



Santiago, catorce de noviembre de dos mil diecisiete.

**VISTOS:**

**Solicitud de inaplicabilidad.**

Con fecha 13 de marzo de 2017, doña Cynthia Arias Gatica ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 449, N° 1°, del Código Penal.

**Precepto legal reprochado.**

El texto del precepto impugnado es del siguiente tenor:

"Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia."

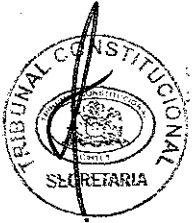
**Gestión judicial pendiente para la cual se pide un pronunciamiento de inaplicabilidad.**

Consiste en el proceso por robo con intimidación seguido contra la actora, que es sustanciado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, bajo el RIT 41-2017 y RUC 1610030050-1.

En el aludido proceso se formuló acusación por el Ministerio Público, la que, en síntesis, indica que en agosto de 2016, la víctima se trasladaba hacia el terminal de buses, momento en el cual los imputados Cynthia Arias Gatica y René Alarcón Lincopán se abalanzaron sobre ella, abriendo su mochila, sustrayendo una billetera y un teléfono celular, para luego, el imputado Alarcón Lincopán tomarla entre los hombros fuertemente, con el objeto de inmovilizarla y que no pudiera defenderse, mientras la imputada Arias Gatica se apropiaba, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueña, de las especies ya indicadas, y la amenazaba diciéndole que le pasara el teléfono o le sacaría la cresta, momento en que es auxiliada por terceros que transitaban por el lugar, huyendo los imputados.

El Ministerio Público acusó a la actora por el delito de robo con intimidación, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso 1°, del Código Penal, en relación a los artículos 432 y 439 del mismo.

Solicitó que fuera condenada a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, expresando que concurría en la especie la atenuante del artículo 11, N° 6°, del Código Penal -irreprochable conducta anterior- y sin mencionar agravantes.



### **Fundamentación del requerimiento.**

Sostiene la requirente, en lo medular, que la disposición cuestionada dispone una diferencia de trato arbitraria e infringe el principio de proporcionalidad, vulnerando los artículos 1°, 19 N°s 2° y 3°, inciso sexto, constitucionales y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En cuanto al desconocimiento del principio de no discriminación y la igualdad ante la ley, explica la actora que el mismo se produce, desde el momento que la norma censurada introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos que afectan el mismo bien jurídico. Expone, a modo de ejemplo, que quien comete el delito de usurpación violenta, del artículo 457 del Código Penal, o el delito de incendio con resultado de muerte o de mutilaciones o lesiones graves gravísimas, previsto en el artículo 474 del mismo Código, y que tiene asignada una pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, se le aplicará, en la determinación de la pena conforme el sistema previsto en los artículos 65 a 69 del Código Penal, con la consabida posibilidad, en el caso de concurrir dos o más atenuantes o una atenuante muy calificada, de rebaja de pena en uno o dos grados al mínimo. No ocurre esto en el caso del delito de robo con intimidación por la aplicación de la disposición reprochada. Lo misma comparación puede hacerse con otros delitos que afectan la propiedad, como los estragos, daños, estafas y apropiaciones indebidas.

Y lo trascendente en materia constitucional es que no existiría una base objetiva ni se encuentra justificación racional para el descrito estatuto diferenciador. No es la gravedad de los delitos; la modalidad de comisión o el ataque a una pluralidad de bienes jurídicos.

De ello se concluye que el legislador ha establecido una diferencia de trato entre situaciones iguales, como lo son todas aquellas sobre afectación del bien jurídico propiedad, correspondiendo el más gravoso régimen de determinación de la pena a la comisión de delitos que tienen una igual o menor gravedad que otros atentados a ese bien jurídico protegido. Este carácter diferenciador habría sido puesto de relieve por algunos Ministros de esta Magistratura, en sentencias previas (específicamente, en sentencia Rol N° 3081,) así como por la doctrina autorizada durante la tramitación del proyecto de ley que estableció el contenido del precepto que ahora se reprocha.

En lo referido a la infracción del principio de proporcionalidad, se desconocería el sub principio de necesidad, en tanto se estima, en el ordenamiento penal, que tratándose de otros delitos de mayor gravedad, como quien con ocasión de la violación comete homicidio, que las disposiciones contenidas en los artículos 65 a 69 resultan eficaces para cautelar las finalidades preventivas generales y especiales e incluso retributivas que las penas contemplan para tales delitos.



A la vez, también se infringiría el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. Pues si desde el punto de vista del bien jurídico atacado un delito se considera más grave que otro y, sin embargo, se sancionan con la misma pena o el que se considera más grave se castiga con una menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad. Ello fue constatado por la Corte Suprema también durante la tramitación del citado proyecto de ley.

A su vez, la norma resulta desproporcionada pues afecta el necesario margen judicial de arbitrio para la determinación de la pena, al proscribir los efectos naturales de la concurrencia de atenuantes. En efecto, como es sabido, por aplicación de la disposición cuestionada en el caso concreto, el juez no podrá rebajar la pena de la requirente en uno o dos grados ni, consecuentemente, ella podrá optar a ningún tipo de pena sustitutiva.

Más aún, si se tiene en consideración que la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena, donde el juez puede actuar con justicia según las características del caso concreto, lo que colisiona con un criterio de rigidez legal que no permite hacerlo.

#### **Sustanciación del requerimiento.**

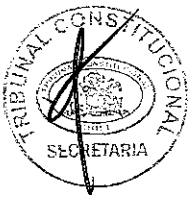
Por resolución de fojas 23, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento de autos y suspendió la tramitación de la gestión judicial pendiente invocada. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Presidenta de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados y notificado a las partes de la gestión judicial pendiente invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

#### **Observaciones al requerimiento.**

Por presentación de fojas 53, el Ministerio Público presenta sus descargos frente al requerimiento, solicitando su rechazo en base a las siguientes argumentaciones.

En primer término, el ente persecutor se refiere a la justificación de la norma cuestionada, que se encuentra en el Mensaje presidencial del proyecto que estableció su texto, hoy Ley N° 20.391. En síntesis, se estimó que tratándose de delitos de mayor ocurrencia, como el robo con intimidación, era necesario otorgar a la población una meridiana certeza de que la pena legal tiene un reflejo en la pena concreta que recibirá el condenado y que ésta no se verá alterada por la aplicación de atenuantes como ha ocurrido dramáticamente en otros casos, cuestión que, por lo demás, impide cumplir con la finalidad de prevención general eficiente de la pena.

A su vez, se recuerda el Ministerio Público que, también por el comentado proyecto, se aumentó la pena al



delito de robo con intimidación, en los casos referidos al artículo 433 del Código Penal; se introdujo una circunstancia agravatoria en el artículo 449 bis del mismo y se hizo posible el juicio abreviado en los casos allí mencionados.

En segundo término, refiriéndose al descarte de las infracciones constitucionales denunciadas, el ente persecutor argumenta lo siguiente.

En lo atinente a la infracción del principio y derecho a la igualdad ante la ley, señala que las comparaciones que se trazan con los delitos de los citados artículos 457 y 474 no alcanzan para establecer la existencia de una diferenciación arbitraria de trato, desde que el primero de ellos se sanciona con penas de multas y, el segundo, con pena de presidio que va del grado máximo del presidio mayor al presidio perpetuo.

Lo anterior, en contraste con el ilícito por el que se acusa a la actora de autos, que tiene una pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo. No hay reglas iguales entonces para hacer una comparación.

Por cierto, la regla cuestionada habría sido recogida en otros cuerpos legales, como la Ley de Tránsito y la ley de armas.

Agrega a lo anterior, que la diferencia de estatuto alegada por el requirente sí tiene justificación, que es la que se señala en la precedentemente reseñada historia fidedigna del precepto reprochado.

En cuanto al derecho a un justo y racional procedimiento, se precisa que la regla ahora cuestionada no establece una pena, sino que un mecanismo especial de determinación de la pena para que ésta se fije dentro de los 3 grados señalados por la ley para el delito.

Vinculado a lo anterior, el Ministerio Público remarca que se confunde aquello que debe atribuirse a la norma que establece el ilícito y su pena con lo que puede atribuirse objetivamente al precepto reprochado. Ello es así, porque el delito de robo con intimidación tiene una pena asignada que va desde los 5 años y un día hasta los 20 años, lo que obedece a una valoración en la que no juega ningún rol el artículo 449.

Y abunda en que, la forma especial de determinación de la pena criticada es necesaria e idónea, pues su finalidad se encuadra dentro de un objetivo preventivo general, expuesto en el mensaje presidencial.

Añade que esta Magistratura, en numerosas sentencias, desestimó objeciones al artículo 17 B de la Ley N° 17.798, bajo razonamientos que se pueden hacer valer en la especie y recuerda también lo resuelto en sentencia Rol N° 3081, en orden a que las reglas del artículo impugnado no alteran las atribuciones judiciales para aplicar el castigo.

Finalmente, aduce en abono a su postura que, conforme a la Carta Fundamental, corresponde al legislador determinar los delitos y sus penas.



### **Vista de la causa y acuerdo**

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 12 de septiembre de 2017, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Claudio Fierro, por la parte requirente, y Hernán Ferrera, por la parte requerida.

Con igual fecha se adoptó acuerdo.

### **CONSIDERANDO:**

#### **El conflicto de constitucionalidad**

**PRIMERO:** Que, la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos constitucionales impugna el artículo 449, N° 1, del Código Penal que determina la aplicación de penas en los delitos contra la propiedad con exclusión de las reglas establecidas en los artículos 65 a 69 del citado cuerpo legal, que a su vez consagra, para esta clase de delitos un nuevo criterio en la aplicación de penas, con lo cual, según el requirente, se estaría ante una diferencia de trato para aquellas personas que se encuentren en una situación similar, diferencia que carecería de fundamentos razonables y objetivos infringiéndose, según su parecer, los principios de igualdad y proporcionalidad;

**SEGUNDO:** Que, el requerimiento manifiesta que existiría una infracción al artículo 19, numerales 2° y 3° de la Constitución dado que se estaría ante una diferencia arbitraria, lo que, además, importaría socavar los principios de justicia inherentes a la persona y al estado de derecho;

#### **El precepto legal impugnado**

**TERCERO:** Que, la ley N° 20.931 incorporó, entre otras disposiciones penales, un nuevo artículo 449 al Código Penal que, en la parte objetada por el requirente, expresa "*Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículo 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan: 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.*".

**CUARTO:** Que, según la historia fidedigna de la disposición legal señalada, ella tiene dos propósitos. Uno es modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad a fin de que sus partícipes sean condenados con las penas establecidas en el tipo penal respectivo, y el otro objetivo es sancionar a los delincuentes reincidentes en esta clase de delitos con penas más elevadas, de tal forma que se dificulte el acceso a las penas sustitutivas de libertad, conforme lo dispone la Ley N° 18.216;



**QUINTO:** Que, esta Magistratura no puede estar ajena a la aspiración general de la colectividad, que recoge el legislador, en cuanto endurecer la respuesta punitiva del Estado en relación con delitos de que son víctimas frecuentes los integrantes de la comunidad nacional, relativos a afectar a las personas y a la propiedad de ellas, lo que dio lugar a la dictación de la Ley N°20.931 conocida como *"agenda corta antidelinuencia"*;

**SEXTO:** Que, con el propósito de disuadir la comisión de delitos de gravedad como lo constituyen el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, el legislador penal ha utilizado distintas metodologías para aumentar las penas en estas figuras delictivas, considerando la comisión extensiva que en la sociedad ellas han tenido, ocasionando en vastos sectores de la comunidad alarma e inseguridad personal. En este sentido, las estadísticas demuestran que dichos delitos han crecido en el país en un 4,6% en el período comprendido entre el primer trimestre de 2016 y el primer trimestre de 2017 (Fuente: Página web de Paz Ciudadana), lo cual es suficiente asidero para explicar la dictación de la citada ley;

**SEPTIMO:** Que, el artículo 1° constitucional impone al Estado la obligación de dar protección a la población, deber que incluye al legislador penal, en consideración a que por la vía de modificar reglas en materia penal, como es el caso de la disposición legal censurada, puede colaborar con la disminución de los delitos contra la propiedad. Precisamente, el mensaje del Proyecto de Ley que la contiene señala *"El aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio, recogiendo los avances de la investigación empírica en la materia y las propuestas de mejoramiento para afrontar dicho fenómeno, recabados desde la instalación de la Reforma Procesal Penal por las diferentes comisiones de expertos, instituciones y académicos que han evaluado su funcionamiento."* (Mensaje N°1167-362, de 23 de enero de 2015).

**OCTAVO:** Que, los artículos 65 a 69 del Código Penal contienen reglas para la determinación de las penas, conforme a las cuales el Tribunal considerará las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la aplicación de las mismas, atendido que se trata de penas indivisibles, o de un grado o de dos o más grados, si en la especie concurrían una atenuante muy calificada y una regla que permita al tribunal determinar, dentro de los límites de cada grado, la cuantía de la pena considerando al número y entidad de las circunstancias modificatorias y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Tales reglas fueron sustituidas por la Ley N°20.931, entre otras, por la establecida en el numeral 1°, del artículo 449 del Código Punitivo;



**NOVENO:** Que, la referida disposición normativa consagra una nueva regla para los delitos contra la propiedad, entre los cuales se encuentra el robo con violencia o intimidación de las personas. Dicha regla señala que el tribunal determinará la cuantía de la pena dentro del límite de grado o grados señalados por la ley como pena del delito, considerando el número y entidad de las circunstancias modificatorias concurrentes, así como la mayor o menor extensión del mal causado, lo que deberá ser fundamentado en la sentencia. De tal manera que el delito de que trata el caso concreto tiene una pena, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 436 del Código Penal, de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, esto es, de 5 años y 1 día a 20 años, y en esos márgenes el tribunal podrá aplicar ese mínimo o máximo de la pena al delincuente, atendiendo las circunstancias modificatorias de responsabilidad y el daño que el ilícito penal ha causado a la víctima o a las víctimas, regla similar a la dispuesta en el artículo 69 del Código Punitivo;

**DECIMO:** Que, para evitar juicios de generalidad excesiva que puedan dar lugar a exageraciones, es útil relativizar el supuesto efecto de un mayor endurecimiento punitivo de la modificación bajo análisis.

Sobre ello, resulta importante destacar lo siguiente: a) desde la perspectiva de la extensión o grado de amplitud de los aspectos modificados por la nueva regla, la diferencia entre la regla impugnada y la general de común aplicación es de una magnitud menor; b) la nueva regla puede dar lugar a penas privativas de libertad más perjudiciales (debido a un efecto más limitado de las atenuantes), pero, también, a sanciones más beneficiosas (ya que limita -aunque en menor medida) el eventual efecto perjudicial de las agravantes); y c) el precepto impugnado amplía la libertad del juez para poder ponderar o "compensar" las circunstancias atenuantes y/o agravantes que, eventualmente, concurren. Así, de esta manera, se maximiza la potencialidad de ajustar con un mayor nivel de precisión la pena justa para el caso concreto;

**DECIMOPRIMERO:** Que, debe tenerse presente que la regla cuestionada se enmarca sólo en la fase de individualización judicial de la pena y, respecto de ella, sólo en un aspecto acotado de este proceso de determinación concreta de la pena a cada caso en particular. Hay que recordar que la pena final impuesta por el tribunal ha de ser cumplida por el sujeto condenado, teniendo su origen en un proceso de tres fases que comienza con la fijación por el legislador de la pena abstracta y que sigue con la etapa de individualización judicial del quantum sancionatorio específico merecido por el infractor, para concluir con la determinación de la pena final a ser cumplida por el autor y demás partícipes.

Obviamente, podría ser clara y evidente la existencia de un aumento de la severidad punitiva si directamente se elevara el límite inferior o "piso" y superior o "techo" del rango de penalidad atribuido por ley al tipo delictivo.



Sin embargo, esto no ocurre en el caso del precepto impugnado, el cual opera en una fase con una menor incidencia relativa en términos de rigurosidad punitiva, añadido que la Ley N°20.931 derogó el numeral 3° del artículo 456 bis del Código Penal, en cuanto se consideraba circunstancia agravante en los delitos de robo y hurto, ser dos o más los malhechores;

#### **La diferencia de trato**

**DECIMOSEGUNDO:** Que, el requerimiento de autos funda la acción de inaplicabilidad en que la aplicación de la norma jurídica censurada vulneraría el principio de igualdad de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, según se expresa en el libelo que lo contiene, diferencia que carecería de fundamentos razonables y objetivos;

**DECIMOTERCERO:** Que, como señala la dogmática jurídica penal "Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una libre y segura convivencia en la sociedad (algo que nadie puede negar seriamente), entonces, las teorías de la pena determinan las vías por las cuales puede alcanzarse este objetivo: influyendo en los propios delincuentes (prevención especial) o en todos los miembros de la sociedad (prevención general), o mejor, a través de ambas al mismo tiempo. De esto resulta una teoría penal de la prevención que pone en relación la magnitud en la cual puedan perseguirse ambas posibilidades de influjo (muy diferentes por sus resultados), de una manera que, según los parámetros del Estado social de Derecho, sea útil o al menos aceptable, por igual, para la sociedad, la eventual víctima y el autor."(La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Claus Roxin, Ed. Jurídica Grijley, año 2007, p. 43);

**DECIMOCUARTO:** Que, considerando lo citado precedentemente, la regla dispuesta por el legislador para que el tribunal la aplique al sancionar la conducta delictiva de que trata el caso concreto, en el evento de que se dicte sentencia condenatoria en contra de la requirente, obedece a una reacción del Estado para determinar la pena justa conforme a un piso y a un techo congruente con el mínimo y máximo del rango privativo de libertad asignada por la ley al delito, y que tiene aplicación en todos los casos y respecto de todos los sujetos que satisfagan, objetiva y subjetivamente, los tipos penales referidos a los delitos contra la propiedad;

**DECIMOQUINTO:** Que, la regla contenida en la disposición legal impugnada deberá ser aplicada por igual a todas aquellas personas que se consideren, por el tribunal respectivo, responsables de algunos de aquellos delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del Código Criminal, y por consiguiente, se debe entender que existe una igualdad de trato en la aplicación de la ley que contiene la regla de la determinación de la pena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas;





### El principio de proporcionalidad

**DECIMOSEXTO:** Que, en cuanto a la afirmación de la parte requirente en el sentido que el artículo 449, numeral 1° del Código Penal infringiría el principio de proporcionalidad, y particularmente los sub principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cabe destacar que desde una perspectiva distinta a la del piso o techo del quantum de la pena privativa de libertad que podría resultar de la aplicación de la nueva regla, debe destacarse que el nivel de libertad del tribunal para ponderar las distintas circunstancias atenuantes y agravantes es mayor que con el sistema antiguo. En este sentido, la posibilidad para afinar o ajustar con precisión la pena justa al caso particular se incrementa.

De hecho, la fórmula utilizada replica la norma más importante que bajo el régimen común tiene el tribunal para ajustar con un mayor grado de flexibilidad y, por ende, de precisión, la pena justa al caso concreto. La regla de compensación racional de atenuantes y agravantes, como también se la conoce, dispone que el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

La mayor amplitud y flexibilidad que la regla legal impugnada otorga al tribunal para ponderar o balancear las circunstancias atenuantes y agravantes que se presenten es indesmentible si se tiene en cuenta la situación que existe, al día de hoy, como regla general. La siguiente cita puede ser ilustrativa de lo recién comentado: *"Con un marcado recelo histórico de la función judicial, el legislador señala al juez, en forma expresa, cuáles son las circunstancias que le permitirán aumentar o disminuir la penalidad aplicable al caso concreto; luego le indica la forma cómo deberá valorarlas y, en fin, determina los efectos de tales circunstancias en la pena. Todo ello con carácter imperativo: el juez deberá estarse a las reglas que le impone el legislador. Es importante señalar que las circunstancias modificatorias deben obligatoriamente ser tomadas en consideración para aumentar o disminuir la pena. En este sentido, el juez podrá dar por concurrente o no una determinada circunstancia, pero si ocurre una de ellas, no está autorizado para ponderar si le da aplicación o no"* (Ortiz, Luis y Arévalo, Javier: Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 363). En consecuencia, y tal como lo resalta otro autor, *"[e]l resultado de todo esto es un procedimiento engorroso e inelástico, a cuyo interior es imposible o muy difícil para los jueces apreciar las peculiaridades más finas del caso, que, sin embargo, muchas veces influyen sustancialmente sobre la magnitud de la culpabilidad del acusado [...] de esta manera el proceso de individualización es tosco, y la pena que se impone, una pura consecuencia de cálculos mecánicamente efectuados"* (Cury, Enrique: Derecho Penal - Parte general-. Ediciones UC, 10ª edición, 2011, p.760);



**DECIMOSÉPTIMO:** Que, en lo relativo al principio de proporcionalidad, éste no se vulnera en el caso de autos como lo expresa el requirente, puesto que, existe una racional necesidad en la norma legal impugnada, que es idóneamente atendible al fundamento que tuvo el legislador para dictarla y desde la proporcionalidad en sentido estricto existe entre la gravedad del delito y la regla de determinación de pena, una debida correspondencia, lo que hace que la disposición legal impugnada, en lo que respecta al caso concreto, esté conforme a los requerimientos de constitucionalidad. *"El sentido del principio de proporcionalidad en el derecho punitivo es constituirse en un parámetro que utilice tanto Legislador como el juez penal para que, al momento de la creación o del castigo de un delito, se fije una adecuada consecuencia para el delincuente. En otras palabras, la ley y la sentencia judicial deben contener una decisión que considere la trascendencia de los bienes jurídicos afectados y la diversidad de castigos que pueden imponerse."* (Nicolás Enteiche, Las Sanciones Administrativas, Tirant Lo Blanch, 2017 p.38-39), aserto que se cumple plenamente respecto a la regla de determinación de pena contenida en la norma jurídica censurada;

**DECIMOCTAVO:** Que, por las consideraciones expuestas precedentemente se concluye que la aplicación de la disposición impugnada en el caso concreto, no resulta contraria a la Constitución;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos de la Constitución Política precedentemente citados, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- 1.- **Que se rechaza el requerimiento de fojas 1.**
- 2.- Que no se condena en costas a la parte requirente por haber tenido motivo plausible para deducir su acción.

Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, oficiándose al efecto.

**PREVENCIONES**

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva** previenen que concurren a la sentencia, pero sin compartir los considerandos 5° y 6° de la misma.

**El Ministro señor Nelson Pozo Silva concurre al fallo de mayoría, teniendo, además, presente lo siguiente:**

- 1.- Que el requerimiento se sustenta exclusivamente en la invocación de vulneraciones de los principios de igualdad y de proporcionalidad, sendos cuestionamientos que se encuentran latamente rebatidos en el voto de mayoría de la presente acción;



2.- Que, sin embargo, la interrogante en definitiva consiste en clarificar la diferenciación entre la política criminal aplicable al caso puntual, lo cual es propia del legislador en virtud del artículo 63, N°3, de la Carta Fundamental, y un desarrollo explícito de la vulneración de alguna garantía constitucional;

3.- Que no aparece objeción alguna en el requerimiento de fojas 1 sobre el mandato de taxatividad ni sobre las potestades cuasi-legislativas por parte del juez constitucional, cuya base normativa originaria y derivada del sistema jurídico-penal pueden controvertir y dificultar preceptos o principios constitucionales en un caso sub iudice. Que el principio de legalidad en su faz analítica y bajo pautas constitucionales implica entender la legalidad prioritariamente como un problema de delimitación de las competencias de los poderes constituidos, en lugar de como un instrumento que garantiza a la ciudadanía la previsibilidad de las reacciones estatales;

4.- Que el foco de distinción a desarrollar entre los problemas conceptuales y de legitimidad, que se presenta en la teoría de la legalidad penal desde hace algunas décadas, conlleva, necesariamente, a lo que Schünemann calificó como una comprensión más acabada del principio de legalidad en la medida en que se profundicen nuestros conocimientos con disciplinas ajenas al Derecho penal. Que ante el fenómeno de la constitucionalización del derecho, en la dimensión material de la base normativa del sistema jurídico-penal conduce en los casos genéricos de lagunas normativas o axiológicas, antinomias y en materias de hacer necesaria la integración o corrección judicial, se genere una modificación en la base del sistema, lo cual significa que, de cara a la adopción de una decisión de fondo o de mérito sobre la contienda judicial, el control de constitucionalidad de una concreta norma deberá conducirnos a colocar en la base del sistema a los enunciados pertenecientes al conjunto del bloque de constitucionalidad. Dicho en otros términos, la configuración del sistema de fuentes del Derecho penal depende forzosamente del tipo de cuestionamiento que el juez busca resolver y por esta razón la base del sistema de fuentes estará configurada por enunciados de la legislación penal o del bloque de constitucionalidad, según se requiera determinar el carácter delictivo de una conducta o bien juzgar la constitucionalidad de una regulación jurídico-penal. Esto es lo que emana, en nuestro criterio, del artículo 19, N°3, inciso final de la Constitución, al enunciar el principio de taxatividad como parte componente de la legalidad penal.

#### **DISIDENCIAS**

**Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y José Ignacio Vásquez Márquez,** quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido contra el artículo 449, inciso primero y N° 1, del



Código Penal, agregado por la Ley N° 20.931, merced a las siguientes consideraciones:

1°) Que, para "Facilita(r) la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación", la Ley N° 20.931 agregó un nuevo artículo 449 al Código Penal. Conforme a su tenor, en los delitos que señala, "no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69" (inciso primero), agregando a continuación que, en su lugar, regirá la escala más restringida dentro del cual "el tribunal determinará la cuantía de la pena" (N° 1).

Según el Mensaje que dio lugar a esta ley, su fundamento se hizo consistir en "que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad".

Ello, sin que se encuentre en la historia de su tramitación parlamentaria antecedente alguno que dé cuenta de una relación lógico causal, o al menos de alguna correlación, entre la aplicación judicial de los artículos 65 a 69 del Código Penal y el incremento de los delitos que ahora se busca disminuir;

2°) Que, el Legislador siempre está compelido a entregar razones, especialmente cuando priva a un justiciable de alguna garantía judicial, basada en consuetudinarios principios sobre igualdad proporcional.

Son dichas razones, claras y distintas, las que no aparecen en la Ley N° 20.931, modificatoria del Código Penal. No siendo pertinente apelar al "aumento de la actividad criminal" ni "la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía", puesto que -como se ha dicho antes- dichas circunstancias, si bien pudieran justificar un aumento de las penas por los delitos de que se trata, no se pueden derivar del ejercicio de la potestad jurisdiccional de que ahora se priva a los tribunales y a los afectados.

Y es esta carencia de fundamentación jurídica -que el Legislador tampoco ha tenido a bien proporcionar en estos autos- lo que torna a esta norma contraria al ordenamiento constitucional;

3°) Que, informando el proyecto de la que sería Ley N° 20.931, la Corte Suprema expresó -en primer lugar- que "resulta cuestionable, desde un punto de vista sistemático que, existiendo una Comisión de Especialistas, designada para redactar un proyecto de nuevo Código y que se halla en plena labor, se utilice el sistema de leyes sectoriales para reformar anticipadamente ciertos capítulos de este cuerpo legal, materia que, por razones de armonía y coherencia de las bases ideológicas de una reforma integral" debería ser estudiada con ocasión de este perfeccionamiento al Código Penal.

Luego de un detenido análisis, la Corte Suprema adujo que la interdicción judicial para aplicar los artículos 65 al 69 del Código Penal resulta cuestionable, porque



"contraría el principio básico de igualdad ante la ley". Agregando -en segundo lugar- que "la propuesta implica un cercenamiento de las atribuciones concedidas a los jueces penales por los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, sobre todo, en cuanto permiten graduar la magnitud de la sanción aplicable". Concluyó diciendo en dicha oportunidad que "la exclusión de los artículos 65 a 69 del Código Penal a los delitos mencionados -todos contra la propiedad- introduce un impedimento serio al ejercicio de una función autónoma del juez penal y pone en entredicho la cúspide de su actividad resolutoria, cual es la individualización judicial de la pena" (Oficio N° 23-2015, de 5 de marzo de 2015);

4°) Que, en efecto, con anterioridad a la Ley N° 20.931, eran los tribunales del Poder Judicial quienes -conociendo los antecedentes de cada causa- impartían justicia dando lo suyo a cada cual, en cada uno de los casos concretos y con un criterio de igualdad proporcional: decidiendo la cuantía de la pena según las circunstancias atenuantes o agravantes que concurriesen y la mayor o menor extensión del mal causado por el delito, hasta poder recorrer y pasar por todos los límites de grados señalados en la ley penal.

Según se puede ver, entonces, en la especie el Legislador sustituyó en esa ponderación a los jueces. De modo que, de un régimen judicial basado en la adjudicación individual de la pena, conforme al mérito del proceso respectivo, se pasó a un régimen legal de máxima penalización genérica, con prescindencia de todos los antecedentes a su favor que pudiese presentar cada condenado en especial;

5°) Que, por ende, las indicadas normas del artículo 449 del Código Penal restringen o limitan indebidamente el ejercicio de la potestad para juzgar, que asiste exclusivamente a los tribunales del Poder Judicial, por radicación del artículo 76 de la Constitución.

Es decir, en este caso el Legislador no aparece solo regulando aspectos relativos a la competencia legal de los tribunales, sino que coartando la jurisdicción constitucional que les es propia, por esencia. Sin que la ley tenga facultades para injerir en este último asunto;

6°) Que, además, el cuestionado artículo 449 lesiona la igualdad ante la ley penal, al confundir el Legislador el alcance de las atribuciones que le confiere la Constitución, por una parte en el artículo 19, N° 3, inciso 8°, y por otra parte en el artículo 63, N° 3.

En efecto, mientras el artículo 19, N° 3, inciso 8°, prescribe que solo la ley "podrá establecer penas" respecto de alguna "conducta expresamente descrita en ella", de otro lado el artículo 63 de la Constitución dispone que sólo son materias de ley "3) Las que son objeto de *codificación*, sea civil, comercial, procesal, penal u otra".

Esto es, el Constituyente plasmó aquí la misma separación de materias hecha en el Mensaje que preside al Código Penal de 1874: "se ha creído conveniente, siguiendo



el ejemplo de todos los códigos modernos, establecer primero los principios generales que constituyen la base del sistema penal, analizando en seguida los diversos actos particulares sometidos a la acción de la ley. De esta manera se obtiene una distribución más lógica y ordenada comenzando por lo que pudiera llamarse la teoría del Código Penal, para venir después a su aplicación práctica en las variadas clases de delito”;

7°) Que, dado que los códigos suponen la absorción de una temática jurídica completa, bajo una concepción unitaria, congruente y sistemática, es en la parte general del Código Penal donde se contienen “los principios que dominan en la legislación vigente”, regulándose así “la clasificación general de los delitos, de las penas y de los casos y circunstancias en que se agrava, se atenúa y desaparece o se extingue la responsabilidad penal” (Mensaje presidencial citado).

Por eso la Constitución trata separadamente -como materias de ley- las que son objeto de codificación penal (artículo 63, N° 3), de aquellas más concretas y relativamente variables en que se establecen las distintas conductas típicas y sus penas (artículo 19, N° 3, inciso octavo).

Lo cual no obedece a un designio puramente academicista. Responde al razonable propósito de imbuirles a las materias que son propias de codificación un acotado potencial de cambio;

8°) Que, efectivamente, merecen una intangibilidad mayor aquellas normas que recogen principios generales sedimentados tras una detenida reflexión y que se han asumido como parte de una dilatada experiencia jurídica. Y que tradicionalmente se ha buscado poner al abrigo del carácter episódico de la política.

El prurito de intervenir estas reglas básicas ante determinados delitos de alto impacto mediático, envuelve el riesgo de politizar la materia o -cuando menos- de dar un tratamiento desigual a delitos sustancialmente iguales: todos los actos punibles, por pertenecer al género de los delitos, independientemente de sus diferencias específicas, deben sujetarse a los mismos principios generales. Ya que sustraer algunos delitos de aquellos postulados fundamentales inherentes al orden común penal, implica introducir a su respecto derogaciones parciales constitutivas de diferencias arbitrarias;

De modo que por todas las razones anteriormente señaladas, estimamos que la norma objetada viola la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Cristián Letelier Aguilar, las prevenciones los Sres. Ministros que las formulan, y la disidencia, el Ministro Sr. Iván Aróstica Maldonado, Presidente.



Notifíquese, comuníquese, registrese y archívese.

Roll N° 3399-17-INA.

*[Signature]*  
SR. ARÓSTICA

*[Signature]*  
SR. CARMONA

*[Signature]*  
SRA. PEÑA

*[Signature]*  
SR. GARCÍA

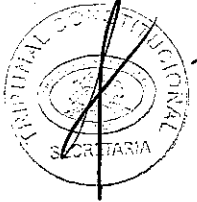
*[Signature]*  
SR. ROMERO

*[Signature]*  
SRA. BRAHM

*[Signature]*  
SR. LETELIER

*[Signature]*  
SR. POZO

*[Signature]*  
SR. VÁSQUEZ



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rodrigo Pica Flores.

*[Signature]*

