



2023

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 13.199-2022**

[12 de abril de 2023]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO  
TRANSITORIO, SEGUNDA PARTE, DE LA LEY N° 21.121, QUE  
MODIFICA EL CÓDIGO PENAL

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA ESCOBAR

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1710023625-7, RIT N° 9432-2017,  
SEGUIDO ANTE EL SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO

**VISTOS:**

Con fecha 28 de abril de 2022, Manuel Antonio Valderrama Escobar, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo transitorio, segunda parte, de la Ley N° 21.121, para que ello incida en el proceso penal RUC N° 1710023625-7, RIT N° 9432-2017, seguido ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

El precepto impugnado dispone lo siguiente:

**“Ley N° 21.121**

(...)

**Artículo transitorio.-** Las modificaciones contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. **En consecuencia, las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación.”.**

**Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional  
sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**



Indica el actor que la gestión pendiente tiene como inicio la querrela interpuesta por don Rubén Alejandro, doña Eliana Gabriela; doña Carolina Isabel y don Pablo Andrés, todos de apellido Padilla Arellano, en junio de 2017, ante el Séptimo Juzgado de Garantía, dirigida en contra de don Manuel Antonio Valderrama Escobar, don Juan Alfonso Cristi y don Carlos Lagos. Los hechos que sustentaron la acción señalarían que los querellantes son dueños en comunidad, entre otros bienes, de una propiedad ubicada en San Bernardo. Adquirieron el inmueble referido por herencia quedada al fallecimiento de su padre, don Rubén Padilla Valenzuela.

Explica que en la querrela se menciona que, por cesión de derechos hereditarios que le efectuó la heredera doña Pamela Padilla Arellano, ingresó a la comunidad hereditaria la Compañía Minera Santa Laura Limitada, representada por don Juan Cristi Scheggia. En dicho contexto, la Sociedad Minera Santa Laura Limitada, a través de su abogado, procedió a solicitar la designación de un juez partidor ante el 25° Juzgado Civil de Santiago, para los efectos de liquidar la comunidad que se mantenía. Debido a esto, el tribunal nombró partidor al árbitro Sr. Manuel Antonio Valderrama Escobar.

Desarrolla que el procedimiento de partición se sustanció de forma regular y, como parte de éste, el árbitro Sr. Valderrama requirió a las partes que realizarán provisiones de fondos como adelantos de gastos y honorarios para él y el actuario. Las partes no se opusieron a aquello. Debido a que la parte demandada no pagó los avances, la contraparte fue la encargada de solventar la totalidad de los gastos bajo pena de suspensión del proceso. La contraparte nunca se opuso a ello, pero son algunos de estos pagos, los que la parte querellante estima irregulares.

Durante el arbitraje y como consecuencia de que los comuneros no llegaron a acuerdo, el árbitro decretó el remate de los bienes, lo cual se llevó a cabo el 29 de marzo de 2017. Posteriormente, debido a que a la fecha del remate supuestamente se encontraba una orden de no innovar vigente no notificada al árbitro Sr. Valderrama, se declaró nulo el remate, y comenzó a sustanciarse uno nuevo ante el árbitro Ricardo Abuad.

Como consecuencia de lo expuesto, añade el actor, se inicia la investigación penal que desde el año 2017 se encuentra desformalizada.

Anota que los principales hechos que se encuentran siendo investigados como posibles delitos, son: a) algunos pagos de honorarios realizados por la Compañía Minera Santa Laura Ltda. al árbitro Valderrama Escobar; b) Que se haya llevado a cabo el remate y se haya extendido escritura pública de adjudicación de remate; c) La retención de ciertos honorarios por parte del Sr. Valderrama.

Como consecuencia, precisa el requirente, con fecha 2 de marzo de 2022 Escobar, el Ministerio Público solicitó al 7° Juzgado de Garantía de Santiago se fijara audiencia de formalización. Indica que el delito por el cual se formalizará al señor Valderrama Escobar, correspondería al artículo 223 número 2 del Código Penal, norma derogada por el artículo 1° número 3) de la Ley N° 21.121, publicada en el Diario Oficial de 20 de noviembre de 2018, que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción.

Refiere que el artículo transitorio de la Ley N° 21.121, en la parte impugnada, genera una **cuestión constitucional**, en tanto las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación, dado que se



está en presencia de una disposición legal que le impone una obligación al juez de escoger una norma en lugar de otra, lo cual hace que el problema ya no sea de selección que es un asunto de exclusivo conocimiento del juez del fondo, sino de determinar si dicha norma legal, emanada del poder legislativo, se encuentra o no conforme con el texto constitucional, debido a que está invadiendo esa esfera privativa del sentenciador al imponerle una obligación de selección, que, a juicio del requirente, resulta contraria a la constitución.

Anota que de la lectura de la Ley N° 21.121 se puede advertir que la técnica legislativa en algunos casos incorpora al ordenamiento nueva legislación, en otras la modifica y finalmente la suprime. Al incorporarla esta puede ser como una nueva norma o bien como complementaria de la anterior.

El artículo transitorio establece que las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación, lo cual resulta contrario a la Constitución ya que está privando al juez de la instancia de seleccionar y decidir si la norma en cuestión, en este caso el artículo 223 número 2, se encuentra o no vigente, por lo que su declaratoria de inaplicabilidad es necesaria. Expone que, en caso contrario, se priva al actor del derecho a acceder a la ley más favorable al momento de ser juzgado y no podrá evitar una formalización en su contra ya que un tipo penal que se encuentra derogado pero al que el legislador le ha dado efectos para el futuro.

La aplicación de la norma impugnada vulnera la garantía del derecho a la aplicación de la ley más favorable en el tiempo consagrada en el artículo 19 N° 3, inciso octavo, de la Constitución, por cuanto estaría habilitando que una misma conducta pueda ser considerada delito para unos y no para otros, dependiendo del tiempo en que se incurra en la conducta tipificada, pero que para todos no tendrá vigencia a partir de la publicación de la ley, en tanto que para quienes hayan incurrido en dicha conducta antes de la entrada en vigencia, esta no se encontrará derogada y habilitará al Ministerio Público para iniciar la persecución penal en contra de esos ciudadanos, a quienes sin mayor razonabilidad la disposición transitoria decidió dar un tratamiento distinto en razón de una fecha determinada.

Desarrolla el actor que el juez de la gestión pendiente, de no mediar la declaratoria de inaplicabilidad, no tendrá más alternativa que permitir una formalización que no puede producirse, ya que se sustenta en una norma sin vigencia pero que debe ser considerada por mandato de una norma legal (Artículo transitorio, segunda parte, de la Ley N° 21.121) cuya aplicación no resulta conforme a la Constitución por ser contraria a los artículos 1° inciso cuarto, quinto, inciso segundo, sexto, y 19 N° 3, inciso octavo.

Indica que la declaratoria de inaplicabilidad se dirige a una norma que le otorga vida a una norma derogada, a objeto que en determinados casos y en otros no, pueda ser objeto de persecución penal por parte del Ministerio Público.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, a fojas 22, con fecha 6 de mayo de 2022. Luego, fue declarado admisible a fojas 37, por resolución de 27 de mayo de 2022, confiriéndose traslados de fondo.



**A fojas 46, en presentación de 16 de junio de 2022, evacúa traslado la parte del Ministerio Público, solicitando el rechazo del requerimiento.**

Explica el persecutor penal público que, no obstante haberse indicado los delitos por los que se realizará la formalización, ésta todavía no tiene lugar y, por lo mismo, no es conocida la descripción de hechos que en concepto del Fiscal configurarían los tipos penales, de forma que el requerimiento de inaplicabilidad se desenvuelve en un nivel teórico, apoyado en una anticipación a la aplicación de normas, sin conocer aún el detalle de los cargos que le serán formulados.

Anota que la norma cuestionada es conforme a Constitución, en la medida que sólo desarrolla el principio general establecido en el artículo 19 N°3 inciso octavo, al indicar que los delitos cometidos con anterioridad a la publicación de la Ley N°21.121 serán castigados por la ley vigente al tiempo de ocurrido los hechos, sin que derogue la regla del artículo 18 del Código Penal y sin entrar en conflicto con el precepto Constitucional, cediendo en el caso que una nueva ley establece una regulación más favorable al reo.

Más bien, indica el Ministerio Público, lo que se plantea es un conflicto de mera legalidad vinculado a la interpretación de las normas que regulan la aplicación temporal de la ley penal, y a principios como la ultraactividad y retroactividad, que son de competencia del juez de fondo.

Para lo anterior el persecutor penal pública analiza la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 21.121 y, en particular, de la disposición transitoria. Se aumentaron las penas de los delitos de corrupción, tanto en materia de penas privativas de libertad, privativas de derechos y, en algunos casos, también las penas de multa, junto con introducir nuevos delitos, mejorar algunos tipos penales y establecer algunas normas para dar mayor eficacia a la persecución penal de esos delitos.

Precisa que la mayoría de las modificaciones de esta ley apuntan a elevar las penas para los delitos de corrupción, explica que se está frente a una ley “más rigurosa” para el investigado, de modo que, en principio, no se ve factible hacer una aplicación retroactiva de ellas, porque fueran más favorables al reo. La norma transitoria tuvo presente la existencia de juicios pendientes en que se podía alegar una presunta despenalización de las conductas por algunas defensas, lo que, indica, fue desvirtuado en la tramitación legislativa.

El legislador buscó, por ello, explicitar el criterio general de la norma constitucional, como es sancionar los hechos punibles conforme a la ley vigente a la fecha de su ocurrencia, para evitar lagunas de punibilidad, situación que se repite en otras leyes.

Agrega que la regla no hace referencia explícita a la del artículo 18 del Código Penal, por ser innecesaria, pues bastaría un simple ejercicio interpretativo para que, en el caso concreto, de existir un caso de norma más favorable al reo, primase la nueva normativa por sobre la vigente a la época de los hechos, cuya es la regla general de nuestro ordenamiento jurídico, reconocida también por la norma transitoria cuestionada.

Por lo anterior, explica el Ministerio Público, no se produce el conflicto constitucional por el que se acciona ante este Tribunal.



Luego de ello, el Ministerio Público analiza la modificación al artículo 223 N° 2 del Código Penal. Indica, analizando trámites del debate legislativo, que la favorabilidad de la ley penal deberá ser resuelta ante la sede que corresponda.

La norma transitoria cuestionada desarrolla el principio consagrado en el artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución. Esa disposición, detallada por el artículo 18 del Código Penal, consagra el principio de que la ley aplicable al enjuiciamiento de un delito es la ley vigente al momento de acaecer el hecho, lo que trae dos consecuencias: en primer lugar, que no puede aplicarse una ley penal a hechos ocurridos con anterioridad al inicio de su vigencia (estableciendo el principio de la irretroactividad de la ley penal), y una segunda consecuencia, la que establece que debe aplicarse la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho, aunque al momento de su aplicación esa ley se encuentre derogada (el principio que la dogmática denomina de la ultractividad de la ley penal).

Estas consecuencias son complementarias entre sí, desde un punto de vista de política criminal, pues si la ultractividad no complementase la irretroactividad, bastaría una simple reforma legal que agravara la pena de un delito, lo cual produciría como efecto la impunidad de los casos ocurridos con anterioridad a su vigencia, lo que sería un absurdo desde el punto de vista de una política criminal como la que queda en evidencia en este caso.

Explica que el inciso primero del artículo 18 del Código Penal evita ese contrasentido y lo mismo realiza la norma transitoria de la Ley N°21.121. Anota que la Fiscalía ha solicitado formalizar al requirente de inaplicabilidad como autor de hechos que se estiman configuran una “prevaricación cohecho”, hechos que ocurren con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley N°21.121, y que pese a la derogación del artículo 223 N°2 del Código Penal, tal como se reconoció en la historia de la ley N°21.121, ello no se hizo con la finalidad de desincriminar la conducta, por cuanto se mantiene una continuidad típica desde que el delito de cohecho consagrado en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal, relacionado con la norma del artículo 251 quinquies del mismo Código que establece como sujeto activo del delito a “cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción”, de modo que esas normas permitirían sancionar al Sr. Valderrama de acreditarse su responsabilidad en el proceso penal.

Las penas establecidas por la Ley N°21.121 son más rigurosas que aquellas normas modificadas y en esa perspectiva, podría dar lugar a la aplicación del tipo penal del artículo 223 N°2, por ser la ley vigente al momento en que ocurrieron los hechos y porque la nueva normativa no es una ley más favorable al reo.

Solicita, en consecuencia, rechazar el requerimiento, desde que la norma sólo permite la aplicación ultractiva del artículo 223 del Código Penal, teniendo presente que no se ha derogado el artículo 18 del Código Penal, ni se impide la posible aplicación del artículo 19 N°3 inciso octavo de la Constitución.

A fojas 66, en resolución de 24 de junio de 2022, se trajeron los autos en relación.

A fojas 325 rola inhabilidad del Ministro señor Nelson Pozo Silva para conocer y resolver en estos autos, de fecha 17 de octubre de 2022.



### Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 18 de octubre de 2022 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos del abogado Luis Masferrer Farías, por la parte requirente, y del abogado Marcelo Carrasco Gaete, por la parte del Ministerio Público, adoptándose acuerdo con fecha 15 de noviembre del mismo año, conforme fue certificado por el relator a fojas 335.

### Y CONSIDERANDO:

#### I.- EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

**PRIMERO:** Que, en estos autos constitucionales se impugna el artículo transitorio contenido en la Ley N°21.121.

Dicha disposición legal prescribe lo siguiente: **Artículo transitorio.-** *Las modificaciones contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación.*”;

La citada ley modificó el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, publicándose en el Diario Oficial el día 20.11.2018;

**SEGUNDO:** Que, conforme al tenor literal de la disposición legal objetada, sobre el que se volverá más adelante, las modificaciones que introdujo la Ley N°21.121, **sólo** se aplicarán a hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, con independencia de si resultan o no más benévolas para el sujeto cuya responsabilidad penal se persigue. Luego, y como consecuencia de lo anterior, las normas legales que fueron modificadas por la Ley N°21.121, seguirán vigentes **para todos los efectos relativos a persecución de los delitos** cometidos con anterioridad a su publicación. Nuevamente, sin consideración a la posibilidad de que su aplicación pueda resultar más beneficiosa para el imputado. Tal situación sencillamente se pasa por alto;

**TERCERO:** Que, para comprender adecuadamente la norma legal impugnada, especialmente desde la perspectiva constitucional, no se puede soslayar que ella es, precisamente, una disposición de carácter transitoria, propia entonces del “*derecho transitorio*” o “*intertemporal*”. Como ha explicado al respecto la doctrina, “El Derecho Transitorio constituye un mecanismo de regulación para el paso ordenado de una ley a otra, por lo que se relaciona con *todas las ramas del derecho* y de él depende la continuidad del sistema jurídico”.

Al efecto, se puede distinguir, “dentro de las normas transitorias, las denominadas propias e impropias. Dentro de las primeras, encontramos a las disposiciones de derecho transitorio material, las normas que *establecen la pervivencia de la ley derogada y las normas que establecen la aplicación retroactiva de la nueva ley*, siempre y cuando su objetivo sea **regular** el paso en el tiempo de una ley a otra, es decir, normas que regulan el paso de una ley a otra. Por su parte, las normas transitorias impropias son aquellas que **facilitan** el paso de una ley a otra”. (NAVA FERNÁNDEZ DEL CAMPO, Andrea (1998). El Derecho



Transitorio. En revista del Instituto de Judicatura Federal, pp. 419-420. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/download/31663/28652>);

**CUARTO:** Que, por consiguiente, el precepto legal reprochado pretende, sin lugar a dudas, deslindar el ámbito de aplicación temporal de la nueva ley, frente a la ley anterior que resulta modificada, ordenando, por una parte, aplicar exclusivamente (al expresar “sólo”) las modificaciones introducidas por la nueva ley a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia; y por la otra, aplicar las normas modificadas o derogadas a los delitos cometidos con anterioridad a la publicación de la nueva ley. Se trata, entonces, de una norma que pertenece, genuinamente, al derecho transitorio;

## II.- EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO

**QUINTO:** Que, la controversia de orden constitucional promovida por el requerimiento dice relación con determinar si la norma jurídica impugnada, al establecer una regla de temporalidad de aplicación de la ley penal, afecta la garantía constitucional de la norma más favorable al afectado (artículo 19, N°3, inciso octavo).

A juicio del requirente, en síntesis, la norma jurídica cuestionada limitaría las facultades del juez para aplicar una norma penal más beneficiosa para el reo, lo que resultaría contrario, a su juicio, al principio garantizado en la referida disposición fundamental;

**SEXTO:** Que, el requirente sostiene que el problema constitucional que plantea la aplicación del precepto legal que controvierte, estriba en que el legislador interviene, a través de un precepto legal (artículo transitorio, segunda parte), ordenando al juez preferir una norma (la antigua/más perjudicial) en desmedro de la otra norma (la nueva/más favorable).

Así, la aplicación de la norma impugnada vulneraría la garantía del derecho a la aplicación de la ley más favorable en el tiempo consagrada en el artículo 19 N° 3, inciso octavo, de la Constitución por cuanto estaría habilitando que una misma conducta pueda ser considerada delito para unos y no para otros, simplemente dependiendo del tiempo en que se incurra en la conducta tipificada, pero que para todos no tendrá vigencia a partir de la publicación de la ley, en tanto que para quienes hayan incurrido en dicha conducta antes de la entrada en vigencia, ésta no se encontrará derogada y habilitará al Ministerio Público para iniciar la persecución penal en contra de esos imputados a quienes sin mayor razonabilidad la disposición transitoria da un tratamiento distinto en razón de una fecha determinada.

En consecuencia, asegura que, de no mediar de declaración de inaplicabilidad, el juez de la instancia se encontraría atado de manos, sin poder ejercer su actividad jurisdiccional más elemental y primaria que es seleccionar las normas que a su juicio deben ser aplicadas a objeto de establecer su vigencia e interpretarlas para luego darles una aplicación conforme a la Constitución. En el caso de que se trata, la selección es obligatoria respecto de una norma que da vida a un texto fenecido el que no debe ser interpretado ya que su aplicación siempre atentará contra los principios más elementales del Derecho Penal y del racional y justo procedimiento, los cuales han sido expresamente recogidos por nuestra Carta



Fundamental siguiendo la larga tradición del Derecho Penal a nivel nacional y en el derecho comparado;

### III.- EL CASO CONCRETO

**SÉPTIMO:** Que, el requerimiento de inaplicabilidad deducido incide en el proceso penal RUC N°1710023625-7, RIT N°9432-2017, seguido ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de Manuel Valderrama Escobar.

El proceso penal fue iniciado con fecha 1 de junio de 2017, por querrela presentada en contra del requirente por los delitos de desacato, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de procedimiento civil y de prevaricación, contemplado en los artículos 224, 225 y 226, todos del Código Penal.

Con fecha 5 de junio de 2021 se amplía la querrela en contra del requirente por el delito de cohecho calificado, figura criminal prevista y sancionada en el artículo 249 del Código Penal.

El Ministerio Público solicita audiencia de formalización al juzgado de garantía pertinente, con fecha 30 de agosto de 2021 imputando al requirente, en calidad de autor, la comisión de los delitos de prevaricación judicial, cohecho y apropiación indebida, los cuales habrían sido perpetrados entre diciembre de 2015 y julio de 2017. El Juzgado de Garantía fija audiencia para el día 12 de octubre de 2021, la que es reprogramada para el 2 de marzo de 2022, audiencia suspendida, la que se fija para el día 16 de mayo de 2022.

Con fecha 6 de mayo de 2022, el Tribunal Constitucional suspende el procedimiento.

Con fecha 16 de mayo de 2022, en audiencia de formalización, el Juzgado de Garantía citado resolvió que “solo para efectos de dar curso al sistema progresivo se va a tener presente la resolución del Tribunal Constitucional, el cual determinó la suspensión del procedimiento en estos antecedentes.”

Posteriormente, con fecha 13 de septiembre de 2022, el Servicio de Impuestos Internos dedujo querrela en contra del requirente como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 97 N°4, inciso primero del Código Tributario, esto es, la declaración maliciosamente incompleta o falsa u omisión maliciosa de la declaración tributaria;

### IV.- PRECISIONES INICIALES

**OCTAVO:** Que, a efectos de examinar la constitucionalidad de la aplicación del precepto legal impugnado, en el contexto de la gestión judicial pendiente, no corresponde a esta Magistratura Constitucional, en el ejercicio de sus atribuciones, inmiscuirse siquiera oblicuamente – so pretexto de ejercer un control concreto de constitucionalidad – en las tareas propias del juez del fondo de resolver acerca de la ley vigente al caso considerado;



**NOVENO:** Que, sobre tal aspecto del problema planteado, corresponde precisar, por una parte, que a este Tribunal no compete la determinación definitiva de *cuál es el tipo penal aplicable* a la conducta ilícita desplegada por el agente.

Quien ha de resolver si la conducta ejecutada por el requirente tiene relevancia penal y por consiguiente resulta merecedora de una pena, es el Tribunal penal encargado del enjuiciamiento de fondo. Lo mismo en cuanto a la determinación de si la conducta cuya comisión se reprocha, satisface las exigencias del tipo penal respectivo. No obstante debe considerarse que dicho sentenciador del orden penal no puede preterir el principio pro reo que “consiste en que el juez, al aplicar la ley penal al responsable de la comisión de un delito, debe preferir en caso de duda sobre cuál es la norma pertinente, sancionarlo con la pena que más favorezca al reo, aunque la ley que la establezca se haya promulgado con posterioridad a la perpetración del delito” (Silva B. Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, t.XI, Ed. Jurídica de Chile año 2006, p.170);

**DÉCIMO:** Que, asimismo, corresponde advertir que no compete tampoco, a esta Magistratura Constitucional, determinar, en la especie, frente al cambio legislativo a partir del cual el requerimiento es construido, cuál de las leyes concernidas resulta más benigna para el requirente en términos penales, cuestión que ciertamente corresponde al juez del fondo; quien, salvo disposición legal mediante, tiene amplias facultades para ello.

Al efecto, este tribunal ha considerado consistentemente “Que la cuestión de determinar el momento de vigencia de una ley es típica tópica de legalidad, la determinación de si ese cambio es o no desfavorable *no es algo que pueda resolver de manera abstracta el Tribunal Constitucional*. Así, corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción dispuesta por el legislador, realizar tal determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, aspectos todos que sólo pueden ser singularizados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarla” (STC Rol N°8536, c. 2°);

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, no obstante, que el análisis concreto sobre si la nueva disposición resulta favorable al imputado es un asunto cuyo efecto es ajeno a la labor de la jurisdicción constitucional, por ser una cuestión propia de la mera legalidad, ello no puede importar renunciar al control de constitucionalidad de las disposiciones legales que pueden repercutir en el referido examen, atendido que el legislador puede incluso llegar a limitar las atribuciones del juez penal para realizar dicho análisis, *ex ante*, so pretexto de regular el paso de una legislación a otra, no dejando al juez en situación de apreciar el carácter favorable o desfavorable que puede revestir el cambio legislativo, caso en el cual el análisis en cuestión podría resultar meramente quimérico. De manera que, no puede dejar de advertirse que nuestro sistema de control de constitucionalidad de la ley es de carácter concentrado, lo que implica que si el Tribunal se encontrara constreñido en sus atribuciones de determinar cuál es la ley penal más favorable, el juez del fondo estaría impedido de obviar la aplicación de la ley, salvo declaración de inaplicabilidad del referido precepto legal;

## V.- LA LEY PENAL EN EL TIEMPO



## LA IRRETROACTIVIDAD, COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, tal como ocurre en toda ley respecto al tiempo de vigencia, en el caso de la ley penal también se plantea el problema de la proyección temporal de sus efectos. Y es que “Las nuevas necesidades jurídicas que aparecen con la alteración de las condiciones de vida de un pueblo operadas en el curso del tiempo, la evolución social que éste va a experimentando y su progreso cultural, van imponiendo un cambio de su ordenamiento jurídico. Este cambio se expresa en la dictación de nuevas leyes; ellas reemplazan a las antiguas, que no sirven ya para las necesidades sociales actuales. Tal sucesión se da también en las leyes penales, reflejo de los aspectos fundamentales del Derecho constitutivo de un pueblo” (NOVOA MONREAL, Eduardo (1985). Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Ediar-Conosur Ltda, p. 196);

**DÉCIMO TERCERO:** Que, entonces, uno de los problemas que se plantean con la ley penal “es determinar cuál será la aplicable al hecho delictivo cuando esas leyes han variado en su vigencia entre el momento en que éste se perpetró y aquel en que se dictó sentencia definitiva” (GARRIDO MONTT, Mario (2001). Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 105), situación que suscita la controversia de constitucionalidad traído a esta jurisdicción;

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en relación a lo precedentemente señalado, hay que recordar “que en materia penal rige el principio de legalidad o reserva, que exige que la ley que describe un delito sea *previae*, esto es, haya sido promulgada con anterioridad a la comisión del hecho. De modo que el principio general es que todo delito debe juzgarse con la ley que estaba vigente al tiempo de su ejecución”. Quedando marginada, “*en general*, la ley dictada con posterioridad a esa ejecución, porque la ley penal no tiene efecto retroactivo” (GARRIDO MONTT (2001) p. 105), principio fundamental en el orden penal constitucional;

**DÉCIMO QUINTO:** Que la irretroactividad de la ley penal sea la regla, explica la doctrina, tiene por fundamento “la *seguridad jurídica*, el ciudadano debe tener conciencia, al tiempo de incurrir en la conducta prohibida, de que contraviene el ordenamiento jurídico y debe estar en condiciones de conocer las consecuencias que ello le acarreará; para que así suceda la ley que se le aplicará tiene que haber sido promulgada con anterioridad a la comisión del hecho. Si la ley es posterior, nunca pudo tener esa conciencia y ese conocimiento y tampoco la posibilidad de adquirirlo. Nadie estaría seguro sobre si su actuar es o no constitutivo de delito y, de serlo, cuáles serían sus consecuencias penales. Esta inseguridad es la que se evita exigiendo que la ley aplicable sea la que está vigente en el momento en que se realizó la conducta delictiva” (GARRIDO MONTT (2001) p. 106).

O dicho, en otros términos, “es la seguridad jurídica el fundamento del principio de irretroactividad de las leyes penales, tanto de las que tipifican nuevos delitos, como de las que se limitan a agravar las penas para delitos ya tipificados, toda vez que, si pudieran éstas o aquéllas ser dictadas o aplicadas retroactivamente, los ciudadanos “no podrían saber a qué atenerse” (OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2000). El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N° XXI, p. 107);

**DÉCIMO SEXTO:** Que, el principio de irretroactividad de toda ley se encuentra contemplado expresamente en la legislación, en el artículo 9° del Código Civil.



Como se ha enseñado tradicionalmente por la cátedra, “el principio de la irretroactividad de la ley es, en otros campos del derecho, puramente legal, de modo que depende de la sola voluntad del propio legislador establecer excepciones al principio o bien derogado enteramente (con las solas limitaciones constitucionales en cuanto a los derechos adquiridos).” (ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1997). Derecho Penal. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 141).

Ahora bien, se ha destacado que “En materia penal, sin embargo, la aplicación de la ley penal en el tiempo está regida en primer término por el Art. 19 N° 3° (...) de la Constitución Política, y sólo secundariamente por las disposiciones legales de inferior rango. De acuerdo con dicha disposición de la Constitución Política: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, *a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”. (ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1997) p. 141).

Siendo así, el constituyente, elevó a rango constitucional el principio de irretroactividad penal. Lo cual hace que, “la irretroactividad de la ley penal se alza como un mandato para el juez como para los legisladores, a quienes se les prohíbe dictar leyes penales con efectos retroactivos” (GARRIDO MONTT (2001) p. 106);

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en un señero pronunciamiento, esta Magistratura Constitucional en concordancia con el derecho fundamental referido, sostuvo que “Es cierto que el artículo 9° del Código Civil establece que la ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo; pero, tratándose de un precepto legal, el principio de la irretroactividad de la ley es obligatorio para el juez y no para el legislador, el que puede dictar leyes retroactivas, ya que está sólo subordinado a la Carta Fundamental. No obstante, esta atribución del legislador tiene dos limitaciones: una de carácter civil y la otra de naturaleza penal. En materia civil, no puede, por medio de la retroactividad de la ley, violar la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies que consagra en la actualidad el artículo 19, N°24, de la Constitución vigente. **Y en materia penal, tiene la limitación establecida en el artículo 19, N°3, inciso penúltimo, que prescribe que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.** Como ya lo ha expresado este tribunal, en ciertos casos el legislador resuelve el conflicto que produce o pueda producir la aplicación de leyes que versen sobre la misma materia, acudiendo al *sistema de las disposiciones transitorias*” (STC 15, c 3°).

Como se indica precedentemente, el precepto legal impugnado es, precisamente, una disposición transitoria, buscando resolver el conflicto que pudiere producirse a propósito del tránsito normativo entre leyes que rigen una misma materia y respecto de iguales conductas criminosas;

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, en el plano legal, el Código Penal de 1874, no pudo sino consagrar el referido principio en su artículo 18, al disponer que “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración*”. Como se aprecia, esta regla reitera el principio de irretroactividad, “introduciendo su efecto retroactivo cuando éste es favorable al imputado” (STC Rol N°2957, c. 10°).

**DÉCIMO NOVENO:** Que, en relación al reseñado principio, cabe destacar lo que manifiesta la doctrina en orden a considerar, la importancia política del mismo.



Ello, pues “Es claro que el legislador -en presencia de hechos que, en las condiciones sociales del momento, pudiere estimar especialmente nocivos o riesgosos- podría caer en la tentación de introducir *a posteriori* preceptos penales o de agravar los existentes. Por ello, la irretroactividad de la ley penal se considera un derecho humano fundamental, contemplado en el art. 19, N°3, inc. 7o CPR y contenido, entre otros textos internacionales, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11 (2)), en el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 15 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica. (POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2003). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 125-16);

**VIGÉSIMO:** Que, dada la relevancia del principio de irretroactividad y su excepción de retroactividad benigna, es que aquellos se encuentran consagrados ampliamente en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ellos, se reconoce claramente la aplicación retroactiva de leyes penales, en caso de ser benignas, como podrá apreciarse a continuación:

- A) El artículo 9°, N°2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, que dispone: "A nadie se le podrá imponer una pena mayor que la aplicable al tiempo en que el delito fue cometido."
- B) El artículo 15, N° 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que prescribe: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. *Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*".
- C) El artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: "Artículo 9. Principio de Legalidad y Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. *Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*";

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, a propósito de la última de las disposiciones citadas en el considerando precedente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del 22 principio de retroactividad de la ley penal más favorable" [Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, de 31 de agosto 2004, párr. 179];

#### LA RETROACTIVIDAD BENIGNA



**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, como se ha visto, desde la perspectiva del artículo 19 N°3, inciso 8°, irretroactividad de la ley penal es la regla general.

Sin perjuicio de ello, el Constituyente previó una excepción, en orden a la cual una ley penal puede aplicarse a situaciones ocurridas antes de su promulgación, es decir, retroactivamente, cuando resulta más favorable para el imputado. Ello, en tanto y en cuanto la norma constitucional dispone la aplicación irretroactiva “*a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”.

Conforme a la misma norma constitucional, entonces, excepcionalmente no tiene cabida la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley resulta más favorable al imputado. En aquel supuesto (“*a menos que...*”), se ha de aplicar retroactivamente la nueva ley. Determinación sobre cuya justificación se ahondará en breve;

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, al decir de la doctrina, “En el caso de la aplicación retroactiva de la ley penal, que da vida al principio de retroactividad, deviene como hilo conductor que justifica y fundamenta dicha forma de aplicación el *principio de favorabilidad. La aplicación retroactiva de la ley penal deviene como regla de excepción ante la regla general de la irretroactividad.* La misma se aplica ante una sucesión de leyes, en la que posterior al momento de la comisión del hecho relevante penalmente, entra en vigencia una nueva ley. Para dicha determinación habrá que ponderar la rigurosidad de la nueva ley, respecto a la anterior vigente en ocasión de la comisión, y que de resultar más favorable será la eficaz. Es decir, rige en la excepción el criterio de ley más favorable” (MUÑOZA VIDAL, Tania; VILLACRESES PALOMEQUE, Jorge (2022). “El principio de favorabilidad más allá del quantum de la pena.”. Revista San Gregorio N°51 (Septiembre), p. 243);

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que, conforme a lo referido previamente, el artículo 19 N°3, inciso 8°, de nuestro texto constitucional, dispone que “**Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.**”.

Dicha norma constitucional garantiza el principio de favorabilidad, dentro del contexto de la irretroactividad penal. Reiterándose lo dicho ut supra de que, la regla general es que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, reconociéndose – lo que es coincidente con el Derecho Internacional según se ha consignado – como excepción a la irretroactividad, la aplicación de aquellas leyes penales que sean favorables para el afectado, aun cuando hayan sido dictadas con posterioridad;

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, el llamado principio de favorabilidad “pertenece al ámbito del *Derecho penal intertemporal*, resultando rector de la materia desde la cual se construye la teoría sobre la sucesión de leyes penales en el tiempo, pero también constituye una solución ante el conflicto suscitado de leyes, orientado por el principio de legalidad y de proporcionalidad, y enmarcado por un Derecho penal de acto (...) Este principio constituye una guía para el legislador, un límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado y se convierte en una *garantía trascendental* a fin de precautelar los derechos del sujeto pasivo del proceso penal.” (MUÑOZ VIDAL, Tania; VILLACRESES PALOMEQUE, Jorge (2022). “El principio de favorabilidad más allá del quantum de la pena.”. Revista San Gregorio N° 51 (Septiembre), p. 245);



**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, la aplicación retroactiva de la ley penal benigna responde a un importante argumento, constituido por el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso “siendo el fundamento de la aplicación retroactiva de las leyes penales más benignas” (OLIVER CALDERÓN (2007) p. 321).

De acuerdo a lo expuesto, de promulgarse una ley que convierte en impune un hecho que antes era punible, “la pena impuesta por el mismo hecho – o que se pretenda imponer- conforme a la anterior ley ya no cumpliría ningún efecto de prevención general ni especial. En tal caso, no aplicar retroactivamente la nueva ley supondría infringir el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, porque se mantendría – o se impondría- una pena que no sería idónea para el fin de prevención de delitos ni necesaria para el mismo fin, ni estrictamente proporcionada” (OLIVER CALDERÓN (2007) p. 322)

Ahora bien, si se promulga una ley que reduce la penalidad de un hecho, “su inaplicación retroactiva también produciría una evidente vulneración del principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, pero por otras razones. En efecto, tal inaplicación implicaría mantener – o imponer – una pena que, siendo idónea para el fin de prevenir delitos, no sería necesaria en aquella medida que excediera de la cuantía aplicable según la nueva ley. Si la necesidad de la intervención penal consiste en que ésta no vaya más allá de lo indispensable para alcanzar el fin de prevención de delitos causando el menor daño posible, entonces en el exceso la pena impuesta – o que se pretenda imponer – conforme a la ley anterior se mostraría innecesaria. Y, por lo tanto, el mantenimiento – o la imposición – de la misma tampoco sería estrictamente proporcionado, de acuerdo con la nueva valoración social, según la cual para la gravedad del delito y la nocividad social del hecho basta la cuantía de la pena contemplada en la nueva ley” (OLIVER CALDERÓN (2007) p. 323);

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, en consecuencia, como se ha visto, la irretroactividad de la ley en materia penal tiene una excepción: se aplica en forma irretroactiva la nueva ley penal, “a menos” que esa nueva ley favorezca al afectado, el cual cometió un ilícito bajo el imperio de una anterior ley, que le es más desfavorable en relación a la “nova lex”

Por ello, se ha expresado que “La excepción al principio de irretroactividad es *el beneficio del procesado o condenado*. Una pena más benigna o una supresión del catálogo de delitos de la conducta por la cual una persona ha sido procesada o está siéndolo, significaría una condena más benigna o el sobreseimiento del procesado o condenado, según sea el caso” (MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2012). La ley penal y su interpretación. Santiago: Editorial Metropolitana, p. 99);

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, en torno a la favorabilidad de la nueva disposición legal, se ha expuesto que “Una ley será más favorable si su aplicación incide en absolver al reo de la causa (estableciendo una nueva eximente; ampliando las ya existentes, modificando los presupuestos de punibilidad, los elementos normativos del tipo, etc; acortando el plazo de prescripción o, simplemente, derogando el delito de que se trata), en rebajar la cuantía de la multa o la duración de



la pena temporal (sin agravar otras consecuencias accesorias de la pena) y, en general, cuando la pena que se pueda aplicar resulte más benigna para el reo” (MATUS ACUÑA (2012) pp. 102-103).

Añadiéndose, que “Por definición, como se comprenderá, la ley más favorable es todo lo contrario a un abuso, pues tiende a convertir en más benigna la intervención. Más aún, la ley posterior más favorable es expresión del principio de necesidad de la intervención penal: si por cualquier razón el Estado ha estimado necesario moderar la intervención penal, lo hace en virtud de este principio” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1997). Lecciones de Derecho Penal (Volumen I). Madrid: Editorial Trotta, pp. 106-107).

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que, de acuerdo a lo anterior, esta Magistratura ha entendido que una nueva ley es más favorable para el afectado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. (STC 2673 c. 57) (En el mismo sentido, STC 7181 c. 9);

**TRIGÉSIMO:** Que, en cuanto a la determinación de la ley más favorable, explica la doctrina que “el caso puede ser bastante sencillo cuando simplemente se trata de comparar los marcos penales de las dos leyes. Sin embargo, puede complicarse si hay variaciones en las circunstancias atenuantes, en la remisión condicional, en la libertad condicional, en disposiciones procesales, por ejemplo. De ahí que la determinación de la norma más favorable no pueda apreciarse en abstracto, sino *en concreto, en cada caso específico*. (BUSTOS- HORMAZÁBAL (1997) pp. 106-107).

Por consiguiente, se advierte “al señalar que debe aplicarse la pena más benigna, hemos vuelto a caer en una nueva interrogante. Esta nueva interrogante ha de resolverla el Tribunal respectivo en cada caso concreto, pues así lo manda el tenor del Art. 18 del C.P. y es, por lo demás, lo más aconsejable en la práctica” (MATUS ACUÑA (2012) p. 103);

## **VI.- EL PRECEPTO LEGAL OBJETADO Y LA RETROACTIVIDAD BENIGNA**

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, nuestra Magistratura ha sentenciado que “Los requisitos de la punibilidad y las consecuencias penales deben, en todos los casos, siempre haber estado previstos en la ley antes de que el hecho sea cometido, lo que encuentra consagración en nuestro sistema jurídico tanto en el artículo 1° del Código Penal, por cuanto “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, como en el ya mencionado artículo 19 N°3, inciso penúltimo, constitucional. La ley penal, como regla general, ha de regir hacia lo futuro y su aplicación retroactiva está prohibida de generar consecuencias desfavorables, **salvo que permitan favorecer a la persona que va a enfrentar su aplicación**” (STC Rol N°12.125, c. 17°).



Añadiendo que “Conforme a este principio de prohibición en la aplicación retroactiva de la ley penal, la pena y sus consecuencias jurídicas se determinan de acuerdo con la ley vigente al momento de la comisión del hecho. Así, de producirse una modificación legislativa con posterioridad a que el hecho sea ejecutado, pero antes de que sea dictada condena por el juez competente en lo penal, ***debe aplicarse la ley más favorable desde la perspectiva del autor, lo que se conoce como principio de lex mitior***, y sobre el cual se ha razonado latamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias Roles N°s 2673-14; 2957-16; 3252-16; 3844-17; 6717-19; 7181-19; 6985-19; 8108-20; 8816-20; y 9406-20. En nuestro sistema jurídico el principio de lex mitior tiene valor constitucional, por cuanto debe justificarse el trato punitivo diferenciado entre la ley antigua y la ley nueva” (STC Rol N° 12.125, c. 18°).

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, además esta Magistratura ha asentado - y esto es relevante en estos autos constitucionales, - que “no es problemático que leyes derogadas sean aplicadas en lo penal por un juez conociendo un caso con ocurrencia bajo su vigencia, pero que debe ser juzgado con posterioridad a su pérdida de pertenencia formal al sistema jurídico. **Para ello deben aplicarse estas reglas constitucionales tanto por el legislador, al normar el derecho penal intertemporal en disposiciones transitorias, como por el juez, al decidir el estatuto aplicable**” (STC Rol N° 12.125, c. 19°);

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que, a juicio de este Tribunal Constitucional, el precepto legal objetado puede ser aplicado en términos de producir efectos contrarios a la disposición constitucional que luego de establecer la irretroactividad de la ley penal como principio, consagra como excepción la aplicación retroactiva de la ley penal, cuando ella resulta más favorable al afectado;

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que, lo expresado es así, atendido que su aplicación puede importar que el juez no quede en posición de realizar el concreto análisis de favorabilidad y contraste, a partir del cambio normativo, a fin de determinar si la nueva ley puede resultar o no más benigna, para el afectado, que la pretérita. De determinar, en términos de la disposición constitucional, que se da la excepción – “a menos” – que permite relevar la aplicación irretroactiva de la ley penal;

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, aquello, puede producirse en consideración a los términos en que se encuentra redactada la norma transitoria censurada, en que se contemplan dos mandatos absolutos respecto de la ley que resultará aplicable. En su primera parte, el precepto dispone que la nueva ley se aplicará sólo (únicamente) a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, limitando ya la posibilidad de que resulten aplicables a hechos pretéritos. Luego, la segunda parte de la norma transitoria, entendida como consecuencia de la primera parte, mantiene vigentes las normas modificadas por la nueva ley, a fin de aplicar aquellas a los hechos perpetrados con anterioridad a ellas, para “todos los efectos de la persecución” de dichos delitos.

En ambos casos, el legislador conmina al juez, en términos absolutos, a aplicar una de las disposiciones, según la época de comisión de la conducta, sin dejar abierta la posibilidad de enjuiciar la posible favorabilidad en el cambio normativo;

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Que, en este sentido, no se puede consentir que se trate de una norma meramente redundante o innecesaria, como se sugirió por



algunos parlamentarios durante la tramitación del proyecto (en este sentido, intervención del Diputado Rathgeb, en el informe de la Comisión Mixta), cuestión que supondría de paso asumir que nuestro legislador, quien ha de suponerse racional, dicta disposiciones estériles. En realidad, como se advirtió en el seno de la misma Comisión, “(...) para algunos casos especiales, en los que se investiguen delitos que pasan a tener una nueva formulación en virtud de esta ley, una norma como la que se propone es útil **para establecer cuál es la descripción típica aplicable al caso**” (Historia de la Ley N°21.121, pp. 262-263);

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, en los términos en que fue concebida la disposición transitoria, según se ha explicado, en la que se inserta el precepto impugnado, puede tornar ilusorio el examen de favorabilidad que prevé el texto constitucional (“*a menos que...*”) y que corresponde en concreto al juez, el cual no podría, so pretexto de dar aplicación a la norma constitucional, preterir la aplicación de una ley vigente, de no mediar la inaplicabilidad de la misma, por el órgano a quien se ha confiado exclusivamente la labor de controlar *ex post* la constitucionalidad de la ley, vía inaplicabilidad por inconstitucionalidad;

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Que, es menester precisar que este pronunciamiento de inaplicabilidad no supone tomar partido en las cuestiones de legalidad envueltas, como lo son la punibilidad o no de la conducta y bajo cuál de las dos leyes ha de castigarse la misma, de ser procedente.

La inaplicabilidad del precepto impugnado apunta, únicamente, a permitirle al juez ejercer, en toda su extensión, sus facultades para determinar la ley aplicable y, en caso de resultar procedente conforme al mérito de los hechos y el derecho, aplicar retroactivamente las nuevas disposiciones penales, si éstas resultan favorables al imputado. Ello, conforme a las normas generales, constitucionales y legales, que rigen tal actividad, considerando además que el proceso penal tiene su inicio en junio de 2017 y la Ley N°21.121 se promulga el 12 de noviembre de 2018;

**TRIGÉSIMO NOVENO:** Que, de lo expuesto, verificado el examen de constitucionalidad de la norma jurídica censurada, en la parte que lo es, se concluye que efectivamente, la disposición transitoria, en su segunda parte, contenida en la ley N°21.121 produce efectos contrarios a la Carta Fundamental en vigor, respecto del caso concreto, atendido que vulnera el artículo 19 N°3, inciso octavo, constitucional regla fundamental que consagra el principio de favorabilidad en beneficio del afectado e imputado en la causa penal en que incide la acción de inaplicabilidad deducida ante esta Magistratura Constitucional;

**CUADRAGÉSIMO:** Que, por consiguiente, en mérito de lo razonado a lo largo de esta sentencia, el requerimiento de inaplicabilidad será acogido, lo que así será declarado;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**



- I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO TRANSITORIO, SEGUNDA PARTE, DE LA LEY N° 21.121, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y OTRAS NORMAS LEGALES PARA LA PREVENCIÓN, DETECCIÓN Y PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1710023625-7, RIT N° 9432-2017, SEGUIDO ANTE EL SÉPTIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

### DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de las Ministras señoras NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, Presidenta, MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y DANIELA MARZI MUÑOZ, quienes estuvieron por rechazar la acción deducida a fojas 1, por las siguientes razones:

#### I. EL EFECTO INCONSTITUCIONAL DENUNCIADO

1°. Que, el efecto inconstitucional denunciado, derivado de la aplicación del artículo transitorio de la ley 21.121, consiste en una supuesta prohibición al juez del fondo de aplicar una ley penal más benigna que la vigente a la época de ocurrencia de los hechos objeto de la imputación penal (fs. 5). Específicamente, el efecto inconstitucional se manifestaría en el hecho de que el precepto impugnado obliga al juez del fondo a aplicar una norma derogada, reviviendo “una figura penal extinguida” (fs. 5). Se alega que con ello se “está privando al juez de la instancia de seleccionar y decidir si la norma en cuestión, en este caso el artículo 223 número 2, se encuentra o no vigente, por lo que su declaratoria de inaplicabilidad resulta necesaria ya que en caso contrario se priva a mi representado del derecho a acceder a la ley más favorable al momento de ser juzgado ya que no podrá evitar una formalización en su contra fundada en un tipo penal que se encuentra derogado pero al que el legislador le ha dado efectos para el futuro en base a la disposición cuya inaplicabilidad se solicita” (fs. 9).

#### II. DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

2°. Que, desde ya conviene advertir que no existe prohibición constitucional de aplicar una norma derogada. El efecto inconstitucional denunciado, consistente en impedir que el juez penal analice si una norma se encuentra o no vigente, no tiene



asidero en el texto constitucional y obedece a un error conceptual de confundir vigencia con aplicabilidad y derogación con inaplicabilidad y, más precisamente, confundir derogación con despenalización.

Es más, como veremos, muchas veces la aplicación de una norma derogada - que es lo que reprocha el requirente- se impone constitucionalmente. La preteractividad de la ley penal no sólo no se encuentra proscrita, sino que, como veremos, puede ser en algunos casos un imperativo constitucional.

**3°.** Que, sin perjuicio de lo anterior, no se puede desconocer que el precepto impugnado confunde vigencia con aplicabilidad, pues en su segunda parte, en una redacción que se podría estimar poco feliz, da a entender que se mantienen *vigentes* disposiciones legales derogadas, cuando en realidad lo que ordena es la *aplicación* preteractiva de una norma derogada.

**4°.** Que, dicho lo anterior, corresponde delimitar el genuino conflicto constitucional. Para ello se tiene presente que se acusa una infracción al inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución que establece que “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”, precepto constitucional que, a juicio de la requirente, establecería un “*derecho a acceder a la ley más favorable de ser juzgado*” (fs. 9).

No hay duda de que la norma constitucional establece la garantía de la irretroactividad de la ley penal desfavorable: la regla general es que no es posible aplicar una ley penal a hechos que acaecidos con anterioridad a su vigencia -salvo la hipótesis de excepción que analizaremos-. Tras este mandato, se esconde uno más elemental: por regla general, ha de aplicarse la ley penal que se encuentre vigente al momento de la comisión del delito -salvo la hipótesis de excepción que analizaremos-. Son dos caras de la misma moneda.

De ahí que podamos afirmar que, por regla general, un delito debe castigarse de acuerdo con la ley vigente al momento de su comisión con independencia de una posterior modificación legislativa.

En este sentido, la aplicación de una ley penal derogada a hechos acaecidos durante su vigencia (preteractividad), en principio, no representa ninguna anomalía constitucional, sino que, por el contrario, es precisamente lo que mandata la Carta Fundamental.

Por ello es que cuando el artículo transitorio de la ley 21.121 impugnado establece que “*las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación*”, en principio, sólo reitera el mandato del artículo 19 N° 3 inciso octavo primera parte: debe aplicarse preteractivamente la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del delito, no obstante su posterior derogación.

**5°.** Que, dicho lo anterior, el genuino conflicto constitucional consiste en determinar si el artículo transitorio, cuando ordena aplicar la ley penal derogada, impide que se aplique una nueva ley que resulta más favorable para el afectado. El conflicto es concreto y específico: si el legislador dictó una ley más favorable, pero impide que quienes cometieron delitos con anterioridad se beneficien con el cambio legislativo, estamos en presencia de una diferencia de trato que debe someterse al



test del artículo 19 N° 2 de la Constitución. En sentido contrario, si el legislador dictó una ley desfavorable, pero manda a aplicar preteractivamente la ley antigua, impidiendo con ello que quienes cometieron delitos con anterioridad resulten perjudicados por el cambio legislativo, no hay infracción constitucional alguna, sino que, por el contrario, existe un estricto apego a la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

La cuestión constitucional relevante es la siguiente: ¿El artículo transitorio de la ley 21.121, en su parte impugnada, al contemplar la aplicación preteractiva de la ley derogada, impide la aplicación de la ley más favorable?.

Sólo si la respuesta es afirmativa, hay una cuestión constitucional de la que hacerse cargo, pues el legislador seguiría castigando con la misma rigurosidad hechos respecto de los cuales cambió su valoración, estableciendo un trato más favorable sólo a aquellas personas que incurren en la conducta con posterioridad a la nueva ley. Si la respuesta es negativa, no hay infracción constitucional alguna, considerando que la preteractividad de una ley penal favorable es un imperativo constitucional y, entonces, el artículo transitorio sólo reiteraría la regla del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental y del artículo 18 del Código Penal.

Ahora bien, podría surgir otra respuesta que debe descartarse, pero es la que está detrás del requerimiento: la derogación formal de una norma, con motivo de un cambio legislativo desfavorable, significa despenalización. El razonamiento es el siguiente: dado que hay un cambio legislativo desfavorable, no puede aplicarse irretroactivamente la ley nueva; pero como dicho cambio legislativo importó la derogación de una norma, tampoco se puede aplicar el precepto derogado, porque derogación es sinónimo de inaplicabilidad. Entonces, la consecuencia es inaceptable: quienes cometieron delitos bajo la vigencia de la ley antigua resultan beneficiados con la impunidad ante un cambio legislativo, incluso desfavorable. Esta consecuencia se explica por la confusión conceptual entre vigencia y aplicabilidad y por asumir que derogación es sinónimo de despenalización.

Es precisamente esta última opción, que confunde derogación con despenalización, la que intentó descartar el legislador, en una redacción que para algunos puede resultar poco feliz, con el artículo transitorio de la ley 21.121. Bien pudo haberlo omitido, pues lo que quería evitar ya se encuentra descartado por el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental y por el artículo 18 del Código Penal, pero también se ha estimado que puede ser una disposición necesaria para evitar cuestionamientos como los levantados en esta sede (ver en este sentido, Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, rol 94972-2016, c. 14°).

### **III. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS DESFAVORABLE Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE**

**6°.** Que, delimitado el conflicto constitucional, se hace necesario profundizar aún más sobre aspectos relevantes de la ley penal en el tiempo. Específicamente, nos referiremos a los precedentes de esta Magistratura, a la distinción entre aplicabilidad y vigencia, y a los fundamentos del principio de irretroactividad de la ley penal y su excepción.



## 1. Los precedentes de esta Magistratura

7°. Que, existen dos precedentes de esta Magistratura que deben considerarse para la resolución del conflicto constitucional.

El primero de ellos es la sentencia de inadmisibilidad rol 12.002 de la Segunda Sala, que declaró inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad en contra del artículo 223 N° 2 del Código Penal, suprimido, que incidía en la gestión pendiente de autos. Dicho requerimiento se fundaba en similares argumentos a los planteados por el requirente, arguyendo la supuesta improcedencia de aplicar una ley penal derogada, asimilando implícitamente vigencia con aplicabilidad y derogación con inaplicabilidad. Es así que textualmente se sostuvo que la *“norma se encontraba derogada desde el año 2018, no resultando posible su aplicación en el caso de marras, no pudiendo pues imputarse al suscrito en base a los hechos investigados, el tipo penal que en ella se contemplaba”* (requerimiento rol 12.002, pp. 10-11). La resolución de inadmisibilidad sostuvo:

*“Que, analizado el marco fáctico y normativo del conflicto sometido a conocimiento de esta Magistratura, se puede concluir que éste dice relación con la aplicación de la ley penal en el tiempo, como la propia actora reconoce a fojas 7, lo que constituye una controversia de mera legalidad que debe ser resuelta por el juez de fondo, en la oportunidad procesal correspondiente.*

*En efecto, la determinación sobre la tipicidad, o en este caso de acuerdo con lo expuesto, la atipicidad de la conducta reprochada a la actora, en virtud de una derogación expresa del delito por el cual se le pretende formalizar, corresponde al juez penal, por lo que los reproches planteados en el requerimiento deben ser presentados en dicha sede”* (resolución de inadmisibilidad rol 12.002).

8°. Que, también es relevante la STC rol 2673 que, rechazando un requerimiento de inaplicabilidad en contra de un precepto de redacción similar al impugnado, realiza un acucioso análisis de la regulación convencional, constitucional y legal del derecho intertemporal. El precepto legal impugnado en dicha causa, artículo duodécimo transitorio de la ley 20.720, dispone:

*“Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”.*

Como puede apreciarse, se trata de una disposición análoga al precepto legal cuestionado en estos autos, salvo por la referencia al artículo 18 del Código Penal, ausente en la disposición transitoria de la ley 21.121.

9°. Que, resulta útil hacer una síntesis del razonamiento expresado en la STC 2673 para rechazar el requerimiento:



- Para dilucidar el conflicto constitucional resulta “*fundamental atender a la finalidad de la norma impugnada y preguntarse si se trata de una regla de derecho transitorio entre una y otra legislación, de una que tiene por principal propósito asegurar la aplicación preteractiva de las normas penales derogadas, o si se está frente a una norma carente de razonabilidad y que debería en consecuencia ser declarada inaplicable*” (STC rol 2673, c. 14°).

- La excepción a la irretroactividad de la ley penal (*lex mitior*) “*encuentra su fundamento tanto en el principio de legalidad, respecto da la prohibición de retroactividad, como en el **principio de razonabilidad y de proporcionalidad**, respecto del mandato de retroactividad, tratándose de leyes penales favorables*” (ibid., c. 21°, énfasis en la original).

- Por otra parte, “*los problemas de la aplicabilidad de la ley [...] son distintos a los de su vigencia y se presentan en nuestro ordenamiento, ya sea, a consecuencia del resultado concreto de inconstitucionalidad en la gestión de una norma legal (como le corresponde determinar a esta Magistratura); o, para el caso de los jueces de fondo, conforme a las reglas y principios propios del sistema jurídico (**que no son las de vigencia**), que regulan los cambios legislativos que pueden sobrevenir entre la ocurrencia de unos determinados hechos y su juzgamiento. Tratándose del derecho Penal y del Derecho Público, lo que corresponde es aplicar, con criterio de pertinencia (en razón de materia, espacio y tiempo), las normas del ordenamiento jurídico respectivo (*lex fori*), que se encuentran vigentes al momento de su publicación (*lex praesens*), conforme a la regulación propia del derecho intertemporal internacional o del Estado*” (ibid., c. 28°, siguiendo a Bascuñán Rodríguez, énfasis agregado).

- “*Que, en la doctrina se ha acuñado el concepto de **preteractividad** de la ley penal, para hacer alusión a la ley penal derogada para ser aplicada por una sentencia judicial posterior a su derogación, mientras que el concepto de **actividad** de la ley se refiere a la aplicación de la ley a un hecho acaecido durante su vigencia, y la **retroactividad**, a la aplicación de la norma a un hecho acaecido con anterioridad a su entrada en vigencia (Bascuñán Rodríguez, Antonio. La preteractividad de la ley penal. En Van Weezel, Alex. Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury. Legal Publishing. Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 166)*” (ibid., c. 34°, énfasis en la original).

- Las normas regulatorias del derecho intertemporal tienen jerarquía normativa de rango legal, siendo el legislador el convocado a establecerlo. “*Por ello, el derecho transitorio, colocado en igual jerarquía, tiene respecto de aquél el carácter de ley especial. Sin embargo, tratándose del derecho intertemporal sancionatorio, algunas de sus normas tienen el carácter constitucional, como es el caso del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Carta y las disposiciones de los tratados en cuanto a la exigencia de la ley previa*” (ibid., c. 43°).

- La garantía de ley previa y el principio de *lex mitior* operan de modo diverso. “*En el caso de la garantía de ley previa, ésta opera de manera generalmente más precisa, sin perjuicio de que sea necesario muchas veces que el juez de fondo determine aspectos dificultosos, como por ejemplo,*



*establecer qué parte de la nueva ley es favorable y cual no. En lo demás, se trata de que la ley penal posterior no puede aplicarse retroactivamente a los hechos, si sus consecuencias son desfavorables para el acusado. Tratándose del principio *lex mitior*, en cambio, el aspecto central de su operatividad reside en que su fundamento se encuentra en la prohibición de exceso que emana del principio de proporcionalidad (ver Antonio Bascuñán Rodríguez, “La aplicación de la ley penal derogada”, Revista del Abogado, del Colegio de Abogados de Chile, Temas, pág. 11)” (ibid., c. 44°).*

*- De esta forma, “tratándose de la *lex mitior* entendida como regla de valor constitucional, debe entenderse que el destinatario de la norma es el legislador, para quien rige una prohibición de doble estándar, en cuanto le es prohibido establecer diferencias arbitrarias, como las que se producirían si manifiesta al mismo tiempo dos medidas distintas de merecimiento y necesidad de la pena; ante lo cual debe prevalecer la menos lesiva a los derechos fundamentales [...] en este ámbito, tiene el legislador, como es evidente, un amplio margen de regulación, en la medida que se justifique el trato punitivo diferenciado entre la ley antigua y la nueva; aspectos estos últimos que el requirente debió acreditar para hacer viable la inaplicabilidad de la norma impugnada” (ibid., c. 45° y 46°).*

*- Asimismo, se recordó que “tratándose de las leyes sancionatorias derogadas, la jurisprudencia y la doctrina chilena reconocieron inicialmente la aplicación de leyes sancionatorias derogadas frente a las leyes penales posteriores desfavorables para el acusado, conforme al artículo 18 del Código Penal” situación que “se vio modificada cuando, a partir de 1987, la Corte Suprema acogió la doctrina de Luis Cousiño MacIver, conforme con la cual la derogación formal de una ley contenía como excepción su subsistencia para el caso en que la ley posterior conservara la punibilidad establecida por la ley derogada [...] criterio que una parte de la doctrina penal considera erróneo porque pretendería que la derogación formal de una ley contiene como excepción su subsistencia si la ley posterior conserva su punibilidad, confundiendo vigencia con aplicabilidad (Bascuñán Rodríguez)” (ibid., c. 53°, 54° y 55°).*

*- Finalmente, tras analizar la historia de la Ley 20.720 “el Tribunal ha llegado a la convicción de que la norma del artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720 no es una de aquella cuya finalidad sea el establecimiento de nuevos tipos penales, sino una mera aplicación del principio general que inspira al constituyente en el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución y que el Código Penal desarrolla en su artículo 18” (ibid., c. 67°).*

Cabe destacar que el voto disidente, por acoger el requerimiento, tuvo especialmente en consideración la circunstancia de que, si bien la ley 20.720 significó la derogación (formal) de los tipos penales de quiebra contemplados en el Código del Comercio, pasando en su mayoría a estar contemplados en el Código Penal, el delito de quiebra culpable ya no constituiría delito, de manera tal que “*En el caso concreto, uno de los delitos imputados al requirente ha sido despenalizado, todo lo cual permite concluir que la aplicación del precepto legal impugnado le podría generar un agravio incompatible con la garantía constitucional en comento*” (voto disidente en STC rol 2673, c. 2°). Adviértase que es precisamente esta circunstancia -la despenalización del delito imputado- la que no es concurrente en la



especie, desde que el delito de prevaricación-cohecho sigue siendo penado después de la reforma de la ley 21.121.

## 2. Distinción entre vigencia y aplicabilidad

**10°.** Que, como se ha advertido, el requerimiento discurre sobre la base de que la aplicación de una norma derogada sería una cuestión anómala, que la Constitución prohibiría, y que el precepto legal impugnado permitiría. Así queda de manifiesto cuando el requirente afirma que *“En la especie estamos en presencia de una ley que ordena la aplicación de una ley vigente a la época de ocurrencia de los hechos objeto de la imputación penal, prohibiendo al juez aplicar una más benigna como sería entender que dicha disposición legal ha sido expulsada del ordenamiento jurídico por la vía de la derogación”* (fs. 5) con lo cual da a entender, implícitamente, que la derogación de una norma se traduce en su inaplicabilidad y eso se traduce, a su vez, en despenalización del tipo penal contemplado en la norma.

Sin embargo, como ya sostuvo este Tribunal, la *“situación lleva al absurdo, por cuanto en Chile la derogación expresa de una norma penal no resuelve automáticamente el problema de la determinación de cuál es la ley aplicable. Una norma penal derogada puede ser eventualmente aplicable, como también la nueva ley si ella produce efectos favorables, cualesquiera que sean, para el acusado. En otras palabras, opera el derecho intertemporal general del artículo 18 del Código Penal. De otra parte, como ha sostenido Bascuñán Rodríguez, lo derogado son normas y no delitos (véase también: Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G, en Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 127)”* (STC rol 2673, c. 73°).

**11°.** Que, en nuestro sistema jurídico, es perfectamente posible que una norma derogada (penal o no) se aplique de forma preteractiva o ultraactiva. En efecto, el artículo 9 del Código Civil establece que *“La ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”*, impidiendo aplicar retroactivamente una ley, pero guardando silencio respecto de la posibilidad de aplicar preteractivamente o ultraactivamente una ley derogada.

Por su parte, la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que desarrolla situaciones concretas en las que se manifiesta el principio de irretroactividad de la ley, contempla hipótesis en las que el juez debe aplicar o considerar una ley derogada, como el caso de las solemnidades externas a los testamentos que deberán regirse por la ley coetánea a su otorgamiento, no obstante su posterior derogación (cfr., artículo 18). La clásica regla del artículo 22 que establece que *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”* también nos presenta un caso de ultraactividad de la ley. Con esto se quiere demostrar que no hay nada anómalo en el hecho de que una ley derogada se aplique de forma preteractiva o ultraactiva. En este sentido, es claro que vigencia no es sinónimo de aplicabilidad y derogación no es sinónimo de inaplicabilidad.

**12°.** Que, sobre la distinción entre vigencia y aplicabilidad, la doctrina ha señalado que *“La aplicabilidad de la ley es una noción poco extendida en la cultura jurídica. Ello se debe a que la identificación rutinaria de las normas aplicables a un caso coincide con el reconocimiento de su vigencia: los tribunales aplican*



*rutinariamente las normas del sistema jurídico al que pertenecen (lex fori) y que se encuentran vigentes al momento de su aplicación. Sin embargo, cuando sobreviene un cambio legislativo entre el acaecimiento de los hechos del caso y su juzgamiento y ese cambio es relevante para el caso, se quiebra la rutina y en su lugar se plantea la pregunta por la identificación del derecho aplicable” (Antonio Bascañán Rodríguez, 2015, El principio de lex mitior ante el Tribunal Constitucional, Revista de Estudios de la Justicia N° 23, p. 15). En este sentido, se ha dicho que “cuando una norma es derogada no por ello deja necesariamente de pertenecer al sistema de las normas aplicables [...]. Más aún, en la mayor parte de los casos seguirá siendo la única norma aplicable (como lo era antes de su derogación) a todos los casos subsumibles bajo su hipótesis ocurridos cuando la norma estaba vigente. No es esto sino la manifestación del fenómeno ordinario de la no retroactividad de las leyes: las leyes derogadas pierden su virtualidad para regir indefinidamente los casos de su hipótesis, pero siguen siendo las aplicables a los casos ya acaecidos”, de modo tal que, “Los casos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley derogatoria no pueden resolverlos los tribunales con la aplicación de la ley nueva (que no tenga efecto retroactivo), luego habrán de aplicar para justificar la sentencia la norma derogada [...]. Creo que no cabe otra alternativa, ya que la hipótesis (que nunca ha sido sugerida) de la absoluta desregulación respecto de todos los hechos acaecidos con anterioridad, o la que concedería absoluta libertad al juez para elegir a su arbitrio la norma aplicable, contradirían el deber inexcusable de resolver según el sistema de fuentes establecido” (Jesús Delgado Echeverría, 2003, Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad, Derecho Privado y Constitución, N°17, pp. 235 y 237).*

**13°.** Que, la distinción también ha estado presente en el razonamiento de esta Magistratura cuando ha tocado resolver, a través de la inaplicabilidad, la impugnación de preceptos legales derogados. Al respecto se ha sostenido que *“resulta perfectamente posible pronunciar un veredicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un precepto legal que, a la fecha de la sentencia respectiva, se encuentre derogado por el legislador, siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto”,* esto porque *“el constituyente previó acertadamente la hipótesis de la ultraactividad de una disposición derogada, es decir, de aquellas normas que si bien no rigen respecto de situaciones fácticas que acontezcan en la actualidad, sí regían en el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan”* (STC rol 1399, c. 9° y 10°).

**14°.** Que, si hay un ámbito del derecho en el que la distinción entre aplicabilidad y vigencia se aprecia con nitidez es, precisamente, en materia penal, dada la regla de derecho intertemporal del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, que permite aplicar preteractivamente la ley penal más favorable, vale decir, la aplicación de la ley vigente al momento de la comisión del delito, aunque se encuentre derogada al momento de su juzgamiento.

### **3. El principio de *lex mitior*, fundamentos y recepción en el ordenamiento jurídico chileno**

**15°.** Que, el principio de *lex mitior* suele tratarse como una excepción de la irretroactividad de la ley penal, siendo esta una derivación del principio de legalidad



(cfr., Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Décima edición, Santiago de Chile, 2011, pp. 227-228).

Al respecto, esta Magistratura ha señalado que *“En el ámbito de penal, el principio de legalidad es conocido por el aforismo nullum crimen, nulla poena sine lege, que exige que los delitos y las penas deben estar claramente establecidos en la ley. La exigencia del principio de legalidad permite no sólo que el ciudadano participe, directa o indirectamente, en el proceso de producción normativa de los delitos y penas, sino que además le permite conocer qué comportamientos se encuentran prohibidos, de modo tal que se le permita adecuar su conducta. De esta forma, ‘el principio de legalidad constituye una garantía esencial del ciudadano en un Estado de Derecho, que resulta así protegido frente a todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes de su realización’ (Zugaldía, J. 2014, en Zugaldía, J. y Pérez, E. Derecho Penal. Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, p. 234)”* y que *“para cumplir con la exigencia que impone el principio de legalidad, se debe cumplir con los criterios de lex previa, lex stricta, lex scripta y lex certa”* (STC rol 12769-22, c. 2º y 4º). La exigencia de *lex previa* se desprende claramente del inciso octavo del artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Con todo, resulta necesario distinguir la garantía de *lex praevia*, como derivación del principio de legalidad, del principio de *lex mitior*. Esto, por cuanto una lectura estricta del principio de legalidad exigiría que los hechos sean siempre juzgados conforme a la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del delito, más allá de cualquier otro cambio legislativo que acontezca con posterioridad, sea favorable o desfavorable. En propiedad, si se castiga conforme a la ley vigente al momento de la comisión del delito, con total indiferencia de un cambio legislativo posterior, debiera entenderse cumplido el mandato de la *lex praevia*.

En este sentido, diferenciando la garantía de *lex praevia* y el principio de *lex mitior*, la doctrina ha sostenido que *“La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es, como se ha dicho, una de las concreciones del principio de legalidad. El deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad. Su fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley”* (Antonio Bascuñán Rodríguez, 2004, La Ley Penal, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N°1, Comentario de la jurisprudencia del año 2003, p. 212).

**16º.** Que, en cuanto a la recepción del principio de *lex mitior* en el ordenamiento jurídico nacional, tradicionalmente se ha sostenido que este se encuentra recogido en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución cuando utiliza la expresión *“a menos una nueva ley favorezca al afectado”*, aunque también se ha advertido que *“La disposición constitucional establece la garantía de nullum crimen nulla poena sine lege previa, derivada del principio de legalidad. Esta garantía consiste en la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Junto con ello, la disposición constitucional exceptúa de esa prohibición a las leyes más favorables, precisando de ese modo que la garantía se refiere sólo a las leyes desfavorables. En tanto excepción a una prohibición, la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables se encuentra a lo más autorizada por la Constitución.*



*La Constitución permite la retroactividad de la ley penal más favorable, pero no la impone*” (ibid., p. 210).

Ahora bien, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes sí imponen que el afectado se vea beneficiado con la ley posterior favorable. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15 N° 1, como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 9°, establecen que *“Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”*.

El principio de *lex mitior* se vincula también con la garantía constitucional del artículo 19 N° 2 que proscribe las diferencias arbitrarias, vale decir, aquellas que carezcan de fundamentos razonables y objetivos, y que no superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional. En este sentido, el análisis del conflicto constitucional a la luz de esta garantía es pertinente, puesto que el principio de *lex mitior* apunta a evitar un tratamiento punitivo diferenciado por la sola circunstancia del tiempo en que es cometido el delito. De ahí que, si una nueva ley otorga un tratamiento penal menos gravoso -sea despenalizando una conducta o disminuyendo la pena asignada al delito- en principio, no es razonable ni proporcionado que quienes cometieron los delitos bajo la vigencia de la ley derogada no se vean beneficiados con el cambio legislativo favorable.

**17°.** Que, de acuerdo a lo que se ha venido razonando, la infracción constitucional se produce sólo si el precepto impugnado establece perentoriamente la aplicación preteractiva de una ley penal desfavorable, impidiendo que quienes cometieron delitos bajo la vigencia de la ley derogada se beneficien con un cambio legislativo favorable. Del otro lado, si el cambio legislativo es desfavorable o si, aún siendo favorable, no excluye la aplicación del artículo 18 del Código Penal, el precepto impugnado no genera efectos inconstitucionales, pues sólo garantiza la aplicación de la ley penal más favorable.

#### **IV. EL ARTÍCULO TRANSITORIO DE LA LEY 21.121 EN EL CASO CONCRETO**

**18°.** Que, corresponde pronunciarse sobre el efecto inconstitucional denunciado. Al respecto, resulta útil analizar la historia del artículo transitorio de la ley 21.121 y de la derogación del artículo 223 N° 2 del Código Penal que contemplaba el denominado delito de “prevaricación-cohecho”. Para tal efecto, no puede preterirse que la ley 21.121 que Modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción tuvo como objetivo inicial *“un aumento de penas para los delitos de cohecho y soborno, la incorporación de nuevas figuras de cohecho a funcionarios públicos extranjeros, el soborno entre particulares y la administración desleal, además de elevar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho”* (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 21.121, p. 30).

##### **1. Historia de la supresión del numeral 2° del artículo 223 del Código Penal**



**19°.** Que, la proposición para suprimir el numeral 2° del artículo 223 del Código Penal fue una propuesta del Ejecutivo. Como explicó el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ante la Comisión Mixta *“la razón de esta supresión es que la disposición sanciona una forma especial de cohecho, sin infracción de los deberes del cargo cometida por funcionarios del orden judicial. Esta misma conducta se sanciona con una pena más alta en el nuevo numeral 1° del artículo 251 quinquies, que más adelante examinará la Comisión”* (ibid., p. 179, énfasis agregado).

Consta que la supresión fue objeto de preocupación ante la posibilidad de que personas imputadas según la ley antigua podrían invocar a su favor la derogación de la disposición que incriminaba la conducta, en circunstancias de que se trataría de la misma descripción típica que se cambia de ubicación. Específicamente, consta que el Honorable Senador Elizalde *“expresó su preocupación sobre el posible problema de la continuidad del tipo penal a raíz de la derogación de la figura del numeral 2° del artículo 223. Su Señoría manifestó que es muy relevante que quede expresamente señalado en la historia de la ley que se trata de la misma descripción típica que se cambia de ubicación, y no se trata de un ilícito nuevo que elimina a una anterior, porque en ese caso las personas imputadas según la ley antigua podrían invocar a su favor la derogación de la disposición que incriminaba su conducta”* (ibid., p. 179, énfasis agregado). En respuesta a esta preocupación, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos *“aseguró que se trata de la misma conducta, por lo que no podría alegarse el efecto derogatorio que teme el Senador señor Elizalde. Agregó que también hay que tener presente que la disposición transitoria de este proyecto prevé que las modificaciones de esta ley sólo se aplicarán para los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, y aquellos perpetrados antes -donde caben los que le preocupan al señor Senador que intervino previamente- se regirán por las disposiciones legales vigentes al momento de su comisión”* (ibid., pp. 179-180, énfasis agregado).

## **2. Historia del artículo transitorio de la ley 21.121**

**20°.** Que, en cuanto a los antecedentes legislativos del precepto impugnado, en el primer trámite constitucional el Senado aprobó la disposición transitoria del siguiente tenor:

*“Artículo transitorio.- Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. La tipificación y sanción establecida en forma previa a esta modificación legal en los artículos 248, 248 bis, 249, 250 y 251 bis del Código Penal y en los incisos primero y segundo del artículo 15 de la ley N° 20.393, continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de la presente ley.”*

Como consta en el segundo informe de la Comisión de Constitución, se tuvo en vista que *“el propósito de esta iniciativa es hacer más precisas las conductas tipificadas en la ley para los delitos de cohecho y aumentar sus penas.”*



**Asimismo, tuvieron en cuenta que las disposiciones penales modificadas en este proyecto podrían ser materia de juicios pendientes, por lo que cabe la posibilidad que algunos defensores utilicen este hecho como argumento para alegar una presunta destipificación de las conductas que se les imputan a sus clientes.**

**Sobre el particular, la unanimidad de los miembros de la Comisión observó que la situación anterior dista mucho del verdadero propósito de esta iniciativa y que en ningún caso se pretende establecer un tipo de impunidad en esta materia.** Por esa razón, consideraron necesario adoptar una medida de resguardo, consistente en incorporar al proyecto una disposición que señale, en forma específica, que los hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley seguirán siendo juzgados por la legislación vigente a la fecha en que ellos tuvieron lugar.

Asimismo, se tuvo presente que el legislador ha adoptado un criterio similar a este cuando aprobó la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefaciente y sustancias sicotrópicas, y la ley N° 20.720 que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo” (ibid., pp. 50-51, énfasis agregado).

En el segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados lo reemplazó por el siguiente:

*“Artículo transitorio.- Esta ley sólo se aplicará a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, aquellos hechos perpetrados con anterioridad se regirán por las disposiciones legales vigentes en el momento de su comisión para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”.*

En el tercer trámite constitucional, el Senado rechazó esta modificación.

Al analizarse el estudio de la disposición transitoria en la Comisión mixta, el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos expresó que la referencia al artículo 18 del Código Penal “*está demás, porque se subentiende de la disposición constitucional sobre irretroactividad de la ley penal más desfavorable*” (ibid., p. 262). En su lugar, el Ejecutivo propuso otra disposición para asegurar la “ultractividad” de las normas vigentes:

*“Las modificaciones de esta ley sólo se aplicarán a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, en consecuencia, las disposiciones legales que son modificadas por esta ley seguirán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos cometidos con anterioridad a su publicación”.*

Al respecto, “El Honorable Diputado señor Rathgeb sostuvo que esta disposición es innecesaria, porque repite las normas constitucionales sobre irretroactividad de la ley penal”, ante lo cual se respondió que “para algunos casos especiales, en los que se investiguen delitos que pasan a tener una nueva formulación en virtud de esta ley, una norma como la que se propone es útil para establecer cuál es la descripción típica aplicable al caso” (ibid., pp. 262-263).



### 3. No hay despenalización del delito de prevaricación-cohecho

**21°.** Que, como queda de manifiesto del análisis de la historia de la ley, la supresión del artículo 223 N° 2 del Código Penal nunca tuvo como objetivo despenalizar la figura penal allí contemplada, sino que sólo vino a cambiar su ubicación dentro del Código Penal. A diferencia de lo que sostiene el requirente, no estamos en presencia de una “figura penal extinguida”.

**22°.** Que, el artículo 223 N° 2 del Código Penal, derogado, contemplaba una figura especial de cohecho que la doctrina ha denominado como “prevaricación-cohecho” (Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, 2004, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, pp. 531-532) aplicable a los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales “*Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar de hacer algún acto de su cargo*”.

Tras las modificaciones de la ley 21.121, esta figura delictiva, aplicable a los magistrados, se encuentra contemplada en los artículos 248 y 248 bis del Código Penal, en relación con el artículo 251 quinquies. Los dos primeros preceptos contemplan el delito de cohecho pasivo (por razón del cargo; por los actos del cargo; y agravado), y el último, establece una agravante especial por razón de la calidad del empleado (Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, 2019, Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 452, 453 y 456), al establecer que:

*“En el caso de los delitos previstos en los artículos 241, 248, 248 bis y 249, se excluirá el minimum o el grado mínimo de las penas señaladas, según corresponda, respecto de todos sus responsables, en los siguientes casos:*

*1° Cuando hayan sido cometidos por un empleado público que desempeñe un cargo de elección popular, de exclusiva confianza de éstos, de alta dirección pública del primer nivel jerárquico o por un fiscal del Ministerio Público o **por cualquiera que, perteneciendo o no al orden judicial, ejerza jurisdicción**; por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, o por el General Director de Carabineros o el Director General de la Policía de Investigaciones”* (énfasis agregado).

**23°.** Que, la ley 21.121 no despenalizó el delito de “prevaricación-cohecho” sino que sólo cambió la ubicación del tipo penal, estableciendo otro tipo de consecuencias jurídico-penales para quienes cometan el delito bajo la vigencia de la ley nueva.

Como consta en la historia de la ley, el artículo transitorio impugnado, tuvo como objetivo, además de asegurar la aplicación preteractiva de la ley derogada que el legislador consideró más favorable, evitar que se argumentara -de la misma forma en que lo hace el requirente- que el cambio de ubicación del tipo penal se traduce en una despenalización de la “prevaricación-cohecho”.

**24°.** Que, de la misma manera ha razonado la Corte Suprema en un caso similar al de autos, cuando sostuvo que “*no constituye una excepción al principio de*



*retroactividad de la ley más benigna la derogación aparente o meramente formal de una disposición penal, que continúa rigiendo materialmente, lo que puede ocurrir, entre otros casos, porque materialmente, el hecho punible mantenga su carácter de tal en otra norma distinta de la derogada, como en el caso de la derogación formal de una norma penal mediante una ley que contiene entre sus disposiciones otra norma que sanciona el mismo hecho punible que ha sido aparentemente dejado sin sanción” (Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, rol 94972-2016, c. 13°). Y tanto es así, que la Corte sostuvo que disposiciones transitorias -como la impugnada en autos- son útiles para evitar cuestionamientos bastantes similares, sino idénticos, a los planteados en el requerimiento:*

*“De ese modo, si bien la tramitación en el Parlamento condujo a derogar formalmente los artículos 250 bis A) y 250 bis B), ello sólo tuvo por objeto regular las materias que tratan de manera íntegra en las nuevas disposiciones 251 bis y 251 ter y, si bien habría sido esperable -a fin de evitar cuestionamientos como los que aquí se levantan-, una disposición transitoria similar a la que contiene la Ley N° 21.121, tal omisión no es determinante para excluir una solución de continuidad entre el reproche y punición de las conductas subsumidas bajo el anterior artículo 250 bis A) bajo el posterior 251 bis, sino, a lo más, evidencia una deficiente técnica legislativa al intentar ordenar los preceptos que comprende el párrafo 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal” (ibid., c. 14°, énfasis agregado).*

#### **V. NO SE CONFIGURAN LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES DENUNCIADAS**

**25°.** Que, sí la reforma de la ley 21.121 no exime a la denominada “prevaricación-cohecho” de toda pena ni le aplica una menos rigurosa, no estaríamos en presencia de una ley más favorable, de modo tal que la aplicación preteractiva del artículo 223 N°2, exigida por la disposición transitoria impugnada, no se traduce en una infracción al artículo 19 N° 3 inciso octavo, sino que, por el contrario, se cumple estrictamente con el mandato de la disposición constitucional. Por otra parte, si se estimare que la reforma de la ley 21.121, no obstante el cambio de ubicación del delito, establece consecuencias jurídico-penales más beneficiosas para el reo, dado que no se excluye la aplicación del artículo 18 del Código Penal, de igual manera el juez de fondo no se encuentra impedido de aplicar la ley posterior más favorable.

Vale decir, no se verifica la infracción constitucional denunciada, pues el precepto impugnado no impide la aplicación de la ley penal más favorable, ya de forma preteractiva ya de forma retroactiva.

**26°.** Que, en cuanto a la vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, escuetamente tratada en el requerimiento, ha de descartarse, toda vez que no resulta efectivo que el precepto impugnado “*estaría habilitando que una misma conducta pueda ser considerada delito para unos y no para otros, simplemente dependiendo del tiempo en que se incurra en la conducta tipificada*” (fs. 10), puesto que la prevaricación-cohecho sigue siendo sancionada después de la reforma de la ley 21.121. Por lo demás, como se señaló previamente, el precepto no excluye las facultades del juez que confiere el artículo 18 del Código Penal, por cuanto sólo tuvo como objeto aclarar que existe continuidad del tipo penal tras la reforma.



## VI. DEFECTOS FORMALES DEL REQUERIMIENTO

**27°.** Que, las Ministras que concurren a este voto, no negamos que el mandato de aplicar una ley penal más favorable se impone constitucionalmente. Como vimos, a esta conclusión se arriba no sólo de la interpretación que esta Magistratura ha hecho del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental, sino que también por aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación arbitraria y por mandato de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile.

**28°.** Que, sin embargo, y como se tuvo la oportunidad de analizar latamente, el precepto impugnado no envuelve el conflicto de constitucionalidad planteado en el requerimiento, en el sentido de que su aplicación imposibilitaría al juez del fondo a aplicar una ley penal más favorable.

**29°.** Que, para efectos de ejercer un control concreto de constitucionalidad, esta Magistratura puede y debe verificar la corrección de las alegaciones de derecho formuladas. Así lo exige la máxima *iura novit curia* en un Tribunal de derecho como lo es el Tribunal Constitucional. En la especie, se desprende con nitidez errores conceptuales del requerimiento que justifican su premisa, también errónea, consistente en que la ley 21.121 es una ley más favorable para el imputado, de no mediar su artículo transitorio, porque hay despenalización de la conducta descrita en el derogado artículo 223 N° 2 del Código Penal.

Es así que el requerimiento (i) no realiza una distinción necesaria entre vigencia y aplicabilidad y por lo mismo sostiene que la derogación de una norma impediría su aplicación; (ii) obvia que la vigencia y derogación se predica de normas y no de conductas; (iii) concluye que la derogación es sinónimo de despenalización. De esta forma, el requerimiento parece indicar que la ley 21.121 -destinada a reforzar la persecución penal ante la corrupción- otorgó una especie de amnistía a quienes hayan cometido el delito de prevaricación al amparo del derogado artículo 223 N° 2 del Código Penal. Esto no puede aceptarse, resulta evidente que la ley 21.121 no despenalizó la prevaricación-cohecho.

**30°.** Que, si bien es cierto que esta Magistratura ha sostenido que la determinación de qué ley es más favorable al imputado corresponde al juez del fondo, no es menos cierto que el control que nos corresponde efectuar exige que el resultado inconstitucional denunciado sea uno concreto y cierto, no hipotético o eventual. Por ello es que se permite a una de las salas de esta Magistratura declarar inadmisibles un requerimiento *“Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”* y de ahí que se haya señalado que una acción de esta naturaleza no puede prosperar si la inaplicabilidad del precepto impugnado no tiene los efectos que se atribuyen en el libelo (en este sentido, resoluciones de inadmisibilidad roles 2083, cc. 9 y 10, entre otras), tal como ocurre en este caso, pues lo cierto es que la inaplicabilidad del artículo transitorio no impedirá la aplicación del artículo 223 N°2 derogado si fuere más favorable, ni tampoco coarta las facultades conferidas por el artículo 18 del Código Penal que permite aplicar la ley nueva si fuera favorable.

En términos sencillos, la inaplicabilidad del artículo transitorio de la ley 21.121 no tiene ningún efecto útil, pues de igual manera el juez del fondo podría aplicar el



artículo 223 N°2, ya que la ley 21.121 -contrario a lo que sostiene el requirente- no despenalizó la prevaricación-cohecho, y también podría aplicar la ley nueva, de acuerdo con las facultades que le confiere el artículo 18 del Código Penal.

**31°.** Que, tal como lo señaló esta Magistratura en la STC rol 2673, *“el requirente, por su parte, no acreditó ante el Tribunal dos aspectos muy importantes. Por una parte, no demostró que la regulación preteractiva de la norma de la Ley N°18.175 le sea desfavorable; ni tampoco realizó el ejercicio de acreditar que la aplicación retroactiva de las nuevas normas pudiere favorecerle; manifestando de este modo una insuficiencia en la argumentación. De otra parte, la estimación de que una declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada pudiera derivar en la plena aplicación de la Ley N° 20.720 también es incorrecta, ya que declarada inaplicable esta norma de derecho intertemporal especial (artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720), retomaría plena fuerza la aplicación general de la norma del artículo 18 del Código Penal, es decir del derecho intertemporal general, pudiendo ser perfectamente aplicable al requirente la norma penal más favorable en toda la intensidad que sea admisible”* (STC rol 2673, c. 72°).

**32°.** Que, sólo a mayor abundamiento, ha de recordarse que tanto en el cuerpo del requerimiento como en su parte petitoria se impugna únicamente la segunda parte del artículo transitorio de la ley 21.121. Teniendo lo anterior en consideración, ha de advertirse que si lo reclamado por el requirente es la imposibilidad para el juez del fondo de aplicar la ley nueva que sería más favorable -cuestión que, como vimos, es permitida por el artículo 18 del Código Penal- resulta ser que tal imposibilidad se deriva de la primera parte no impugnada del artículo transitorio de la ley 21.121. Así se desprende del considerando 35° del voto de mayoría cuando señala que *“En su primera parte, el precepto dispone que la nueva ley se aplicará sólo (únicamente) a los hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, limitando ya la posibilidad de que resulten aplicables a hechos pretéritos”*, de modo tal que la inaplicabilidad parcial del precepto impugnado, tal como ha sido solicitada, es absolutamente inocua e inconducente para los fines que pretende el requirente.

## VII. CONCLUSIONES

**33°.** Que, en el caso concreto, no es posible afirmar que la ley 21.121 despenalizó la conducta que se le atribuye al requirente. En tal circunstancia, la aplicación preteractiva de una ley penal derogada se impone constitucionalmente si es más favorable que la nueva ley. Con todo, el precepto impugnado no excluye la aplicación del artículo 18 del Código Penal que permite su aplicación retroactiva si la nueva ley es más favorable.

El objetivo del legislador, al establecer una disposición transitoria como la impugnada en autos, sólo tuvo como objetivo evitar alegaciones como las que se plantean en autos, en orden a que la derogación formal de un precepto se traduciría en una despenalización de la conducta. Ahora bien, se trata de una norma redundante en este caso, porque la aplicación del artículo 18 del Código Penal y del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución llevan al mismo resultado pretendido por el legislador y que pretende sortear el requirente. Ante esta redundancia, la inaplicabilidad solicitada no tiene ningún efecto útil, puesto que de igual manera debe aplicarse la ley penal derogada si la nueva no es más favorable.



A mayor abundamiento, aun si coincidiéramos con la línea argumental del requirente, resulta ser que, tal como se desprende del considerando 35° del voto de mayoría, la primera parte del artículo transitorio de la ley 21.121 -no impugnado por el requirente- contiene el mismo mandato que el contenido en la segunda parte del precepto censurado. De este modo, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad no tendrá los efectos pretendidos por el requirente, en tanto subsista la primera parte del artículo transitorio de la ley 21.121.

**34°.** Que, por los motivos expuestos precedentemente, el requerimiento debió ser rechazado.

### **PREVENCIONES**

**El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a la sentencia** sin compartir sus considerandos 17° y 26°.

**La Suplente de Ministro señora NATALIA MUÑOZ CHIU, concurre** a la sentencia sin compartir sus considerandos 26° y 36°.

Redactó la sentencia el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR. La disidencia fue escrita por la Presidenta, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA. Las prevenciones fueron redactadas por el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES y por la Suplente de Ministro señora NATALIA MUÑOZ CHIU, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 13.199 -22-INA**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Rodrigo Patricio Pica Flores, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz y la Suplente de Ministro señora Natalia Marina Muñoz Chiu.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



**283C4614-9CF9-44D7-B5F1-32CBC42D57DC**

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.