



000167
Ciento sesenta y siete

Santiago, diez de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha 12 de abril de 2018, Fernando José Paredes Palm, se ignora profesión u oficio, domiciliado para estos efectos en Avenida Libertador Bernardo O'Higgins N° 1449, piso 8°, Santiago, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 449, N° 1, del Código Penal, para que surta efectos en el proceso penal RUC N° 1700925096-4, RIT N° 1-2018, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 264-2018.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto del precepto legal impugnado, en su parte ennegrecida, dispone:

"Código Penal

(...)

Artículo 449. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado."

Síntesis de la gestión pendiente

Comenta el actor que se sigue en su contra causa penal ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol por delito de robo con violencia, en que fue condenado calidad de autor, en grado de desarrollo consumado, a las penas de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, junto a las accesorias legales, siéndole reconocidas dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal.

A dicha decisión su defensa recurrió de nulidad para ante la Corte de Apelaciones de Temuco.



Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Refiere que el precepto impugnado genera una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, lo que carece de fundamentos razonables y objetivos, infringiendo al principio de proporcionalidad, ya sea en relación con el subprincipio de necesidad, como en relación con el de proporcionalidad en sentido estricto.

Luego, desde el principio de igualdad, enuncia que son prohibidas las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no estar fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Unido a ello, comenta que las diferencias de trato, para ser constitucionalmente lícitas, deben ser proporcionales a la finalidad perseguida.

La exclusión de aplicar los artículos 65 a 69 del Código Penal para la determinación de penas de, entre otros, el delito de robo con violencia, imposibilitando la rebaja en diversos grados al mínimo señalado por la ley a dicho ilícito, introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos que afectan el mismo bien jurídico, citando, como ejemplo, la usurpación violenta prevista en el artículo 457 del Código Penal o el incendio con resultado de muerte, que prevé el artículo 474 del catálogo punitivo; sin embargo, quien comete un delito de robo con intimidación y cuenta con dos o más atenuantes o una, pero muy calificada y a pesar de que ese delito conlleva una menor pena que este último ilícito, no se permite efectuar la rebaja de la pena en uno, dos o más grados, no observándose el criterio diferenciador entre los grupos de casos en comento.

Aplicando los criterios que informan el juicio de igualdad, se tiene que la diferenciación no posee una base objetiva ni una justificación razonable asentadas en cuestiones objetivas y neutras como la gravedad de las conductas, atendida su grado de lesividad y relevancia de los bienes jurídicos menoscabados o su grado de comisión.

Así, el legislador ha establecido una diferencia de trato entre situaciones iguales, es decir, afectaciones al bien jurídico propiedad, respondiendo el más gravoso régimen de determinación de pena a la comisión de delitos que tienen una igual o menor gravedad que otros atentados a ese mismo bien jurídico protegido.

Desde el principio de proporcionalidad, señala que si bien la norma impugnada es idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como asegurar el fin preventivo general de las sanciones para determinados delitos como la propiedad, ello no ocurre con el resto de los subprincipios, como el de necesidad. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando la falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos



000168
ciento sesenta y ocho

garantizados por la Constitución, lo que en ámbito penal puede analizarse desde el delito o la pena.

La norma impugnada es desproporcionada por innecesaria, dado que el ordenamiento vigente contempla otro mecanismo de determinación de pena igualmente eficaz para alcanzar sus fines y con menor gravosidad: esto es, la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal, que resultan suficientes para cautelar las finalidades preventivas generales y especiales e incluso retributivas de las penas, lo que queda de manifiesto en el análisis de graves ilícitos que posibilitan rebajadas bajo el marco abstracto, como la violación con homicidio, lo que no ocurre con el robo con intimidación.

Luego, analizando la proporcionalidad en sentido estricto, indica que si bien la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna es fruto de un análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde, lo que éste no puede hacer en ese juicio de oportunidad es traspasar los límites constitucionales. Uno de los criterios que permiten efectuar dicho contraste es el bien jurídico protegido.

Las penas más graves han de reservarse para aquellos tipos a través de los cuales se pretende proteger los bienes jurídicos más importantes.

La infracción al principio de proporcionalidad resulta patente con la norma cuestionada, pues delitos que protegen bienes jurídicos de mucha mayor relevancia que la propiedad, tienen asignado un sistema de determinación de pena mucho más flexible como ocurre por ejemplo con el parricidio, homicidio calificado, violación con homicidio, entre otros, cuestión advertida por la Corte Suprema en la tramitación del proyecto de ley que introdujo la modificación legislativa en comento.

Además de lo expuesto, la norma resulta desproporcionada por cuanto afecta el margen de arbitrio judicial en la individualización judicial de la pena. Para que la decisión punitiva del legislador sea respetuosa con el principio de proporcionalidad, el marco penal señalado para un delito tiene que ser proporcional a la gravedad de la conducta que se incrimina en abstracto. Pero, además, ese marco penal debe dejar margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con el caso y las circunstancias personales del imputado. Del margen que tenga el juez en la fase de individualización judicial de la pena dependerá que resulte una pena respetuosa con el principio de proporcionalidad.

Por lo tanto, un precepto legal como el impugnado, que proscribe los efectos naturales de la concurrencia de una o más atenuantes no constituye una regulación razonable, pues, so pretexto de impedir la imposición de una pena menor a la señalada por la ley al delito, se pierde el objetivo de incentivar al infractor de la ley penal a la realización de un comportamiento ex post favorable a los intereses de la persecución penal o transforma en algo irrelevante que su conducta anterior haya sido conforme a derecho.



El juez de fondo de la gestión pendiente verá severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional proceso, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 19 de abril de 2018, a fojas 47, disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 8 de mayo de 2018, se declaró admisible.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las demás partes de la gestión pendiente, fue formulada la observación que a continuación se enuncia.

Presentación del Ministerio Público

Sin perjuicio de lo resuelto previamente por esta Magistratura en sentencia de 15 de noviembre de 2017, en que desechó un requerimiento al similar al de autos, alegándose idénticas contravenciones constitucionales, la denuncia por una pretendida infracción al principio de igualdad alegado por la requirente, se traza en torno a los delitos de los artículos 457 y 474 del Código Penal.

Expone que ello no alcanza para establecer la existencia de una diferencia de trato contraria a la Constitución, desde que el primero de los mencionados ilícitos se sanciona con penas de multas y el segundo con pena de presidio que va desde el grado máximo del presidio mayor al presidio perpetuo. El delito de violación con homicidio, por su parte, tiene asignada una pena que va desde el presidio perpetuo al presidio perpetuo calificado. Lo anterior en contraste con un ilícito, por el que se acusa al requirente de inaplicabilidad, que tiene una pena de presidio mayor en grado mínimo a máximo.

Lo expuesto no permite vislumbrar un conjunto de iguales sobre los que se pueda racionalmente llevar a cabo una comparación como la que aquí se pretende.

Por el contrario, el artículo 449 del Código Penal abarca los delitos comprendidos en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título IX del Código Penal — con ciertas excepciones—, sobre crímenes y simples delitos contra la propiedad, delatando una extensión que abarca un conjunto importante de ilícitos de aquella naturaleza. La regla cuestionada ha sido igualmente recogida para delitos de la Ley de Tránsito y en el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, para un conjunto de ilícitos consagrados en ese cuerpo de normas, teniendo en consideración diversas sentencias de esta Magistratura en que se ha desechado la impugnación al anotado artículo 17 B de la Ley N° 17.798.

En cuanto a sus objetivos, la reforma legal por la que se introdujo el artículo 449 al Código Penal, buscó acercar la determinación concreta de la pena a la



000169
Ciento sesenta y nueve

establecida por el legislador, entre otros propósitos declarados durante la tramitación legislativa, lo que excluye la presencia de fines o medios constitucionalmente reprobables; cuestión distinta es que la parte requirente no comparta esas razones.

Así, no se logra en este caso descubrir una supuesta infracción del principio de igualdad, desde que no se justifica de manera alguna que la regla consagre una discriminación que pueda considerarse arbitraria.

Unido a lo expuesto y sin perjuicio de lo ya resuelto por esta Magistratura, recalca que el artículo 449 del Código Penal no establece la pena para el delito de robo con intimidación o violencia, sino una regla de determinación de penas que excluye la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal, buscando que la sanción concreta se fije dentro de los tres grados señalados por la ley para el delito.

En el marco de un examen de proporcionalidad, el hecho que se afirme que la regla más bien restringe el marco penal y no la individualización de la pena, o bien, que la regla toca un aspecto acotado del proceso de determinación concreta de la sanción, ambas cuestiones también predicables respecto del artículo 449 del Código Penal, excluyen la crítica por una supuesta infracción del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, en lo tocante a la limitación de las facultades judiciales, cabe recordar que en el examen preventivo de constitucionalidad, Rol N° 3081-2016, se afirmó por mayoría que el artículo 449 es materia de ley simple y que si bien modifica las reglas que rigen la aplicación de la pena, lo hace sin alterar la determinación del tribunal competente, ni sus atribuciones para aplicar el castigo, todo lo cual resulta pertinente en razón de las diversas alusiones que se hacen en el requerimiento sobre el particular.

La determinación de delitos y penas es una labor que la Carta Fundamental pone en la ley, cuyo ejercicio está sujeto a diversas limitaciones que la misma Constitución consagra, de suerte que son los organismos legisladores los encargados de establecer la pena asociada a cada ilícito, lo que es, además, una garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 constitucional.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 29 de noviembre de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por la parte requirente, del abogado don Claudio Fierro Morales y, por el Ministerio Público, del abogado don Pablo Campos Muñoz, adoptándose acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.



Y CONSIDERANDO:

EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD

PRIMERO. Que, se ha requerido la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 449, N°1, del Código Penal, por estimar que la aplicación de dicha norma en la causa RIT N°1-2018 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Temuco, resultaría contraria a la Constitución;

SEGUNDO. Que la disposición objetada determina la aplicación de penas en los delitos contra la propiedad con exclusión de las reglas establecidas en los artículos 65 a 69 del citado cuerpo legal, que a su vez consagra, para esta clase de delitos, un nuevo criterio en la aplicación de penas. Siendo la norma del siguiente tenor:

"Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículo 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia."

TERCERO. Que, la parte requirente manifiesta que existiría una infracción a los artículos 1° y 19°, numerales 2° y 3° de la Constitución dado que se estaría ante una diferencia arbitraria, viéndose además transgredidos los principios de justicia inherentes a la persona y al estado de derecho.

Expresando que la diferencia de trato se presentaría entre personas que se encuentran en una situación criminal similar, desigualdad que se presentaría con un efecto discriminador en perjuicio del mismo, "al excluir para la determinación de la pena de entre otros el delito de robo con violencia, la aplicación de los artículos 65 a 69 CP impidiendo además la Regla 1 de dicho artículo, la rebaja en uno, dos o tres grados al mínimo asignado por la ley a los delitos en contra de la propiedad que indica la referida norma" (fojas 9 vuelta), situación que la norma jurídica provoca sin que existan fundamentos razonables y objetivos infringiéndose, según su parecer, los principios de igualdad y proporcionalidad;

EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

CUARTO. Que, el legislador procedió a dictar un conjunto de disposiciones legales de naturaleza penal que denominó "Agenda Corta Antidelincuencia" en el año 2016, que a través de la Ley N°20.931 que "Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos", incorporó al Código Penal, un nuevo texto



000170
ciento setenta

respecto de los artículos 449 y 449 bis, siendo el primero de estos objetado por el requirente de autos en la parte que se indicó en el considerando segundo;

QUINTO. Que, la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.931, consigna que ella tiene dos propósitos. Uno es modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad a fin de que sus partícipes sean condenados con las penas establecidas en el tipo penal respectivo, y el otro objetivo es sancionar a los delincuentes reincidentes en esta clase de delitos con penas más elevadas, de tal forma que se dificulte el acceso a las penas sustitutivas de libertad, conforme lo dispone la Ley N° 18.216;

SEXTO. Que, a fin de castigar con mayor severidad la comisión de delitos contra la propiedad como lo constituyen el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, el legislador penal ha utilizado distintas metodologías para aumentar las penas en estas figuras delictivas con propósitos disuasivos en beneficio de la seguridad de toda la comunidad.

Cabe advertir que "esta Magistratura no puede estar ajena a la aspiración general de la colectividad, que recoge el legislador, en cuanto endurecer la respuesta punitiva del Estado en relación con delitos de que son víctimas frecuentes los integrantes de la comunidad nacional, relativos a afectar a las personas y a la propiedad de ellas, lo que dio lugar a la dictación de la Ley N°20.931" (STC 3399-17, c. 5°);

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

EL TRIBUNAL YA HA CONOCIDO DE LA NORMA IMPUGNADA EN REQUERIMIENTOS SIMILARES

OCTAVO. Que, no es la primera vez que esta Magistratura se ha pronunciado sobre el artículo 449 N°1 del Código Penal, norma que ha sido impugnada previamente, al efecto, en sentencias roles N°s 3399-17 y 3972-17, se han rechazado los requerimientos, por ende, sus alegaciones -similares a las formuladas en estos



autos constitucionales- fueron desestimadas, por lo que al no variar las circunstancias ni argumentaciones, se mantendrá la doctrina de las referidas sentencias;

EL CASO CONCRETO Y EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENAS

NOVENO. Que, en el caso concreto, el requirente es acusado por el Ministerio Público por el delito de robo con violencia, figura penal contemplada en el artículo 436, inciso primero del Código Penal, por la acción perpetrada -junto con otro individuo- el día 1 de octubre de 2017 en la ciudad de Angol, en que intimada con un arma a un sujeto, lo agreden y se apropian del vehículo, donde además se encontraban parte de las pertenencias de la víctima.

El órgano persecutor reconoce como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal la agravante del artículo 449 bis del Código Penal, esto es, que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles; pero no reconoce atenuantes.

En la sentencia el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, condena al requirente a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado máximo por el delito de robo con violencia (no estima configurada la agravante). Encontrándose pendiente el recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Temuco;

DÉCIMO. Que, conforme a la regla N°1 del artículo 449, impugnada es menester tener presente los fundamentos contenidos en los considerandos décimo séptimo y décimo noveno de la referida sentencia condenatoria:

“DECIMO SEPTIMO: En cuanto a la circunstancia modificatoria, invocada por la Fiscalía, que perjudicaría a ambos acusados, esto es, la establecida en el **artículo 449 bis del código penal**, que se refiere al hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del título VI del libro Segundo. Al efecto, primeramente de la lectura de la norma en cuestión se advierte que habla de “hechos punibles”, es decir, debe tratarse de más de uno, y siendo las circunstancias que motivan esta causa un hecho aislado, ya que no se demostró que los acusados hubieren cometido con anterioridad, juntos o por separado, el mismo delito. Por otra parte, si bien fueron dos personas quienes conjuntamente cometieron este ilícito, se considera que ésta sola circunstancia no configura la agravante, dado que se estima debe superar el umbral de la co-autoría para la comisión de un delito, debe existir una permanencia en el tiempo, un modus operandi, una estructura jerarquizada, y no habiéndose acreditado en estos hechos ninguna de estas circunstancias, sólo resta a este Tribunal rechazar la alegación de la Fiscalía.

DECIMO NOVENO: Que, en cuanto a las otras circunstancias atenuantes que alegó la defensa del imputado Fernando Paredes Palma, es decir, las del **artículo 11**



000171
cienta setenta y uno

Nº 6 y Nº 9 del código penal, coincide este tribunal con ese interviniente en orden a que ambas concurrirían a su respecto. Al efecto, aun cuando figura el acusado figura con anotaciones penales pretéritas, estas son como adolescente, por lo tanto no deben ser consideradas en su etapa adulta, ya que aquellas se condicen con un estatuto distinto, que presenta un contenido y finalidad diferente. Respecto a la atenuante del artículo 11 Nº 9 del código penal, habiendo colaborado desde un principio con la investigación, prestando declaración el mismo día que fue detenido, reconociendo los hechos, y habiendo además declarado en estrados en el mismo sentido, se estima concurrente a su respecto también esta aminorante.”;

DÉCIMO PRIMERO. Que, sin perjuicio de lo anterior, es dable considerar que los artículos 65 a 69 del Código Penal contienen reglas para la determinación de las penas, conforme a las cuales el órgano jurisdiccional pertinente considerará las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la aplicación de las mismas, atendido que se trata de penas indivisibles, o de un grado o de dos o más grados, si en la especie concurrieran una atenuante muy calificada y una regla que permita al tribunal determinar, dentro de los límites de cada grado, la cuantía de la pena considerando al número y entidad de las circunstancias modificatorias y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito;

DÉCIMO SEGUNDO. Que, las reglas mencionadas precedentemente fueron sustituidas por la Ley Nº20.931, entre otras, por la establecida en el numeral 1º, del artículo 449 del Código Punitivo, es así que “no debe perderse de vista que el artículo 449 es un régimen especial y excepcional de determinación de pena, lo cual quedó de manifiesto durante toda la tramitación legislativa. La regla general del sistema de determinación de penas en Chile sigue siendo el contemplado en los artículos 50 a 77 del Código Penal.” (Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Nº11, octubre 2017 p.24);

DÉCIMOTERCERO. Que, el artículo 449 impugnado modifica el sistema de determinación de la pena respecto de los delitos de propiedad tales como: robo con intimidación o violación; robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones graves gravísimas; robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito; piratería; robo con violencia o intimidación simple; robo con fuerza en lugar habitado; robo en lugar no habitado y robo en bienes nacionales, entre otros. Quedando expresamente excluidos el hurto de hallazgo, la apropiación de pelos o plumas y la receptación;

DÉCIMO CUARTO. Que, teniendo en cuenta lo razonado por las sentencias roles 3399-17 y 3972-17, la disposición legal censurada consagra una nueva regla para los delitos contra la propiedad, entre los cuales se encuentra el robo con violencia o intimidación de las personas. Dicha regla endurece el tratamiento punitivo de estos delitos, al buscar evitar los efectos que mitigando la multiplicidad de atenuantes, señala que el tribunal determinará la cuantía de la pena dentro del límite de grado o grados señalados por la ley como pena del delito, considerando el número y entidad



de las circunstancias modificatorias concurrentes, así como la mayor o menor extensión del mal causado, lo que deberá ser fundamentado en la sentencia, impidiéndole al tribunal las rebajas en grados que la concurrencia de dichas circunstancias autoriza.

De tal manera que, el delito de que trata el caso concreto tiene una pena, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 436 del Código Penal, de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, esto es, de 5 años y 1 día a 20 años, y en esos márgenes el tribunal podrá aplicar ese mínimo o máximo de la pena al delincuente, atendiendo las circunstancias modificatorias de responsabilidad y el daño que el ilícito penal ha causado a la víctima o a las víctimas, regla similar a la dispuesta en el artículo 69 del Código Punitivo;

DÉCIMO QUINTO. Que, a este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha expresado que para evitar juicios de generalidad excesiva que puedan dar lugar a exageraciones, es útil relativizar el supuesto efecto de un mayor endurecimiento punitivo de la modificación bajo análisis.

Sobre ello, ha destacado lo siguiente: "a) desde la perspectiva de la extensión o grado de amplitud de los aspectos modificados por la nueva regla, la diferencia entre la regla impugnada y la general de común aplicación es de una magnitud menor; b) la nueva regla puede dar lugar a penas privativas de libertad más perjudiciales (debido a un efecto más limitado de las atenuantes), pero, también, a sanciones más beneficiosas (ya que limita -aunque en menor medida) el eventual efecto perjudicial de las agravantes); y c) el precepto impugnado amplía la libertad del juez para poder ponderar o "compensar" las circunstancias atenuantes y/o agravantes que, eventualmente, concurren. Así, de esta manera, se maximiza la potencialidad de ajustar con un mayor nivel de precisión la pena justa para el caso concreto" (STC Rol N°3399 c.10);

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

Obviamente, podría ser clara y evidente la existencia de un aumento de la severidad punitiva si directamente se elevara el límite inferior o "piso" y superior o "techo" del rango de penalidad atribuido por ley al tipo delictivo. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del precepto impugnado, el cual opera en una fase con una menor incidencia relativa en términos de rigurosidad punitiva, añadido que la Ley N°20.931 derogó el numeral 3° del artículo 456 bis del Código Penal, en cuanto se



000172
Ciento setenta y dos

consideraba circunstancia agravante en los delitos de robo y hurto, ser dos o más los malhechores;

ACERCA DE LA DENUNCIA DE INFRACCIONES CONSTITUCIONALES POR DIFERENCIA DE TRATO

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

DÉCIMO OCTAVO. Que esta Magistratura ha tenido la oportunidad de precisar, en reiteradas sentencias, que una discriminación arbitraria es aquella que carece de razonabilidad en términos de introducir una diferencia de trato entre quienes se encuentran en la misma situación, sin que ello obedezca a parámetros objetivos y ajustados a la razón. Concretamente, y siguiendo a la doctrina en la materia, ha indicado que *"la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición"*. Así, *"la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"*. (STC Roles N°s. 28, 53, 219, 784, entre otras);

DÉCIMO NOVENO. Que, la idea de trato desigual, como expresa Díez-Picazo, exige no sólo ello sino que además tal trato sea arbitrario, no tenga un fundamento razonable. La norma jurídica objetada responde a un criterio prudente hilvanado con una reacción lógica y plausible del Estado en cumplimiento de una obligación constitucional de cuidar los bienes jurídicos reconocidos a toda persona, entre los cuales se encuentran la integridad física y síquica de todas ellas, y su derecho de propiedad ;

VIGÉSIMO. Que, conforme a lo anterior, la igualdad de trato implica que la regla contenida en la disposición legal impugnada deberá ser aplicada por igual a todas aquellas personas que se consideren, por el tribunal respectivo, responsables de algunos de aquellos delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del Código Criminal, y por consiguiente, se debe entender que existe una igualdad de trato en la aplicación de la ley que contiene la regla de la determinación de la pena en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas (STC Rol N°3972-20);



SOBRE LA SUPUESTA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TAXATIVIDAD

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, en cuanto a la afirmación de la parte requirente en el sentido que el artículo 449, numeral 1º del Código Penal infringiría el principio de proporcionalidad, particularmente los sub principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cabe destacar, tal como hacen las sentencias roles N°s 3399-17 y 3972-17, que desde una perspectiva distinta a la del piso o techo del quantum de la pena privativa de libertad que podría resultar de la aplicación de la nueva regla, debe destacarse que el nivel de libertad del tribunal para ponderar las distintas circunstancias atenuantes y agravantes es mayor que con el sistema antiguo. En este sentido, la posibilidad para afinar o ajustar con precisión la pena justa al caso particular se incrementa.

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

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, en lo referido al principio de proporcionalidad, no se observa una infracción al mismo, como lo expresa el requirente, puesto que, existe una racional necesidad en la norma legal impugnada, que es idóneamente atendible al fundamento que tuvo el legislador para dictarla y desde la proporcionalidad en sentido estricto existe entre la gravedad del delito y la regla de determinación de pena, una debida correspondencia, lo que hace que la disposición legal impugnada, en lo que respecta al caso concreto, esté conforme a los requerimientos de constitucionalidad;

VIGÉSIMO TERCERO. Que, el requerimiento no objeta el mandato de taxatividad del legislador en cuanto pudiera afectar principios constitucionales en un proceso criminal. En este sentido, el principio de legalidad consistente en comprender que se está ante un problema de delimitación de las competencias de los poderes constituidos y en este aspecto, resulta central la idea de la proporción del castigo expresado en la norma jurídica constituyendo el principio de culpabilidad un derecho fundamental expresado como límite al *Jus Puniendi* del Estado, concepto que el legislador, desde la perspectiva constitucional, se ajusta cabalmente en relación a la hipótesis penal impugnada;

VIGÉSIMO CUARTO. Que, el artículo 449 del Código Penal, en la parte objetada, constituye un régimen especial de determinación de pena, imponiendo al juez del fondo graduar dicha sanción, dentro de los límites que la disposición legal refiere, otorgándole la libertad necesaria no sólo respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurren, sino que en la valoración del mal causado con la perpetración del delito a la víctima, lo cual debe fundamentarlo,



000173
cientos setenta y tres

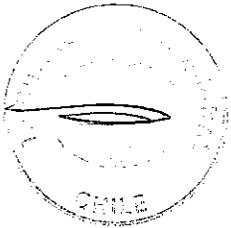
aseveración imperativa que responde a la lógica del debido proceso, que garantiza a toda persona enjuiciada la propia Carta Fundamental;

VIGÉSIMO QUINTO. Que, en mérito de las consideraciones expuestas precedentemente, este Tribunal concluye que la aplicación de la disposición legal impugnada en el caso concreto, se ajusta plenamente a los principios y disposiciones contenidos en la Constitución.

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

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFICIÉSE A TAL EFECTO.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.



DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), por las razones expresadas en sus disidencias a las sentencias Roles N°s 3399 y 3972.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Nelson Pozo Silva, quien estuvo por acoger el requerimiento deducido, en virtud de las siguientes consideraciones:

I. DILEMA CONSTITUCIONAL

1.- Que se sostiene que la aplicación del precepto impugnado, al caso concreto, produciría un resultado contrario al principio de no discriminación e igualdad ante la ley, en referencia a los artículos 1 y 19, N°2 de la Carta Política, y



asimismo, una infracción al artículo 19, N°3, incisos primero y sexto de la Constitución, como consecuencia de una disminución de la capacidad del Juez para juzgar de acuerdo a las características del caso y del sujeto responsable, estimando por esas mismas razones que su aplicación provocaría la infracción de exigencias de proporcionalidad.

II. GENERALIDADES

a. DERECHO PENAL Y ESTADO

2.- Que desde hace tiempo que la literatura jurídica ha venido destacando las estrechas relaciones entre el Derecho penal y el modelo de Estado en el que aquél se inserta, y al cual sirve. En verdad no podía ser de otro modo, si se tiene en consideración que como fenómeno, el llamado Derecho penal se presenta como una manifestación del poder estatal, que incluso puede conllevar la privación o restricción de derechos que en la actualidad se estiman consubstanciales al hombre (libertad, derecho políticos, incluso la vida), y que por añadidura se garantizan en las Cartas Fundamentales de las naciones que han adoptado un sistema democrático como modelo de régimen político que dota de contenido formal y material al Estado; y cuya materialización plantea un conjunto de exigencias a la forma en que aquél ejerce el poder inherente a la soberanía.

Es lo que es llamamos "Estado de Derecho Democrático". Se trata, de un concepto que designa una forma de Estado, una estructuración de las relaciones entre éste y el individuo y la sociedad, caracterizada por encima de todo por el respeto de los derechos del individuo (derechos humanos), que han de estar garantizados en la Constitución y entre los cuales destaca la seguridad jurídica; el imperio de la ley, entendida como expresión de la voluntad general, a la cual también se somete la administración; el control judicial de los actos de la administración; el principio de igualdad ante la ley; la posibilidad de alternancia en el poder de los distintos grupos políticos, la representatividad de las autoridades públicas, que han de ser designadas por el pueblo; el principio de separación de poderes y el respeto a las minorías.

"Este Estado de Derecho con sello Democrático, tiene una dimensión social cuando se le atribuye a aquél no sólo una función de garante del respeto de los derechos de las personas, sino que además se le asigna un rol activo de promoción material, a través de su intervención en las relaciones sociales, de los derechos reconocidos formalmente (jurídicamente).

El "Estado social y democrático de Derecho", reconoce consagración expresa en la Constitución española; y algo similar ocurre en otras naciones como Alemania. De igual forma, aun cuando no se reconozca expresamente por la Constitución, la vigencia de un Estado de esa clase se puede deducir de la consagración y vigencia real de los postulados propios de ese modelo de Estado, a los que acabamos de hacer



000171
Ciento setenta y cuatro

mención. En sus líneas fundamentales el texto de la Constitución Política de Chile, aunque con limitaciones, que no es del caso examinar aquí, recoge los principios postulados del Estado de Derecho Democrático e incluso social, por lo menos a nivel programático (art. 1 inc.3º, art. 4º, art. 5, arts. 6 y 7, art. 19, etc)" (Claudio Feller Schleyer, (Originalmente en Revista de Ciencias Penales, T. XL-VI (1993), págs. 36-48);

3.- Que la adopción del modelo de Estado, que venimos denominando Estado de Derecho Democrático significa –y en esto hay absoluto acuerdo en la doctrina– que la configuración del Derecho penal, en cuanto implica un ejercicio más intenso del poder estatal, debe ser acorde con el carácter democrático del Estado de Derecho. En otras palabras, la teoría jurídico-penal enuncia un conjunto de características, que ha de cumplir esta rama del ordenamiento jurídico si se quiere compatibilizar con los principales postulados del Estado de Derecho Democrático, y constituir así un sistema jurídico penal democrático, en el sentido que denota estructurar una arquitectura organizada en principios jurídicos-penales;

b. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

4.- Que junto con el principio de mínima intervención, se encuentra el principio de proporcionalidad: con arreglo a dicho principio, la gravedad de la reacción penal debe ajustarse o adecuarse a la gravedad del hecho cometido. En el fondo, el principio de proporcionalidad descansa en la idea de que la reacción penal ha de ser necesaria lo mismo que su magnitud, e impone al legislador la tarea de jerarquizar los bienes jurídicos, estableciendo la magnitud de la pena, en relación con la importancia del bien jurídico afectado y a la entidad del ataque, jerarquización que debe ser acorde con convicciones del grupo social acerca del valor de los bienes jurídicos.

La proporcionalidad constituye, un límite a la prevención general: el incremento en la comisión de ciertos delitos (llamados de criminalidad media), que no afectan a los bienes jurídicos situados en la cúspide de la pirámide jerárquica, (vida, integridad corporal, libertad individual, etc.) no puede significar que el legislador pretenda reforzar la protección penal, llevando las penas asignadas a otros delitos a una magnitud similar a las que se conminan para los atentados en contra de los bienes jurídicos superiores;

5.- Que de esta manera el principio de proporcionalidad, en materia constitucional-penal, implica que está en un sentido abstracto consiste en connotar su cualidad de ser proporcionada: proporcionada en general y abstracta. En otras palabras, buscar una pena justa, y ponerse el problema de la proporción penal es centrarse en el tema de la justicia de las penas;

6.- Que la proporcionalidad en el sentido estricto en su consagración constitucional y en su formulación implica la necesidad de que la pena constituya un requisito indispensable para considerar punible un determinado comportamiento, de





forma que la sanción, sea en concreto, tanto merecida como necesaria y proporcionada. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, al igual que el resto de los subprincipios o elementos del principio de proporcionalidad en sentido amplio posee rango constitucional y se puede inferir del valor de justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública no arbitraria y de la dignidad de las personas, todas ellas emanadas de nuestra Carta Fundamental;

c. DETERMINACION DE LA PENA

7.- Que afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19, N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos; del artículo 19, N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber y mandato del inciso segundo, del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano;

8.- Que el mismo criterio fue reafirmado en la STC N° 1328 (c. 13°), al establecer: *"Corresponde al legislador el establecimiento de una pena para un determinado delito. Por tanto, éste tiene discrecionalidad para la fijación de las penas, en la medida que respete los límites que le fija la Constitución. Así, asignar penas para un delito es parte de la política criminal y depende de un juicio de oportunidad o conveniencia que corresponde efectuar al legislador..."*.

Las normas penales deben respetar los criterios y principios que contempla la Constitución, no pudiendo establecer discriminaciones arbitrarias. El precedente de fallo STC N° 1584 (cc. 21 y 22) reconoce que a mayor gravedad del delito corresponde una pena superior. Por lo mismo, deben ajustarse a un criterio de proporcionalidad, dada la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que su aplicación provoca. El Derecho penal es la herramienta del Estado más invasiva en la restricción de la libertad, por lo que requiere un mayor cuidado en su configuración. Efectivamente, la norma de carácter penal debe ser idónea y necesaria para proteger un determinado bien jurídico, manteniendo un equilibrio entre la trascendencia social de la conducta típica y la pena que se asigna al delito (Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010).

De lo anterior se concluye que a esta Magistratura sólo le incumbe pronunciarse sobre la proporcionalidad de una sanción penal, en casos de extrema gravedad en que se pueda concluir que se está en presencia de una discriminación arbitraria explícita o encubierta;



000175
ciento setenta y cinco

9.- Que la decisión del juez en la operación de determinación de la pena no es automática ni acaece en un solo momento. En virtud de lo antes aseverado se denomina "proceso" dicha secuencia, puesto que existen una serie de etapas por la que pasa la pena hasta que el juzgador, luego de establecer la responsabilidad penal de un sujeto por la comisión de un delito, elige la sanción exacta. Parte de este proceso lo constituye, a partir de la modificación que supuso el reemplazo de medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad por penas sustitutivas, lo que ha llevado a que nuestros tribunales superiores de justicia se inclinen por un criterio comprensivo en la determinación de la pena, lo cual de concreta en la determinación precisa de la cuantía exacta dentro del grado, que suele conocerse como "individualización". De esta forma, en la fase de ejecución de la pena, que es parte de este globalizado proceso, la jurisprudencia ha dicho: "*Duodécimo: Que el proceso de determinación de las penas contempla en general dos etapas, una legal y otra judicial. En la primera, que se encuentra debidamente reglamentada en la legislación en los artículo 50 a 61 del Código Penal, luego de considerar la sanción establecida por la ley; el grado de desarrollo del delito y, la autoría y participación criminal, se obtiene el denominado "marco legal". Y a continuación, se confrontan dichos extremos, de conformidad al sistema denominado "determinación judicial", ello de acuerdo al artículo 62 y siguientes del Código en referencia, en que se procede por los jueces a tomar en cuenta las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal concurrentes en el hecho y la valoración que de estas hacen y permiten en cada caso los artículos 63 a 73 del texto punitivo, ejercicio que llevará finalmente a fijar el castigo en concreto, esto es, la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, cómplice o encubridor, fase que junto con la apreciación de la prueba y la aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, constituyen una tercera función autónoma del juez penal y representa la culminación de su actividad decisoria*" (SCS de 15 de septiembre de 2009 de 2009, Rol: 3909-2009) (Manual práctico de aplicación de la pena, la pena con preguntas y respuestas, Tatiana Vargas Pinto, Ed. Legalpublishing Thomson Reuters, Chile, 2014, p. 106 y 107);

d. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

10.- Que el carácter injustificado de la diferenciación denunciada fue puesto en evidencia durante la tramitación del proyecto de ley que incorporo el artículo impugnado por el profesor Jean Pierre Matus, quien indicó: "*el establecimiento de esta regulación del efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes sólo para esta clase de delitos contra la propiedad, carece de justificación técnica y es muy previsible que la litigación con base a la garantía de la igualdad ante la ley mine sus efectos esperados. Ello por cuanto si en leyes especiales podría aceptarse el carácter particular de disposiciones similares (leyes de tránsito y armas, por ejemplo), en la reforma propuesta al Código Penal por este proyecto no parece haber una mayor justificación constitucional: ¿por qué lo que es bueno para racionalizar la imposición de penas en los delitos de hurto y robo no lo es respecto de las lesiones y los homicidios, las*



estafas, las falsificaciones, los atentados contra la autoridad, etc.?”. Agrega que *“este problema se ha hecho presente en las últimas modificaciones y propuestas de modificaciones a las leyes del tránsito, armas, terrorismo conductas monopólicas, sobre delitos sexuales y sobre maltrato de personas, entre otras, pero al llegar ya al corazón del Código Penal, parece no existir justificación de especialidad para imponer un tratamiento diferenciado en las reglas de determinación de penas”* (Opinión dirigida a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en Segundo Trámite Constitucional del Proyecto de Ley que facilita la aplicación de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos [Boletín N° 9.885-07], de fecha 16.11.2015);

11.- Que la doctrina extranjera, representada por Bernardo José Feijoo Sánchez (Normativización del Derecho Penal, teoría de la pena y realidad social, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2017, impreso en Argentina, p.375) ha expresado que: *“...un modelo de determinación de la pena orientado retrospectivamente y no prospectivamente, que representa uno de los intentos más serios de desarrollar una teoría de la determinación de la pena relacionada con la idea de una prevención general limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad”, resulta la más adecuada para visualizar nuestro sistema, permitiendo arribar a un concepto material del delito, que pueda eliminar la arbitrariedad al vincularse los criterios de determinación de la pena a los mismos criterios que sirven para decidir si se impone pena o no;*

12.- Que no cabe la menor duda que la teoría de la individualización judicial de la pena se encuentra orientada a la no desocialización del delincuente, de forma tal se trata de criterios de prevención especial positiva favorables al reo que persigan por encima de todo la maximización del fin de la no desocialización del reo, así como la consecución de las máximas cotas de resocialización siempre que ello sea posible. Se debe buscar la pena más benigna posible. Las circunstancias personales del autor o del delincuente denotan una expresión que permite matizar la punibilidad aplicable, de forma tal que los jueces hacen su pronóstico de peligrosidad en base a datos relevantes, que implican factores estadísticos, clínicos, estructurales, intuitivos, etc..

En definitiva, el sistema estatuido en los artículos 65 a 69 del Código Penal conforman aspectos que pueden y deben ser tenidos en consideración para el desarrollo ulterior de un proceso de determinación de la pena compatible con el sistema jurídico-penal chileno;

e. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA JUSTA Y PROPORCIONAL

13.- Que: *“La taxatividad o predeterminación legal de los supuestos punibles se configura pues como una garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos y, al propio tiempo, como una barrera a la discrecionalidad judicial que siendo siempre inevitable en toda aplicación del Derecho, se acentúa a medida que se incrementa la vaguedad de los conceptos usados por el legislador, como ocurre principalmente con los llamados conceptos jurídicos indeterminados en que se expresan algunas*



000176
cienta setenta y seis

nociones con fuerte contenido valorativo" (Luis Prieto Sanchís, Garantismo y Derecho Penal, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p.105);

14.- Que de lo anterior emana el conflicto generado en el uso de nociones indeterminadas, al menos en los casos más extremos de indeterminación, donde esta técnica legislativa choca con el principio de taxatividad y necesariamente debe ser revisada. El propio carácter cognitivo y no decisionista que se postula para la justicia penal depende en primer lugar de esa taxatividad de las normas. Esto debe ser entendido como una exigencia ético-política, dado que el principio de taxatividad es una herencia de la Ilustración y forma parte de uno de los acápites más relevantes y esenciales de la legislación punitiva.

De este modo, la predeterminación legal de todos los elementos del delito o, más concretamente, de lo que constituye la conducta típica resulta sencillamente imposible, aunque sólo sea por los problemas de ambigüedad y vaguedad que acompañan siempre al lenguaje de la ley, incluso aunque esta incorpore conceptos empíricos y no valorativos, y que dejan siempre un cierto margen al poder dispositivo o a la libre apreciación del juez;



15.- Que de esta manera arribamos a que el proceso de individualización de la pena, justa y proporcional no debe desasociarse de la noción de taxatividad aproximada que tienen las leyes penales, de modo que se reduzca al mínimo las posibilidades de apreciación judicial. Sin embargo, no resulta pertinente considerar la opción que un fenómeno de "infrainclusión" que se genera por un exceso de precisión o detalles de las conductas típicas, pudieran excluir por exceso de taxatividad el castigo de acciones punitivas, lo que a su vez puede conducir a una "sobreinclusión" que supone que determinadas conductas que no deberían ser objetos de sanción penal porque se consideran justificadas, no puedan sin embargo, escapar al reproche: por ejemplo la legítima defensa, la ponderación entre atenuantes y agravantes y su opción de compensación, etc., lo cual redundaría en un verdadero desconocimiento que impediría la aplicación de cláusulas analógicas in bonam partem y múltiples otras fórmulas de la apreciación que realiza el sentenciador al menoscabársele su opción de individualización en el proceso de aplicación de la sanción punitiva.

Estas consideraciones, conducen inexorablemente a menoscabar garantías constitucionales que afectan de manera relevante el principio de legalidad en su variante penal, condicionante del poder punitivo del Estado que aparece vinculado con el cumplimiento o satisfacción de un amplio conjunto de garantías penales y procesales que pueden resumirse en el principio de legalidad estricta. De este modo la individualización de la pena requiere como resultante la aplicación de una pena justa y proporcionada;



III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 449 N°1 DEL CÓDIGO PENAL

16.- Que la requirente en su libelo a fojas 4 y 5 describe la figura delictiva del artículo 449 N°1 del Código Penal y aduce que se trata de una norma jurídica de rango legal de carácter decisivo en la determinación del delito de robo con violencia que se encuentra pendiente con un recurso de nulidad ante la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco.

Que es del caso que la norma cuestionada vulneraría en criterio de la recurrente los principios constitucionales de igualdad, de trato y de proporcionalidad, en la medida que ante otros bienes jurídicos de mayor relevancia el legislador se inhibió de establecer que la individualización general de la pena no fuese suplida en la forma que previó para la norma del artículo 449 N°1 del Código Penal;

17.- Que el criterio en el ámbito constitucional, aparece rodeado de una infracción a la Carta Fundamental, en la medida que el margen de actuación judicial afecta el principio de culpabilidad el cual se encuentra íntimamente ligado con el rol de la judicatura en un Estado de Derecho y donde los derechos fundamentales deben ser resguardados por los órganos competentes en un uso racional del ius puniendi en una sociedad democrática.

El Tribunal Constitucional ha acogido esta consagración constitucional del principio de culpabilidad en términos indirectos, cuando ha definido la "política criminal": "la configuración del Derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir la tarea de protección de la sociedad, incluyen tres principios fundamentales: el principio de la culpabilidad, el principio del Estado de derecho y el principio de la humanidad" (STC ROL N°787-07, considerando 8°; STC ROL N° 825-07 c.8°).

La consagración en el art. 19, N°3 de un debido proceso (numeral 1) y del principio de legalidad (numeral 6), son la base para considerar que la culpabilidad es parte del ilícito que debe ser regulado legalmente y bajo la idea de un vínculo entre la conducta ilícita y la culpabilidad del sujeto infractor. El propio profesor José Luis Cea ha señalado que el art. 19 N°3 inciso 6 contempla todas las conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Para la plena vigencia del principio de culpabilidad es central la actividad del juez. La aplicación de la norma penal al caso concreto es el rol del juez penal (art.73 CPR) y este no es sólo un ejercicio formal, sino que es la concreción del rol de los derechos humanos en una sociedad democrática. El juez por su parte, es garante de los derechos de la persona imputada penalmente y por otra, es quien debe garantizar que la sentencia que se dicta esté debidamente fundada para poder destruir la presunción de inocencia y se aplique la sanción legalmente proporcionada al ilícito.

Para que el juez pueda hacer este ejercicio es necesario que la ley le dé al juez la posibilidad real de hacer un análisis de los hechos y aplicar el derecho al caso



000177
Ciento setenta y siete

concreto. Este es un ejercicio que permite garantizar la vigencia del principio de culpabilidad y se eviten sanciones ilegítimas, aunque formalmente legales;

18.- Que por su parte también se infringe constitucionalmente el principio de culpabilidad al afectarse la dignidad del ser humano en su art. 1º. Asimismo, la propia Constitución consagra el deber de todos los órganos del Estado de adoptar medidas para la protección y garantía de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5 inciso 2º). Dicha centralidad de la persona y sus derechos no parecen ser compatibles con una legislación penal que establezca sanciones de la más grave envergadura tratando al ser humano como un sujeto que no merece ser juzgada individualmente a la luz de todos los antecedentes que puedan ser aportados en juicio para que el juez se forma un juicio de culpabilidad en el caso concreto.

La normativa que ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional si bien no es una normativa sobre pena de muerte ni establece una pena única, sí es una normativa que restringe desproporcionadamente la facultad de los jueces de evaluar las circunstancias de cada caso y las particularidades del sujeto imputado en el caso concreto, al no permitirse la aplicación de las normas de los arts. 65 a 69 del Código Penal.

Tal como se desprende de las normas impugnadas, particularmente del art. 17 B inciso 2º de la Ley N°17.798, respecto de las personas que son condenadas por infracción del art. 9 inciso 1º de la ley N°17.798, para la determinación de la pena, el juez NO podrá aplicar los criterios establecidos en los arts. 65 al 69 del Código punitivo sobre determinación del quantum de la pena, salvo en lo que dice relación con las atenuantes y agravantes. El resultado de este proceso restrictivo es que la ley determina, previo al análisis judicial, que estos delitos SIEMPRE tendrán una sanción privativa de libertad.

Esta infracción al principio de culpabilidad es una infracción evidente al derecho de toda persona a ser juzgada conforme a un debido proceso. Esta garantía consagrada en el art. 19 N°3 de la Constitución no sólo establece una faceta procedimental, sino que también una sustantiva y uno de los elementos centrales en esta faceta sustantiva es la satisfacción del principio de culpabilidad. No puede ser que una persona, como ocurre en el caso en que incide esta acción de inaplicabilidad, pueda ser sancionada penalmente sin considerar las circunstancias del caso y no se permita una graduación efectiva de la pena a la luz de los antecedentes contextuales y personales del ofensor penal. Si este es el precio que debemos pagar –según el legislador- para proteger la seguridad de las personas, es un precio que exceden los límites propios de una sociedad democrática basada en la dignidad e individualidad de los seres humanos.

En el mismo sentido, esta normativa impugnada entra en contradicción con el principio de legalidad. Este principio no sólo se vincula con que nadie sea juzgado sino por una ley previa, escrita y estricta, sino que en la aplicación de dicha ley el juez tenga el margen suficiente para aplicar la sanción que en el caso concreto amerita,



tomando en consideración todas las particularidades de ese caso concreto. Como ya hemos señalado, esto no es posible respecto de las personas que son condenadas por infracción a la ley de control de armas, aunque no se haya cometido un crimen con dichas armas.

De esta forma, la legislación impugnada contradice la garantía constitucional consagrada en el art. 19 N°3, inciso 6°, en relación con los arts. 1, 5 inciso 2° y 19, N°3 inciso 7°, del Código político;

IV. ANÁLISIS DEL CONTROL PREVENTIVO DE LA NORMA OBJETADA

19.- Que la norma contenida en el artículo 1°, N° 3) del Proyecto de Ley, que agregó al Código Penal los nuevos artículos 449 y 449 bis, modificó las facultades judiciales de determinación de la pena de los delitos referidos, en tanto que los artículos 65 a 69 del mismo Código punitivo, respecto de los delitos de robo y hurto con las excepciones que se indica;

20.- Que esta disidencia, en sede de control preventivo compartió el criterio de Corte Suprema contenido en el informe remitido en cumplimiento del citado artículo 77, en la medida a "*...que son los tribunales los encargados de aplicar las disposiciones sustantivas correspondientes, de acuerdo a las atribuciones que les entregan la Constitución Política y las leyes*";

21.- Que si bien la determinación de las penas es competencia del legislador, y su aplicación al caso concreto, corresponde al juez de mérito, el ejercicio de dicha facultad no podría quebrantar los límites de un Estado democrático de derecho y de los fines propios de la pena.

Este Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a un procedimiento justo y racional trasciende los aspectos adjetivos o formales, alcanzando, otros elementos sustantivos, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, lo que, tratándose de procesos punitivos, se expresa en el equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada (STC 2137 c. 5, STC 2723 c. 5, STC 2798 c. 6);

22.- Que las normas introducidas por los nuevos artículos 449 y 449 bis del Código Penal, infringen la "proporcionalidad" concebida como el adecuado balance entre la reacción penal, ya sea en la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta), como en su aplicación judicial (proporcionalidad concreta), exigida por la Carta Fundamental;

23.- Que en el caso en estudio se instauran nuevas reglas de determinación de las penas, de cuya aplicación resultarán castigos excesivamente gravosas en relación a otros delitos que protegen bienes de igual o mayor entidad jurídica, en términos que el castigo trasciende en mucho la gravedad del hecho cometido y la peligrosidad del hechor, resultando contrarias al principio establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política;



000178
ciento setenta y ocho

24.- Que se violenta el Principio de Humanidad, el que se opone a penas u otras intervenciones penales en sentido amplio qué, por su excesiva dureza o por la forma en que se producen, resultan incompatibles con el mínimo respeto que merece toda persona por el hecho de serlo. La prohibición que formula el artículo 1º de la Constitución, en el sentido que *"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, ... que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantía que esta Constitución establece"*, en concordancia con el artículo 19, N°8 del mismo estatuto constitucional, consagra en el principio de humanidad, cuyo fundamento ha de verse en el reconocimiento de la dignidad humana por parte de la Carta Fundamental. Dicha prohibición se formuló en el artículo 5º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 y, en Convenios internacionales en que es parte Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Americana sobre Derechos Humanos, todas ellas normas aplicables en nuestro país en virtud del artículo 5º, inciso segundo, del estatuto constitucional (STC ROL N°3081-16-CPR);



V.- DISCRECIONALIDAD RELATIVA PARA DETERMINAR PENAS POR EL LEGISLADOR. EXCEPCIONES

25.- Que es una circunstancia pacífica que el legislador tiene discrecionalidad para determinar penas, en la medida que respete los límites que le fija para ese procedimiento la misma Carta Fundamental. Es así, que el Código Penal regula los tipos de pena, su clasificación y su aplicación, además de asignar penas a los delitos que configura (STC Rol N° 1328-09, c. 13). Sin embargo, es una "discrecionalidad relativa", que el propio constituyente a través de la pena como institución jurídica, para el Derecho chileno cabe proponer en un sentido de: *"pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuesta según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme al individuo que esta declara responsable de un delito. El contenido coactivo de la pena reside en una pérdida o limitación de bienes jurídicos"* (José Luis Guzmán Dalbora, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p.41);

26.- Que, el enfoque desde la perspectiva vulneratoria de bienes jurídicos por la sanción punitiva implica "de manera funcional" la caracterización e individualización de la pena, lo cual conlleva fijar parámetros o delimitaciones dentro del propio sistema penal chileno que aparecen representadas por la igualdad ante la ley llevada al terreno de las penas. De este modo, el precepto constitucional del artículo 19º, N°2 impide cualquier discriminación política y jurídica entre los individuos. Se ha de procurar, pues, que el precepto constitucional sobre la igualdad llega hasta sus últimas y obligadas consecuencias, para que las puniciones sean irrogadas de guisa que sus efectos igualen también a los hombres según sus disimiles condicionalidades empíricas, especialmente las que atañen a su sexo, edad y medios económicos (Guzmán Dalbora, José Luis, op. cit., p.49).



Que por su parte el artículo 19º, N°3 de la Constitución consagra que la pena ha de estar concebida para regir las ocurrencias delictuosas anteriores a la fecha de publicación de la ley, salvo que esta innove en un sentido benigno la punición hasta ella vigente, en cuyo caso deberá ser aplicada con efecto retroactivo. En la determinación concreta por el juez al que por lo mismo apremia a dejar un campo **que le permita graduarlas y establecer su modalidad de cumplimiento**, de acuerdo con la precisa gravedad objetiva y subjetiva del delito sometido a su cognición. De esta manera cabe sostener que la **garantía de legalidad en la ejecución**, conlleva que los requerimientos constitucionales no vulneren por parte del legislador la falta de una "relativa discrecionalidad" por el órgano ejecutor de las penas, en otras palabras, que el sentenciador requiere de la presencia de un margen de individualización de la pena en la determinación concreta del castigo.

También, está presente el Principio de Personalidad o de Individualidad, cuyo contenido fija como exigencia, la exclusión de formas aberrantes de imputación y que opere la responsabilidad objetiva. En relación a la individualidad de las penas el precitado aspecto técnico de ese principio relevante, por demás, de consagración constitucional, es su presencia en el concepto de dignidad humana. De darse esta hipótesis, la "personalidad humana" sería en realidad degradada a mero medio para un fin social, degradación inadmisibles en un sistema constitucional basado en el reconocimiento de los derechos inviolables del hombre y del ciudadano;

27.- Que, igualmente, en concordancia con el principio de proporcionalidad cabe observar que el Código Penal chileno, en su redacción original, estaba embebido de un equilibrio entre pena y gravedad del delito en particular, en una armonía axiológica, lo cual en lo concerniente a la judicatura, su efecto aparece en la determinación de la pena por los jueces, concretando, ajustando y aplicando a la peculiaridad de un caso criminal la previsión penal que la ley señala en abstracto para todos los de la misma categoría delictuosa, lo cual no puede ser en aras de una mayor punición romper el equilibrio lógico y racional que establece el sistema de penas estatuido en el propio Código Penal, pues en caso contrario se vulneraría el mandato constitucional de la proporcionalidad en el sentido concreto, con la eliminación de aquellas facultades propias del sentenciador en la individualización de la pena;

28.- Que, en el caso concreto, la limitación que imponen los preceptos del inciso segundo del artículo 449 N°1 del Código Penal al impedir la individualización de la pena al limitar al sentenciador, incumple el principio de igualdad ante la ley, así como el principio de legalidad penal, consagrados ambos constitucionalmente;

29.- Que los principios de dignidad, igualdad y proporcionalidad que consagra nuestro sistema constitucional, exigen del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y constituye entonces un deber del legislador velar, tanto por la protección de la sociedad en general como los derechos de los infractores, mediante la imposición de penas razonables, idóneas y proporcionales, a objeto de obtener su reinserción



000179
Ciento setenta y nueve

social, que, en el caso concreto, así como permitan la aplicación de una pena justa que no renuncie a su objetivo esencial de propender tanto a la prevención general del delito como a su prevención particular, objetivos que no se vislumbran en el cumplimiento efectivo de una pena de restricción total de la libertad de una persona que por ejemplo no tiene antecedentes penales y cuyas posibilidades de reinserción se verán más bien dificultadas con la aplicación al caso concreto de las normas denunciadas, al de impedirle la invocación de minorantes de responsabilidad penal.

De esta forma, solo se aviene con los derechos esenciales del requirente, la imposición de una sanción que efectivamente propenda a su resocialización, menos lesiva de su dignidad humana y que equilibra las funciones y objetivos de las penas;

30.- Que, asimismo, *"el Estado de derecho constitucional crea ciertamente una racionalidad legislativa en su plano más elevado, la Constitución, pero, como hemos visto, ella repercute escasamente sobre el legislador, ejerciendo sus efectos especialmente en la aplicación del derecho, con el fenómeno de la judicialización. Aún a riesgo de repetir algo de lo ya señalado; conviene recordar que la consolidación del positivismo jurídico sentó las bases de una determinada manera de acercarse científicamente al derecho penal: hay que partir del derecho puesto, del derecho ya dado, mientras que la creación del derecho se deja en manos de un legislador a que en buena medida no se le plantean exigencia de racionalidad, exigencias que se reconducen a la aplicación del derecho. La doctrina penal reacciona a esta situación de manera defensiva, no cuestionando la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino intentando contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del derecho, lo que implica dedicarse a racionalizar el derecho ya existente, considerado intocable"* (José Luis Diez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, Edit. Trotta, Madrid, 2013, p.101);

31.- Que, por último, reafirma el pensamiento anterior la noción de *"la racionalidad pragmática, la que tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica (fines de la pena) a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance correspondiente decisión legislativa. Ello implica, en el ámbito jurídico penal, asegurar lo más posible una respuesta positiva a una serie de exigencias mutuamente entrelazadas planteadas a la norma: que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser cumplidos, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la aplicación coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa; la pregunta se extiende desde la persecución policial hasta la ejecución de la sanción pasando por la activación de la administración de justicia"* (Diez Repollés, José Luis, op.cit.p.95);

VI. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

32.- Que en el caso concreto, la causa se encuentra ante la Il. Corte de Apelaciones de Temuco, para conocer un recurso de nulidad, cuyo rol de ingreso es N°264-2018, deducido en contra de la sentencia definitiva en causa Rit N°1-2018,



seguida en su oportunidad ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, donde se condenó al requirente por el delito de robo con violencia, impidiéndose la aplicación de las atenuantes concurrentes del artículo 11 N°6 y 9 del Código Penal, sin la existencia de agravantes y dentro del marco rígido dispuesto por el artículo 449 N°1 del Código punitivo;

33.- Que es del caso especificar, que la pena a aplicar al acusado Fernando Paredes Palma, resulta excesiva y desproporcionada atendida la concurrencia de atenuantes y la omisión de hechos de agravantes y en virtud de la normativa donde el sentenciador se encuentra impedido de ejercer el "proceso de determinación e individualización de la pena" en toda su magnitud;

VII. FACULTAD JURISDICCIONAL DEL SENTENCIADOR Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

34.- Que esta Magistratura se encuentra legitimada para evaluar y ponderar la constitucionalidad de una ley que establece sanciones penales en virtud del ius puniendi;

35.- Que en el caso de autos la inaplicabilidad requerida por la Defensoría Penal Pública, en los términos deducido a fojas 1 a favor del acusado Fernando José Paredes Palma, al invocar razones suficientes para que este órgano considere que la norma impugnada establece una restricción desproporcionada y contraria al principio de igualdad, al configurar una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar lo cual gesta una diferencia que carece de fundamentos razonables y objetivos y, además, produce una limitación al arbitrio judicial que ocurre en el caso sub iudice, puesto que el precepto legal impugnado, impide a los jueces de fondo ejercer su capacidad de actuar en cumplimiento del mandato constitucional de manera íntegra y completa en el proceso de determinación de la pena, incluyendo la individualización de esta;

36.- Que, por último, resulta de los antecedentes factible declarar la inaplicación del artículo cuestionado, toda vez que dicha norma contradice lo preceptuado en el artículo 1° de la Carta Fundamental, atendido a que se afecta con la limitación en el "proceso de determinación de la pena" la dignidad consagrada en dicho precepto constitucional;

VIII. CONCLUSIONES

37.- Que en mérito de lo expuesto y los fundamentos señalados en este voto disidente, los Ministros que lo suscriben estuvieron por acoger el requerimiento de fojas 1 y siguientes, en el sentido de inaplicar en el caso concreto la norma consagrada en el artículo 449 N°1° del Código Penal.



000180
ciento ochenta

PREVENCIÓN

El Ministro señor Gonzalo García Pino y la Ministra señora María Pía Silva Gallinato previenen que concurren a esta sentencia sin compartir su considerando 6°.

Redactó la sentencia el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar; las disidencias, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y Nelson Pozo Silva, respectivamente; y la prevención, sus autores.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 4592-18-INA



Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sra. Silva




Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva, señora María Pía Silva Gallinato y señor Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria (S) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

