



Santiago, diez de septiembre de dos mil quince.

VISTOS:

El requerimiento.

Mediante presentación de fecha 17 de diciembre de 2014, la abogada MARÍA FRANCISCA BARRA DÍAZ, en representación de ALEX PATRICIO RICHARD CORTÉS, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 277 y 279 del Código Penal, para que surta efectos en el marco de la causa pendiente ante el Juzgado de Garantía de Copiapó, RIT N° 2795-2014, RUC 1301229078-5, que se encuentra actualmente en etapa de investigación de los delitos de explotación ilegal de loterías y juegos de azar.

Las disposiciones impugnadas establecen:

"Artículo 277. Los banqueros, dueños, administradores o agentes de casas de juego de suerte, envite o azar, serán castigados con reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales."

"Artículo 279. El dinero o efectos puestos en juego y los instrumentos, objetos y útiles destinados a él caerán siempre en comiso."

El requirente solicita la inaplicabilidad de las referidas disposiciones por estimar que existe justo motivo de temer que sean preceptos *decisorio litis* en la causa antes referida, en atención a que su aplicación ha justificado la adopción y mantención de medidas cautelares reales, como la incautación de especies de propiedad de aquél.

Considera que las normas que impugna son inconstitucionales por infringir la garantía contemplada en el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, específicamente en lo relativo al principio de reserva legal en materia penal, consagrado en el inciso final del





referido numeral; asimismo contravendrían la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho al desarrollo de toda actividad económica lícita y el derecho de propiedad, consagrados, respectivamente, en los numerales 1°, 2°, 21° y 24° del artículo 19 de la Carta Política, además de la infracción a lo previsto en el N° 7°, letra h,) del propio artículo 19 constitucional y a los artículos 6° y 63 de la Constitución. Agrega también la transgresión de los artículos 21 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

No obstante estimar infringidas todas las garantías antes señaladas, el requerimiento fundamenta principalmente lo relativo a la impugnación al artículo 277 del Código Penal, en cuanto se indica que esta disposición constituye una ley penal en blanco abierta, lo que infringiría el principio de reserva legal o de legalidad, previsto en el inciso final del N° 3° del artículo 19 de la Constitución, en relación con lo previsto en el artículo 63 del mismo cuerpo normativo, toda vez que la norma no describe la conducta que ha de sancionarse y ni siquiera se remite a otra ley para describir su hipótesis.

En concepto del requirente, los vocablos "azar" y "suerte" requerirían de una interpretación, para lo cual no sería posible recurrir al artículo 279 del Código Penal, también impugnado, ni al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, ya que esto importaría un reenvío a un texto no legal, no siendo procedente tampoco recurrir al único texto normativo que define conductas referidas a juegos de azar, la Ley N° 19.995, que establece las Bases Generales para la Autorización, Funcionamiento Y Fiscalización de Casinos de Juego, ya que dicha ley sólo sería aplicable a las actividades que desarrollan los casinos de juegos, y no a otros





particulares. Funda esta afirmación en el artículo 56 de la referida ley, que dispone que "a las actividades que se realicen de conformidad con esta ley no les serán aplicables los artículos 277, 278 y 279 del Código Penal", de lo que el requirente concluye, a contrario sensu, de conformidad con el espíritu y tenor literal y el criterio sistemático de interpretación de la norma y de la ley en su conjunto, que no le sería aplicable a los autores, administradores o apoderados de casas de juego de suerte, envite o azar.

En lo tocante al artículo 279 del Código Penal, que contempla el comiso, sostiene que esta disposición tampoco describe la conducta ni define la hipótesis de juego que pretende justificar el comiso impuesto por la norma, no siendo del caso aplicar la Ley N° 19.995, por lo antes señalado.

Antecedentes de la gestión pendiente.

La requirente sostiene que a raíz de la denuncia efectuada por GRAN CASINO DE COPIAPÓ S.A., en calidad de supuesta víctima, se procedió a investigar a una serie de particulares en la ciudad de Copiapó, sobre la supuesta comisión de los ilícitos previstos en los artículos 275 y 277 del Código Penal. Posteriormente la denunciante presentó querrela en contra de quienes resultaren responsables de los referidos delitos.

Agrega que con fecha 3 de diciembre del año pasado solicitó ante el Juzgado de Garantía de Copiapó la revisión y alzamiento de la medida de incautación dispuesta por el Tribunal respecto de tarjetas hardware y software de las máquinas de juegos electrónicos explotadas por su representado, así como de los dineros que se hallaron en cada máquina y de las llaves que permiten dar inicio a la operación de las mismas. En esta audiencia planteó la falta de legitimación activa del querellante, la falta de legitimidad legal del Ministerio Público para perseguir de oficio los ilícitos en cuestión, además de la





presencia de vicios de carácter formal en los antecedentes que obran en la carpeta de investigación, consistentes básicamente en que la única diligencia de investigación que daría cuenta de la supuesta comisión de ilícitos y que fundamentaría la mantención de la medida de incautación fue realizada por una persona no reconocida por la ley, ni por los reglamentos y resoluciones que la complementan, en circunstancias que los únicos peritajes que en nuestro ordenamiento jurídico permiten determinar que una máquina electrónica cumple con los supuestos de azar, son los desarrollados por los organismos internacionales reconocidos y certificados por la Superintendencia de Casinos de Juegos, según lo confirma el oficio remitido por dicha superintendencia, que obra en la carpeta de investigación.

Tramitación.

Mediante resolución de fecha 30 de diciembre de 2014, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a trámite el requerimiento y mediante resolución de fecha 27 de enero del año en curso lo declaró admisible, decretando en la misma oportunidad la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide.

Por resolución de fecha 29 de enero siguiente se confirió traslado a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes de la gestión pendiente, el que fue evacuado por el Ministerio Público y por Gran Casino de Copiapó S.A. en los términos que se pasa a exponer:

Observaciones del Ministerio Público.

Mediante presentación de fecha 18 de febrero del año en curso, el Ministerio Público formuló observaciones al requerimiento, solicitando su rechazo en virtud de lo siguiente:

1.- En primer término, sostiene que procede desestimar aquellas alegaciones relativas a la falta de legitimación de Gran Casino S.A. y las relativas a la





querella, por desenvolverse en un ámbito enteramente legal, no siendo el requerimiento de inaplicabilidad la vía idónea para criticar la forma en que se ha planteado una querella, como tampoco lo es para revisar las actuaciones de los jueces ni del Ministerio Público, según lo ha señalado este Tribunal.

2.- En segundo lugar y sin perjuicio de lo anterior, hace presente que, a propósito de la falta de legitimación activa que alega de Gran Casino de Copiapó para denunciar y presentar querella, la requirente se apoya en una profusa referencia a la Ley N° 19.995, la que, sin embargo, en su requerimiento sostiene no puede aplicarse para interpretar lo dispuesto en el artículo 277 del Código Penal, lo que estima es una contradicción en las diversas maneras de hacer jugar la señalada ley.

3.- En tercer lugar, indica que procede desestimar las objeciones que se dirigen contra el artículo 277 del Código Penal, que se denuncia infringe el mandato de determinación de las normas penales, previsto en el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, por cuanto no se entrega ningún argumento o elemento de juicio que sitúe el artículo cuestionado como una ley penal en blanco abierta. Sólo existe una breve afirmación respecto de la inexistencia de una descripción de la conducta o la necesidad de complementar la referencia a los juegos de suerte, envite o azar, desarrollando la requirente sus argumentos exclusivamente en el ámbito de la interpretación del precepto y no en el de la complementación, sin reparar que una labor de esa naturaleza no supone una infracción del mandato constitucional, careciendo de este modo de sustento el requerimiento.

Destaca que la ley penal en blanco es aquella necesitada de complemento y no de interpretación. Indica al respecto que este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse señalando en las sentencias dictadas en los





requerimientos de inaplicabilidad roles N°s 1281-2008, 1351-2009 y 1352-2009 que no por ser necesario interpretar un precepto legal, si ese fuere el caso, significa que este último esté vacío de contenido.

4.- En cuarto lugar, estima que las expresiones que son consideradas por la requirente como carentes de contenido tienen en nuestro lenguaje un claro sentido y una larga historia en nuestro derecho, por lo que cabe rechazar el requerimiento.

En efecto, argumenta que, contrariamente a lo que se sostiene en el requerimiento, la disposición en cuestión describe expresamente la conducta que se sanciona. Las expresiones "juego de suerte, envite o azar" remiten a conductas delimitadas por el lenguaje en un grado que supera la exigencia constitucional, afirmación que apoya en que el precepto se encuentra en nuestro Código Penal desde su primera versión de 1874, lo que reporta que la descripción que hace el texto legal ha servido para comprender la norma durante más de un siglo, lo que claramente aleja el riesgo de enfrentar una ley penal en blanco abierta.



Agrega que cualquier dificultad en el entendimiento de la disposición legal encuentra solución en el nivel lingüístico, siendo una pieza autorizada al efecto el Diccionario de la Real Academia Española, que entiende por "juego de suerte" *"cada uno de aquellos cuyo resultado no depende de la habilidad o destreza de los jugadores, sino exclusivamente del acaso o la suerte"*; por juego de azar entiende lo mismo que por juego de suerte, al remitir la definición de aquél a esta última expresión, y, finalmente, por juego de envite, dicho diccionario entiende *"cada uno de aquellos en que se apuesta dinero sobre un lance determinado"*.

5.- Por otro lado, sostiene que tampoco son admisibles las razones que esgrime la requirente para excluir una labor interpretativa tanto del Diccionario de



la Real Academia Española como de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.995, toda vez que ello da cuenta de la confusión que existe en sus argumentos entre la interpretación y la complementación o integración, al señalar que utilizar el Diccionario de la Real Academia importaría un reenvío a un texto no legal.

En cuanto a la exclusión de la Ley N° 19.995, reitera la contradicción en que incurre la requirente al utilizar, por una parte, dicha ley para fundamentar la exclusión de la parte querellante como legitimada para accionar, y alegar, por otra, su no aplicación en otros aspectos, lo que anula sus argumentos.

Agrega que el artículo 3°, letra a), de la Ley 19.995 define por juegos de azar *"aquellos juegos cuyos resultados no dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores, sino esencialmente del acaso o la suerte, y que se encuentren señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos"*. Esta norma, señala, abarca, además de lo que debe entenderse por tal, las exigencias que debe cumplir cualquiera de esos juegos para desarrollarse lícitamente. La coincidencia de lo que se entiende por juego de azar en esta ley y la definición del Diccionario de la Real Academia, indica, ratifica lo anteriormente señalado en orden a que el precepto reprochado cumple con describir expresamente la conducta que se sanciona.

6.- Finalmente, en lo tocante a la impugnación al artículo 279 del Código Penal, relacionada con la garantía del N° 24° del artículo 19 de la Constitución, indica que aquélla se subordina absolutamente al reproche efectuado al artículo 277 del Código Penal, en tanto se sostiene que la incautación de especies de propiedad del requirente se realizó en virtud de esta última disposición, por lo que solicita el rechazo en virtud de los mismos argumentos antes expuestos.





Agrega que la Constitución reconoce el comiso como una sanción acorde con diversos preceptos, entregando a la ley la determinación de los casos en que resulta procedente.

Observaciones de Gran Casino de Copiapó S.A.

Mediante presentación de fecha 24 de febrero del año en curso, agregada a fojas 251 y siguientes, Gran Casino de Copiapó S.A. formuló sus observaciones, solicitando el rechazo total del requerimiento, a cuyo efecto adhiere a los argumentos del Ministerio Público, señalando, además:

1.- Que lo que la requirente pretende es obtener de este Tribunal una interpretación orientadora para el juez de fondo, que le señale que los artículos impugnados no le son atribuibles al requirente en razón de que las expresiones relativas a la punición de la explotación del azar no alcanzan a las actividades que él desarrolla; sin embargo, esta labor de exclusión de la tipicidad no es propia de esta Magistratura y supone invadir la competencia exclusiva de los jueces del fondo en orden al juzgamiento de las causas criminales. Tampoco le corresponde a este Tribunal interpretar la ley infra constitucional con un efecto vinculante e inhibitorio para los jueces penales, de manera que tanto las pretensiones como los fundamentos del requerimiento son errados.

2.- Agrega que en la estructura central del requerimiento existiría un error serio y grave, que sería el de utilizar la categoría dogmática de "ley penal en blanco abierta", que no sería la más autorizada o la más usada o recomendada por la doctrina penal de mayor prosapia. Cita al efecto a Jean Pierre Matus y a Enrique Cury, quienes, señala, no hacen referencia a las leyes penales abiertas.

La ley penal abierta, indica, es aquella que partiendo de la base de que cumple con el mandato de determinación, porque entrega el núcleo de la conducta incriminada, deja espacio para que el intérprete y





aplicador de ella defina su exacto sentido y alcance utilizando las técnicas de hermenéutica que la propia ley entrega. Siendo así, no están prohibidas por la Constitución, y así lo ha señalado este Tribunal en sentencias roles N°s 468-2006 y 1441-2010.

3.- Considera que el núcleo del artículo 277 del Código Penal es muy claro y no vulnera el principio de legalidad penal, conocido como principio de tipicidad, por lo que dicha norma impugnada no sería una ley penal en blanco con reenvío al no haber remisión alguna a un elemento extra legal para poder comprender cuál es la acción que la ley penal amenaza con castigo y comiso, porque es claro que la norma apunta a castigar a quien ejerce comercios, regenta establecimientos, locales o lugares en que se explota el azar a cambio de dinero y que no goza de una causal de justificación.



Un eventual problema de excederse en la interpretación o de violar las reglas de interpretación es un problema de legalidad y, por lo tanto, infra constitucional, atacable por la vía del recurso de nulidad, basándose en la causal de error de derecho, prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal (CPP), o en la falta de fundamentación, contemplada en el artículo 374, letra d), en relación con el artículo 297 del mismo Código, pero no resulta impugnabile por la vía de la inaplicabilidad.

Agrega que plantear la acción de inaplicabilidad supone anticipar la solución a un problema hipotético, que aún no se sabe de modo alguno si ocurrirá.

4.- En cuanto a la impugnación del artículo 279 del Código Penal, referida al comiso, señala, en primer término, que de por sí esta norma no es decisoria en el caso concreto, ya que su eventual aplicación es un efecto o consecuencia de dar por establecido primero el tipo penal respectivo, de acuerdo al artículo 277 del Código Penal, y la participación culpable.



La labor de encuadre de la conducta típica, de hacer su atribución a un determinado partícipe y la de mandar la aplicación de la pena es tarea propia del juez del fondo.

Sostiene que no existe entre las dos normas impugnadas una necesidad de complemento, sino sólo de aplicación lógicamente sucesiva de dos preceptos independientes.

5.- Termina señalando que si se tiene y pretende explotar máquinas tragamonedas, estén o no homologadas en los listados de la Superintendencia de Casinos de Juego, si reciben apuestas en dinero y pagan premios en dinero, incluso aunque tengan tarjeta o mecanismo de premio programado, son establecimientos, casas de juego de suerte, envite o azar, conforme lo han señalado la Superintendencia de Casinos de Juego y la Corte Suprema en diversos fallos. En consecuencia, si alguien opera un establecimiento de esta clase, lo dirige o explota como dueño, lo regenta o gerencia como administrador o gerente, y lo hace objetivamente careciendo de una licencia de casino o de concesión, se encuentra en el caso previsto en el artículo 277 del Código Penal, pues hace lo mismo que un casino legal, pero ilegalmente y eso es lo que prohíbe y castiga la disposición.



Autos en relación y vista de la causa.

Mediante resolución de 9 de marzo del año en curso se ordenó traer los autos en relación y su agregación al Rol de Asuntos en Estado de Tabla, fijándose su vista para el día 11 de junio de 2015, oportunidad en la que alegaron los abogados que figuran en el certificado que rola en autos.

Con fecha 4 de junio pasado, el abogado Juan Carlos Manríquez, que representa a Gran Casino de Copiapó S.A., acompañó informe en derecho del ex Ministro de este Tribunal, señor Hernán Vodanovic Schnake, quien concluye, básicamente, que la impugnación del artículo 277 del Código Penal es desestimable, atendida la plena



compatibilidad del precepto con la norma constitucional que exige a la ley una descripción expresa de la conducta que se sanciona, la que resulta en la especie clara, patente y especificada, y, en cuanto al reproche del artículo 279 del Código Penal, sostiene que carece de fundamento plausible, toda vez que, al respecto, el requerimiento no contiene una argumentación jurídica mínima en cuanto a las infracciones constitucionales que denuncia, lo que debe conducir a declarar su improcedencia.

CONSIDERANDO:

**I. CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A ESTA
MAGISTRATURA.**



PRIMERO: Que el artículo 93, inciso primero, número 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del 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 norma constitucional citada señala, 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", agregando 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 puede 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, como se ha expresado en la parte expositiva, doña María Francisca Barra Díaz, en representación de don Alex Patricio Richard Cortés, ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad de los artículos 277 y 279, ambos del Código Penal, en la causa que se tramita ante el Juzgado de Garantía de Copiapó, RUC 1301229078-5, RIT 2795-2014, por el delito de operación de casas de juegos de azar;

CUARTO: Que, según lo planteado por la requirente, la aplicación de los artículos citados del Código Penal transgrede las normas contenidas en los artículos 6°, 19, numerales 1°, inciso final, 2°, 3°, 7°, letra h), y 24°, y 63, todos de la Constitución Política de la República;

QUINTO: Que, de la lectura del libelo que contiene el requerimiento, se observa que éste sólo se extiende y fundamenta respecto del artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, referido al inciso noveno de dicho precepto, esto es, a que *"ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*, argumentando largamente acerca de la incongruencia entre el principio de reserva legal y los tipos penales impugnados, por lo que esta Magistratura sólo se hará cargo del requerimiento en la parte fundamentada, considerando además que la requirente en su alegato en estrados también centró sus argumentaciones en torno al principio de tipicidad, refiriendo que estaríamos, respecto del artículo 277 del Código Penal, ante una ley penal en blanco;

SEXTO: Que la esencia del conflicto de constitucionalidad planteado ante este Tribunal Constitucional consiste en que el artículo 277 del Código Criminal sería contrario a la Constitución por constituir una infracción a lo dispuesto en el inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 del texto constitucional, vale decir, existiría una infracción al principio de tipicidad consagrado en dicha disposición constitucional; y respecto





del artículo 279 del mismo Código existiría una vulneración al derecho de propiedad, garantía consagrada en el artículo 19, N° 24°, de la Carta Fundamental, materia que sólo fue advertida por la requirente ante la pregunta de un Ministro de este tribunal en la respectiva audiencia;

SÉPTIMO: Que, para resolver el conflicto de constitucionalidad planteado en estos autos, será necesario examinar ambos tipos penales, teniendo presentes los antecedentes concretos proporcionados por las partes en este proceso, con el objeto de resolver si la aplicación de tales preceptos realmente produce un efecto contrario a la Constitución Política en el caso concreto;

II. PRINCIPIO DE TIPICIDAD CONSTITUCIONAL.

OCTAVO: Que la parte requirente, respecto a esta disposición, señala que en audiencia ante el Tribunal de Garantía de Copiapó, de fecha 3 de diciembre de 2014, se procedió a debatir la revisión de la medida de incautación que dicho tribunal dispuso en el proceso referido supra, sobre tarjetas hardware y software de máquinas de juego electrónicas, como así también de los dineros que cada máquina contenía en su interior y las llaves que permitían dar inicio a ellas. Agrega la requirente que, en la oportunidad, señaló la imposibilidad de aplicar el artículo 277 del citado código criminal, por considerar que la acción penal deducida por Gran Casino de Copiapó S.A. estaba referida a otros tipos penales y que además carecería de los requisitos para ser considerada víctima dicha persona jurídica; agrega que la disposición penal impugnada transgrede el principio de tipicidad y que se estaría en presencia de una ley penal incompleta, tratándose de una ley penal en blanco de tipo abierto que ni siquiera se remite a otra ley para definir su hipótesis y, por ende, inaplicable por ser contraria a la Constitución;





NOVENO: Que, de acuerdo a lo anterior, es menester hacerse cargo de los elementos valorativos y fácticos de la situación concreta. En el primer caso, referidos a las disposiciones penales impugnadas y enseguida si éstas constituyen efectivamente una ley penal en blanco de tipo abierto, como discurre el requerimiento, y después a la situación procesal del requirente en la gestión judicial que origina la acción de inaplicabilidad ante este tribunal;

DÉCIMO: Que el constituyente de 1980 elevó a rango constitucional el principio de tipicidad de la ley penal, exigiendo que la ley criminal describa en forma clara la conducta punible, principio de derecho penal que por primera vez contiene en forma expresa, en nuestro ordenamiento jurídico, una Constitución Política;

DECIMOPRIMERO: Que, tal como ha manifestado esta Magistratura respecto al principio de tipicidad, "su aplicación requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía. Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible" (STC Rol N° 549, c. 4°).

"La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida, como lo ha declarado esta Magistratura" (STC Rol N° 549, c. 4°), si se satisface la exigencia de que "la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales" (STC Rol N° 549, c. 4°).

"El carácter expreso -claro, patente, especificado- que, conforme a la Constitución, debe contener la





descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales" (STC Rol N° 549, c. 4°);

DECIMOSEGUNDO: Que, razonando esta Magistratura acerca de si el artículo 277 del Código Penal es una ley penal en blanco, y específicamente un tipo abierto, como asevera el requerimiento, cabe precisar que las llamadas leyes penales en blanco son aquellas cuyas consecuencias jurídicas se establecen expresamente, pero se deja el contenido de la hipótesis a cargo de otras leyes, reglamentos y en algunos casos a la libre interpretación del juez, leyes que el inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República ha tolerado siempre que sean impropias o de reenvío, esto es, "aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona". En tal sentido son contrarias a la Constitución las llamadas "leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez." (STC Rol N° 1011, c. 4°);



DECIMOTERCERO: Que la doctrina penal ha referido que "ese género de disposiciones sólo es aceptable cuando reúne características capaces de asegurar al ciudadano el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una pena penal." (Cury, Enrique. La ley penal y su vigencia, Derecho Penal, Parte General, capítulo III, p. 179, Ediciones Universidad Católica, año 2005);



DECIMOCUARTO: Que el artículo 277 del Código Penal, en los términos que se encuentra redactado, permite a toda persona entender claramente que abrir una casa de juegos de azar donde habitualmente se reciban apuestas constituye un delito de conformidad al referido tipo penal; hipótesis penal que contiene una mínima descripción de la conducta y su respectiva sanción, lo que hace que ella no esté en la categoría de ley penal en blanco, ni menos sea un tipo abierto.

Toda la doctrina penal, al referirse a las leyes penales en blanco y citar las disposiciones del Código Penal que se tienen por tales, no se refiere al artículo 277; en cambio, da como ejemplo de ello los artículos 272, 281, 288, 290, 314, 318, 320, 322, entre otros;

III. ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PENAL.

DECIMOQUINTO: Que el artículo 277 del Código Penal dispone: "Los banqueros, dueños, administradores o agentes de casas de juego de suerte, envite o azar, serán castigados con reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales";

DECIMOSEXTO: Que dicha norma encuentra un claro entendimiento en la historia de su establecimiento, en la jurisprudencia y, ahora, puesta en contexto con el artículo 63, N° 19, de la Constitución.

En efecto, la historia de la disposición nos señala que ella fue discutida en la sesión 60a. de la Comisión Redactora del Código Penal, en que el comisionado señor Reyes hizo indicación para que se suprimieran las palabras "en que se hubiere admitido el público" y también estas otras: "autorizada legalmente", "refiriéndose a aquellas casas, porque juzga que en todo caso, con o sin jugadores, los dueños deben ser castigados y porque no cree que debe esperarse entre nosotros una autorización legal para tales establecimientos", indicación que fue aprobada por la Comisión. Siendo el origen de este tipo penal el inciso





primero del artículo 267 del Código Penal Español del año 1850, que refería: "Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite o azar, y los empresarios y expendedores de billetes de rifas no autorizadas, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 20 a 200 duros; y en caso de reincidencia, con la de prisión correccional en su grado mínimo al medio y doble multa." (Verdugo Marinkovic, Mario. Código Penal, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, tomo II, 1986, p. 621);

DECIMOSÉPTIMO: Que, coherentemente con lo anterior, la jurisprudencia, respecto de la disposición legal analizada, ha entendido que casas de juego de suerte, envite o azar son aquellos lugares que habitualmente y por especulación se destinan a juegos de suerte, esto es, sujetos a la contingencia de ganancia o pérdida, la cual depende exclusivamente o en forma decisiva o determinante de la casualidad o el caso fortuito. Siendo requisito indispensable que el lugar donde existen estas casas de juego esté habitualmente destinado a este objeto y no por distracción o pasatiempo (Sentencias Corte de Apelaciones de Concepción, de 9 de mayo de 1969, y de la Corte Suprema, de 5 de junio de 1971);

DECIMOCTAVO: Que, a lo dicho, cabe añadir que, atendidas las especiales características de esta actividad, el artículo 63, N° 19, de la Constitución dispone que sólo pueden ser materias de ley, entre otras, "las que regulen el funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general".

Por lo tanto, en la medida que los juegos de azar se desarrollen en alguna "lotería", entendiéndose por tal - según el Diccionario de la Lengua- un "negocio que se resuelve mediante la suerte o la casualidad" o, lo que es igual, en una "casa" de azar, definida como un "establecimiento industrial o mercantil" según el mismo léxico y el artículo 3°, N° 8°, del Código de Comercio,





entonces su funcionamiento sólo puede tener lugar si una ley así lo regula previa y expresamente.

En este sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha expresado que por "casino" se entiende un "local en que, mediante pago, puede asistirse a espectáculos, conciertos, bailes y otras diversiones" y que "generalmente está destinado a la práctica de juegos de azar". Agregando que "casino debe entenderse como una casa de diversión y esparcimiento" (CS, 26.5.1999, RDJ, tomo 96(1999) 2.1, p. 131-135);

DECIMONOVENO: Que, en el orden criminal, en el párrafo sexto del Título VI del Libro II del Código Penal, cuyo título es "De las infracciones de las leyes y reglamentos referentes a loterías, casas de juego y de préstamo sobre prendas", encontramos el tipo del impugnado artículo 277; este párrafo tiene como bienes jurídicos protegidos la fe pública, el orden social y las buenas costumbres, por lo que los tipos penales incorporados en él se expresan con propiedad si se señala que son pluriofensivos, en el entendido de que la satisfacción objetiva y subjetiva de ellos vulnera varios bienes jurídicos a la vez. Así, quien tiene un establecimiento o lugar de juegos de envite o azar, donde se juegue la suerte, si no está autorizado por la ley, atenta contra los bienes jurídicos referidos;

VIGÉSIMO: Que, conforme a lo anterior, la licitud o ilicitud del negocio está dada por la presencia o no de la ley que regula esta específica actividad. Así, por ejemplo, serán consideradas lícitas las actividades contempladas en los cuerpos normativos que se reseñan: Ley N° 4.566, de 27 de marzo de 1929, que dispone que "los hipódromos establecidos por la autorización del Presidente de la República y que pertenezcan a sociedades fundadas con el primordial objeto de mejorar las razas caballares y obtengan personalidad jurídica de conformidad con las leyes, podrán organizar y mantener el sistema de las





apuestas mutuas con arreglo a los reglamentos que se expidan por el Presidente de la República.". Lo mismo ocurre en el caso de los casinos de juegos autorizados por la Ley N° 19.995, de 7 de enero de 2005, cuyo artículo 3° establece que se entenderá por juegos de azar "aquellos juegos cuyos resultados no dependen exclusivamente de la habilidad o destreza de los jugadores, sino esencialmente del acaso o de la suerte, y que se encuentran señalados en el reglamento respectivo y registrados en el catálogo de juegos.". Agregando el artículo 5° que "los operadores sólo podrán explotar los juegos de azar que esta ley y sus reglamentos autoricen y siempre que cuenten con la licencia para ello. Los juegos de azar cuya licencia haya sido otorgada al operador, deberán ser explotados por éste en forma directa, quedando prohibida toda transferencia, arrendamiento, cesión o entrega de su explotación a terceros a cualquier título".



"Los juegos de azar a que se refiere esta ley y sus reglamentos sólo se podrán autorizar y desarrollar en los casinos de juego amparados por el correspondiente permiso de operación, según se establece en las disposiciones siguientes. En ningún caso el permiso de operación comprenderá juegos de azar en línea";

VIGESIMOPRIMERO: Que en el país existen otras apuestas que están reguladas por diversos cuerpos legales, como lo es la Ley N° 18.568, de 30 de octubre de 1986, que establece normas sobre la Lotería de Concepción, mediante la cual se autoriza a la Universidad de Concepción para mantener, realizar y administrar un sistema de sorteos de lotería en conformidad a lo que dispone el referido cuerpo legal.

El propio Estado participa como empresario de juegos, a través de la Polla Chilena de Beneficencia, cuyo objeto es realizar y administrar un sistema de sorteos y de administración y operación de un sistema de pronósticos y apuestas relacionados con competencias deportivas, todo



lo cual se encuentra regulado en el Decreto N° 152, del Ministerio de Hacienda, de 1980, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica de Polla Chilena de Beneficencia, empresa del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y que se relaciona con el Fisco a través del Ministerio de Hacienda.

Recientemente se ha dictado la Ley N° 20.851, publicada en el Diario Oficial el día 27 de junio del año en curso, mediante la cual se autoriza a personas jurídicas sin fines de lucro, a los centros de alumnos, centros generales de padres y apoderados, de todo el sistema educacional y en todos sus niveles, sindicatos, asociaciones gremiales y organizaciones deportivas para realizar, en el ámbito local, actividades de carácter no habitual, como lo son los bingos, rifas, loterías y otros sorteos similares sobre cosas muebles, siempre que éstas tengan propósitos solidarios o de beneficencia a favor de terceros o, bien, para el financiamiento de los fines propios de las instituciones mencionadas.



Agrega esta nueva norma jurídica que para los efectos de la Ley N° 19.995, dichas actividades no serán consideradas juegos de azar;

VIGESIMOSEGUNDO: Acorde a lo expresado precedentemente, será apuesta ilícita todo aquel juego de azar que la ley no autorice y, por ende, un lugar donde existan instrumentos o máquinas de juego en que predominantemente o en forma exclusiva el jugador esté sujeto a la suerte será contrario al ordenamiento jurídico chileno, desde la perspectiva civil adolecerá de objeto ilícito y criminalmente se expondrá a las sanciones que los tipos penales del párrafo 6° del Título VI del Libro II del Código Penal establecen;

IV. ARTÍCULO 279 DEL CÓDIGO PENAL.



VIGESIMOTERCERO: Que el artículo 279 del Código Penal dispone: "El dinero o efectos puestos en juego y los instrumentos, objetos y útiles destinados a él caerán siempre en comiso".

Que los antecedentes históricos del tipo penal descrito se encuentran en el inciso tercero del artículo 267 del Código Penal Español de 1850, que expresaba: "El dinero y efectos puestos en juego, los muebles de la habitación, y los instrumentos, objetos, útiles destinados al juego o rifa, caerán en comiso", norma que se trató también en la sesión 60ª de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, en la cual "a propuesta del comisionado señor Gandarillas, se acordó eximir del comiso los muebles de la habitación que comprendía la disposición original, limitándose la pérdida al dinero, instrumentos, objetos o útiles destinados al juego, como los dados, naipes, mesas, etc., de que se sirvan los jugadores". (Verdugo Marinkovic, Mario. Código Penal, Editorial Ediar-ConoSur Ltda., tomo II, 1986, p. 279);



VIGESIMOCUARTO: Conforme al artículo 21 del Código Penal, el comiso es una pena generalmente accesoria a una pena principal y común a la pena de crímenes, simples delitos y faltas.

Sobre este aspecto, cabe discernir que en el requerimiento de autos se manifiesta que existiría una medida de incautación sobre bienes muebles consistentes en máquinas de juego de propiedad del requirente, cuyo fundamento legal se basaría en el artículo 279 del Código Penal, acerca de las instituciones "incautación de bienes" y "comiso" en el marco de un proceso penal.

La incautación consiste en una medida cautelar respecto de bienes que pueden servir como prueba o respecto de los cuales se puede decretar el comiso, en la oportunidad procesal pertinente, y cuya consecuencia es sacar de circulación estos bienes para evitar la continuación de la actividad ilícita; el comiso, como se



ha reseñado precedentemente, es una pena que, en nuestro derecho, también es una medida similar a la confiscación y que consiste "en privar a una persona de sus bienes, pero aplicable sólo limitadamente a aquellos que han sido empleados en la preparación o comisión del delito (*instrumenta scaeleris*) o que han sido producidos directamente por el delito (*producta scaeleris* o efectos del delito)". (Vera Azócar, Alejandra. El comiso y los terceros, Revista Jurídica del Ministerio Público N° 39, de 2009, p. 116;

VIGESIMOQUINTO: Que el requerimiento no se extiende mayormente a fundar la petición en orden a que esta Magistratura declare como contrario a la Constitución el artículo 279 del Código Penal. Sólo se hace una mención cada vez que se cita el artículo 277 del mismo cuerpo legal indicando en forma general que infringe el principio de reserva legal.

Que, aun considerando lo anterior, estos sentenciadores se harán cargo del reproche de constitucionalidad que se esboza en el requerimiento respecto a esta disposición legal, esto es, el artículo 279 del Código Punitivo.

Dicha norma jurídica es corolario de los artículos 277 y 278 del Código Penal, y se debe entender como un todo, porque por medio de todas estas normas el legislador sanciona la conducta referida a los juegos de azar ilícitos, de tal manera que el artículo 279 en forma meridianamente clara obliga al juez a decomisar los instrumentos y efectos del delito, y tan claro es el mandato legal que señala que siempre caerán en comiso esta clase de bienes.

Por consiguiente, de la sola lectura de la norma impugnada constitucionalmente por la vía de la acción de inaplicabilidad no se divisa cómo dicha disposición puede ser contraria al principio de reserva legal y, por ende, inaplicable al caso concreto por inconstitucional.





Y, por tanto, esta Magistratura no podría acoger el requerimiento respecto de la norma legal que se pretende se declare contraria a la Constitución;

V. ELEMENTOS FÁCTICOS DEL CASO CONCRETO.

VIGESIMOSEXTO: Que cabe tener presente que el requirente es interviniente en la gestión pendiente sólo como imputado no formalizado, y que está afectado, según refiere el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad, por la incautación de bienes de su dominio ya reseñados en considerando anterior, por autorización del Juzgado de Garantía de Copiapó otorgada al Ministerio Público, en la investigación que el ente persecutor hace por delito de juegos de azar ilícitos, conforme a lo cual no existe claridad si efectivamente se le formalizará por las hipótesis penales cuestionadas, ni menos si será condenado por esta clase de delito, por lo que ni aun en el caso de prosperar esta acción de inaplicabilidad tendría efectos prácticos en sí mismo;



VIGESIMOSÉPTIMO: Que la medida de incautación de bienes del representado de la requirente fue autorizada por el juez competente conforme al mérito de lo dispuesto en el artículo 217 del Código Procesal Penal, que establece que los objetos y documentos vinculados con el hecho investigado, aquellos que pudieren ser objeto de la pena de comiso y los que pudieren servir como medios de prueba podrán ser incautados si las personas en cuyo poder se encontraren se negaren a entregarlos o bien el procedimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación. De acuerdo a ello se incautan bienes de propiedad del representado de la requirente en la esfera de una investigación llevada a efecto por el Ministerio Público;

VIGESIMOCTAVO: Que las conductas sancionadas en los tipos penales impugnados son perfectamente comprensibles para toda persona, cumpliéndose los estándares exigidos



por el principio de tipicidad, por lo que dichos preceptos no tienen un efecto inconstitucional.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1°. Que **SE RECHAZA** el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1 y siguientes.

2°. Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estos autos por resolución de fojas 203 y siguiente. Oficiese al Juzgado de Garantía de Copiapó.

3°. Que no se condena en costas a la parte requirente por haber tenido motivo plausible para litigar en sede constitucional.



La Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Juan José Romero Guzmán previenen que concurren a la decisión contenida en la sentencia y a sus fundamentos, con excepción de lo afirmado en el considerando vigesimosexto, teniendo presente que, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Magistratura, basta que exista "la sola posibilidad" de que uno o varios preceptos legales se apliquen en forma contraria a la Constitución para que proceda la acción de inaplicabilidad (STC roles N°s 1741, c. 7°; 1463, c. 9°; 2237, c. 14°; 2678, c. 9°, y 2651, c. 7°, entre otras), lo que parece ocurrir en la especie, independientemente de la calidad procesal actual que afecta al requirente.

El Ministro señor Nelson Pozo Silva previene que concurre al fallo en su decisión, sin compartir lo expresado en los razonamientos de los considerandos decimoprimeros, decimosegundo, decimotercero y decimocuarto; y además el decimoséptimo, decimoctavo,



decimonoveno, vigésimo, vigesimosegundo, vigesimotercero, vigesimocuarto, vigesimoquinto y vigesimooctavo,

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:

1.- Que nuestra Carta Fundamental consagra el Principio de Legalidad en el artículo 19, N° 3°, incisos octavo y noveno, lo cual garantiza lo que la doctrina penal denomina tipo penal (legal) y tipicidad.

El tipo penal comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito. La tipicidad es la adecuación de una conducta del mundo real a esa descripción legal, luego a través del concepto de tipicidad se expresa la relevancia de una determinada conducta para el derecho penal, en el sentido de que una determinada conducta pueda ser subsumida en una descripción o tipo legal (**Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez**, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 183);

2.- Que la estructura de los tipos penales se conforma por la presencia de un sujeto activo que realiza una determinada conducta que se estima lesiva para un bien jurídico, conducta ésta con un sello valorativo asociado a la producción de determinados resultados o a la concurrencia de ciertas circunstancias; es relevante la referencia al objeto sobre el cual recae el comportamiento y, en algunos casos, también la presencia de elementos normativos en la descripción legal.

Del mismo modo, el núcleo o verbo rector que es la descripción de la conducta punible, la acción u omisión sancionada, adquiere relevancia en el momento de la calificación del ilícito;

3.- Que, en definitiva, el principio de legalidad en materia penal se asocia con la denominada "**lex certa**", cuya exigibilidad implica que el tipo ha de ser suficiente, es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales; y si tal hipótesis no sucede,





se produce una segunda modalidad de incumplimiento del mandato de tipificación: la insuficiencia; sin perjuicio de que exista un sistema de remisión o de tipificación reglamentaria que ayude a la conformación total del acto de tipificación, cumpliendo de esta manera con la exigencia de seguridad jurídica en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta;

4.- Que la garantía del principio de legalidad en la Constitución literalmente denota que el precepto de carácter penal exige no sólo la garantía criminal y la exigencia de irretroactividad de la ley penal, sino también que la norma penal debe tener un rango determinado en el sentido estricto, que la conducta descrita sea inteligible, y concebida en un lenguaje de fácil acceso al ciudadano, de forma tal que su inteligibilidad no merezca duda;



5.- Que la estructura del tipo se subdivide en tipo objetivo y tipo subjetivo. Siendo el primero de los citados en los delitos de actividad, la acción u omisión y los elementos concomitantes a la acción específica del delito. Al analizar el tipo objetivo, no sólo hay que hacer la subsunción en la descripción del resultado específico del delito. En cambio, en el delito de resultado, como regla general, la acusación del resultado es descriptiva con el vocablo de actividad; por ejemplo, matar, maltratar, lesionar, encerrar, sustraer, etc.;

6.- Que resulta evidente la funcionalidad de tipo teleológico de la determinación/taxatividad para la realización de la finalidad de la pena. La amenaza legal previa sirve, entonces, para el efecto de intimidación, para fundar la concreta aplicación y hacer creíble la amenaza misma. Pero ello se verifica sólo si efectivamente se ha cometido un hecho previsto por la ley como delito. La idea misma de la coacción psicológica está vinculada de manera inescindible con aquella de la previsibilidad y de la certeza del derecho. Entre tanto, la pena puede



funcionar sólo como reacción, solamente en tanto esté determinada y prevista en relación con hechos taxativamente descritos en una norma de ley.

Parece claro el nexo existente entre la realización del estado de derecho, mediante legalidad y certeza, y la función de la pena, tendiente a realizar, en el sistema de Feuerbach, también ella y desde su angulación particular, la finalidad general del estado liberal, la garantía de los derechos individuales (**Sergio Moccia**, El derecho penal entre ser y valor. Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 125);

7.- Que, en este contexto, nos parece oportuno poner en su justo relieve el hecho de que también las problemáticas relativas a la imputación objetiva y subjetiva, por sus implicaciones respecto de la tutela de las garantías individuales en el sentido de la definición de límites del hecho ilícito, adquieren un significado particular, en términos de teoría de la pena, mediante la doble referencia axiológica a la legalidad y a la personalidad de la responsabilidad penal. En efecto, se hace evidente que también en esta perspectiva de teoría de la pena, entendida como integración social, se pone de relieve la necesidad de una tipificación según los criterios de determinación y taxatividad;

8.- Que el "Tatbestand" subjetivo en orden a los fines de una correcta tipificación de un hecho delictivo y la elección sistemática de la inserción de dolo y culpa, dentro de la estructura de la figura jurídica, resultan esenciales para la tipicidad, porque sin ellos la descripción legal del delito no puede realizarse en la forma taxativa requerida por el estado de derecho.

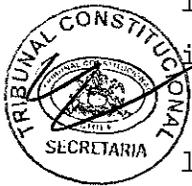
Sólo el recurso a elementos subjetivos de la conducta ha permitido la consideración exhaustiva, para el derecho penal, de un hecho realmente acontecido. La realización de un acontecimiento y, en consecuencia, su descripción y su subsunción en el ámbito de una figura





jurídica penal, es susceptible de hipótesis sólo si se está sostenido por un coeficiente psicológico (Sergio Moccia, citando a Welzel, op. cit., p.129);

9.- Que la legalidad penal en nuestra cultura actual difiere considerablemente de la que sostuvo el legalismo del siglo XIX. De entrada, la visión moderna de la legalidad no tiene como horizonte esencial el de garantizar una motivación directa del ciudadano por el contenido de las leyes; algo que, en lo relativo a los detalles de la tipicidad, resulta imposible. Con la exigencia de legalidad penal se alude, básicamente, a la pretensión de lograr una interacción entre el Poder Legislativo y el Judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles.



La legalidad penal exige del legislador, por un lado, una dimensión de legitimidad: la democracia; y, por otro, una dimensión favorecedora de la estabilidad en las interpretaciones: la máxima taxatividad posible (**Jesús María Silva Sánchez**, Tiempos de Derecho Penal, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 22).

El Tribunal Constitucional español señala, en relación al principio de legalidad penal, que éste no se satisface cuando "dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas..." (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 4°).

El análisis de lo anterior contempla la legalidad desde la perspectiva de las conocidas como garantía criminal y garantía penal. Sin embargo, la legalidad penal



implica, asimismo, las garantías jurisdiccional y de ejecución. Es, por tanto, relevante advertir que sólo puede hablarse de un determinado sistema de legalidad penal cuando se conoce el sistema de enjuiciamiento y el sistema de ejecución de las sanciones penales, pero además como un principio (legalidad) en los términos de teoría de sistemas, en un punto de acoplamiento estructural o interpenetración del sistema político (al que pertenecen las leyes) y un sistema jurídico (integrado por las decisiones de los tribunales). Dado que a los tribunales corresponde "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", sería erróneo limitar la noción de legalidad penal a su condición de producto (estático) del sistema político, olvidando que son los tribunales quienes llevan a cabo la legalidad in action (o legalidad dinámica);



10.- Que siguiendo el pensamiento de Roxin, las tres categorías centrales vinculadas entre sí del sistema de derecho penal son: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. En la concepción de un sistema racional-final (funcional) del delito como fundamento político-criminal, éste se construye en base a lo que el derecho penal alemán denomina "**bienes jurídicos**", de tal manera que sin la seguridad en torno a estos bienes jurídicos la vida en común no es posible, y desde una visión normativa la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Roxin a partir de 1970 ha hecho que la discusión de la dogmática penal alemana se haya expandido por el mundo.

Siendo así los presupuestos, cabe considerar la idea de culpabilidad en base a que "a ninguna persona le puede ser impuesta una pena si actuó sin culpabilidad (como, por ejemplo, un enajenado mental); así como tampoco la pena puede superar el grado de culpabilidad del autor... El principio de culpabilidad señalado constituye uno de los fundamentos del derecho penal alemán y ha sido retomado por nuestra jurisprudencia a partir de la garantía de la dignidad de la persona humana contemplada en la



Constitución alemana (artículo 1° de la Constitución). Conforme a lo anterior, el principio de culpabilidad lleva a cabo aquello que en la categoría del injusto realiza la teoría de la protección de bienes jurídicos y de la imputación objetiva: establece un límite a la facultad punitiva del Estado y dota al ciudadano de un razonable ámbito de libertad personal en contraposición a los intereses de seguridad estatales". Y agrega Roxin: "El ciudadano puede estar seguro de que no será sancionado si no es culpable, pero que tampoco será sancionado más allá de su grado de culpabilidad" (Conferencia dictada por el Profesor **Claus Roxin** el 25 de octubre de 2007 en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal de México, recogido en el libro "Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania", Editorial Ubijus, México, 2009, págs. 28-29);



11.- Que para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas. Que esta Magistratura interpreta la Constitución con eficacia vinculante no sólo para el ciudadano sino también para los restantes órganos del Estado; la idea que origina y legitima esta vinculación no es sino la del sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución, y sólo podrá hacerse realidad si las sentencias del Tribunal expresan el contenido de la Constitución, aunque sea en la interpretación de este órgano;

12.- Que el cometido de la interpretación es el hallar el resultado constitucionalmente "correcto" a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y



previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión;

13.- Que la teoría tradicional de la interpretación persigue, por lo común, revelar la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjetiva) del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como, finalmente, del sentido y la finalidad (la "ratio" y el "telos") de la norma. A continuación, el contenido de la norma así obtenido -es decir, hecha abstracción del problema concreto que se trata de decidir- es subsumido en forma de conclusión silogística al supuesto vital de cuya normación se trata, que queda así resuelto. Según dicha teoría existiría interpretación e, incluso, interpretación constitucional, por principio, en la simple ejecución de una voluntad preexistente (objetiva o subjetiva) que puede ser alcanzada con certidumbre objetiva a través de esos métodos y con independencia del problema a resolver (**Konrad Hesse**, Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 59);



14.- Que, en este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha señalado: "Fundamental para interpretar un precepto legal es la voluntad objetiva del legislador manifestada a través de dicho precepto y tal como se deduce del texto y del contexto de la disposición legal. No es, por el contrario, fundamental la idea subjetiva de los órganos que participan en el proceso legislativo, o determinados de sus miembros, acerca del significado de la disposición. El proceso de creación de un precepto sólo adquiere relevancia interpretativa en la medida que venga a confirmar la corrección de la interpretación realizada según los principios referidos, o bien en la medida en que solventa dudas que no puedan ser eliminadas sobre la sola base del procedimiento indicado" (Konrad Hesse, op. cit. p. 60);



15.- Que teniendo en vista el objetivo interpretativo, sirven las palabras del tribunal alemán en cuanto "la interpretación a partir del texto de la norma (interpretación gramatical), de su conexión (interpretación sistemática), de su finalidad (interpretación teleológica) y de su proceso de creación (interpretación histórica) en el curso de lo cual estos elementos se apoyan y complementan mutuamente, por ejemplo, al extraer conclusiones respecto del significado literal o de la finalidad de la norma a partir de su conexión sistemática o de su proceso de creación;

16.- Que en el caso concreto, si bien no se encuentra dilucidada en un sentido científico la noción de "juegos", ni la idea de "programación" de las máquinas llamadas tragamonedas, en cada oportunidad concreta sometida a juicio, se deberá analizar el juego en sus características, desarrollo y desenlace, teniendo en consideración si la destreza o habilidad se refiere a elementos condicionantes directamente vinculados al resultado, como causa a efecto, o si se trata solamente de una posición que, creando únicamente una mejor situación en el juego, se encuentra aislada de la relación causal, toda vez que entre ella y el fin se interponga como causa eficiente un acontecimiento no gobernable y del que, en realidad, dependa el resultado. El encuadre en el tipo "juego de azar" habrá de ser referido luego, para apreciar si entra dentro de la figura legal, a los demás elementos exigidos por la norma, por ejemplo: que se haya realizado en casa de juego, en cuyo caso deberá a su vez analizarse su concepto y comprensión a fin de determinar si la condición se encuentra presente (artículo 279 del Código Penal).

Que, por otro lado, la naturaleza y esencia de las máquinas plantea, en efecto, un juego o una apuesta a las personas que deciden usarlas: el usuario debe introducir en la máquina una o dos fichas, y accionar luego ciertos





mecanismos de activación. La máquina responde con una serie de acciones y movimientos y al cabo de un tiempo le anuncia al usuario que ha perdido sus fichas o bien le recompensa con una o más fichas similares a las que introdujo inicialmente, o con un crédito equivalente a una cierta cantidad de fichas.

En cuanto al funcionamiento interno de las máquinas, éstas operan sobre la base de circuitos electrónicos, siendo su operatividad análoga a la de otros juegos, pero con la diferencia de que por el juego propuesto por las máquinas y sus mecanismos internos no es posible predecir los resultados de manera efectiva, y la apuesta que las máquinas les plantean a sus usuarios es, para todos los efectos prácticos, un "juego de destreza";

17.- Que, del mismo modo, lo que vemos en la vida cotidiana cuando hablamos de jugar, es una actividad realizada como plenamente válida en sí misma. Esto es, en la vida diaria distinguimos como juego cualquier actividad vivida en el presente de su realización y actuada emocionalmente sin ningún propósito exterior a ella. O, en otras palabras, hablamos de juego cada vez que observamos seres humanos u otros animales, involucrados en el disfrute de lo que hacen como si su hacer no tuviera ningún propósito externo. Sin embargo, aunque corrientemente hacemos estas connotaciones al hablar de juego, en la actitud productiva de nuestra cultura corrientemente no nos damos cuenta de que lo que define al juego es "un operar" en el presente, y nos parece que los niños al jugar imitan las actividades de los adultos como si estuvieran preparándose para su vida futura. Como resultado de esto, el juego ha sido frecuentemente visto por psicólogos y antropólogos, aun cuando hay excepciones (Bateson, 1972), como una actividad que los niños o los animales jóvenes realizan en "preparación para su vida adulta", como si este fuera su propósito biológico, llegando en el proceso a ser ciegos ante su falta de





intencionalidad ("Amor y Juego", Maturana y Verden-Zoller);

18.- Que los modelos se construyen (o se adoptan) con el propósito de predecir el comportamiento de los procesos integrantes del sistema original. Todo lo que se hace con el modelo son predicciones.

En cierto sentido, un modelo lo es porque permite la predicción. Por lo demás, **para predecir es necesario establecer** modelos o, bien, adoptar como modelos a teorías o mecanismos ya construidos. En general, cualquier concepto, hipótesis, ley, teoría, principio (un modelo establecido) o explicación, puede servir como modelo o como elemento de un modelo. El cumplimiento de las predicciones establecidas con base en un modelo, es el criterio que permite juzgar acerca de la validez de dicho modelo. Así, cuando la predicción establecida conforme a un modelo resulta ser inexacta, es necesario modificar el modelo;



19.- Que en un análisis de las "máquinas y juegos de azar, la experiencia señala que la interacción se logra al comprobar que las máquinas están controladas por una serie de circuitos impresos con componentes electrónicos, los cuales no son posibles de identificar ni analizar, incluyendo microprocesadores, que ordenan las distintas secuencias o rutinas para las diferentes etapas de un juego, lo que constituye una primera aproximación a que utilizan un procesador que tiene una lógica introducida por el hombre, la cual se comporta según dichas instrucciones y que su desenlace resulta incierto, lo que significa que la programación de la máquina tiene un factor relevante y donde por la utilización se generan factores aleatorios, producto de complejos cálculos matemáticos que sólo se pueden efectuar mediante microprocesadores que operan en breve lapso de tiempo;

20.- Que por estas razones estimamos que en el caso concreto sin la dilucidación de pericias plenamente



contestes en que estamos en presencia de un juego de azar, no resulta pertinente compartir los fundamentos del voto de mayoría;

21.- Que, sin embargo, y teniendo a la vista el recurso de inaplicabilidad deducido a fojas 1 y siguientes y de la forma como se ha invocado el principio de reserva legal por la abogada doña María Francisca Barra Díaz, pretendiendo que esta Magistratura se haga cargo de los presupuestos fácticos de la configuración típica del hecho ilícito investigado por el Ministerio Público y estimando, además, la invocación del argumento de estar en presencia de una ley penal en blanco, tema ya resuelto por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se generan en este disidente los elementos suficientes de convicción para aceptar la tesis deducida por la requirente;

22.- Que del mismo modo, examinado el requerimiento y atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, resulta concluyente que la acción constitucional deducida carece de un análisis de índole constitucional y más bien se trata de un conflicto cuya resolución no es propia de esta Magistratura, sino un asunto que debe ser resuelto por los jueces que conocen de la causa en que incide el requerimiento, los cuales han de determinar la forma de decidir la controversia sometida a su decisión, competencia que este tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución y en conformidad con el principio de la deferencia razonada hacia los poderes del Estado (STC 2150, STC 1466, STC 2031, STC 2451, STC 2461).

Que también fluye el razonar en el sentido de que el objeto jurídico (normas) que se pide inaplicar al caso concreto no resulta suficiente para que amerite resolver ser acogida, en la medida que dichas normas no aparecen contrariando los valores, principios constitucionales, derechos, deberes y garantías constitucionales.

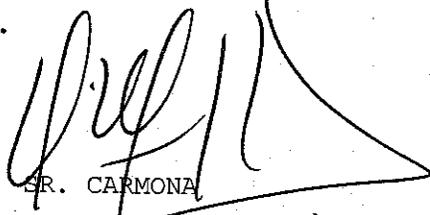




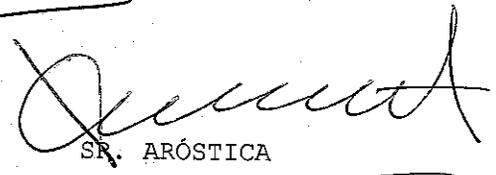
Redactó la sentencia el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, la primera prevención, la Ministra señora Marisol Peña Torres y la segunda, el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

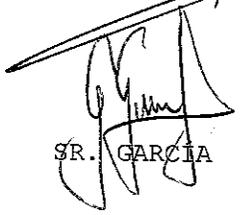
Notifíquese, comuníquese regístrese y archívese.

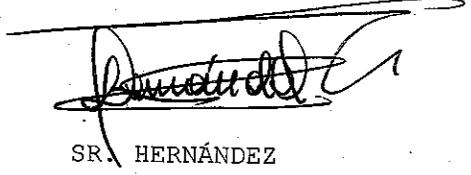
Rol N° 2758-14-INA.


SR. CARMONA


SRA. PEÑA

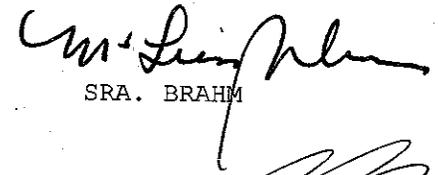

SR. ARÓSTICA

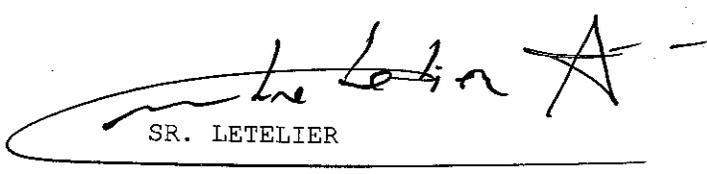

SR. GARCÍA


SR. HERNÁNDEZ



SR. ROMERO


SRA. BRAHM


SR. LETELIER


SR. POZO

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Se certifica que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma por encontrarse con licencia médica.

Autoriza el Secretario Titular del Tribunal, Rodrigo Pica Flores.

