCERO: Que el requisito según el cual la rehabilitación debe operar en conformidad a una ley, fue incorporado a través de la reforma constitucional de 2005, contenida en la Ley N° 20.050 (Ver Pfeffer, Emilio; Reformas Constitucionales 2005; Editorial Jurídica; Santiago, 2005; pág. 68). Hasta antes de dicha reforma, y tal como lo hacía la Constitución de 1925 (artículo 8°, inciso segundo, N° 2), era necesario pedir la rehabilitación al Senado. La reforma suprimió aquella intervención en el caso de condena a pena aflictiva y en su reemplazo, en cambio, se convocó a la ley para que regulara la recuperación de la ciudadanía. De ahí deriva la importancia de esta ley: en donde antes se aplicaba el criterio del Senado, hoy se debe aplicar el criterio de dicha ley, la que debe establecer un procedimiento, requisitos y plazos para esta recuperación;

VIGESIMOCUARTO: Que, a pesar de lo referido en el considerando anterior, con posterioridad a la Ley N° 20.050 no se ha dictado una ley que establezca la forma de proceder a la rehabilitación de la ciudadanía en el caso de las penas aflictivas de duración perpetua, una vez cumplida la pena, hecho que, en el caso de una pena

perpetua, coincide con la muerte del penado. En consecuencia, sólo cabe concluir, en virtud de la remisión a la ley contenida en el precepto constitucional en cita, que esa ley es hoy el artículo 93 del Código Penal, que establece las distintas causales de extinción de la responsabilidad penal, y que no pudiendo, por su propia naturaleza, lograrse el cumplimiento de una pena perpetua en vida del condenado, la única posibilidad de recuperación de la ciudadanía que procedería es la aplicación de otra de esas causales de extinción, entre ellas la amnistía o el indulto;

VIGESIMOQUINTO: Que, como no se ha dictado la ley a que hace referencia el inciso final del artículo 17, esta norma, en la parte referida, se encuentra incompleta. Esta situación le da aún más fuerza a la idea de que no puede servir como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de una norma legal que establece una pena, pues antes de entrar a determinar si existe un problema de constitucionalidad, habría que descartar que se trate de un juicio de legalidad o de un conflicto entre leyes, cuestión imposible si la respectiva ley no existe;

VIGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, en caso de falta de ley, no puede esta Magistratura sustituir al legislador. De acuerdo al principio de separación de poderes, el Tribunal Constitucional no puede *“arrogarse la representación del poder constituyente ni suplantar el núcleo competencial de los demás órganos constitucionales. Es decir, (...) no puede constituirse en legislador positivo”* (Marín, José Ángel; La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional; Editorial Ariel; Barcelona, 1998; pág. 20.) En ese sentido, si considera que existe alguna omisión del legislador, el Tribunal debe limitarse a constatar dicha omisión o incluso hacer alguna recomendación a los órganos colegisladores; sin

embargo, si con pretexto de pronunciarse sobre un requerimiento de inaplicabilidad terminara diseñando el procedimiento de rehabilitación de ciudadanía que el legislador ha omitido, estaría excediendo su competencia para entrar de lleno en el terreno que la Constitución ha reservado a órganos representativos como son el Presidente de la República y las cámaras legislativas. Es con esa lógica que en la sentencia rol N° 53, sobre votaciones populares y escrutinios, se resolvió que: *“se hace presente a la H. Junta de Gobierno la necesidad de complementar, oportunamente, esta ley con las materias indicadas en los considerandos 11, 18, 19 y 25 de esta sentencia.”* Lo mismo se puede verificar en la sentencia rol N° 325, de 26 de junio de 2001, en la que, al resolver el requerimiento en contra del DS N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Tribunal se limitó a declarar que: *“...este Tribunal insta a los Poderes Colegisladores a llenar el vacío que se produjo en esta materia, luego de haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 49 del proyecto de la actual Ley N° 19.300, por sentencia de 28 de febrero de 1994, Rol N° 185...”*;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que los órganos legisladores, a través de la referida ley, podrían hacer imperativo lo que en octubre de 1990 el Senado, cuando aún tenía la competencia para rehabilitar la ciudadanía, interpretó respecto de qué significaba la expresión *“extinguida la responsabilidad penal”* que emplea el artículo 17, inciso final, de la Carta Magna. Al respecto señaló que dicha expresión se refería sólo a la pena privativa de libertad, que es temporal y extingible, pero no a la pena de inhabilitación perpetua, pues atendido dicho carácter perpetuo no sería extingible (ver Silva Bascuñán; Alejandro; ob. cit.; págs. 246-247);

VIGESIMOCTAVO: Que, en consecuencia, habría que esperar la dictación de esa ley para examinar una eventual inconstitucionalidad del artículo 239 del Código Penal. Esa ley podría, por ejemplo, considerar que cumplida la pena privativa de libertad, se entiende extinguida la responsabilidad penal. En ese evento, modificaría el artículo 93 del Código Penal y permitiría la recuperación de la ciudadanía en el caso de inhabilitación perpetua. Si bien son proyecciones, demuestran que aún no se puede formular un juicio definitivo en la materia;

VIGESIMONOVENO: Algunos autores sostienen, incluso, que mientras esa ley no se dicte, no puede operar la rehabilitación. En ese sentido, Miguel Ángel Fernández señala que *"...si bien la rehabilitación sigue exigiendo aquella extinción [de responsabilidad], ya no se requiere intervención del Senado, sino que habrá una ley que señalará la forma en que ella se llevará a efecto. No puede dejar de preguntarse, con la lentitud con que suele legislarse, qué ocurrirá mientras no se dicte aquella ley, pues, obviamente, en tanto ello no suceda, será imposible rehabilitar a las personas que se encuentran en esa situación."* (Fernández González, Miguel Ángel; Reformas constitucionales en materia de nacionalidad y ciudadanía; en La Constitución Reformada 2005, Nogueira Alcalá, Humberto; coord.; Editorial Librotecnia; Santiago, 2005; pág. 118);

VI. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PERPETUA.

TRIGÉSIMO: Que, por otra parte, de acuerdo a los argumentos del requirente, la pena que se considera inconstitucional es la de "inhabilitación especial perpetua", establecida en el artículo 239 impugnado. Esta

es una pena privativa de derechos. En este tipo de penas no se restringe o priva de la libertad, sino que se limita el ejercicio de derechos políticos o la posibilidad de ocupar cargos y oficios públicos, o la de ejercer cierta profesión. Estas penas pueden ser de dos tipos. De un lado, pueden ser perpetuas o temporales. Las primeras son de por vida; las segundas duran entre tres años y un día y diez años, existiendo tres grados: mínimo (entre 3 años y un día y 5 años), medio (de 5 años y un día a 7 años) y máximo (de 7 años y un día a 10 años). Del otro, pueden ser absolutas o especiales. Las primeras privan de todos los cargos que desempeñaba el condenado y lo incapacitan para obtener cualquier otro cargo. Las especiales sólo privan del cargo que ocupaba y le impiden desempeñar el mismo en el futuro;

TRIGESIMOPRIMERO: Como se observa, las inhabilitaciones están asociadas a delitos que comete quien ejerce un cargo público. Consisten en privarlo del cargo e impedirle ocuparlo en el futuro. El legislador considera que es muy grave que alguien que fue condenado por delitos funcionarios a una pena aflictiva -como es el caso de la inhabilitación especial perpetua-, pueda, luego de cumplida la condena, volver a ocupar cargos públicos;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la pena de inhabilitación especial perpetua priva del cargo al condenado y le impide en el futuro ocupar ese mismo cargo. Por lo mismo, puede perfectamente postular a otros cargos públicos. Lo que no podrá es postular a ocupar el cargo que perdió a consecuencia de la condena. Por esa razón la pena impugnada no es una privación de ciudadanía. Distinto podría ser si fuera una inhabilitación absoluta perpetua;

TRIGESIMOTERCERO: Que, de otra parte, el efecto constitucional de pérdida de ciudadanía por condena a una pena aflictiva -como lo es la inhabilitación especial

perpetua- y la dificultad para obtener, por inexistencia de la ley respectiva, la rehabilitación, no es un problema de la pena que se objeta. En efecto, la pena de inhabilitación especial perpetua ni siquiera vulnera la admisión a todas las funciones y empleos públicos, pues este derecho, contemplado en el artículo 19 N° 17 de la Carta Fundamental, exige que el postulante cumpla los requisitos que impongan la ley y la Constitución. Y de acuerdo al Estatuto Administrativo (DFL 29/04, Hacienda, de 2004), para ingresar a la administración se requiere "no estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por crimen o simple delito". El precepto separa claramente la condena general de la inhabilitación;

VII. NO SE IMPUGNA EL MODELO DISEÑADO POR EL CÓDIGO PENAL PARA LAS PENAS.

TRIGESIMOCUARTO: Que valga agregar, por último, que un cuestionamiento de la posible contradicción con la Constitución de la existencia misma de penas aflictivas de carácter perpetuo (cuestión que el requerimiento no plantea y que su abogado sólo adujo en estrados durante su alegato) habría requerido que el libelo impugnara la constitucionalidad de la definición de pena aflictiva (artículo 37); la definición de inhabilitación absoluta y especial y de la inhabilitación temporal y perpetua (artículos 38 y 39); y las causales de extinción de la responsabilidad penal (artículo 93), cuestión que no hizo, circunstancia ésta que impide a esta Magistratura entrar a pronunciarse sobre semejante extremo.

B. POR ACOGER EL RECURSO.

Los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza y Marcelo Venegas Palacios estuvieron por acoger la acción de inaplicabilidad de autos en base a los siguientes fundamentos:

Primero.- Que la ciudadanía es un derecho político fundamental -como lo testimonian el artículo 13 de la Constitución Política, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 21, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XX- y que importa, sin duda, un derecho esencial que emana de la naturaleza humana y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover, constituyendo su pérdida una situación excepcional que se verifica por la concurrencia de las graves y precisas circunstancias que estrictamente establece la Constitución. El derecho a su recuperación, cuando procede, representa el ejercicio de una facultad cautelada constitucionalmente, que merece pleno reconocimiento.

Segundo.- Que la evolución del tratamiento constitucional de la ciudadanía, en sus aspectos de pérdida y recuperación o rehabilitación, se ha hecho cargo de los principios anotados precedentemente, manteniendo y perfeccionando su aplicación.

Así, la Constitución de 1833 estableció que la ciudadanía se pierde por condena a pena aflictiva o infamante, y que quienes eran privados de ella podían impetrar la rehabilitación del Senado.

La Constitución de 1925 contenía una prescripción análoga, disponiendo que se pierde la calidad de ciudadano por condena a pena aflictiva y que el afectado podrá pedir su rehabilitación al Senado.

La Constitución vigente, en su versión original, señala lo siguiente:

"Artículo 17. La calidad de ciudadano se pierde:

1° Por pérdida de la nacionalidad chilena;

2° Por condena a pena aflictiva, y

3° Por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista.

Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal señalada en el número 2° podrán solicitar su rehabilitación al Senado, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal prevista en el número 3° sólo podrán ser rehabilitados en virtud de una ley de quórum calificado, una vez cumplida la condena."

Y a partir de la Reforma Constitucional de 2005, se modifica el número 3° del artículo 17 citado, agregando los delitos relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva, y el inciso final en los siguientes términos:

"Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2°, la recuperarán en conformidad a la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3° podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena".

Tercero.- Que, como recién se ha transcrito, según el primitivo texto de la Constitución de 1980, quienes perdían la ciudadanía por condena a pena aflictiva, podían solicitar su rehabilitación al Senado, una vez extinguida su responsabilidad penal; en tanto que, a partir de la mencionada Reforma Constitucional de 2005, en tal evento el afectado la recupera en conformidad a la ley. Como se aprecia, el nuevo régimen es más favorable para el interesado, toda vez que su derecho a la rehabilitación ciudadana transita desde la concesión por

un órgano del Estado - que puede o no otorgarse- a la plenitud de ejercicio imperativo, expresado en el término constitucional "la recuperarán" (la ciudadanía).

Cuarto.- Que una interpretación desfavorable al legítimo interés del afectado, en el sentido de privarlo de su derecho mientras no se dicte la ley que lo regula, provoca el contrasentido de que una enmienda constitucional estatuida para mejorar su situación (de expectativa a derecho) produce el efecto inverso, esto es, la disminuye.

Quinto.- Que la omisión en la dictación de la ley convocada por la Constitución acarrea consecuencias contrarias a la misma - lo que en doctrina se conoce como inconstitucionalidad por omisión -, circunstancia que no puede traducirse en la pérdida o suspensión indefinida en el ejercicio de derechos humanos básicos para el titular de ellos. Como lo destaca el artículo 6º de la Ley Fundamental, sus preceptos obligan a los titulares o integrantes de los órganos del Estado, generando la transgresión de esta norma responsabilidades y sanciones para el infractor; no para el sujeto pasivo de la infracción.

Sexto.- Que del citado precepto emana la proyección, en nuestro ordenamiento jurídico, de la teoría -con varias décadas de vigencia en el constitucionalismo contemporáneo- de la aplicación directa y fuerza vinculante de la Constitución. En la especie, su significación atribuye vigor al ejercicio inmediato del derecho fundamental a recuperar la ciudadanía, cuando se dan los presupuestos constitucionales, el que no puede verse supeditado, limitado o impedido por la ausencia de regulación legislativa.

Séptimo.- Que este último aserto se corrobora por la disposición del artículo 19 N° 26 de la Carta Política, que impide a las normas regulatorias o complementarias de

las garantías que establece, afectar los derechos en su esencia o imponer requisitos que impidan su libre ejercicio. Con mayor razón, la inexistencia de dicha norma -por omisión en su dictación- no puede afectar tales derechos o impedir su libre ejercicio.

Octavo.- Que, por mandato constitucional, la ciudadanía se recupera una vez extinguida la responsabilidad penal de quien la ha perdido. Un precepto legal que excluye la causal más propia de extinción de esa responsabilidad, como es el cumplimiento de la pena, contraría el citado mandato.

En este caso, el carácter perpetuo de la pena impide su cumplimiento en vida del interesado, cuestión que imposibilita la recuperación de su ciudadanía.

Noveno.- Que, por ende, si bien la fijación de las penas es atribución soberana del legislador -en tanto se respeten los derechos constitucionales-, la perpetuidad de las mismas produce efectos contrarios a la Constitución en este caso.

Décimo.- Que la materia debatida en estos antecedentes pone de relieve la necesidad de dar cumplimiento, por los órganos legisladores, a la prescripción constitucional de dictar la ley que regule la recuperación de la ciudadanía en el evento a que se refiere.

Sobre la base de lo razonado en lo que precede y **VISTO:** lo dispuesto en los artículos 13, 16, 17, 93, N° 6° e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República; 239 del Código Penal, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

Habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6, de la Carta Fundamental, para declarar la inaplicabilidad requerida. La disposición citada prevalece en este caso sobre la atribución que el artículo 8º, letra f, de la Ley N° 17.997 confiere al Presidente y que corresponde a las competencias que tenía el Tribunal antes de la reforma del año 2005, motivo por el cual se rechaza el requerimiento.

Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos a fojas 59.

Redactaron la Parte A de la sentencia, que rechaza el requerimiento, los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander, en tanto que la Parte B del fallo, que lo acoge, el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 1.328-09-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S) don José Luis Cea Egaña y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas

Palacios, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández
Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza el Secretario
del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.