

Santiago, veinticuatro de enero de dos mil ocho.

VISTOS:

Por Oficio N° 1535-2007, de 7 de junio del año 2007, la Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, señora Matilde Esquerré Pavón, requiere a esta Magistratura: *"pronunciamiento y decisión respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en relación al artículo 19, número 3°, de la Constitución Política de la República, que consagra los principios de igualdad ante la ley y de reserva legal, y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal"*, en relación con la causa RUC 0600608856-0, RIT N° 110-2007, seguida en contra de las personas que indica, como autores de los delitos de robo con intimidación tentado y robo con violencia en grado de tentativa. Se señala que ha surgido duda en el tribunal sobre la aplicabilidad de la norma impugnada que ordena castigar como consumadas etapas imperfectas de desarrollo de determinados delitos, en relación con el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

Con fecha 12 de junio de 2007, la Segunda Sala de este Tribunal declaró admisible el requerimiento deducido, ordenando la suspensión del proceso en el que incide.

El Defensor Penal Público don Octavio Sufán Farías, en representación de los imputados en la causa criminal de que se trata, ha sido tenido como parte en autos, como consta a fojas 35.

Con fecha 12 de julio de 2007, el Ministerio Público, representado por su Fiscal Nacional, evacuó

oportunamente el traslado conferido a fojas 36, solicitando el rechazo del requerimiento.

I. EL REQUERIMIENTO.

Conforme aparece de los antecedentes acompañados al requerimiento, la acusación que el Ministerio Público ha formulado en la causa pendiente en que aquél incide, versa sobre los siguientes hechos: "el día veintinueve de Agosto de dos mil seis, alrededor de las 12:25 horas, en circunstancias que la víctima, el menor de 17 años de iniciales J.M.O.F, caminaba por calle Colón a la altura del n° 1246 de la comuna de Talcahuano, fue abordado por los acusados Yerko Antonio Gutiérrez Vásquez y Gary Alejandro Guzmán Lara, situándose uno a cada lado de la víctima, procediendo el acusado Gutiérrez Vásquez a intentar arrebatarse un bolso negro que la víctima llevaba colgado y sobre su cintura, mientras verbalmente le exigía que entregara las especies que portaba, y que consistía en un reproductor de discos compactos que llevaba en dicho bolso, a lo que la víctima se negó y siguió caminando y junto a él los acusados, tomando el acusado Gutiérrez Vásquez a la víctima por el hombro, en esos instantes se acercó al lugar un radio patrullas de carabineros y al percatarse de su proximidad, el imputado Gutiérrez Vásquez huyó del lugar, el imputado Guzmán Lara, en tanto, antes de huir, procedió a propinarle un golpe de puño a la víctima en su rostro, causándole una fractura nasal, lesión calificada por el médico legista como grave, siendo luego ambos acusados detenidos por carabineros, sin haber logrado la sustracción de las especies."

Se señala posteriormente que *"los hechos descritos configuran, a juicio de la Fiscalía, respecto del acusado Gutiérrez Vásquez, el delito tentado de robo con intimidación, ilícito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, en relación a los artículos 432 y 439 del mismo código, y respecto del acusado Guzmán Lara el delito tentado de robo con violencia calificado, previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero en relación a los artículos 432, 433 n° 2, 439 y 397 n° 2 del mismo código"*.

Según también consta en autos, el requerimiento de la especie se formuló en cumplimiento de lo ordenado en resolución de 7 de junio de 2007, dictada en la causa criminal antes individualizada, en la que el tribunal que conoce de ella expresa tener duda legítima y fundada respecto de si en el caso *sublite* la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, que ordena castigar como consumadas las etapas imperfectas de desarrollo del delito por el que ha sido acusada la persona individualizada, puede generar efectos contrarios a algunos principios y garantías que reconoce el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución.

En primer lugar, se plantea que podría estar comprometida la proporcionalidad de la pena a imponer al autor del delito de que se trata, entendiendo que tal proporcionalidad constituye una manifestación inequívoca de la igualdad que reconoce a toda persona el mencionado artículo de la Ley Fundamental.

En este mismo aspecto, el tribunal agrega que, en materia de determinación de penas, para la mayoría de los ilícitos en etapa de ejecución imperfecta se aceptaría la

rebaja de la sanción, lo que no ocurre respecto de los delitos de robo que menciona el precepto legal cuestionado y, por consiguiente, en la especie, podría configurarse un tratamiento legal desigual que resultaría contrario a la Carta Fundamental.

También se cuestiona la eventual vulneración de la garantía constitucional según la cual se prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal y, por último, se aduce que podría contrariarse el principio de legalidad de la pena -expresado como principio de tipicidad-, considerando que el precepto legal impugnado no sanciona expresamente la frustración o la tentativa, en los términos que establece el artículo 55 del mismo Código Penal.

II. SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA QUE SE RECHACE EL REQUERIMIENTO.

Al dar cuenta sobre la historia del establecimiento del precepto cuestionado en la inaplicabilidad deducida, el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público señala que desde la primera mitad del siglo XX el legislador se ha ocupado de dictar normas que alteran el régimen normal de las penas previsto en el Código Penal, a fin de desincentivar la comisión de delitos contra la propiedad que se producen cada vez con mayor gravedad y riesgo para las víctimas, haciendo presente que fue el artículo único de la Ley N° 17.727, del año 1972, el que incorporó al inciso primero del artículo 450 del Código Penal la referencia concreta de los delitos a los cuales se aplicaría el criterio sancionatorio cuya constitucionalidad se discute en estos autos. A saber: el robo con violencia; el robo con intimidación; la

piratería; el robo por sorpresa; la defraudación con violencia o intimidación (extorsión) y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación.

En seguida, la autoridad afirma que la aplicación del precepto del Código Penal que se impugna en el caso concreto de que se trata, no vulnera la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que garantiza el artículo 19 N° 3 de la Constitución, toda vez que los jueces consultantes, equivocadamente, a su juicio, intentan relacionar la igualdad ante la ley con la proporcionalidad de la pena, agregando que la regla que se establece en la norma legal cuestionada puede aplicarse a los procesados en este caso, como a cualquier otra persona que esté siendo imputada como autora de un delito de robo con violencia.

En cuanto a la eventual trasgresión de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, establecida en el inciso sexto del mismo artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental, el organismo persecutor indica que para contextualizar el cuestionamiento que efectúan los miembros del tribunal consultante en este aspecto, sería necesario tener en cuenta que, como afirma el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, para reconocer la garantía de que se trata, la Comisión de Estudio de la Constitución del año 80 estimó "la conveniencia de establecer un precepto que asegurara a toda persona privada de libertad, y antes de determinarse su culpabilidad, un tratamiento adecuado a la dignidad que corresponde a todo ser humano".

En tal sentido, no se vislumbra de qué manera una norma adoptada por el legislador como herramienta de política criminal, como lo es el artículo 450 del Código Penal, pudiera producir un menoscabo a la persona humana.

Continúa el organismo afirmando que en la especie no está en tela de duda el reproche penal hacia la conducta del imputado, sino sólo la cuantía de la pena que le debe ser aplicada y, en todo caso, que la prohibición que establece la norma constitucional en comento tiene como sujeto pasivo al legislador, a quien se le niega la posibilidad de adelantar o presumir la responsabilidad penal, de modo que el acusado no esté en condiciones siquiera de defenderse para demostrar su inocencia, circunstancia que no ha acaecido en el caso concreto de que se trata.

Respecto de la supuesta violación del principio de legalidad reconocido en el inciso octavo de la citada norma fundamental, el Ministerio Público aduce que, como no hay duda en cuanto a que el fin perseguido por dicho principio constitucional es proscribir las leyes penales en blanco, de ninguna manera éste puede entenderse vulnerado por el artículo 450, inciso primero, del Código Penal, ya que los verbos rectores de cada uno de los delitos que se enumeran en la disposición legal se encuentran expresa y claramente establecidos.

Afirma también que si lo que se pretende reprochar es que la norma cuestionada no señala para cada figura delictiva en qué consisten las conductas frustradas o tentadas, el mismo cuestionamiento podría hacerse de todas las demás normas del Código Penal que sancionan

delitos y que descansan en las definiciones que al efecto entregan los incisos segundo y tercero de su artículo 7°.

En apoyo del rechazo del presente requerimiento, el Ministerio Público se refiere, además, a los fallos que han declarado la inadmisibilidad de requerimientos deducidos respecto del mismo precepto legal que se cuestiona en estos autos, dictados en las causas roles 530 y 648; y cita 5 sentencias dictadas por la Corte Suprema que han declarado que la norma cuestionada: no infringe las garantías constitucionales; no se encuentra derogada por la Constitución, y que su aplicación no constituye un error de derecho (Roles 3361-2003; 5688-2003; 1985-2004; 5019-2006 y 6618-2006).

Finalmente, y sin perjuicio de lo expresado con anterioridad, el mismo organismo pide desechar el requerimiento que se ha planteado en este caso con carácter meramente consultivo. Sobre este particular se aduce que *"No puede estimarse que cuando sea un Tribunal el que plantea esta cuestión, pueda quedar exento de la obligación de fundar adecuadamente sus cuestionamientos, si por ejemplo tratándose de conflictos de constitucionalidad, hasta el Presidente de la República y los miembros del Congreso que lo plantean deben fundar su presentación en la forma en que lo establece el artículo 39 de la Ley N° 17.997..."*, agregando que conforme a la normativa constitucional vigente que regula esta clase de requerimientos, quien lo plantea debe tener un *"rol activo que debe comenzar por la adecuada fundamentación de las razones de su impugnación, no bastando para ello meras referencias a ciertas garantías constitucionales."*

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 2 de agosto de 2007 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados de los imputados y del Ministerio Público.

CONSIDERANDO:

I. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES ATINGENTES AL CASO.

PRIMERO. Que el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República dispone que es atribución de este Tribunal Constitucional *"resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución."*;

SEGUNDO. Que la misma norma constitucional 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"* y agrega que *"corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley."*;

TERCERO. Que el precepto impugnado del Código Penal señala textualmente:

"Art. 450. Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se

castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.”;

CUARTO. Que el párrafo 2 del Título IX y los artículos 433 al 439 del Código Penal, referidos, señalan:

“2. Del robo con violencia o intimidación en las personas.”.

“Art. 433. *El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:*

1º. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N° 1.

2º. Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones de las que trata el N° 2 del artículo 397.”.

“Art. 434. *Los que cometieren actos de piratería serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo.”.*

“Art. 435. *Derogado.”.*

“Art. 436. *Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas.*

Se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión."

"Art.437. Derogado."

"Art.438. *El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo."*

"Art.439. *Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público."*

Luego, el párrafo 3 del mismo Título antes referido y el artículo 440 del Código del ramo establecen:

"3. Del robo con fuerza en las cosas."

"Art.440. *El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de*

presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:

1°. Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.

2°. Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

3°. Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.”;

QUINTO. Que las normas constitucionales invocadas en autos, esto es, los incisos primero, sexto y octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, señalan respectivamente:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:”... “3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”.

“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”.

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

SEXTO. Que los artículos 3° y 7° del Código Penal señalan:

Artículo 3°: *“Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21.”.*

Artículo 7º: *"Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.*

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.";

II. EVOLUCIÓN Y CONTEXTO DEL PRECEPTO IMPUGNADO

SEPTIMO. Que el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, actualmente vigente, fue introducido por el artículo único de la Ley N° 17.727, publicada el 27 de septiembre de 1972. Al establecer la equiparación de la penalidad entre tentativa, frustración y consumación respecto de determinados delitos de robo establecidos en el párrafo 2 del Título IX del Código Penal y en el artículo 440 del párrafo 3 del mismo Título, se buscaba inhibir la perpetración de tales conductas punibles, que se estimaban de tan persistente ocurrencia como alarmante impacto social. Esta norma, entendida como instrumento de política criminal, empero, significaba una atenuación de la equiparación en la penalidad de las etapas del *iter criminis* entonces vigente, que se encontraba extendida a todos los delitos de robo y hurto, según lo establecía la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954. Asimismo, esta última norma había aminorado la severidad de penas de presidio mayor en su grado máximo a muerte, que para tales delitos y su equiparación con la tentativa y la

calidad de frustrado se establecía en la Ley N° 5.507, de 9 de noviembre de 1934;

OCTAVO. Que de la reseña evolutiva expuesta se infiere el propósito de política criminal que ha perseguido el legislador al establecer la equiparidad de penas para ciertos delitos en los grados de tentativa, frustrado y consumado. La política criminal, por su parte, se define como *"la respuesta del Estado a la criminalidad. Conjunto de objetivos que se propone el Estado ante el fenómeno de la criminalidad (prevención, represión, etc.), de los medios que utiliza para estos fines (penas, medidas de seguridad) y, en el fondo, las razones para medir el papel de cada tipo de reacción social, retribución de la culpa, enmienda del culpable, protección de la sociedad, etc."* (Vocabulario Jurídico, Asociación Henri Capitant, Temis, Bogotá, 1995). En el derecho comparado se entiende a la política criminal como la configuración *"del Derecho Penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir la tarea de protección de la sociedad"*, incluyendo tres principios fundamentales: el principio de la culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de la humanidad. En virtud del primero, la pena debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor; en virtud del segundo, importan la seguridad jurídica y la protección de la dignidad humana; en virtud del tercero de estos principios, aparece la responsabilidad social hacia el delincuente y su recuperación (Hans-Heinrich Jescheck: *"Tratado de Derecho Penal"*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 28-36);

NOVENO. Que, como toda política, la política criminal se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de las decisiones de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. Sin perjuicio de la importancia de la participación que les cabe a las instituciones jurisdiccionales en la aplicación de sus medidas, el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces, a excepción de la flexibilidad que la propia ley les otorgue para la fijación de las penas en cada caso concreto. Desde luego, la primacía del legislador para establecer la política criminal está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho positivo nacional e internacional. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como las condiciones de dignidad en que los condenados deben cumplir sus penas, representan fronteras nítidas dentro de las cuales se puede mover el establecimiento de la política criminal en cualquier país o comunidad civilizada. Dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos. Así, puede justificarse la equiparidad de penas entre grados distintos de delitos, cumpliéndose con las exigencias de la legislación constitucional y penal cuyo análisis es materia de autos;

III. EL TRATAMIENTO DOCTRINARIO DEL ASUNTO BAJO RESOLUCIÓN

DECIMO. Que la tentativa es un *tipo dependiente*, "ya que sus elementos no se pueden comprender por sí mismos, sino que deben ser referidos al tipo de una determinada forma de delito (no hay una tentativa en sí, sino sólo, por ejemplo, tentativa de asesinato, de hurto o de estafa)" (Jescheck, ob.cit., p.703).

El tratadista Alfredo Etcheberry se refiere a esta característica como "el carácter accesorio o dependiente de la tentativa: no existe una tentativa punible en general, como un delito específico; siempre se trata de una forma imperfecta de aparición de un delito en particular. No se puede hablar de "tentativa" en abstracto, sino siempre de "tentativa de tal o cual delito". **La tentativa, en suma, no es un delito; es una forma de aparición de un delito** (en negrita por la redacción del fallo), forma imperfecta, que no llega a la realización plena del evento descrito por la ley". (Ob. cit., p. 59).

Este rasgo dependiente de un delito que se observa en la tentativa tiene directa relación con las impugnaciones de autos, relativas a la eventual vulneración del principio de la tipicidad y de la prohibición de la presunción de derecho en materia penal, como se declarará en la especie;

DECIMOPRIMERO. Que, respecto del artículo 450 del Código Penal, la doctrina chilena no es uniforme. Como recuerda el profesor Etcheberry, Labatut criticaba la equiparación de tentativa y consumación tal cual se encontraba en la Ley N° 11.625, de 1954, pues "aumentaba desmesuradamente la penalidad y no parecía justificarse por razones de

política criminal", agregando el propio autor -Etcheberry- su opinión concordantemente crítica a la norma vigente a la fecha de aparición de la primera edición de su obra en 1964, que calificaba como una disposición muy amplia y necesaria de modificación "*para reducirla a sus justas proporciones*". Ante la nueva equiparación atenuada de la Ley 17.727, Etcheberry destaca que se han acotado los delitos a los que se aplica la equiparación de las etapas del *iter criminis*, precisando que respecto de ellos debe tenerse en cuenta la importancia de "*distinguir el momento consumativo de la apropiación, y también de precisar el concepto de "lugar habitado o destinado a la habitación", por oposición a los otros que menciona el párrafo 3 de este título*" (Alfredo Etcheberry: "Derecho Penal", Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo II, Parte General, pp. 357-358).

Tajante se expresa, por su parte, el profesor Mario Garrido, sobre la norma vigente que se impugna: "Esta regla no es conveniente porque altera los principios generales que rigen la aplicación de las penas y desde una visión de política criminal resulta inefectiva en cuanto a su eficacia. De otro lado, su aplicación práctica trae aparejadas situaciones de evidente desequilibrio en cuanto a las sanciones; sistemas como el señalado deberían quedar, en cuanto a su aplicación, entregados a la apreciación del tribunal, que está en condiciones de valorar las circunstancias reales de cada caso" (Mario Garrido Montt: "Derecho Penal", Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo IV, Parte Especial, p. 253);

DECIMOSEGUNDO. Que en el caso de autos, "a juicio de la fiscalía, los hechos expuestos configuran el delito consumado de robo con violencia, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso 1º, en relación con el artículo 432, ambos del Código Penal; el **delito se encuentra cometido en grado de frustrado** y en éste a los acusados se imputa la calidad de autores materiales, según los términos del artículo 15 N° 1 del mismo texto", sin referencia alguna a la tentativa, que es la forma de aparición del delito enunciada en el artículo 450 del Código Penal impugnado en la especie, obligando, por lo tanto, a la necesidad de discurrir sobre las vinculaciones conceptuales entre ambas fases del *iter criminis*.

Etcheberry (ob. cit., p.58) la describe con claridad: "Nuestro régimen legal distingue entre los actos de ejecución que no llegan al delito consumado, dos formas: la **tentativa** en sentido estricto, y el **delito frustrado**. La mayor parte de las legislaciones no hace diferencia entre ambas formas, a las que llaman genéricamente "tentativa". Agrega el autor en otro acápite: "La penalidad del delito frustrado es también, en principio, dependiente de la penalidad del delito consumado: inferior a la de éste y superior a la de la tentativa" (p.67). La formulación literal del artículo 450 de autos: "...se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa", en consecuencia, debe entenderse como incluyendo al delito frustrado, pues éste se encontraría entre la tentativa y la consumación en la secuencia del *iter criminis*. Empero, resulta útil destacar que tal ubicación no es coherente con el orden

que el artículo 7° del Código Penal le otorga a las dos situaciones ubicando antes al delito frustrado (inciso segundo) y después a la tentativa (inciso tercero), misma secuencia que se advierte en el artículo 55 del propio cuerpo legal, cuando señala: *"Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley"*;

IV. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE ESTA MATERIA

DECIMOTERCERO. Que la jurisprudencia de esta Magistratura, en sentencia interlocutoria de inadmisibilidad recaída en causa Rol N° 530-2006, mencionó como atingentes a la especie los incisos sexto y séptimo del mismo numeral 3° del artículo 19 de la Constitución ya señalados, precedidos de la declaración de *"que las penas en el sistema chileno las fija el legislador"* y agregando *"que el Código Penal, por su parte, para la aplicación de las penas fija montos distintos según el delito se encuentre en grado de consumado, frustrado o de tentativa"*. Respecto de la sustancia de autos en la especie que se invoca, esta Magistratura declaró: **"8°.** *Que en la especie lo que el legislador decidió, en uso de sus atribuciones, es aumentar la pena del delito de robo con intimidación, aplicándole al participante la pena del delito consumado aun cuando se ha demostrado que sólo llegó al grado de tentativa;* **9°.** *Que, por lo tanto, el legislador actuó dentro del marco de la reserva legal y no se divisa la infracción constitucional que pretende el requirente, lo que no posibilita una acción razonablemente fundada en*

esta área". Este último considerando es reiterado por esta Magistratura en sentencia interlocutoria de autos Rol N° 648-2006;

DECIMOCUARTO. Que la Corte Suprema, en sentencia de fecha 10 de enero de 2007, recaída en causa Rol N° 2.850-05, se ha inclinado por el apego constitucional del artículo 450 del Código Penal, siguiendo una línea jurisprudencial sostenida en diversos fallos, especialmente resolviendo recursos de casación en el fondo basados en la causal del N° 1 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal (Rol N° 6.618-06, de 27 de marzo de 2007; Rol N° 5.019-06, de 20 de diciembre de 2006; Rol 2.344-04, de 23 de agosto de 2004, Rol N° 1.235-03, de 25 de agosto de 2003, entre otros). En el señalado fallo se destaca que las posibles inconveniencias político-criminales subyacentes en el artículo 450 del Código Penal sólo pueden ser corregidas por el legislador y que la única posibilidad que el juez tendría para salirse del precepto en su aplicación sería la existencia de varias interpretaciones admitidas por el tenor literal de la norma, que no es el caso en la especie. En el fallo igualmente se desestiman las vulneraciones del señalado precepto a los principios de la tipicidad y de igualdad. Respecto de la tipicidad se argumenta que sobre la materia *"rigen las disposiciones generales sobre punición de las distintas etapas de desarrollo incompleto del delito, que se encuentran en el artículo 7° del Código Penal, de modo que basta con conectar ese precepto con el correspondiente al tipo de consumación, para conocer en qué consisten los hechos que configuran la tentativa en su sentido amplio"*. Respecto de la igualdad consagrada en

el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, el fallo declara que no se divisa vulneración alguna, ya que la Ley 17.727, de 1972, no se propuso modificar el tipo ya existente en la ley desde la segunda mitad del siglo XIX y sólo se propuso *"enlazar a la mentada definición, clara y precisa, la pena del delito consumado, prescindiendo de la rebaja en un grado establecida para la generalidad de los delitos en grado de frustración, por el artículo 51 del Código Penal"*;

DECIMOQUINTO. Que la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo recaído en causa Rol N° 11.734-6, de fecha 31 de enero de 2007, estimó atendibles las vulneraciones que el citado artículo 450 del Código Penal infringe a los principios de tipicidad de la ley penal y de prohibición de la presunción de derecho de la responsabilidad penal. Los reparos precisos señalados son inmersos dentro de observaciones generales de mayor sustancia jurídica que enuncia el fallo. Por una parte se señala que el artículo 450 referido resulta *"incompatible con principios que informan la teoría penal y con reglas que están en la base del ordenamiento jurídico de esa especie"*. Por otra, se vincula la aplicación del precepto en cuestión con una vulneración al numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, el que se tornaría *"ineficaz en su alcance y propósito"*, pues *"reitera como derecho de todas las personas "la seguridad" de que los preceptos legales que por mandato de ella (de la Constitución) regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten en los casos en que la misma lo autoriza no podrán afectar los derechos en su esencia, lo que precisamente ocurriría si no se exigiera al legislador*

penal el cumplimiento de su obligación de ceñirse irrestrictamente al antes mencionado mandato constitucional". Por último, el fallo en comento declaró que el precepto impugnado quedaba tácitamente derogado por la Constitución Política dictada con posterioridad a él y con la cual aquél pugna.

El antedicho argumento se reproduce en otras sentencias, especialmente de la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 33.391-05, de 21 de marzo de 2006; Rol N° 30.407-05, de 19 de diciembre de 2005) y de la Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol N° 2.682-04, de 31 de agosto de 2004);

V. LOS CAPITULOS DE INAPLICABILIDAD REQUERIDOS

DECIMOSEXTO. Que la materia concreta a resolver por esta Magistratura ha sido formulada por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción en los considerandos segundo y tercero de su resolución de fecha siete de junio de dos mil siete que son del siguiente tenor: "**SEGUNDO.** *Que, ahora bien, conforme al precepto constitucional recién citado, este tribunal ha estimado por unanimidad plantear una consulta de constitucionalidad sobre lo normado en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, toda vez que eventualmente podría implicar la vulneración de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley que establece el artículo 19 n° 3° de la Constitución Política de la República".* "En efecto, y teniendo presente lo prescrito en los artículos 1°, 5° inciso segundo, 6° inciso primero, y artículo 7° de la Carta Fundamental, ha surgido duda en el tribunal sobre la aplicabilidad de la citada norma del Código Penal en

relación al artículo 19 N° 3 de la misma Constitución, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, porque por la vía que se castigue a una persona acusada de un delito en una etapa imperfecta de su desarrollo como si fuera consumado, podría comprometerse la proporcionalidad de la pena a imponer, entendiendo que la proporcionalidad es una manifestación inequívoca del principio de igualdad, puesto que para la mayoría de los ilícitos en etapa de ejecución imperfecta se aceptaría la rebaja de pena, al paso que para otros - como se da en el caso del referido inciso primero del artículo 450- se les castigaría sólo como consumados, esto es con un tratamiento legal desigual que impediría nuestra Norma Fundamental. Asimismo, esta norma legal podría afectar la garantía constitucional que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, de entenderse que la pena a aplicar a un partícipe sería siempre y en todo evento como si fuera responsable de delito consumado.”.

"TERCERO. Que, por otro lado, el precepto legal en mención del Código Penal podría también vulnerar el principio de legalidad -expresado como principio de tipicidad-, que asegura el mismo artículo 19 n° 3 de la Constitución, teniendo en cuenta que el artículo 55 del Código Penal utiliza las expresiones "especialmente penados por la ley", cosa que el artículo 450 inciso primero no hace.”;

DECIMOSEPTIMO. Que, resumiendo la petición arriba transcrita, la solicitud del Tribunal de Juicio Oral de Concepción, a través de su Tercera Sala, se concentra en las siguientes tres vulneraciones constitucionales

eventualmente manifiestas al aplicar el precepto impugnado: a) La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, manifestada en la falta de proporción entre delitos y penas; b) La prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, y c) El principio de la legalidad de la ley penal, expresado como principio de tipicidad;

DECIMOCTAVO. Que la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos que la Constitución asegura a todas las personas, según el tenor del artículo 19, N° 3, inciso primero, ha sido objeto de tratamiento abundante por parte de esta Magistratura, a diferencia de lo acontecido sobre el principio rector en esta materia, la igualdad ante la ley, consagrada en el N° 2 del ya referido artículo constitucional. Así lo pone de manifiesto un reciente estudio sobre su jurisprudencia en este tema (Miguel Angel Fernández González: "Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en: Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 33, 2006). Tomando algunos fallos atinentes a la igualdad, el autor señala: *"Volviendo a confirmar, finalmente, que no hay infracción del principio de igualdad cuando todos los sujetos que se encuentran en la misma situación son tratados de manera idéntica por el ordenamiento jurídico, esto es, haciendo simétricos los principios de igualdad y generalidad, aunque esta última supone respeto por la primera cuando el tratamiento general no goza de razonabilidad."* Sobre la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el autor concluye que de la jurisprudencia de esta Magistratura se derivan tres reglas a considerar

sobre la materia: *"Primero, que lo protegido en dicho precepto no sólo abarca garantías formales, procesales o adjetivas, sino que también cuestiones de índole sustantiva y material y que el legislador, para ejercer en plenitud su función, debe ocuparse tanto de unas como de otras. Segundo, que aquel precepto debe ser siempre entendido y aplicado con significado amplio, sin reducirlo a consecuencias de interpretaciones exegéticas o ajenas al espíritu garantista ya referido; y, tercero, que los principios consagrados en el numeral 3º se aplican a toda diligencia o trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal que lo lleve a cabo, sea jurisdiccional, judicial o administrativo, superlativamente cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o infraccionales."* (pp. 37-38 y 42);

DECIMONOVENO. Que la tradición jurisprudencial de esta Magistratura sobre el principio constitucional de la igualdad encuentra un sustento principal en el fallo del Rol N° 53, de cinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho, recaído sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. En su considerando 72, referido al N° 2 del artículo 19, se lee: *"De esta manera la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes"*, agregándosele una conocida cita del tratadista Segundo Linares Quintana sobre la razonabilidad: *"La razonabilidad es el cartabón*

o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o de la desigualdad.”;

VIGESIMO. Que, siguiendo la definición jurisprudencial señalada, en la especie la calidad de personas que se encuentran en las mismas circunstancias la constituyen aquellas acusadas de cometer en grado de tentativa o frustración algunos de los tipos señalados en el artículo 450 del Código Penal y no las que han cometido otros ilícitos en etapa imperfecta de desarrollo y que en virtud de ello pueden ser beneficiadas por las rebajas de penas establecidas en los artículos 51 y siguientes del mismo Código. Es en esta lógica como debe entenderse lo dispuesto en el artículo 55 del mencionado cuerpo legal al señalar que *“las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”*, sin perjuicio de lo atinente a la tipicidad, que se tratará en el considerando vigesimotercero de esta sentencia;

VIGESIMOPRIMERO. Que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye *“un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1º de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental”*, como esta Magistratura sentenció en fallo recaído sobre la causa Rol N° 519-2006. Acercándonos a la especie, la prohibición señalada representa un soporte sustancial a gran parte de las garantías de la doctrinariamente bien

llamada igualdad ante la justicia que en nuestro ordenamiento adoptó la peculiar denominación "*igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*", dando sustento a la presunción de inocencia en materia penal, de unánime reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial;

VIGESIMOSEGUNDO. Lo descrito, empero, no rige en la especie. El juzgamiento de un imputado respecto del cual el juez adquiriera una convicción acerca de su responsabilidad en un hecho punible no se encuentra marcado por una determinación legal precisa de que el delito fue cometido y su imputado es responsable del mismo. El tenor del artículo 450 del Código Penal significa que *si* el resultado de las fases procesales respectivas concluye en la responsabilidad en los ilícitos en su texto indicados, tendrá lugar, respecto de su punición, la equiparación entre los grados de tentativa, frustración y consumación. No existe, en consecuencia, un prejuzgamiento respecto del delito y de la pena, sino una consecuencia legal sujeta a la decisión jurisdiccional que debe ser adoptada no sólo en el marco del justo y debido proceso, sino que armonizando "*la interpretación de la ley penal con los postulados superiores constitucionales que amparan a todos los ciudadanos*", como lo señala un tratadista crítico del precepto impugnado en autos (Carlos Künsemüller: "Culpabilidad y Pena", Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 247);

VIGESIMOTERCERO. Que el reclamo de vulneración del principio de legalidad en materia penal expresado como principio de tipicidad, se aloja en sostener que en el

precepto impugnado, el artículo 450 del Código Penal, no se encuentran descritas las conductas punibles, según lo dispone el mandato del artículo 55 del mismo cuerpo legal. El artículo 450 referido, en su primer inciso, señala: *"Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa"*, agregándose en los incisos siguientes requisitos para el aumento de penas en los casos de algunos de ellos. El precepto impugnado no incluye un catálogo expreso de las descripciones de las conductas que en él mismo se sancionan, **pero sí señala, inequívocamente, su ubicación dentro del mismo cuerpo legal**, satisfaciendo así los requisitos que esta misma Magistratura ha sentenciado, en cada caso, sobre las denominadas leyes penales en blanco, especialmente en el fallo recaído sobre la causa Rol N° 599-2006: *"...están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no"* (Considerando Séptimo).

En consecuencia, el precepto impugnado no vulnera el principio de reserva legal penal expresado en la tipicidad, tal cual está consagrado en el inciso octavo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, N° 3, y 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las

disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal en la gestión pendiente en que incide el requerimiento deducido a fojas uno por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, no resulta contraria a la Constitución Política.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos a fojas 19.

Se previene que los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes concurren a lo resuelto, pero no comparten lo razonado en los considerandos 18° a 21°, y tienen en su lugar y además presente:

PRIMERO. Que el requirente, Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, ha planteado también a esta Magistratura considerar la posibilidad de que la aplicación del precepto legal en cuestión vulnere lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, *"porque por la vía que se castigue a una persona acusada de un delito en una etapa imperfecta de desarrollo, como si fuera consumado podría comprometerse la proporcionalidad de la pena a imponer, entendiéndose que la proporcionalidad es una manifestación inequívoca del principio de igualdad, puesto que para la mayoría de los ilícitos en etapa de ejecución imperfecta, se aceptaría la rebaja de la pena, al paso que para otros -como se da en el caso del referido inciso primero del artículo 450-*

se les castigaría sólo como consumados, esto es, con un tratamiento legal desigual que impediría nuestra Norma Fundamental.” (Cita de lo resuelto por el Tribunal requirente);

SEGUNDO. Que, por los motivos que razona el Tribunal requirente, resulta necesario concluir que efectivamente, por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, el legislador establece una diferencia gravosa para los responsables de ciertos delitos contra la propiedad que quedaren en etapa de tentativa o resultaren frustrados, ya que, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los restantes delitos, se les castiga como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. De ese modo, y en virtud del precepto legal impugnado, a los responsables de los delitos especificados en él, no les beneficia la reducción de las penas que, como regla general, contemplan los artículos 51 y siguientes del mismo Código Penal, para aquellos que no llegan a consumarse;

TERCERO. Que la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente, esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas;

CUARTO. Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o

nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito;

QUINTO. Que la diferencia persigue una finalidad que el legislador puede lícitamente pretender. En efecto, a éste se le encarga privativamente asignar penas a los delitos con el fin de proteger a la propia sociedad de su comisión. Dentro de ciertos márgenes constitucionales, como son la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, tratos crueles e inhumanos o la pena de muerte fuera de los casos exceptuados, la mayor o menor severidad con que se castiguen determinados delitos cae dentro de la esfera de discreción del legislador en su legítimo afán por prevenir su ocurrencia;

SEXTO. Para el logro de la finalidad lícita de prevenir la comisión de ciertos delitos, el legislador ha empleado un medio que debe considerarse idóneo. Este consiste en asignar a los responsables de aquellos ilícitos de la categoría que se quiere prevenir especialmente que queden en estado de tentativa o sean frustrados, las penas asignadas a los delitos consumados. De ese modo, el legislador, para conseguir el abatimiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de ellos de la disminución de las penas que generalmente reconoce a los que quedan en estado de tentativa o frustración. Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios

del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue;

SEPTIMO. Que, por último, debe razonarse si el trato más gravoso que se aplica a los responsables de sólo algunos delitos, a quienes no se reconoce un beneficio general, en caso que los mismos no alcancen el grado de consumados, resulta proporcionado al beneficio que se espera obtener con el establecimiento de la diferencia. En la especie, el mayor gravamen consiste en la privación de un beneficio que no está exigido por la Carta Fundamental, sino que es una regla legal general. En virtud de su supresión, los responsables de delitos que hayan quedado en grado de tentados o frustrados recibirán las mismas penas asignadas por la ley a los respectivos delitos, sólo que sin beneficiarse de las disminuciones que la ley asigna, en general, a los responsables de otros delitos no consumados. Imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad;

OCTAVO. Que, por lo razonado en los considerandos que anteceden, debe concluirse que el legislador, al estatuir en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal una diferencia gravosa para los responsables de ciertos delitos contra la propiedad, no ha establecido una diferencia arbitraria, sino que ha actuado dentro de la esfera de razonabilidad que la Carta Fundamental le impone.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza, quienes fueron de opinión de acoger la consulta formulada por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, declarando que la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, en la especie, puede resultar contraria a la Constitución, por las consideraciones siguientes:

1°. Que, entendida bajo la esfera de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad regida por el numeral 6° del artículo 93 de la Carta, la consulta del tribunal requirente ha sido formulada en dos dimensiones. La primera se refiere a las tres eventuales vulneraciones constitucionales envueltas en la aplicación del precepto impugnado, a saber, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos manifestada en la proporcionalidad, la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, y el principio de la legalidad en materia penal. La segunda dimensión de la consulta que nos ocupa se refiere al carácter constitucional amplio que el tribunal actor le imprime, al remontarse en la resolución que la sostiene a lo prescrito en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, 6°, inciso primero, y

7° de la Carta Fundamental, para sustentar en ellos los tres capítulos precisos de inaplicabilidad ya señalados;

2°. Que esta disidencia asigna la mayor importancia a esta doble naturaleza de la consulta que nos ocupa para aquilatar su genuino sentido. Las referencias a los artículos constitucionales señalados, pertenecientes al capítulo destinado a las Bases de la Institucionalidad, apuntan a dos grandes temas: de una parte, a la naturaleza de la persona y a los fines y deberes del Estado; de la otra, a los principios básicos del orden político y jurídico de Chile, de su Estado de Derecho y del respeto y promoción de los derechos esenciales a que sus instituciones están obligadas. Es usual que los requirentes de inaplicabilidad aludan a los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución, pues el reproche que habitualmente se formula incluye la acusación de que la aplicación del precepto impugnado ha excedido las competencias de los órganos. Sin embargo, en el caso de la especie la combinación de los preceptos constitucionales señalados con el artículo 1° de la Carta sólo tiene explicación en la especial circunstancia de que el **objeto de la consulta radica en la falta de proporcionalidad entre delitos y penas**, principio que, **expresamente**, no está resguardado en nuestra Constitución. Una cierta doctrina asocia la proporcionalidad descrita a la igualdad en sus dos sentidos constitucionales, como se plantea en el requerimiento y se describe en las manifestaciones jurisprudenciales citadas en el apartado IV de esta sentencia. Pero tal asociación no sólo no es suficiente, sino incorrecta, como se verá en esta disidencia,

apreciación que se hace evidente en el respaldo amplio que el requerimiento ha buscado en los artículos fundamentales de la Constitución referidos;

3°. Esta disidencia sostendrá que la no observancia del principio de proporcionalidad constituye una consecuencia directa de la aplicación del artículo 450 del Código Penal en la especie, la que produce un efecto contrario a la Constitución, configurándose así la inaplicabilidad prevista en el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución. **La proporcionalidad es un elemento conformador del justo y debido proceso, especialmente en su manifestación penal,** como se fundamentará en esta disidencia, lo que la sitúa como parte de un principio transversal de las garantías constitucionales de la persona frente al poder. Este ha sido el sentido de la consulta formulada por el tribunal requirente según lo entiende esta disidencia: se solicita a esta Magistratura que resuelva si el principio de proporcionalidad, como tal, puede ser invocado para inaplicar el precepto impugnado, aun cuando no se encuentre expresamente integrado dentro del catálogo de derechos, libertades o garantías que la Constitución asegura en el artículo 19

de su texto. Los Ministros disidentes estiman que tal encargo puede ser atendido por el Tribunal Constitucional por los argumentos que en los considerandos siguientes se pasan a exponer;

4°.Que la misión del Tribunal Constitucional, a diferencia de los otros órganos del Estado, no está definida expresamente en la Constitución como preámbulo a la enumeración de sus atribuciones. En efecto, el artículo 93 se inicia inmediatamente con el inciso "*Son atribuciones del Tribunal Constitucional*", sin contar con una disposición equivalente al artículo 24 respecto del Presidente de la República, al artículo 46 sobre el Congreso Nacional, al artículo 76 sobre el Poder Judicial, al artículo 83 sobre el Ministerio Público, al artículo 95 sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, al artículo 98 sobre la Contraloría General de la República, al artículo 101 sobre las Fuerzas Armadas y de Orden, o al artículo 108 sobre el Banco Central. Velar por la supremacía de la Constitución es una misión tradicional del órgano, consagrada en la práctica comparada y suficientemente respaldada por la doctrina también nacional, pero sin sustento expreso y directo en la Carta. Por ello es que, sujetándose estrictamente a lo prescrito en los artículos 6° y 7°, y conociendo legalmente de una de las materias previstas en el artículo 93, esta Magistratura tiene delimitado su radio de actividad jurisdiccional en la expresión "***fallará de acuerdo a derecho***" que se encuentra en el inciso quinto del artículo 92 de la Carta, referido al funcionamiento

del Tribunal Constitucional ("*actuará conforme a derecho*" en la Constitución de 1925 reformada en 1970 y "*fallará con arreglo a derecho*" en el texto original de 1980). El término o el concepto de "*derecho*", utilizado en esta tradición constitucional chilena, aun entendido en su sentido estricto, debe comprenderse extendido más allá de las expresiones "*ley*" o "*norma jurídica*". Un "*término*" es una expresión con la que una cosa es descrita; un "*concepto*" es una representación que tenemos de un objeto. En uno y otro caso "*derecho*", en la oración que nos ocupa del artículo 92 de la Carta, no puede sino referirse al derecho positivo vigente en cuanto ordenamiento jurídico, esto es, en cuanto conjunto de normas vinculadas sistemáticamente entre sí y presididas por un conjunto de valores y principios comunes a todas ellas. "*Todo derecho es un sistema, es decir un conjunto de elementos interactivos que se pretende coherente*", resume Philippe Jestaz ("*El Derecho*", Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 21);

5°. Que esta amplitud de "*derecho*" se justifica especialmente en el derecho constitucional y en la jurisdicción que se ocupa de dirimir sus asuntos. Al respecto vale recordar la advertencia de Heller, lanzada hace siete décadas en su Teoría del Estado: "*El jurista dogmático o, más exactamente el jurista judicial que sólo se interesa por la aplicación de preceptos jurídicos positivos en la jurisdicción civil y penal, puede, con facilidad, incurrir en el error de creer que los preceptos jurídicos que encuentra en los cuerpos legales*

y en la jurisprudencia son normas ideales, independientes de toda actualidad volitiva y de toda facticidad." (Hermann Heller: *Teoría del Estado*, FCE, México, 1981, 7ª reimpresión, p. 207). Para actualizar esta visión amplia del derecho estricto consideremos la opinión de Robert Alexy entregada durante la actual década: *"... el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido: El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo, su factibilidad, y el tercero su moralidad.*" ("Robert Alexy en diálogo con Miguel Atienza", en *Diálogo Científico*, Vol. 12, N° 1/2, 2003, Tubinga, p. 173). Agreguemos que el Derecho Constitucional "positivo" reside básicamente en la Constitución, integrada en su gran parte por preceptos impregnados de dimensiones que exceden el significado estricto del término legal y que no pueden ser activadas en la actividad jurídica, especialmente en la jurisdiccional, sin esos elementos que el actual juez constitucional federal alemán Udo Di Favio denomina *contextuales* al referirse a la dignidad humana, cuyo respeto *"exige siempre un pensamiento contextual"* y siendo la valoración de tal contexto imposible *"sin una imagen del ser humano y de la sociedad impregnados de cultura"* (Udo Di Favio: *Die Kultur der Freiheit* (La cultura de la libertad), Ed. Beck, München, 2005, p. 70). La peculiaridad del derecho constitucional positivo, además, se sostiene en el propio edificio jurídico levantado por Kelsen, el positivista por

excelencia: "Las normas "positivas" son normas creadas por actos de los seres humanos. Las normas que pertenecen a uno de los niveles inferiores derivan su validez de las normas que pertenecen al nivel superior siguiente. Si se considera que el Derecho internacional no es un orden legal superior al Derecho nacional, la constitución de un Estado representa el nivel superior dentro de un orden jurídico nacional. En este caso, las normas constitucionales no reciben la validez de ninguna norma legal positiva, sino de una norma que el pensamiento jurídico ha presupuesto, la norma fundamental hipotética." (Hans Kelsen: "¿Qué es la Justicia?", Ariel, Madrid, 1982, p. 141). En suma, ante la consulta de autos, esta Magistratura puede fallar "de acuerdo a derecho" sobre el conjunto de normas constitucionales invocadas en ella, respecto de las cuales pueden producirse resultados contrarios al aplicarse el precepto legal impugnado;

6°. Que esta Magistratura, además, puede fallar sobre la proporcionalidad como principio del derecho constitucional positivo, en el sentido dado en el considerando anterior, sosteniéndose en el tenor estricto del numeral 6° del artículo 93, que establece la situación de inaplicabilidad cuando la aplicación del precepto impugnado **"resulte contraria a la Constitución."** Se puede advertir que el efecto vulnerador no debe darse respecto de un determinado precepto o artículo de la Constitución, sino de ésta como un todo, como un sistema de normas según se ha expuesto

antes. El inciso undécimo del artículo 93, destinado a establecer los requisitos de la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, se concentra sólo en el precepto legal impugnado, sin incluir como exigencia para interponer la acción el precisar los preceptos constitucionales en juego. Obviamente esta determinación es usualmente mencionada para delimitar el asunto y para poder contrastar en el caso concreto cuál sería el efecto causado por la aplicación del precepto legal referido, pero nada impide que la apreciación de esta Magistratura, declarada la acción admisible, pueda abarcar la Constitución, sistémicamente, como escenario de la colisión previsible causada por la aplicación del precepto;

7°. Que esta disidencia centra su voto en el concepto de **proporcionalidad**, de nuclear preocupación en el requerimiento de autos. La siguiente frase, que sigue a la definición de *pena* en el Diccionario Jurídico Espasa (Madrid, 1995), es elocuente de la gravitación descrita: "*La justicia exige proporcionalidad entre el delito cometido y la pena prevista para aquél.*". Así, la proporcionalidad no sería una resultante de los designios de la política criminal vigente en una época y en un país determinados, ni tampoco una manifestación de algún valor fundamental del derecho, como la igualdad, sino que constituye un principio jurídico en sí mismo, tanto del derecho penal como del fenómeno jurídico en su amplitud. Así lo sostienen influyentes juristas contemporáneos, como se expondrá en los siguientes puntos de este voto;

8°. Que, siguiendo el razonamiento descrito, es ilustrativo recoger la siguiente opinión de Robert Alexy, entregada en el texto ya citado: *"En mi "Teoría de los derechos fundamentales" he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con la teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Esto lleva a poner el principio de la proporcionalidad (cursiva del redactor) en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación..."* (Ob. cit., p. 178). Desde la perspectiva de la doctrina penal, conviene agregar la siguiente reflexión de Luigi Ferrajoli en su obra *"Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal"*: *"Tanto en su forma privativa de libertad como en la patrimonial, la pena moderna se configura por lo demás como técnica de privación de bienes desde el presupuesto, específicamente moderno, de la valorización cualitativa y cuantitativa de éstos también a efectos penales: de la libertad, tomada en abstracto como "tiempo de libertad" y sustraída por las penas privativas de libertad; de la propiedad, tomada en abstracto como "dinero" y sustraída por las penas pecuniarias; de la potestad de cambio, tomada en abstracto como capacidad de obrar o derecho de ciudadanía y sustraída por las penas privativas de derechos. Estos tres bienes y las privaciones penales correspondientes*

son cuantificables y mensurables. Es esta circunstancia la que confiere a la pena moderna el carácter de sanción abstracta además de igual, legalmente predeterminable tanto en la naturaleza cuanto en la medida como privación de un quantum (de un mínimo a un máximo) de valor: un determinado tiempo de libertad en las penas privativas de libertad, una determinada suma de dinero en las penas pecuniarias, un determinado tiempo en la capacidad de obrar en las penas privativas de derechos. Al mismo tiempo esta abstracción y mensurabilidad de la pena sirve para configurar su aplicación como cálculo, dirigido en el caso específico a la determinación cuantitativa de la pena sobre la base, además de los mínimos y de los máximos previstos para el tipo de delito, de criterios accesorios también predeterminados cuantitativamente en forma de aumentos o reducciones de fracciones de pena (por las circunstancias agravantes o atenuantes, por el delito continuado, por los distintos tipos y grados de reincidencia, etc.). Así resulta asegurado un ulterior carácter de la pena moderna: la proporcionalidad de las penas a la gravedad de los delitos, o, más exactamente, considerada la naturaleza convencional de los delitos y de las penas, el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela." (Ed. Trotta, Madrid, 1998, 3ª ed., pp. 391-392). En la doctrina penal chilena, la proporcionalidad, en cuanto a principio, se define como un factor de la prevención general de la pena, distinguiéndolo de su fin retributivo (Etcheberry, ob. cit. tomo I, p. 35), o como

"necesario complemento del (principio) de culpabilidad"
(Künsemüller, ob. cit., p. 249);

9°. Que, atendidas las opiniones de doctrina expuestas, se concluye que la proporcionalidad no constituye expresión ni componente de un principio del derecho, sino un **principio independiente**, que se fue sumando a otros en el tiempo para conformar la actual dogmática penal indiscutiblemente vigente y que se ubica en una jerarquía equivalente a la que otros principios del derecho penal gozan en el texto expreso de la Constitución. En consecuencia, su relación con la igualdad, como se formula en el requerimiento, sólo debe entenderse como instrumental, pues, como se ha dicho, la proporcionalidad no se encuentra expresamente consagrada en el texto constitucional y, por ende, no es susceptible de ser invocada como directamente vulnerada, respetando el uso hasta ahora vigente para presentar los requerimientos. Más que manifestación de la igualdad -tanto la señalada en el número 2° como en el número 3° del artículo 19 de la Constitución Política-, que por su complejidad amerita un debate jurídico separado, la proporcionalidad es un *cálculo de ponderación* en el proceso de aplicación de la pena, lo que colisiona con un criterio de rigidez legal al que los jueces pudieran estar sometidos, como ocurre en el caso *sub lite* al aplicarse el precepto impugnado. Esto justifica la inquietud del tribunal requirente, pues ajustándose estrictamente a la norma se ve severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y debido proceso. El artículo 450 del Código Penal, al establecer perentoriamente la

rigidez señalada, colisiona con lo dispuesto en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que exige al legislador "*establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*";

10°. Que el criterio de lo *tolerable* socialmente respecto de una medida de política criminal, como factor de habilitación para otorgar legalmente margen legítimo a las así denominadas desigualdades de trato, debe considerarse restrictivamente en el caso *sub lite*, por dos razones. Por una parte, debido a la transitoriedad inherente a las políticas criminales, especialmente respecto de medidas de agravamiento de penas a partir de un aumento coyuntural de delitos y del impacto sobre la inseguridad subjetiva que tal fenómeno provoca. Por otra parte, porque las políticas criminales modernas tienden a valerse de la proporcionalidad en el sentido de combinar penas y medidas y no en el de combinar delitos equiparando las penas. La tendencia civilizada de las políticas criminales, especialmente ante el agravamiento de la inseguridad social frente a determinados delitos, consiste en agregar a las penas privativas de libertad o de derechos medidas para asegurar la rehabilitación y resocialización de los sancionados. En la especie, estas dos dimensiones de la política criminal se ven contradichas. Por una parte, la equiparación de delitos y penas establecida en el artículo 450 del Código Penal proviene de una norma dictada hace tres décadas y media en el marco de una política criminal adecuada y tolerable en la época y, por la otra, se orienta a intentar disminuir la comisión de los delitos considerados sólo a

través del agravamiento de penas sin medidas complementarias.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza, la prevención el Ministro señor Jorge Correa Sutil y la disidencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL 797-07-INA.