



Santiago, primero de octubre de dos mil quince.

VISTOS:

Requirente.

A fojas 1, con fecha 12 de junio de 2014, Roberto Fredes Besoain ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720, nueva ley de quiebras, en los autos criminales de que conoce el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, bajo el Rit N° 199-2009, Ruc N° 0910000486-8.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna.

El precepto legal impugnado dispone que:

"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."

Gestión pendiente.

En cuanto a la gestión judicial en que incide la inaplicabilidad deducida, indica el actor que la sociedad BAGSA CHILE S.A., dedicada a la fabricación de artículos de plástico y bolsas industriales, y de la cual el señor Fredes era administrador y representante legal, fue declarada en quiebra por sentencia del 19° Juzgado Civil de Santiago, de 3 de enero de 2007.





En dicho proceso judicial, entre otros, verificó créditos la Sociedad Petroquim S.A., que posteriormente, con fecha 8 de junio de 2009, en los autos en que incide la presente acción de inaplicabilidad pendientes ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, dedujo querrela criminal en contra del señor Fredes, en su calidad ya aludida, por los delitos de quiebra culpable y fraudulenta.

Luego, el 20 de abril de 2011 y el 12 de septiembre de 2012, fue formalizado y reformalizado por el Ministerio Público, y, el 25 de junio de 2013, el Órgano Persecutor formuló acusación fiscal en su contra por los mismos delitos de quiebra culpable y fraudulenta, sobre la base de diversas conductas consignadas en los artículos 219 y 220 del Libro IV del Código de Comercio.

Posteriormente, el 10 de julio de 2013, Petroquim formuló acusación particular en los mismos términos, esto es, por los delitos contemplados en los referidos artículos 219 y 220 de la Ley N° 18.175, antigua Ley de Quiebras que luego pasó a ser Libro IV del aludido Código, preceptos que establecen cuándo se presume culpable o fraudulenta la quiebra, imputándosele al efecto al señor Fredes conductas culpables tales como haber pagado a otros acreedores en perjuicio de la masa; no llevar libros de contabilidad; haber ejecutado dolosamente operaciones para disminuir su activo o aumentar su pasivo, y no haber solicitado su propia quiebra, pidiéndose la aplicación de penas de 5 y 10 años de presidio por quiebra culpable y fraudulenta, respectivamente.

A continuación, el 18 de octubre de 2013, se inició la audiencia de preparación del juicio oral pendiente, suspendiéndose la misma por acuerdo de los intervinientes, a la espera de la promulgación de la nueva normativa de quiebras, indica el requirente.





En seguida, luego de promulgada la nueva ley de quiebras (30 de diciembre de 2013) y publicada en el Diario Oficial (9 de enero de 2014], con fecha 14 de abril de 2014, el señor Fredes solicitó al Juzgado de Garantía el sobreseimiento definitivo por entender derogados en la nueva normativa los delitos contenidos en las acusaciones, petición que fue rechazada por el Tribunal, aplicando al efecto la norma legal impugnada de inaplicabilidad.

Conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión de este Tribunal Constitucional.

En cuanto al conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura, indica el actor que la aplicación en la gestión pendiente del artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720 infringe sus derechos asegurados por el artículo 19, N°s 2° y 3°, inciso octavo, de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 18 del Código Penal.

Así, en la especie se conculcaría el principio de reserva legal y tipicidad, así como la excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley favorece al afectado.

Indica que la nueva legislación concursal de la Ley N° 20.720 sustituyó integralmente la legislación anterior, derogándola y reformulando los delitos concursales, con lo cual se eliminaron las conductas típicas contenidas en los antiguos artículos 219 y 220, por las cuales fue acusado.

Indica que, junto con bajarse las penas, al eliminarse las presunciones, la obligación de solicitar la propia quiebra, la diferencia entre quiebra culpable y fraudulenta, y los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales por los cuales fue acusado, dichas conductas han dejado de ser antijurídicas, sin que a su respecto pueda aplicarse la analogía.





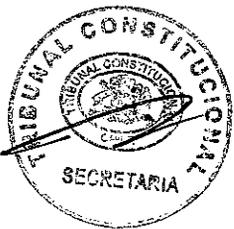
Luego, conforme a lo dispuesto en el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, se permite aplicar la excepción a la irretroactividad de la ley penal, cuando la nueva ley es más favorable al afectado.

Sin embargo, el precepto legal impugnado dispone que las normas de la nueva ley son aplicables sólo a hechos perpetrados con posterioridad a su vigencia, manteniendo vigentes los delitos de la ley antigua para conductas consumadas con anterioridad y consignando únicamente la retroactividad de la pena si ésta es más favorable; en circunstancias que la disposición constitucional invocada exigiría que en casos como el de la especie, en que la conducta delictiva anterior ha sido suprimida y no puede subsumirse en una de las nuevas conductas típicas, también se aplicara la retroactividad respecto de los delitos y no únicamente en relación con las penas, efectuándose una aplicación integral de la nueva ley y de la retroactividad de la ley penal que favorezca al afectado. Lo contrario, además, vulneraría los principios de legalidad y tipicidad penal.

Por otro lado, estima el actor que, en el caso concreto, se conculcaría su garantía de la igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, N° 2°, constitucional, pues por aplicación de la norma transitoria impugnada algunas personas serán perseguidas por delitos y presunciones que en la ley nueva ya no existen, sin que sea procedente a su entender esta aplicación de estatutos jurídicos diferenciados ante los mismos hechos.

Admisión a trámite y admisibilidad del requerimiento.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 18 de junio de 2014 (fojas 41), acogió a tramitación el requerimiento, ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente y, previo traslado al Ministerio





Público y a Petroquim, por resolución de 10 de julio del mismo año (fojas 209) lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno, la presente acción de inaplicabilidad fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y se confirió un plazo de veinte días a las demás partes aludidas para que formularan sus observaciones acerca del fondo del asunto.

Observaciones del Ministerio Público.

Por presentación de 8 de agosto de 2014, a fojas 222, el Ministerio Público formuló dentro de plazo observaciones, instando por el rechazo del requerimiento, en virtud de las siguientes consideraciones:

Indica que la acusación fiscal en contra del requirente fue formulada con anterioridad a la promulgación y publicación de la Ley N° 20.720, la cual, conforme al período de vacancia establecido en su artículo primero transitorio, recién entró en vigencia el 10 de octubre de 2014. Esta nueva normativa actualiza los tipos penales concursales manteniendo la protección de los acreedores.

Luego el actor, argumentando que la nueva ley volvía atípicos los hechos por los cuales se le persigue penalmente, solicitó el sobreseimiento definitivo, lo cual fue rechazado por el Juez de Garantía. Ante ello el señor Fredes apeló y dicha apelación fue declarada abandonada por la Corte de Apelaciones de Santiago. En consecuencia, el propio requirente estimó que el conflicto acerca de la supuesta atipicidad de los hechos debía ser resuelto por la justicia ordinaria, y dicho incidente se encuentra concluido en la instancia judicial, atendido el abandono de la apelación.

Agrega que el artículo duodécimo transitorio impugnado establece una regla de derecho penal intertemporal, de transición, con remisión expresa al artículo 18 del Código Penal y en concordancia con la





Constitución, para el evento de que la pena en la ley nueva sea más favorable al afectado; fórmula ya empleada por el legislador con anterioridad, por ejemplo, en la Ley 20.000, siendo el problema de la aplicación temporal de la ley penal, así como la calificación de lo favorable o desfavorable al acusado, un asunto de resorte exclusivo del juez del fondo.

Añade que la regla general contenida en el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, constitucional, consiste en la irretroactividad de la ley penal, salvo que la nueva ley favorezca al afectado. Sin embargo, el actor argumenta en gran medida sobre la base de una crítica a la configuración de los tipos penales de los artículos 219 y 220 de la Ley N° 18.175, que no impugnó de inaplicabilidad, de suerte tal que no corresponde a este Tribunal Constitucional determinar el contenido del tipo penal.

En cuanto a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, ello procede cuando la nueva ley exime al hecho de toda pena o rebaja la pena, cuestión que la norma transitoria de la Ley 20.720 impugnada sí permite, al hacer remisión expresa al artículo 18 del Código Penal, por lo que del tenor literal de la misma norma cuestionada no se aprecian los impedimentos en la aplicación retroactiva de la ley más benigna que el requirente esgrime.

Tampoco se aprecia infracción alguna al principio de igualdad ante la ley, pues el actor la funda en que supuestamente la norma transitoria impugnada impediría a su respecto la aplicación del artículo 18 del Código Penal, lo que ya se descartó. Además, acorde con la Constitución, existen razones de fuerza para aplicar la Ley 18.175 a los delitos concursales perpetrados durante su vigencia, pues el principio rector es la irretroactividad de la ley penal, sin perjuicio de que el





juez del fondo pueda aplicar la ley nueva en cuanto favorezca al afectado.

En fin, todas las alegaciones del actor en cuanto a la derogación de los tipos penales de la ley antigua o la eliminación de la antijuridicidad de ciertas conductas, son cuestiones que, precisamente, debe resolver el juez del fondo, sin que se pueda a través de la acción de inaplicabilidad impugnar lo resuelto por dicho juez.

Observaciones de Petroquim S.A.

Por presentación de 8 de agosto de 2014, a fojas 242, Petroquim S.A. formula observaciones dentro de plazo, instando asimismo por el rechazo del requerimiento, conforme a los siguientes argumentos:

Luego de indicar que comparte los argumentos del Ministerio Público, señala que el actor apeló de la resolución que negó lugar al sobreseimiento definitivo, declarándose el abandono del recurso, por no presentarse el abogado defensor a la vista de la causa. Así, en la gestión criminal pendiente, la defensa del señor Fredes ha agotado todas las instancias procesales para evitar el juzgamiento de los delitos contenidos en la ley aplicable a la época de la comisión de los hechos, esto es, la Ley N° 18.175. Incluso solicitó en la gestión *sublite* que se esperara a la promulgación de la Ley 20.720, para poder solicitar el sobreseimiento definitivo, admitiendo así el actor por sus propios actos que la discusión se circunscribe a la determinación de la ley aplicable en el tiempo y a la tipicidad de las conductas, reconociendo así el mismo requirente que ello es de resorte exclusivo del juez de garantía.

Luego, ante un resultado desfavorable en la instancia procesal pertinente y ante su negligencia, que determinó el abandono de la apelación, decidió recurrir a esta Magistratura Constitucional, intentando confundir





cuestiones de legalidad con supuestos y artificiales asuntos de constitucionalidad.

Agrega que en la resolución que rechazó la solicitud de sobreseimiento definitivo, el juez de garantía entendió que respecto de los tipos penales debía aplicarse la Ley 18.175, no obstante que, de establecerse en la Ley 20.720 penas más bajas, debe aplicarse esta última, no apareciendo así contradicción alguna entre el artículo duodécimo transitorio de esta última ley y los artículos 18 del Código Penal y 19, N° 3°, de la Carta Fundamental.

Añade que si bien la ley nueva sustituyó a la anterior, no tuvo por objeto despenalizar, sino modernizar la regulación concursal, siendo inadmisibles que el actor pretenda que la ley nueva lo deje impune. Además, la misma disposición transitoria impugnada permite materializar el cambio de la legislación en forma ajustada a la Constitución, al garantizar expresamente el principio pro reo.

Tampoco se infringe la igualdad ante la ley, pues el marco normativo se aplica de manera igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica. Precisamente el precepto cuestionado evita que a unas personas se les aplique la ley antigua y a otras la nueva, ni se infringe el principio de tipicidad, pues las conductas punibles están debidamente descritas en la ley, debiendo el juez del fondo en definitiva determinar si la conducta es o no típica. En fin, si el señor Fredes estima que su conducta no se circunscribe en el tipo penal, y fuera condenado por ello, puede recurrir de nulidad.

Por último, sostiene Petroquim que, de acogerse la inaplicabilidad impetrada, se afectaría su garantía constitucional de la igualdad ante la ley, así como la certeza jurídica y, en definitiva, perdería sus derechos como víctima de hechos delictivos contemplados en la ley.





Vista de la causa y acuerdo.

Por resolución de 13 de agosto de 2014 se ordenó traer los autos en relación y el día 11 de septiembre de 2014 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados representantes del requirente, del Ministerio Público y de Petroquim S.A.

Con fecha 21 de octubre de 2014, la causa quedó en estado de acuerdo.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se ha expresado en la parte expositiva, la presente acción interpuesta por el requirente ROBERTO ALEJANDRO FREDES BESOAIN contiene la pretensión de que se declare la inaplicabilidad del artículo 12° transitorio de la Ley N° 20.720, promulgada el 20 de diciembre de 2013, 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";

I.- LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA.

SEGUNDO: Que la disposición impugnada señala lo siguiente: "*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.*";





II.- EL RESULTADO INCONSTITUCIONAL DE LA NORMA IMPUGNADA, INVOCADO POR EL REQUIRENTE.

TERCERO: Que, como consta en el expediente, el Tribunal de Garantía aplicó la norma impugnada al rechazar la solicitud del actual requirente para ser sobreseído definitivamente de los delitos de quiebra culpable, previstos y sancionados en el artículo 219, N°s 1, 4 y 9, del Libro IV del Código de Comercio, y del delito de quiebra fraudulenta, del artículo 220, N°s 11 y 16, del mismo Libro IV del Código de Comercio (conforme a la entonces vigente Ley N° 18.175, de Quiebras), en atención a que, a su juicio, la nueva normativa de la Ley 20.720 habría derogado los hechos típicos considerados en la acusación, los que habrían dejado de ser delitos por aplicación del artículo 250, letra a), del Código Procesal Penal;



III.- LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS.

CUARTO: Que el accionante ha señalado que la norma impugnada resulta contraria al artículo 19, números 2° y 3°, de la Constitución Política de la República;

IV.- EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO.

QUINTO: Que, en consecuencia, nos corresponderá dilucidar si la norma impugnada desconoce o no, como expresa el actor, la aplicación íntegra de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y de legalidad, restringiendo la interpretación del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, del texto constitucional (excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, cuando una nueva ley, *lex mitior*, favorece al afectado) sólo al ámbito de la pena;



SEXTO: Que, en efecto, la Ley N° 20.720, de fecha 9 de enero de 2014, vino en sustituir los procedimientos concursales de la Ley N° 18.175 y del Libro IV del Código de Comercio, estableciendo un conjunto amplísimo de normas de distinto carácter y, entre ellas, las referentes a sanciones penales y administrativas;

SÉPTIMO: Que, en sede de inaplicabilidad, el conflicto se plantea en atención a que con fecha 9 de enero de 2014 se publicó en el Diario Oficial 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";

OCTAVO: Que el artículo 344 de la Ley N° 20.720 dispuso: "Artículo 344. Derógase la Ley N° 18.175, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 20) del artículo 347 y en los artículos primero y duodécimo transitorios.";

NOVENO: Que el requirente observó en estrados que el viejo estatuto jurídico penal concursal, concebido sobre la base de presunciones, merecía el reparo del legislador y de la dogmática penal por inadecuado, estigmatizante y además inconstitucional; en cambio, a su juicio, el nuevo estatuto se regiría por la responsabilidad penal concebida sobre la base del tipo objetivo y de elementos normativos claramente descritos, eliminándose las presunciones, lo que constituiría un cambio radical en la materia. Por ello es que el requirente se pregunta acerca de la justificación y razonabilidad del legislador al mantener en el tiempo dos regímenes penales concursales: uno, sobre la base de presunciones (muy criticado) y, otro, moderno y acotado a las conductas personalísimas del autor. En su opinión, la aplicación de la nueva normativa hace inaplicables las normas de la Ley N° 18.175, por mucha exégesis que se quiera hacer, por lo





que postula su derogación en bloque, sustituida por tipos penales distintos, habiendo quedado claramente derogados los anteriores;

DÉCIMO: Que el problema básico para el requirente es que una posterior aplicación del artículo impugnado por el Juez de Garantía lo obligará a dictar el "auto de apertura de juicio oral" para plasmar las acusaciones que deberán ser objeto del juicio (artículo 277 del Código Procesal Penal), donde deberá incluir *"una relación circunstanciada de los hechos atribuidos al imputado y su calificación jurídica"*, como, asimismo, expresar *"los preceptos legales aplicables"*, conforme al artículo 259 del Código del ramo. Por su parte, agregó en su alegato que el Tribunal Oral en lo Penal, por mandato legal, deberá además referirse al contenido de esa acusación en conformidad al principio de congruencia, acudiendo precisamente a las disposiciones derogadas de la Ley N° 18.175;



DECIMOPRIMERO: Que, para el requirente, la propia historia del establecimiento de la norma es una expresión palmaria de que esa disposición infringe los derechos constitucionales mencionados, toda vez que, como señalara la Superintendencia de Quiebras durante su tramitación, "los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley". En efecto, la Superintendente explicó que mediante esta iniciativa legal se trasladan las conductas punibles al Código Penal, donde se tipifican y se les asigna una sanción específica, sin eliminar el artículo 219, que establece las presunciones de quiebra culpable, ya que éstas igualmente se trasladan al mencionado Código como conductas delictivas. Así, por ejemplo, no llevar libros

de contabilidad, que hoy es una presunción de quiebra culpable, es una omisión que se tipifica en dicho cuerpo legal, donde se distinguirá entre las conductas dolosas y culposas, asignando una pena menor a estas últimas.

En relación con el principio *in dubio pro reo* a que hizo referencia el Diputado señor Harboe, comentó que el artículo duodécimo transitorio del proyecto establece una excepción en esta materia al prescribir que "*las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.*" (Informe de la Comisión de Constitución, Cámara de Diputados. Fecha 11 de septiembre, 2013. Cuenta en Sesión 80. Legislatura 361. En Historia de la Ley 20.720, pág. 1970);



DECIMOSEGUNDO: Que, dado que el requirente supone que la declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada producirá como consecuencia la plena e íntegra aplicación de la Ley N° 20.720, será necesario indagar cuál habría de ser el efecto de una tal declaración y si dicho supuesto es correcto;

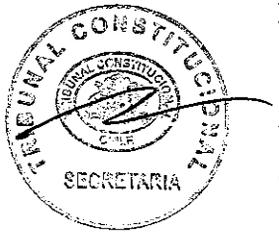
DECIMOTERCERO: Que, en atención a que de la misma argumentación se deduce que el requirente plantea que declarada la inaplicabilidad de la norma, la consecuencia procesal sería la obtención de un sobreseimiento definitivo o su absolución, será necesario indagar tanto la naturaleza del instituto de la derogación y sus efectos, como si dicha consecuencia ha sido acreditada o no para los fines procesales constitucionales que conciernen a esta Magistratura;

DECIMOCUARTO: Que, para dilucidar el conflicto, resultará 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;

DECIMOQUINTO: Que para el Tribunal resulta, en consecuencia, imprescindible determinar: (i) los criterios interpretativos a utilizar para resolver el conflicto planteado, para lo cual (ii) deberá razonar en torno al alcance que pueda tener en la gestión pendiente la disposición del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución y sus destinatarios; y, de este modo, dilucidar (iii) si la aplicación concreta de la norma impugnada afecta los principios de legalidad penal, de tipicidad y de igualdad ante la ley. Finalmente, nos pronunciaremos sobre (iv) la razonabilidad de la norma y su carácter relevante o no para los fines del presente requerimiento, de modo de concluir con la resolución del asunto sometido a nuestra decisión;



V.- MATERIAS A LAS QUE, NO OBSTANTE, NO NOS REFERIREMOS.

DECIMOSEXTO: Que este Tribunal estima innecesario, atendidas las circunstancias del caso, pronunciarse respecto a los aspectos interpretativos referentes a las voces "promulgada" y "perpetración" que utiliza el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, al igual que el artículo 18 del Código Penal, y que son debatidos en la doctrina nacional, por considerar que no forman parte de su competencia específica;

DECIMOSÉPTIMO: Que tampoco enfocaremos la resolución del caso desde el punto de vista de las antinomias, ya que éstas se producen entre normas igualmente aplicables; y lo que aquí se plantea es la inaplicabilidad de la disposición duodécima transitoria de la ley impugnada. En



consecuencia, la cuestión a resolver no es de aquellas (ajenas a este tribunal) destinadas a resolver la primacía o no de la ley posterior sobre la anterior;

DECIMOCTAVO: Que, en lo que dice relación con la naturaleza y efectos de la derogación efectuada por el legislador de la Ley N° 20.720, el Tribunal sólo puede pronunciarse limitadamente y en el marco de la competencia que el constituyente le ha otorgado de modo expreso para conocer de la acción de inaplicabilidad; lo mismo respecto a sus efectos que, desde luego, son diversos a los efectos derogatorios a que se refiere el artículo 94, inciso tercero, de la Constitución;

VI.-CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

DECIMONOVENO: Que, como bien ha sostenido el requirente, corresponde al Tribunal Constitucional hacer efectivo el **principio de supremacía constitucional** consagrado en el artículo 6° de la Constitución, tarea que debe cumplir en el ámbito de sus competencias específicas, garantizando, en esos términos, la *vis expansiva* de la Norma Fundamental;

VIGÉSIMO: Que, si bien no corresponde en esta sede que el Tribunal realice una interpretación de la norma impugnada, tarea que es propia de la judicatura o, en su caso, del propio legislador, el contraste entre dicha norma y su posible resultado inconstitucional en la gestión obliga a resolver la compatibilidad o incompatibilidad de la misma con el texto de la Constitución, aplicando tanto los principios generales de interpretación de la ley, en la medida que se ajusten a la naturaleza de las normas constitucionales, como los criterios doctrinarios y jurisprudenciales a los que modernamente acude el Derecho Constitucional. Entre los





primeros, la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional que se considera infringida;

VIGESIMOPRIMERO: Que, estando en juego, además, la aplicación del **principio de irretroactividad de la ley penal** y su denominada "excepción", no es irrelevante recordar que dicho principio constituye una de las principales fuentes históricas de la formación del Derecho Público Constitucional. Es necesario, sin embargo, tener presente que tanto dicho principio como su excepción exhiben matices en el Derecho Comparado, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho transitorio o intertemporal del Estado y que, tratándose de la excepción a la irretroactividad, ella encuentra su fundamento tanto en el principio de legalidad, respecto a la prohibición de retroactividad, como en el **principio de razonabilidad y de proporcionalidad**, respecto del mandato de retroactividad, tratándose de leyes penales favorables;



VIGESIMOSEGUNDO: Que, en el presente asunto, la norma impugnada dice relación con la comprensión que nuestro ordenamiento constitucional tiene sobre la **vigencia y aplicabilidad** de la ley y la necesidad de contrastar dicha normativa con sus leyes de desarrollo en el ámbito penal, conforme al mandato del artículo 19, N° 26°, de la Constitución;

VIGESIMOTERCERO: Que el requirente acusa lo que en doctrina constitucional se denomina un "**déficit de interpretación**" de la norma constitucional infringida, especialmente en lo referido a la aplicación de la ley penal más favorable, principio que no podría reducirse, a su juicio, sólo a la aplicación de la pena más benigna. Este supuesto de conflicto se configuraría en la doctrina



ante la interpretación inadecuada por el juez ordinario de una norma de derecho fundamental;

VIGESIMOCUARTO: Que, en efecto, hay "déficit de interpretación" cuando un tribunal ordinario reconoce la aplicabilidad de un derecho constitucional, pero, no obstante, no valora bien su significado o alcance; es decir, no comprende correctamente su ámbito normativo, sus funciones o sus límites, como ha sido recalcado, por ejemplo, en la doctrina alemana, por Hans Peter Schneider (Ver en Hans Peter Schneider. *Democracia y Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, págs. 65 y ss);



VIGESIMOQUINTO: Que, en sistemas comparados como el que acabamos de mencionar, la intervención correctora del Tribunal Constitucional se justifica cuando el Tribunal actúa, dentro de sus competencias, en sede de amparo, caso en el cual es posible también aplicar la corrección por déficit de ponderación, en caso de aplicación incorrecta del derecho fundamental en el marco de la concordancia práctica del Derecho ordinario, o tratándose de déficits de procedimiento. Pero, sin embargo, es discutible que esta forma de intervención pueda *sin más* extrapolarse a una acción, tan específica y propia de nuestro ordenamiento, como lo es la acción de inaplicabilidad;

VIGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, el Tribunal ha aplicado muy a menudo **el principio de interpretación conforme**. De acuerdo a dicho principio, el Tribunal ha establecido, como criterio para no declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, que existiendo al menos una interpretación que se adecúe a la Constitución, la norma debe entenderse afín a ella. (Ver

SSTC roles 479/06, c. 3°; 1337/09, c. 9°; 1951/11, c. 29°; 2651/14, c.8°);

VII.- ACLARACIÓN DE CONCEPTOS BÁSICOS.

-Sobre la derogación y vigencia de la ley.

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, por cierto, la petición del requirente se vincula a los problemas de vigencia, derogación y aplicabilidad de la ley, y a sus relaciones.

Como sostiene la doctrina, y Bascuñán Rodríguez, entre otros autores, **la derogación expresa** es una declaración de cancelación de la vigencia de una norma por otra norma -la norma derogatoria-, la cual produce ese efecto cancelatorio desde el momento que ella entra en vigencia. El estatuto regulatorio de la vigencia de la ley se encuentra contenido en los artículos 6°, 32, N° 1, 8°, 72, 73, 64, inciso final, 75 y 77, incisos primero y octavo, de la Constitución Política; mientras que su desarrollo legislativo, en los artículos 1°, 6°, 7°, 8° y 52 del Código Civil. De otra parte, no puede confundirse, como es sabido, **la validez de una norma** con su **vigencia fáctica**. Mientras la primera alude a la determinabilidad o vinculatoriedad de una exigencia de conducta o de una pauta por la que la conducta humana tiene que ser medida, la vigencia fáctica se vincula a su eficacia o posibilidad de lograr imponerse (Larenz, Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 1994, pág. 184);



VIGESIMOCTAVO: Que los problemas de aplicabilidad de la ley, en cambio, 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 reglan 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 (Bascuñán Rodríguez, *passim*);

VIGESIMONOVENO: Que, en ese sentido, el resultado de la decisión de este Tribunal no afecta la validez ni la vigencia de la ley, sino sólo su aplicabilidad para la gestión concreta que motiva el requerimiento;

VIII.- EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN INFRINGIDA. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Y LA VIGENCIA DE LA LEY ANTERIOR.

TRIGÉSIMO: Que el principio de irretroactividad de la ley penal es una expresión, *ratione materiae*, del principio general de irretroactividad de la ley contenido en los títulos preliminares de los códigos civiles, que en el proceso de codificación hicieron referencia, en esa parte, a diversos aspectos propiamente constitucionales. Así, por ejemplo, el artículo 9° del Código de Napoleón fue pionero en este punto al disponer que la ley sólo puede disponer para el futuro y que no tendrá jamás efecto retroactivo (*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*), criterio que reconoció como fuente el principio romano: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta proeterita revocari*. El Código Civil



español, en su artículo 2°, apartado tercero, señala igualmente que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en el aspecto antes señalado, es el artículo 9° del Código Civil el que sirve de base en nuestro ordenamiento, al señalar que la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, sin embargo, a poco andar fue necesario, al no ser suficiente este criterio, dictar en 1861 la "Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes", para resolver los problemas de la aplicación de la ley en el tiempo en el ámbito civil; o, dicho en otros términos, esa ley constituye el sustrato de lo que la doctrina reconoce como el derecho intertemporal privado chileno;

-Aclaración previa de algunos conceptos, con especial relevancia al caso. Irretroactividad, retroactividad, actividad, ultra actividad, preteractividad y el derecho intertemporal en el ámbito penal.

TRIGESIMOTERCERO: Que, como señala la doctrina, en términos penales "la palabra **irretroactividad** sólo debe ser usada para aludir a lo único que puede alcanzar su campo semántico, esto es, a la prohibición de que la ley se aplique a los hechos anteriores al comienzo de su vigencia." La **ultractividad**, en cambio, opera cuando un hecho resulta "sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente en el momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento"; es decir, cuando se aplica una ley a un hecho acaecido -en términos de Bascuñán Rodríguez- con posterioridad al término de su vigencia (ver también: Oliver Calderón, Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes*





penales. Colección de Ciencias Penales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 63 y 64);

TRIGESIMOCUARTO: 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 (Bascañán 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);

TRIGESIMOQUINTO: Que, a lo que el requirente alude en este caso es precisamente a la preteractividad de la ley penal, al señalar que la posible aplicación de normas penales derogadas a hechos ocurridos durante su vigencia puede producir un resultado inconstitucional en la gestión, que, desde luego, le afecta. Ese sería, no obstante, de una manera algo atípica, el papel a cumplir por el artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720;

IX.- LAS REGLAS DEL DERECHO INTERTEMPORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN EL ORDEN INTERNO DEL ESTADO.

a) En el Derecho Internacional.

TRIGESIMOSEXTO: Que las normas del Derecho Internacional "intertemporal" se reflejan en diversas disposiciones de carácter internacional, entre ellas:





- 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."
- 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."
- 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.";



TRIGESIMOSÉPTIMO: Que el principio de irretroactividad y su excepción de retroactividad benigna, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, forma parte del principio de legalidad penal o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principio emanado del siglo de las luces y previamente enunciado por Montesquieu y Beccaria, para ser definitivamente acuñado, en su expresión latina, por Feuerbach. Dicho principio incluye, en un sentido amplio: (1) el principio de irretroactividad, *nullum crimen*,



nulla poena sine lege praevia; (2) la prohibición de la analogía, *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; (3) el principio de certeza o de "máxima taxatividad legal", *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* o *the principle of certainty*; y (4) el principio de reserva legal, *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* o *the prohibition against uncodified* (Ver Claus Kreß. "Nulla poena nullum crimen sine lege." Max Planck Encyclopedia of Public International Law- 2010);

-Fundamentos teóricos del principio de legalidad penal.

TRIGESIMOCTAVO: Que, mientras en el Reino Unido el principio de legalidad tiene una evolución lenta desde la Carta Magna (artículo 39) hasta una más precisa aplicación, desde mediados del siglo XVII, acompañada de la fundamentación teórica de autores como Locke o Blackstone, en el Derecho continental europeo, que nos inspira, se ha basado en distintos fundamentos no enteramente suficientes por sí mismos y, por ello, no excluyentes; tales como: la garantía de las libertades individuales contra la arbitrariedad del Estado, la necesidad de justicia en el Derecho Penal (como criterio legitimador), el principio democrático y la separación de poderes (tarea del legislador), objetivos de política de prevención general negativa o positiva y, finalmente, entendiéndolo como prerrequisito de punibilidad que asegura la retribución ante una conducta prohibida (ver Claus Kreß en obra citada);

TRIGESIMONOVENO: Que, evidenciando la evolución del derecho internacional, el Derecho Penal Internacional, a través del Estatuto de la Corte Penal Internacional, vigente desde el año 2002, ha codificado el derecho consuetudinario en sus artículos 6 a 8 (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra), y





excluye en la actualidad, en sus artículos 11 y 24, su aplicación retroactiva. No obstante lo anterior, el artículo 24 (2) considera que en caso de un cambio de la ley aplicable al caso, antes del juzgamiento, debe aplicarse la ley posterior más favorable. El Estatuto de la Corte prohíbe a su vez explícitamente a los jueces aplicar la ley por analogía, en perjuicio del acusado, y exige que las ambigüedades sean resueltas en favor del mismo (artículo 22 (2) del Estatuto de Roma). La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, por lo demás, ha manifestado este mismo criterio en el caso *Prosecutor v Lubanga Dyilo* (Decisión sobre confirmación de cargos, ICC-01/04-01/06, de 29 de enero de 2007, párrafo 303). Asimismo, la exclusión de la retroactividad constituye un principio general de derecho internacional, de conformidad al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia;

CUADRAGÉSIMO: Que, como puede observarse, el estándar internacional hace hincapié en el principio de legalidad de la pena, insistiendo en la necesidad de que las condenas estén basadas en la existencia de una ley previa. Sin embargo, el imperativo de razonabilidad en la aplicación de las mismas ha obligado también a reconocer la aplicación retroactiva de leyes penales, en observancia del principio *in dubio pro reo*, como una garantía de excepción;

b) En el Derecho interno.

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, en el ordenamiento jurídico chileno, las reglas del derecho intertemporal penal del Estado se enuncian en los artículos 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución y, complementariamente, en el artículo 18 del Código Penal;



CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que la primera de estas normas señala 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." El Código Penal, a su vez, de una manera semejante, y que sirvió de inspiración al constituyente, dispone:

"Artículo 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima del hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.";

X.-EL RANGO JERÁRQUICO DEL DERECHO INTERTEMPORAL.

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, revisado el conjunto de normas regulatorias del derecho intertemporal, cabe señalar que su jerarquía normativa es 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 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 ley previa. El principio de *lex mitior* establecido en dicha norma constituye, a su vez, una garantía explícita del principio de legalidad (ver Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Décima edición, Santiago de Chile, 2011, pág. 227);

CUADRAGESIMOCUARTO: Que, no obstante, ambas garantías operan de un 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 cuál 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 de *lex mitior*, en cambio, el aspecto central de su operatividad reside en que su fundamento se encuentra en la prohibición del 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);



XI.- LOS DESTINATARIOS DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 19, N° 3°, INCISO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN.

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, en el sentido antes mencionado, tratándose de la *lex mitior* entendida como regla de valor constitucional (léase artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución), 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;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que, 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;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que, de una manera diferente, cuando el imperativo del principio es de rango legal, esto es, en cuanto constituye la regla del artículo 18, incisos segundo y tercero, del Código Penal, entonces el destinatario es el juez, que tiene en este caso un margen de apreciación mucho más reducido; el juez no podrá sino aplicar retroactivamente la ley posterior, si ella y sus consecuencias son favorables para el acusado;

XII.- ALCANCE DE LA MISMA NORMA CONSTITUCIONAL.

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, aclarado lo anterior, debemos determinar cuál es el alcance de la norma del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, en torno a la cual debemos posteriormente pronunciarnos respecto a la infracción de los principios de igualdad, tipicidad y de reserva legal;

CUADRAGESIMONOVENO: Que, desde el punto de vista de la historia del establecimiento de la norma, la retroactividad benigna, que sólo había tenido en nuestro ordenamiento reconocimiento legal en el artículo 18, inciso segundo, del Código Penal, fue incorporada al





texto de la Constitución, a consecuencia de la propuesta formulada por el profesor Miguel Schweitzer, en la Sesión N° 112 de la Comisión Constituyente; sesión en la cual, como han mencionado los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer, "hizo presente la aparente contradicción entre el precepto constitucional (de la Constitución de 1925) y el precitado artículo del Código punitivo." (M. Verdugo, E. Pfffer y H. Nogueira, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 220);

QUINCUGÉSIMO: Que, si bien esa Comisión no era depositaria del Poder Constituyente, es conveniente tomar en consideración el acuerdo a que llegó en el debate, el que puede sintetizarse en las siguientes expresiones del Presidente de la misma: "El señor Ortúzar (Presidente) señala que si le parece a la Comisión, entonces, se mantendría el inciso final del número tres en los mismos términos en que fue aprobado, facultando a la Mesa para que, con la asesoría del profesor Schweitzer, introduzca en este precepto, dándole categoría constitucional, los conceptos del artículo 18 del Código Penal, relativos a la retroactividad de la ley penal cuando exima de toda pena o cuando rebaja la pena. -Acordado." (Sesión 112 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, pág. 14, celebrada con fecha 8 de abril de 1975);

XIII.- DERECHO TRANSITORIO, DERECHO TEMPORAL Y LA NORMA IMPUGNADA.

QUINCUGESIMOPRIMERO: Que, además de las normas generales mencionadas que dan cuenta del derecho intertemporal, en sus distintos ámbitos, el legislador se ve compelido, a veces, a dictar el derecho transitorio para resolver la adecuación entre la legislación derogada y la nueva, planteando excepciones al derecho intertemporal o



llenando sus vacíos. En ese sentido, sus normas constituyen derecho especial frente al derecho intertemporal vigente;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que el derecho transitorio se diferencia, además, de las leyes temporales, en que éstas son promulgadas mientras subsistan determinadas circunstancias que motivan su dictación (v/gr., una sequía o epidemia) o para regir durante un tiempo predeterminado en ellas, que lo hacen operar con las características de una ley especial, para prevalecer de ese modo frente a las leyes generales existentes. El problema, como señala Cury, es si respecto de ellas debe aplicarse el artículo 18 del Código Penal, en sus incisos segundo y tercero, "de suerte que al hecho cometido mientras se encontraba en vigor la ley temporal habría de castigárselo con arreglo al derecho común si la sentencia de término es pronunciada después de que aquélla cesó de regir, o, supuesto que el fallo se dicte vigente todavía la ley temporal, habría que modificarlo luego de que dicha norma termine de imperar." La respuesta de la doctrina suele ser negativa. El delito perpetrado durante la vigencia de esa ley debe ser castigado conforme a ella, sin atender al tiempo de dictación de la sentencia y sin que pueda ella ser posteriormente modificada. (Enrique Cury, op.cit, págs. 232 y 233. En el mismo sentido véase: Mario Garrido Montt. Derecho Penal, Tomo I, Parte General, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, págs. 113 y 114). El artículo duodécimo transitorio de la ley N° 20.720 pertenece, en cambio, a la primera de las categorías mencionadas;

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, tratándose de leyes sancionatorias derogadas, la jurisprudencia y la doctrina chilena reconocieron inicialmente la aplicación de leyes





sancionatorias derogadas frente a leyes penales posteriores desfavorables para el acusado, conforme al artículo 18 del Código Penal;

QUINCAGESIMOCUARTO: Que esta situación 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;

QUINCAGESIMOQUINTO: Que la doctrina del profesor Cousiño ha guiado a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha incidido en cambios legales como los introducidos a la Ordenanza de Aduanas (Ley N° 19.738), a la regulación del tráfico de estupefacientes (Ley N° 20.000) y en la regulación antimonopolios (Ley N° 20.361); 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). Se ha sostenido que la aplicación jurisprudencial de la doctrina se ha hecho sobre la base de una comparación abstracta entre la ley derogada y la nueva para acreditar su continuidad;

QUINCAGESIMOSEXTO: Que en las leyes mencionadas en el considerando anterior, se han introducido normas transitorias semejantes a la del artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720, siendo el caso más claro -que dispuso, además, la aplicación de leyes preteractivas desfavorables-, el artículo 9° transitorio de la Ley N° 19.738, sobre "Normas para combatir la evasión tributaria", de 19 de junio de 2001. La mencionada norma señala que: "Los delitos de fraude y





contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 2 del Ministerio de Hacienda, de 1997.”;

XIV.- IN DUBIO PRO REO Y LEX MITIOR.

QUINCAGESIMOSÉPTIMO: Que, al decir del profesor Cury Urzúa, “una nueva ley es más favorable para el procesado 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.” (Ver Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Santiago, 2005, pág. 229.) El indubio pro reo, en cambio, es una manifestación del principio de inocencia, como lo ha expresado este Tribunal en la STC Rol N° 739/2007, c. 8°, como una regla de juicio o de valoración de la prueba “en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado”. Esto es, en la duda, la decisión definitiva debe ser la más favorable al acusado, incluyendo, por cierto, su absolución (Cfr. XII Congres International de Droit Penal, 1979, Actes du Congres, págs. 554 y 556; véase también la Sentencia 31/1981, de 28 de julio de





1981, del Tribunal Constitucional español, en el voto particular del Magistrado Angel Escudero). Esta Magistratura también ha señalado que la norma legal que establece que determinadas sentencias criminales se cumplirán sin que rija, a su respecto, el beneficio dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal, viola el principio de derecho penal "pro reo" que establece el artículo 19, N° 3°, inciso penúltimo, de la Constitución (STC Rol 78, c. 29°);

XV.- SI EL ARTÍCULO DUODÉCIMO TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.720 ES UNA NORMA DICTADA CON INFRACCIÓN DE CRITERIOS DE RAZONABILIDAD.

-Historia del artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720.

QUINCAGESIMOCTAVO: Que la norma impugnada tiene su antecedente en la regla introducida durante la discusión particular del proyecto de ley en la Sala del Senado, en los siguientes términos: "Artículo duodécimo. Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.";

QUINCAGESIMONOVENO: Que la norma impugnada fue concebida, inicialmente, como una norma que debía hacer excepción al principio de *lex mitior*; así, el Senador Patricio Walker expresó que: "La actual Ley de Quiebras contiene normas penales que tipifican delitos concursales para las figuras de quiebra culpable y quiebra fraudulenta. En este ámbito el proyecto deroga la normativa vigente y crea nuevas figuras penales, que se incorporan en un nuevo Título dentro del Código Penal, las que tienen por objeto sancionar las conductas ilícitas cometidas en relación con la nueva ley. **Para**





evitar cualquier confusión acerca de la posibilidad de que se aplique la retroactividad de la ley en los casos que sean más favorables a la persona condenada y con la finalidad de distinguir un delito de otro, se propone un nuevo artículo transitorio, del siguiente tenor: "Artículo 14 transitorio.- Las disposiciones penales de la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia". (Historia de la Ley N° 20.720, pág. 1686).

El Senador Larraín, por su parte, indicó que: "En segundo lugar, también se planteó introducir un nuevo artículo transitorio para evitar un problema. El proyecto incorpora una mirada distinta acerca de los delitos de fraude y de quiebra fraudulenta o culposa.

En la actualidad hay personas que se encuentran condenadas por tales ilícitos. Y han surgido interpretaciones judiciales que dan a entender que, fundándose en el principio pro reo y al cambiar la tipificación de los delitos, ellas quedarían liberadas de su responsabilidad penal.

Con el objeto de evitar esto último se propuso utilizar la misma norma que hemos empleado en otros cuerpos legales y establecer lo siguiente:

"Artículo 12 transitorio.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia."

Esta norma -me parece que ya la usamos en la Ley de Drogas- nos permitirá impedir que personas que han sido declaradas culpables del delito de quiebra fraudulenta puedan sentirse eximidas de responsabilidad penal en virtud del principio pro reo.

Tal vez podría no aplicarse, pero como hay casos en que sí se ha hecho nos parece imprescindible incorporar este artículo transitorio." (Historia de la Ley, págs. 1709 a 1710);





SEXAGÉSIMO: Que la introducción de estas reglas tuvo como modelo, según expresara el senador Larraín, el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.000: "Esta ley -señala dicha disposición- sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la Ley N° 19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el artículo 193 del Código Aeronáutico 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 esta ley, sin perjuicio de las reglas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.";

SEXAGESIMOPRIMERO: Que, no obstante pudiera pensarse que la disposición transitoria anterior, antecedente de la norma impugnada, alude a que la aplicación del artículo 18 del Código Penal sea procedente para los efectos de determinación de la pena, ello carece de importancia, porque la redacción de la norma transitoria anterior de la Ley N° 19.366, de Drogas (artículo 59), no daba lugar a tal reduccionismo. La norma señalaba:

"Artículo 59.- Derógase la ley N° 18.403.

Con todo, la ley N° 18.403 continuará vigente para los efectos de la sanción de los delitos en ella contemplados y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, en cuyo caso la pena se regulará, además, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. La tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la misma, se regirán, sin embargo, por las normas de esta ley.





Toda referencia legal o reglamentaria a la ley N° 18.403 debe entenderse hecha a esta ley.”;

SEXAGESIMOSEGUNDO: Que, del mismo modo, la exención de pena efectuada por el legislador respecto a un hecho contiene en sí la norma relativa a la pena máximamente favorable;

SEXAGESIMOTERCERO: Que, sin embargo, a diferencia del artículo 12 transitorio del proyecto de ley que culminó en la Ley N° 20.720, propuesto inicialmente por el senador Larraín, y reproducido más arriba, el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.000 no es redundante respecto del artículo 18 del Código Penal, por cuanto mientras esta norma no hace excepción a la regla general de aplicación del Derecho inter-temporal, la propuesta del Senador pretendía excluir la aplicación retroactiva de normas de la Ley N° 20.720 que fueran más favorables al acusado. Ello fue “corregido” posteriormente durante la tramitación legislativa, hasta arribar a la vigente disposición, contradictoria en lo literal, del artículo duodécimo transitorio de esta última ley. Fue la Superintendencia de Quiebras la que sugirió establecer que los delitos de quiebra fraudulenta y culpable continuaran “vigentes” para la persecución de los delitos perpetrados con anterioridad a la dictación de la nueva ley, pero en realidad de lo que se trataba era de la aplicación preteractiva de las normas anteriores derogadas (Historia de la Ley N° 20.720, pág. 2.377);

SEXAGESIMOCUARTO: Que la oración final de la norma impugnada: *“sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”*, fue introducida a sugerencia del profesor de la Universidad Católica, Juan Luis Goldenberg, durante





el segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados (Ibídem, Historia de la Ley N° 20.720, págs. 2.377 y 2.689 a 2.690);

SEXAGESIMOQUINTO: Que, en vista de lo anterior, esta Magistratura sostiene que la norma impugnada no difiere de la utilizada en el artículo 59 de la Ley N° 19.366. Las consecuencias prácticas son las mismas, no sólo por el alcance que cabe dar al artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, sino también porque la disociación entre la determinación de la calidad del delito, conforme a la ley derogada, y la determinación de la pena, no excluye la disminución de la pena por la ley posterior más favorable, ni puede implicar necesariamente la despenalización de todos los hechos. La disposición duodécimo transitoria de la Ley N° 20.720 es una norma redundante (Bascuñán Rodríguez) cuya única función práctica es garantizar la aplicación preteractiva de leyes derogadas ante un cambio legal desfavorable;

SEXAGESIMOSEXTO: Que, sin embargo, la determinación de si ese cambio es o no desfavorable, no es algo que pueda resolver de manera abstracta este Tribunal. Corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción poco feliz por el legislador de la norma que se impugna, realizar dicha determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, pudiendo presentarse -como resultado de esa comparación- distintas posibilidades; entre ellas: la posible despenalización de conductas antes ilícitas, la aplicación más favorable al acusado de las normas contenidas en la nueva ley por observancia de la *lex mitior*; la aplicación del *indubio pro reo*; la subsunción de hechos constitutivos de la quiebra culpable o fraudulenta en disposiciones de la nueva ley y la aplicación de la ley más favorable, o la aplicación preteractiva de las normas derogadas; aspectos todos que



sólo pueden ser determinados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarlas (véase Antonio Bascuñán Rodríguez. "La aplicación de la ley penal derogada", Revista del Abogado, N° 17, del Colegio de Abogados de Chile, Temas, pág. 12);

SEXAGESIMOSÉPTIMO: Que, como se manifiesta de su propio texto, 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 aquellas 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;



SEXAGESIMOCTAVO: Que la mención que la norma impugnada realiza al artículo 18 del Código Penal no se contradice con una interpretación amplia del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, ni le impide al juez aplicar la excepción a la irretroactividad que la Carta Fundamental consagra;

SEXAGESIMONOVENO: Que idéntico criterio ha sido utilizado por el legislador, a vía ejemplar, a propósito de las modificaciones de la Ley N° 20.000, que "sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas" (artículo 1° transitorio.- Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la ley N° 19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el artículo 193 del Código Aeronáutico 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 esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. Asimismo, la tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la misma, se regirán por las normas de dichos cuerpos legales.

En el caso de los procesos que, una vez en vigencia esta ley, se continúen tramitando conforme a las leyes procesales penales anteriores a la entrada en vigor del Código Procesal Penal, la autorización a que se refiere el artículo 9° no se concederá a los acusados y se suspenderá respecto de quienes se dicte auto de procesamiento. Asimismo, se denegará respecto de los procesados la inscripción en el registro especial a que se refiere el Título V y se suspenderá la que ya se hubiere practicado respecto de quienes sean sometidos a proceso. Y en la ley modificatoria de la Ordenanza de Aduanas (D.F.L. N° 213, de 22 de julio de 1953, Ministerio de Hacienda (Texto refundido: D.F.L. N° 30, de 18 de octubre de 2004 - Ministerio de Hacienda). Se trata del artículo 9° transitorio de la Ley N° 19.738, sobre "Normas para combatir la evasión tributaria", de 19 de junio de 2001: "Artículo 9°.- Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997." Este artículo dispuso la aplicación preteractiva de una ley penal desfavorable. Por eso Bascuñán sostiene que no es una norma redundante, como la del artículo 12 transitorio, sino una auténtica regla especial de preteractividad, dado su carácter de ley especial;





XVI.- SI CABE AL TRIBUNAL PRONUNCIARSE SOBRE LA RAZONABILIDAD DE ESA NORMA Y, EN CASO DE HACERLO, EN QUÉ SENTIDO.

SEPTUAGÉSIMO: Que, al no ser la norma impugnada más que una norma redundante que remite a la aplicación de los criterios generales del derecho intertemporal, no puede señalarse que la derogación efectuada por la nueva ley de quiebras afecte el principio de igualdad ante la ley, configurando delitos a los que se apliquen distintos criterios de punibilidad (véase, entre otras: SSTC roles N°s 784, cc. 19° y 20°; 1138, c. 24°; 1140, c. 19°; 1170, cc. 13° y 15°; 1340, c. 30°; 1365, c. 29°; 1448, c. 37°; 1584, c. 19°; 365, c. 36°; 2437, c. 35°; 2664, c. 25°; 2702, cc. 6° y 7°; 986, c. 30°). El legislador ha tenido una finalidad constitucional legítima para efectuar el cambio de legislación y ha respetado los principios de congruencia y de proporcionalidad. Como ya hemos señalado, no estamos frente a dos cuerpos de normas que no dialoguen entre sí para la observancia de los derechos que el requirente estima lesionados. Simplemente lo que ocurre es que será el juez ordinario el llamado a determinar las distintas posibilidades de punibilidad o de exención de ella en que se puede encontrar el requirente (ver SSTC roles 503/06, c. 9°, y 784/07, c. 14°). Es perfectamente posible, por lo demás, que el juez pudiera considerar que unos supuestos de hecho tipificados como ilícitos en la ley anterior puedan eventualmente también serlo bajo la nueva normativa. La norma en este sentido es inocua desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad. De otra parte, no puede afirmarse de manera abstracta una afectación del criterio de tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, puesto que la excepción establecida en el artículo 19, N°3°, inciso octavo, es amplia y permite perfectamente la aplicación





de criterios emanados de la retroactividad benigna y del principio *pro reo*, en su caso;

SEPTUAGESIMOPRIMERO: Que, del mismo modo, la norma impugnada no es contraria al principio de legalidad penal. No se afecta el principio de ley previa, estricta y cierta, ni el principio de reserva legal. Las normas legales que sancionan los delitos son, por lo demás, claras y están perfectamente tipificadas, sin que presenten en su regulación problemas de ambigüedad, ni en la ley anterior ni en la posterior derogatoria y si, en algunos casos, las presentara en su aplicación, ese es un problema de interpretación legal que debe ser resuelto por quien corresponda. La norma impugnada, a su vez, no tipifica delitos de ninguna clase (véase: SSTC roles N°s 1432, cc. 26° y 28°; 1443, c. 23°; 244, cc. 9° y 10°; 480, c. 5° y 6° a 8°; 479, cc. 6° a 8° y 20°; 1017, c. 12°; 786, c. 28°; 2022, c. 24°; 46, c. 18°; 1423, cc. 5° y 6°; y 1499, cc. 5° y 6°);

SEPTUAGESIMOSEGUNDO: Que 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 pudiese 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;

SEPTUAGESIMOTERCERO: Que el requirente ha planteado que la aplicación integral de la Ley N° 20.720 debería conducir al inmediato sobreseimiento definitivo de la causa; pero esta 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);



SEPTUAGESIMOCUARTO: Que, finalmente, el requirente no hizo cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 219 y 220 de la Ley 18.175, ni del artículo 344 de la Ley N° 20.720, que es la norma derogatoria. A su vez, se constata de los antecedentes que la apelación de la resolución que denegó su sobreseimiento definitivo fue declarada abandonada.

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:

Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 41. Oficiéase al efecto al Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.

No se condena en costas al requirente, por estimarse que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado señora María Luisa Brahm Barril previenen que concurren a la sentencia, pero sin compartir sus considerandos 19° a 26° y 72° a 73°.

Así, entre otras cuestiones expresadas en dichos considerandos, no comparten lo que se alude como "principio de interpretación conforme", toda vez que la competencia del Tribunal Constitucional no corresponde en determinar si alguna posible interpretación de la ley que pudiera efectuar el juez de fondo, conforme a sus facultades, se ajustaría al texto constitucional y otra no, y conforme a ello rechazar un requerimiento; sino precisamente y al contrario, la competencia constitucional de esta Magistratura -en armonía con el efecto negativo de sus sentencias- consiste en declarar que el juez del fondo no puede hacer aplicación del precepto legal impugnado, o bien de alguna de las posibles interpretaciones del mismo que genere efectos inconstitucionales.

Tampoco comparten que, como argumento para el rechazo de un requerimiento de inaplicabilidad, se esgrima que el requirente no ha acreditado ante este Tribunal Constitucional lo favorable o desfavorable de la aplicación de la norma a su respecto, pues ello constituye una cuestión de mérito, que escapa de un examen de constitucionalidad de preceptos legales y,





además, no es exigido por la Carta Fundamental para accionar de inaplicabilidad ante esta Magistratura.

En consecuencia, todos los considerandos aludidos en este voto particular no forman mayoría en el Tribunal Constitucional, que integra la presente sentencia.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Juan José Romero Guzmán, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, en virtud de las siguientes argumentaciones:

I.- CONTEXTO JURÍDICO GENERAL DEL CASO CONCRETO.

1°. Que, en el caso sometido a consideración de este Tribunal, se está imputando a una persona la comisión de ciertos tipos delictivos concursales del Libro IV del Código de Comercio. La Ley N° 20.720, de enero de 2014, sustituyó el régimen concursal del Código antes mencionado por un sistema de reorganización y liquidación de empresas y personas insolventes.

Más específicamente, la Ley N° 20.720 significó la derogación (formal) de los tipos penales de quiebra contemplados en el Título XIII del Libro IV del Código de Comercio, pasando ahora, en su mayoría, a estar contenidos en el Código Penal. Algunos de ellos todavía son penados por la ley, pero uno en particular ya no constituye delito: el delito de quiebra culpable, cometido por el deudor calificado que no solicita su propia quiebra (artículo 219, N° 4, del Libro IV del Código de Comercio).

Dado que el delito que se le ha imputado al requirente ha dejado de ser considerado por voluntad legislativa como uno digno de reproche penal, éste busca que se haga efectiva la regla constitucional de la ley





más favorable al afectado (artículo 19, N° 3°, inciso octavo). Para tal efecto, el actor en esta sede solicita que este Tribunal declare la inaplicabilidad de una norma legal transitoria que, como se explicará, produce el efecto de restringir la aplicación del derecho constitucional aludido, vulnerando, por ende, la Constitución;

II.- SÍNTESIS DE LAS CONSTATAACIONES.

2°. Que en lo sucesivo se explicarán las diversas etapas que fundamentan la argumentación de este voto disidente. En este sentido, la primera constatación de importancia consiste en que la regla constitucional consagrada en el inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 constituye una disposición que versa sobre la aplicación de normas legales en el tiempo, la cual tiene como destinatario no sólo al juez, sino también al legislador, quien, por ende, se encuentra afecto a una limitación en sus potestades normativas.

La segunda constatación reside en que el alcance de la regla constitucional aludida y, por lo tanto, de los beneficios susceptibles de proporcionar al imputado, coincide con lo desarrollado en el artículo 18 del Código Penal, norma que sirvió de base para la disposición constitucional.

La tercera constatación radica en que la norma transitoria impugnada en autos limita la plena aplicación del artículo 18 del Código Penal y, con ello, de la norma constitucional relevante. Tanto la historia de la ley como el supuesto lógico de que no puede partirse de la base de que el precepto legal objetado es una norma meramente redundante, permiten sostener la inspiración y carácter parcialmente restrictivo de la misma.

La cuarta constatación dice relación con que el nuevo régimen penal establecido por la Ley N° 20.720 sí





establece hipótesis de leyes penales más favorables. 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;

III.- TENOR Y OBJETIVO DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.

3°. Que la norma cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se solicita dispone lo siguiente:

"Artículo duodécimo.- 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."



Dicho artículo busca, en primer lugar, evitar la aplicación retroactiva de la ley penal, declarando en su primera frase que los nuevos tipos penales de la Ley N° 20.720 no se aplicarán a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esa ley.

Para cumplir dicho objetivo, la segunda frase del artículo impugnado busca mantener subsistentes normas penales que son derogadas por aplicación de los artículos 344 y 347, N° 20, de la misma Ley N° 20.720. Dichas normas señalan lo siguiente:

"Artículo 344.- Derógase la ley N° 18.175, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 20) del



artículo 347 y en los artículos primero y duodécimo transitorios."

"Artículo 347.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código de Comercio:

20) Derógase el Libro IV, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 344 y en los artículos primero y duodécimo transitorios."

En consecuencia, esta segunda frase busca producir el efecto de evitar la derogación del artículo 38 y del Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, "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.";

IV.- SENTIDO Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A BENEFICIARSE DE LA LEY MÁS FAVORABLE AL IMPUTADO.

A) ¿Qué dice la regla constitucional?

4°. Que el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución señala que "[n]ingún 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". Esta garantía consiste en que, si durante el período que media entre la perpetración del hecho y la condena, cambia favorablemente la penalidad asociada a un acto considerado previamente como delictivo (lo que puede ir desde una rebaja de pena a una despenalización completa, si se descriminaliza el hecho), el juez debe aplicar la nueva ley promulgada y el legislador, como se explicará, no puede limitarlo. Tal como se reconoce en el considerando 70° del fallo, la regla constitucional "es amplia y permite perfectamente la aplicación de criterios emanados de la retroactividad benigna y del principio pro reo";





B) ¿A quién va dirigido el mandato constitucional?

a. Mandato para el juez.

5°. Que la disposición constitucional citada, por sí y a través de la norma legal que la despliega (artículo 18, incisos segundo y tercero, del Código Penal), constituye un mandato para el juez. En efecto, si en el período que media entre la perpetración del hecho y la condena cambia favorablemente la penalidad asociada a un acto considerado previamente como delictivo, el juez estará obligado a aplicar la nueva ley desde su promulgación.

Lo anterior no obsta al hecho de que es al juez a quien le corresponde determinar en el caso concreto si existe o no un hecho punible de responsabilidad del imputado y, si este último es el caso, cuál es su penalidad (en cuyo caso debe evaluar si la nueva ley promulgada establece, para el asunto sometido a su conocimiento, condiciones más favorables). Pero, como se afirmó, si ése es el caso, la Constitución obliga al juez a aplicar la regla de la ley más favorable;

b. Mandato para el legislador.

6°. Que, independiente de que el mandato constitucional vaya dirigido al juez, también debe estimarse como obligatorio para el legislador. Tal como se reconoce en el considerando 45° del fallo, "tratándose de la lex mitior entendida como regla de valor constitucional (léase artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución), debe entenderse que el destinatario de la norma es el legislador".

Es cierto que la determinación de la aplicación de las leyes en el tiempo suele ser una materia a ser resuelta por los jueces del fondo. Sin embargo, y de forma excepcional, el inciso octavo del artículo 19, N° 3°, de la Constitución constituye, en sí mismo, un





precepto que regula la aplicación de la ley (penal) en el tiempo. Por consiguiente, el legislador no puede dictar una ley penal que evite la aplicación de condiciones más favorables por la vía de diferir su vigencia o excluir su aplicación a conductas acaecidas con anterioridad, pero que, sin embargo, no hayan sido aún objeto de una sentencia judicial.

En otras palabras, deben destacarse tres ideas: (i) el legislador tiene libertad para cambiar el contenido material del régimen penal de lo que se conocía como quiebra, lo que consta en el articulado permanente de la Ley N° 20.720; (ii) ese régimen distinto puede ser más favorable o desfavorable que el anterior; pero (iii) lo que no puede hacer el legislador es establecer que los imputados que no han sido condenados carecen de la posibilidad de beneficiarse en toda la magnitud permitida por la regla constitucional en comento. La norma impugnada viola, en lo que se refiere a esto último, el mandato constitucional;



V.- EFECTO POTENCIALMENTE AGRAVIANTE PARA EL REQUERENTE QUE SE DERIVA DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA IMPUGNADA.

7°. Que, sin perjuicio de que es el juez del fondo quien debe resolver si el imputado ha cometido delito o no, lo concreto es que, dadas las imputaciones que se le hacen, es posible constatar que no todas se encuentran penalizadas en la nueva ley. Por consiguiente, y tal como se explicará, el análisis sobre la compatibilidad del precepto legal impugnado con la regla constitucional pertinente puede resultar determinante para el requirente.

Así, cabe destacar, en primer lugar, que el nuevo régimen penal consagrado por la Ley N° 20.720 establece

hipótesis de leyes penales más favorables que aquellas contempladas en el cuerpo legal modificado.

Y, en segundo lugar, debe advertirse que el precepto legal impugnado tuvo por objeto limitar o evitar la aplicación de los eventuales beneficios derivados de la regla constitucional, lo cual implica un potencial agravio para el requirente;

A) ¿Establece el nuevo régimen sancionatorio de la Ley N° 20.720 hipótesis de leyes penales más favorables?

8°. Que, en términos generales, la Ley N° 20.720 modificó la normativa penal existente en el Libro IV del Código de Comercio, a través de la derogación de algunos delitos, la modificación de las penas de otros y la creación de nuevos ilícitos.

No obstante lo anotado precedentemente, la verificación de si la nueva Ley N° 20.720 establece hipótesis de situaciones penales más favorables en relación a la regulación legal previa depende de si existe una nueva valoración penal de conductas que implique la descriminalización de un determinado tipo de comportamiento antes penado o de si, no existiendo una descriminalización, las penas para el mismo tipo de conductas sean más favorables bajo el nuevo régimen.

Siguiendo la lógica recién expuesta, no existiría necesariamente una ley penal más favorable por el solo hecho de la derogación de un tipo penal. Debe analizarse si hay algún tipo penal - vigente al momento de la comisión del delito o incluso posterior - que mantenga la punibilidad de la conducta descrita en el artículo derogado. Si la respuesta es positiva, podemos estar frente a una sistematización penal que en caso alguno puede considerarse como una descriminalización (aun cuando sí podría verificarse la subsistencia de la



punibilidad pero bajo una hipótesis más benigna). Si la respuesta es negativa - es decir, la conducta típica de la ley derogada ya no se encuentra penada -, entonces estamos en presencia de un caso donde debe primar la favorabilidad de la descriminalización actual;

9°. Que, en el caso concreto, la acusación del Ministerio Público y la acusación particular del querellante le imputan al requirente la comisión de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable de los artículos 219, N°s 1, 4 y 9, y 220, N°s 11 y 16, del Libro IV del Código de Comercio. Si se analizan los delitos imputados a la luz de la nueva regulación penal establecida por la Ley N° 20.720 es posible advertir, como se explicará a continuación, que en cuatro de los cinco no existe descriminalización y que, por el contrario, hay un delito. La excepción la constituye el artículo 219, N° 4, del Libro IV del Código de Comercio, que reprocha una conducta que ha dejado de valorarse como una digna de sanción penal, es decir, hay un caso de descriminalización con efectos potencialmente más favorables para el requirente;

10°. Que, profundizando en el análisis precedentemente expuesto, el artículo 219, N° 1, señala que constituye quiebra culpable el hecho que el deudor haya pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos. Esta hipótesis en particular del delito de quiebra no está contemplada expresamente dentro de los nuevos tipos penales que aprobó la Ley N° 20.720, toda vez que - como apuntaba el profesor Ortiz Quiroga en su informe remitido a las Comisiones de Constitución y Economía del Senado, Unidas, durante la discusión parlamentaria - la ley eliminó las figuras penales del artículo 219. Sin embargo, el nuevo artículo 463 del Código Penal sanciona la ejecución de "(...) actos o contratos que disminuyan el activo o



augmenten el pasivo sin otra justificación económica o jurídica que la de perjudicar a los acreedores.", de lo cual podemos desprender que los actos de disposición de bienes en perjuicio de los acreedores concursales continúan siendo ilícitos. El profesor Varela, invitado a la discusión del proyecto de ley, apunta en este mismo sentido al decir que "(...) hay más bien un cambio de nombre de las figuras, manteniéndose las conductas sancionadas." (Historia de la Ley N° 20.720, p. 1970, disponible en <http://www.bcn.cl>).

Luego, el artículo 219, N° 4, sanciona como delito que el deudor calificado no haya solicitado su quiebra, lo cual no se contempla como ilícito en la nueva ley concursal. Durante la discusión del proyecto de ley, el profesor Nelson Contador señaló "(...) que el proyecto sanciona conductas que no están contempladas en la normativa vigente, a la vez que elimina las que están obsoletas, como perder fuertes sumas de dinero en los juegos de azar, que hoy es causal de quiebra culpable, o no solicitar la quiebra dentro del plazo de quince días contado desde la fecha en que se ha cesado en el pago de una obligación mercantil, en circunstancias que tal vez nadie la pueda pedir por carecer de título ejecutivo." (Historia de la Ley N° 20.720, p. 1971). Posteriormente, el mismo académico ha comentado que "[e]sta modificación era necesaria porque en una economía moderna no se puede sancionar con penas de cinco años de prisión, al deudor mercantil (calificado) que no solicite su propia quiebra, dentro de los quince días siguientes al hacer cesado en el pago de una obligación comercial, como lo establecía el artículo 219, N° 4, en relación con el artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio." (Contador, Nelson (2015): *Procedimientos concursales*). En el mismo sentido, la actual Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento recordó, durante la tramitación de la actual Ley N° 20.720, que " (...) no parece adecuado, desde



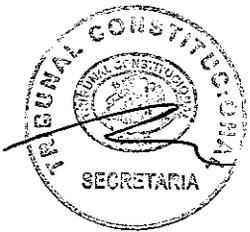


la perspectiva de la proporcionalidad, sancionar por no acudir oportunamente al sistema concursal." (Historia de la Ley N° 20.720, p. 1966). En suma, a diferencia de los otros casos, en la actualidad no existe norma ni de la Ley N° 20.720, ni en el Código Penal, que sancione al deudor que no solicite su propia quiebra.

El artículo 219, N° 9, por su parte, presume la culpabilidad del deudor calificado que no tuviere libros o inventarios, o que, teniéndolos, no hubieran sido llevados con la regularidad exigida, de tal manera que no manifestaren la verdadera situación de su activo y pasivo. Aunque la calificación de deudor calificado ya no existe en la legislación concursal, la figura penal se mantuvo de forma similar en el nuevo artículo 463 ter del Código Penal, para los deudores sometidos a procedimientos concursales de reorganización o liquidación.

En relación con las presunciones dolosas del artículo 220 que se imputan al deudor, el numeral 11 establece que se presume fraudulenta la quiebra si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél. Esta figura, en el caso del procedimiento concursal de reorganización o liquidación, está contemplada como delito en el nuevo artículo 463 ter del Código Penal.

Por último, el artículo 220, N° 16, del Libro IV establece como presunción de quiebra fraudulenta la ejecución dolosa de una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo. Dicho tipo penal es similar al delito del nuevo artículo 463 del Código Penal, por lo que claramente la voluntad del legislador no ha sido despenalizar esta conducta.





En consecuencia, y a diferencia de lo que se afirma en el considerando 11° del fallo (voto de mayoría), de las cinco conductas delictuales que se le imputan al requirente bajo el amparo de la antigua ley hay una que, de acuerdo a la nueva ley, se ha descriminalizado y, por lo tanto, constituye -en términos abstractos- una hipótesis de ley penal más favorable;

B) ¿Limita o excluye la nueva ley la posibilidad de que los jueces apliquen los eventuales beneficios derivados de la regla constitucional?

11°. Que debido a que la nueva Ley N° 20.720 contempla, al menos en algún caso -tal como se demostró-, una hipótesis más favorable desde el punto de vista penal que lo previsto en la antigua ley (Código de Comercio), se discutió la necesidad de limitar la regla de la ley más favorable al imputado, lo cual, como se explicará, finalmente ocurrió.

La vía por la cual se materializa la restricción legislativa a la regla constitucional referida al beneficio de la ley más favorable al imputado es a través de la limitación a la plena aplicación del artículo 18 del Código Penal (incisos segundo y tercero), el cual se identifica con la disposición constitucional de la que se desprende el beneficio aludido. En efecto, el estudio de la génesis de la referida disposición constitucional muestra de manera nítida que ésta no es más que la consagración a nivel constitucional de la norma legal antes referida. Véase, al respecto, la Sesión 112 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, pág. 14, celebrada con fecha 8 de abril de 1975, cuya transcripción parcial es aportada, precisamente, por el considerando 50° del fallo del cual disintimos. Valga, a modo de confirmación, lo señalado por el considerando 49° del mismo fallo: "desde el punto de vista de la historia del establecimiento de la norma, la retroactividad





benigna, que sólo había tenido en nuestro ordenamiento reconocimiento legal en el artículo 18, inciso segundo, del Código Penal, fue incorporada al texto de la Constitución". En otras palabras, existe evidencia no controvertida de que el artículo 18 del Código Penal refleja el sentido y alcance del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución;

12°. Que, incluso más, la estrecha conexión entre el artículo 18 del Código Penal y la recién mencionada disposición constitucional se desprende de lo sentenciado por esta misma Magistratura. En efecto, el considerando 57° de este fallo reconoce, igualmente, la pertinencia del considerando 29° de la sentencia Rol N° 78, el cual plantea que una disposición legal que limite de manera absoluta la aplicación del inciso tercero del artículo 18 del Código Penal es inconstitucional por violar el artículo 19, N° 3°, inciso penúltimo, de la Constitución. Sostenemos que así como una limitación total de la referida disposición del Código Penal es inconstitucional, también lo es una limitación de carácter parcial que, en último término, restrinja la posibilidad de aplicar en toda su extensión la regla de la ley más favorable.



La aseveración de que el precepto legal impugnado limita (parcialmente) el beneficio del artículo 18 del Código Penal y, por consiguiente, el inciso octavo del artículo 19, N° 3°, de la Constitución se fundamenta, en primer lugar, en la historia de la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita y, en segundo lugar, en el entendimiento de que no puede partirse de la base de que la disposición legal reprochada es meramente redundante, careciendo, por ende, de todo efecto útil y, por lo mismo, de todo efecto agravante para el imputado requirente en autos;

a. La historia legislativa del precepto impugnado da cuenta de su propósito restrictivo.

13°. Que en la discusión en la Sala del Senado del proyecto de ley, el senador Patricio Walker planteó la necesidad de aprobar una normativa transitoria que no permitiera aplicar la ley penal más favorable: "(...) La actual Ley de Quiebras contiene normas penales que tipifican delitos concursales para las figuras de quiebra culpable y quiebra fraudulenta. En este ámbito el proyecto deroga la normativa vigente y crea nuevas figuras penales, que se incorporan en un nuevo Título dentro del Código Penal, las que tienen por objeto sancionar las conductas ilícitas cometidas en relación con la nueva ley. Para evitar cualquier confusión acerca de la posibilidad de que se aplique la retroactividad de la ley en los casos que sean más favorables a la persona condenada y con la finalidad de distinguir un delito de otro, se propone un nuevo artículo transitorio, del siguiente tenor: "Artículo 14 transitorio.- Las disposiciones penales de la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia". (Discusión en Sala, Primera Trámite Constitucional, Senado, p. 1684).

En la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, la Superintendente de Quiebras - actual Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento - explicó que la redacción inicial de la norma impugnada ante este Tribunal "(...) establece una excepción al principio *in dubio pro reo*. Relató que cuando se votó el proyecto en la Sala del Senado, se incorporó esta norma, en el entendido de que al eliminarse las presunciones de quiebra culpable y fraudulenta, podría ocurrir que un condenado según la ley vigente pueda solicitar, apelando a dicho principio, su absolución, por la inexistencia del



delito." (Historia de la Ley N° 20.720, p. 2376). A continuación, el entonces diputado Felipe Harboe expresó su aprensión acerca de la disposición propuesta en razón de que limitaría el derecho constitucional comentado: "(...) aquellas personas que se encuentren condenadas por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta podrían invocar el principio in dubio pro reo, para solicitar su absolución, en atención a que el delito dejó de existir. Señaló que esta disposición puede ser cuestionada desde el punto de vista de su constitucionalidad, sobre todo si se considera que el principio in dubio pro reo está consagrado en la Carta Fundamental." (Historia de la Ley N° 20.720, p. 2376).

La solución adoptada por la Comisión de Constitución de la Cámara, que dio origen a la normativa impugnada en autos, fue agregar al artículo transitorio la frase "sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal", con el fin de explicitar la excepción al principio de ley penal más favorable y así, conseguir "que los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos, que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley." (p. 2377).

En consecuencia, es posible aseverar que la norma legal transitoria que se impugna en autos limita la posibilidad de aplicar en toda su extensión la regla de la ley más favorable;

- b. El precepto legal impugnado no es redundante, tiene un efecto útil y, consiguientemente, limita la posibilidad de aplicar en toda su extensión el beneficio constitucional.

14°. Que una manera de eludir la constatación de inconstitucionalidad de la norma impugnada consiste en





sostener que ésta carece de efecto útil, debido a que sería una declaración legislativa meramente redundante y, por lo mismo, carecería de la aptitud para perjudicar al imputado. En el sentido recién anotado el considerando 70° del fallo dice que "al no ser la norma impugnada más que una norma redundante que remite a la aplicación de los criterios generales del derecho intertemporal ...". Afirmamos que contraría toda lógica interpretativa sostener que una disposición legal cuya génesis fue el resultado de una larga discusión y reflexión sea una repetitiva o redundante.

En otras palabras, si la alusión al artículo 18 del Código Penal implicara la plena aplicación del mismo y, por ende, transformara al artículo duodécimo transitorio del nuevo régimen legal en una norma meramente redundante en virtud de la incompatibilidad existente entre la primera y segunda parte del mismo, habría que concluir, más allá de toda lógica, que el precepto legal impugnado carecería de todo sentido y utilidad práctica. Lo lógico es partir de la base de que la primera y segunda parte del artículo impugnado son conciliables entre sí, lo cual necesariamente lleva a la conclusión de que el artículo 18 no pueda aplicarse, de ser el caso, con la plenitud de sus posibilidades en beneficio del imputado.

El punto que conviene ser reiterado, utilizando el lenguaje del fallo, es que no obstante que los criterios generales del derecho intertemporal (léase el artículo 18 del Código Penal) identifican el sentido del inciso octavo del artículo 19, N° 3°, de la Constitución, el artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720 limita el alcance potencial del beneficio de la ley más favorable. Esta limitación (parcial) de dicho derecho se encuentra reconocida en el mismo fallo. En efecto, el considerando 72° manifiesta que "declarada inaplicable esta norma de derecho intertemporal especial (artículo





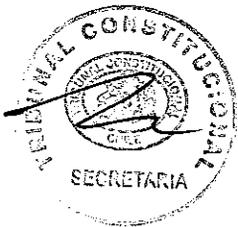
duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720), retomaría plena fuerza la aplicación general de la norma del artículo 18 del Código Penal, es decir del derecho intertemporal general, pudiendo ser perfectamente aplicable al requirente la norma penal más favorable en toda la intensidad que sea admisible" (énfasis agregado);

VI.- CONCLUSIONES.

15°. Que de las consideraciones precedentes es posible afirmar que el precepto legal impugnado tiene un sentido restrictivo, impidiendo la posibilidad de aplicar en toda su extensión la regla constitucional y legal (una es reflejo de la otra) de la ley más favorable al imputado.

En efecto, el sentido restrictivo del precepto legal impugnado se desprende tanto de la historia de la ley como del criterio interpretativo consistente en asumir que dicha norma no es una meramente redundante y, por ende, inocua. A su vez, dado que uno de los delitos imputados al requirente no se encuentra penalizado, sí existiría la posibilidad de que éste pudiera beneficiarse, en toda su magnitud, de la garantía de la ley más favorable, lo que podría no ocurrir de aplicarse el precepto legal objetado.

Por tanto, en consideración a lo manifestado con anterioridad en este voto disidente y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, de la Constitución, así como en los preceptos pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, estimamos que, en el caso concreto, el artículo duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720 es incompatible con el inciso octavo del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

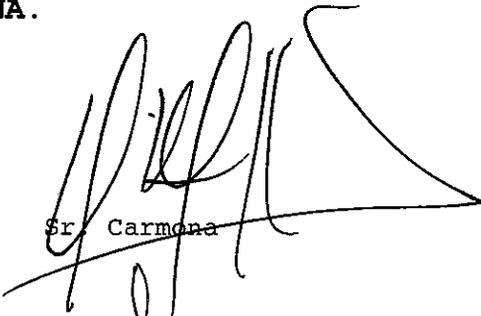




Redactó la sentencia el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers; la prevención, los Ministros que la suscriben, y la disidencia, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

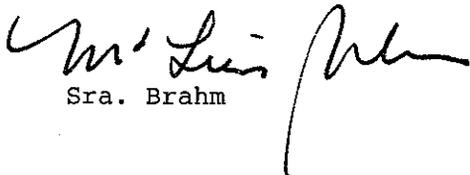
Rol N° 2673-14-INA.

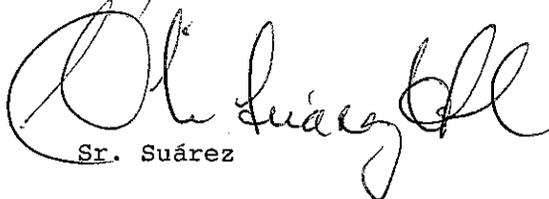

Sr. Carmona

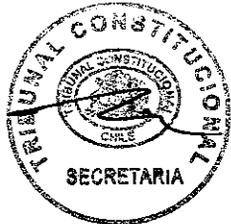

Sr. Aróstica


Sr. García


Sr. Romero


Sra. Brahm


Sr. Suárez



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), señora Marisol Peña Torres, señores Hernán Vodanovic Schnake, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril, y por el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Hernán Vodanovic Schnake concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse con licencia y haber cesado en el cargo, respectivamente.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

