



Santiago, diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

Con fecha 12 de julio de 2018, Ernesto Riffo Flandes, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 449 y 450 Código Penal, en el proceso penal RUC N° 1701120424-2 RIT N° 7578-2017, seguido ante el Juzgado de Garantía de Valdivia, en actual conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad bajo el RIT N° 226-2018.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos legales impugnados 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.*

***Artículo 450.*** *Los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.”.*

**Síntesis de la gestión pendiente y conflicto constitucional planteado**

Expone el actor que fue acusado como autor en grado de desarrollo frustrado del delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, previsto y





sancionado en el artículo 440 N° 1 del Código Penal, que habría sido cometido el día 26 de noviembre de 2017.

Refiere que no obstante dicha calificación de *iter criminis*, más razonable parece ser que los hechos pueden ser atribuidos a grado de tentativa, dado que su intervención en la comisión del delito se limitó a su entrada al jardín trasero de la casa, sin concretar ni que haya sido comprobado otro acto en la línea de acción.

Indica que la aplicación conjunta de los artículos 449 y 450 del Código Penal afectan los principios constitucionales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

1. *Infracción al principio de igualdad.* Se está ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, la que carece de fundamentos razonables y objetivos.

La exclusión de aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal en la determinación de la pena introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos que afectan el mismo bien jurídico.

Expone que quien afecta el bien jurídico propiedad, cometiendo un delito de incendio con resultado de muerte o mutilaciones o, lesiones graves gravísimas, con pena en abstracto en el rango del presidio mayor, tiene mayores posibilidades de reducir su condena que una persona, como el actor, por haber cometido el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación.

Comenta que el juicio de igualdad se relaciona con la aplicación al caso del artículo 450, dado que el sistema de determinación de penas implicará modificar los artículos 50 y 51, sancionándolo en una ejecución imperfecta de la manera más grave posible. En concreto, 7 años y 184 días, en tanto sin la aplicación de estas normas, sólo corresponderían 541 días.

El criterio diferenciador no guarda sentido. Se comprenden delitos de hurto con penas en el presidio menor hasta delitos que contemplan el presidio perpetuo calificado, como el robo con violación. Tampoco se sostiene la justificación en la pluriofensividad.

Así esta diferenciación no ofrece una base objetiva ni una justificación razonable para el caso concreto. La diferenciación no se ha realizado a partir de un dato objetivo o neutro como la gravedad de las conductas, estableciendo lesividad y menoscabo al bien jurídico asociado ni las modalidades de comisión.

De esta forma agrega, se dará aplicación a la norma sin justificación razonada a un grupo de delitos que comparten un bien jurídico – la propiedad- conservándose para otros delitos que lo transgreden el sistema general de determinación de penas.

Es una diferencia injustificada entre personas que se encuentran en una situación similar, con un efecto discriminador en su perjuicio, sin razón conocida y suficiente, ni menos un criterio identificable que posibilite en un Estado democrático de Derecho como tolerable esta distinción.



2. *Se infringe los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.* Debe exigirse razonabilidad a cualquier diferenciación. En el caso concreto no resulta razonable que las normas cuestionadas aumenten la pena desde 541 días a 7 años y 183 días. La razonabilidad, agregan, es un juicio de igualdad que conlleva el examen de proporcionalidad de la actuación pública.

Se viola por tanto, la igualdad ante la ley si se excluye a una persona de una situación jurídica concreta por discriminación arbitraria.

### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 17 de julio de 2018, a fojas 25. Posteriormente, fue declarado admisible el 7 de agosto del mismo año, resolución rolante a fojas 42.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fue evacuada presentación por el Ministerio Público.

### **Traslado del Ministerio Público**

Solicita el rechazo del requerimiento. El origen del precepto contenido en el artículo 450 del Código Penal se encuentra ya en la primera mitad del siglo XX, con la Ley N° 5.507, de 1934, que señalaba que aquellos robos que tenían como consecuencia el homicidio, violación o lesiones en las víctimas, se sancionarían (aun cuando estuviesen frustrados o en grado de tentativa) con penas de presidio mayor en grado máximo a muerte.

Luego, de la Ley de Estados Antisociales de 1954 estableció que la sanción a imponer para los robos y hurtos sería la correspondiente al delito consumado, aunque el grado de ejecución correspondiera a la tentativa o a la frustración.

El texto actual de la norma es de 1972. El legislador conservó el propósito de que ciertos delitos (robo con violencia; robo con intimidación; piratería; robo por sorpresa; defraudación con violencia o intimidación y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación) fueran sancionados como consumados aunque su grado de ejecución fuere imperfecto, pero limitó la extensión de la regla que, a la fecha, también alcanzaba, por ejemplo, al hurto.

Agrega que esta Magistratura ha revisado en numerosas ocasiones la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, desestimando los requerimientos. Dicho precepto, si bien establece una diferencia en el trato que se asigna a los delitos abarcados por la regla, esta no es arbitraria desde que se apoya en criterios objetivos, persigue una finalidad lícita y es razonable y proporcional al fin perseguido.





Luego analiza la impugnación al artículo 450 del mismo cuerpo legal. Este precepto atacado fue incorporado al Código Penal por la Ley N° 20.931 de 2016, que aumentó la pena impuesta al delito de robo con violencia o intimidación en los casos a que se refiere el artículo 433 del Código Penal, introdujo una circunstancia agravatoria en el artículo 449 bis del mismo cuerpo legal y, modificando el artículo 407 del Código Procesal Penal, hizo admisible el juicio abreviado en los casos allí mencionados, entre otras.

El proyecto de ley cumplió con el examen preventivo y por sentencia de 14 de junio de 2016. - Rol N° 3081-2016 - 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.

La denuncia por una pretendida infracción del principio de igualdad ante la ley, se hace ver en el requerimiento con diversas tablas de penas resultantes de la aplicación de los preceptos atacados. Sin embargo, aquellas tablas apuntan específicamente a la penalidad asociada al grado de desarrollo del delito, atribuible por completo al artículo 450 del Código Penal, y no al artículo 449 del Código Penal.

Este último precepto no jugará rol alguno en este caso, desde que el requirente ya había sido condenado anteriormente a una pena de cinco años de presidio menor en grado máximo, la que fue suspendida por la concesión del entonces beneficio de la libertad vigilada que recién cumplió en febrero de 2016, así como también fue condenado por un delito de hurto simple frustrado, pena que cumplió en julio de ese mismo año.

Así no concurre ningún elemento que haga prever la disminución de una eventual pena, por debajo del grado establecido por la ley, de suerte que el artículo 449 del Código Penal, en rigor, no tiene incidencia alguna en la determinación de la pena en el caso que se esgrime como gestión pendiente.

La regla cuestionada ha sido igualmente recogida para delitos de la ley de tránsito, en el artículo 196 bis de dicho cuerpo legal, y en el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, para un conjunto de ilícitos consagrados en ese cuerpo de normas.

Finaliza señalando que el precepto no determina la pena del ilícito sino que busca que la pena se imponga en concreto en el rango de la pena establecida en la ley, finalidad que transgrede la Constitución.

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

El día 24 de enero de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la parte requirente, la abogada doña Francisca Heresi Gajardo y, por el Ministerio Público, el abogado don Pablo Campos Muñoz. En Sesión de Pleno de igual fecha se adoptó acuerdo de rigor.



**CONSIDERANDO,**

### **EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD**

**PRIMERO:** Que, en estos actos constitucionales se impugnan los artículos 449 y 450 del Código Penal, por estimar el requirente, que la aplicación de dichas normas en la causa RIT N°7578-2017 seguida ante el Juzgado de Garantía de Valdivia y en actual conocimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia bajo el RIT N°226-2018, ocasionaría una infracción a la Carta Fundamental;

**SEGUNDO:** Que, el artículo 449 del Código Penal objetado en estos autos constitucionales, 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.*

*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.”*

A su vez, el artículo 450 del Código Penal establece que los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado desde que se encuentren en grado de tentativa se castigarán como si estuvieren consumados, así expresa la hipótesis penal también objetada:

*“Los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”;*

**TERCERO:** Que, el requerimiento manifiesta que existiría una infracción a los artículos 1º, 19º N°2 y N°3 de la Constitución Política, dado que “la aplicación del precepto cuestionado al caso concreto determina una dramática limitación de la





capacidad del juez de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable” (fojas 4).

También expresa el libelo que en relación al juicio de igualdad “la aplicación del artículo 449 en la sanción del delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, al excluir los artículos 65 y 69 en la determinación de la pena, introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos que afectan el mismo bien jurídico” (fojas 9 vuelta) y respecto al artículo 450 del Código Penal señala el libelo que el “sistema de determinación de la pena se aplicará con modificaciones a los artículos 51 y 52 del código penal, sancionándolo –a pesar de contar con una ejecución imperfecta- de la manera más gravosa posible” (fojas 9 vuelta);

**CUARTO:** Que, el requirente -privado de libertad total en su domicilio- don Ernesto Riffo Flandes fue acusado por el órgano persecutor por el delito de robo en lugar habitado en grado de tentado y en calidad de autor, por los hechos cometidos el 26 de noviembre del año 2017 en la ciudad de Valdivia.

Es relevante señalar que el Ministerio Público reconoce que concurre la circunstancia agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, esto es, “haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”, solicitando la pena de 8 años de presidio mayor en su grado mínimo, más la accesoria legal dispuesta en el artículo 28 del Código Penal, el pago de las costas del procedimiento y el registro de la huella genética del imputado.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia ha decidido el 29 de noviembre de 2018 condenar al acusado, pero tal sentencia se encuentra pendiente debido a la suspensión del procedimiento decretada por esta Magistratura, siendo ella la gestión pendiente de estos autos constitucionales;

## **IMPUGNACIÓN A LOS ARTÍCULOS 449 Y 450, AMBOS DEL CÓDIGO PENAL**

### **I) ARTÍCULO 449 DEL CÓDIGO PENAL**

**QUINTO:** Que, 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, en su artículo 1°, N°3 los artículos 449 y 449 bis.

**SEXTO:** Que tal como lo han expresado las sentencias roles N°s 3399-17 y 3972-17, al revisar la historia fidedigna de la ley se desprende que esta sigue dos propósitos: el primero 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.”.



Agregando 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 que son víctimas frecuentes los integrantes de la comunidad nacional, relativos a afectar a las personas y a la propiedad de ellas, lo que dio lugar a la dictación de la Ley N°20.931 conocida como “agenda corta antidelincuencia” (STC Rol N°3399 c.5);

**SÉPTIMO:** Que el mensaje del proyecto de ley que contiene las normas objetadas expresa 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°1167-3962, de 23 de enero de 2015).

La obligación constitucional de dar protección a la población que tiene el Estado, deber que incluye al legislador penal, por la vía de modificar reglas en materia penal, puede colaborar con la disminución de los delitos contra la propiedad;

**OCTAVO:** Que, tal como se ha expresado por esta Magistratura “los artículos 65 a 69 del Código Penal contienen reglas para la determinación de las penas, conforme a las cuales el Tribunal considerará las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la aplicación de las mismas, atendido que se trata de penas indivisibles, o de un grado o de dos o más grados, si en la especie concurrían una atenuante muy calificada y una regla que permita al tribunal determinar, dentro de los límites de cada grado, la cuantía de la pena considerando al número y entidad de las circunstancias modificatorias y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito” (STC Rol N°3399 C.8);

**NOVENO:** Que, las reglas mencionadas precedentemente fueron sustituidas - para ciertos casos- por la Ley N°20.931, entre otras, por la establecida en el 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 N°11, octubre 2017 p.24);

**DÉCIMO:** 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;

#### **Numeral 1) del Artículo 449**

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, no es la primera vez que esta Magistratura se ha pronunciado sobre el numeral 1° del artículo 449 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;

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que, el N°1 del citado artículo consagra una nueva regla para los delitos contra la propiedad, entre los cuales se encuentra el robo en lugar habitado. Tal como se ha considerado en ocasiones anteriores "Dicha regla endurece el tratamiento punitivo de estos delitos, al buscar evitar los efectos que atenuando 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" (STC Rol N°3399 c.9).

De tal forma, que el delito de que trata el caso concreto tiene una pena, según el artículo 440 del Código Penal, de presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de 5 años y un día a 10 años, en esos márgenes el tribunal podrá aplicar el mínimo o el máximo de la pena al delincuente, teniendo en cuenta las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y el daño que el ilícito penal ha causado a la víctima;

#### **Numeral 2) del artículo 449**

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en el referido numeral se establece otra regla para la determinación de la pena tratándose de los delitos contra la propiedad, para el caso en que el(los) condenado(s) sea(n) reincidente(s), esto es, que haya(n) sido previamente condenado(s) por delitos a que la ley señala igual o mayor pena o por delitos de la misma especie (según si se trata de la agravante del artículo 12 N°15 o 12 N°16, ambas del Código Penal).

En tal situación la norma prevé que el tribunal excluya de la aplicación de la pena el mínimo o el grado mínimo de la pena que corresponda;

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en el mensaje presidencial del proyecto que incorporó la norma, se fijó como uno de los objetivos de la ley "iii) imponer a los



reincidentes por esta clase de delitos penas algo más severas, que reduzcan las posibilidades de acceder a los beneficios de la ley N°18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad y, tratándose de robos violentos y en lugar habitado, supongan un efectivo cumplimiento de las penas impuestas” (Historia de la Ley N°20.931 p.6), por ende, la norma original establecía que la determinación de la pena sería “dentro del grado inmediatamente superior al señalado por la ley, tratándose de simples delitos. Tratándose de condenados reincidentes de crímenes, se deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta o la mitad inferior si consta de un solo grado”.

Lo anterior sufrió modificaciones durante la discusión legislativa, respecto de la norma en comento se plantearon los siguientes aspectos:

1° La Corte Suprema expresó en Oficio N°23-2015, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 77 constitucional que “la reincidencia deja de ser -en estos casos- una circunstancia agravante genérica, que pueda eventualmente compensarse con alguna atenuante y pasa a ser un factor influyente -a priori de modo imperativo en la determinación judicial de la pena, que constituye un ámbito soberano en que los jueces ejercen sus atribuciones.”.

2° Se discutió el hecho de que los condenados reincidentes cumplieran efectivamente la sanción impuesta, lo anterior, restringiendo la libertad condicional y determinar que por la reincidencia por robo se impida el acceso a las penas alternativas.

3° En la discusión en sala de 19 de abril de 2016 el Ministro Burgos expuso que: “Un segundo objetivo es aumentar las penas para reincidentes de un mismo delito. Las estadísticas que conocemos describen que una parte importante de la delincuencia se concentra en los reincidentes. En este caso, un reincidente de robo de cajero automático actualmente arriesga entre tres años y un día y cinco años. Con este proyecto, la pena comenzaría, por reincidencia, desde los cuatro años. El poder disuasivo de la amenaza penal, ese que en teoría haría a un potencial delincuente abstenerse de cometer un delito por el temor de ir a la cárcel, se diluye -cuando no, desaparece ante la probabilidad bajísima de cumplir una pena privativa de libertad” (Historia de la Ley N°20.931, Biblioteca Congreso Nacional, p.621).

**DÉCIMO QUINTO:** Que, de tal la manera, la doctrina ha expresado que “Si se compara este régimen con las disposiciones penales existentes en el Derecho comparado para los casos de reincidencia múltiple (los tres strikes y afuera dominantes en el sistema norteamericano y la custodia de seguridad indefinida que para el reincidente múltiple establece la legislación alemana, por ejemplo) y con las reglas recientemente aprobadas a partir de la llamada Ley Emilia (como la que restablece la sanción penal para los delitos contra la libre competencia), las nuevas normas para la determinación de las penas en los delitos de robo, hurto, abigeato y receptación pueden considerarse moderadas en sus efectos penológicos. En efecto, por una parte, la reincidencia no eleva los grados de las penas ya establecidas ni



impone una pena o medida de seguridad perpetua o casi, como sucede en Alemania y Estados Unidos. Y, por otra, ni siquiera se impone un tiempo mínimo de prisión, como el año de encierro obligatorio que se prevé en Chile para los casos de delito de conducción en estado de ebriedad causando homicidio o lesiones graves y para los delitos contra la libre competencia, supuestos ambos en que no existe la posibilidad de rebaja de un grado por aceptación de un procedimiento abreviado o simplificado.” (Pierre Matus, Jean (2016) “Aspectos Penales de la llamada Agenda Corta Antidelincuencia. Parte I”. El Mercurio Legal);

**DÉCIMO SEXTO:** Que, la Defensoría Penal Pública ha analizado la situación del robo en lugar habitado, determinando lo siguiente: “el autor de un delito de robo en lugar habitado arriesga una pena de 5 años y un día a 10 años de presidio mayor en su grado mínimo. Si el tribunal acoge la agravante de reincidencia, genérica o específica, automáticamente la pena aplicable al imputado pasa a ser 7 años y seis meses a 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, ya que se excluye el mínimo de la pena.

Ló anterior, es independientemente del número y entidad de las atenuantes que concurren. Podrían existir varias atenuantes, pero, de todas maneras, por el mero hecho de declararse la agravante de reincidencia, se debe aumentar la pena en la forma señala y solo dentro del “saldo disponible”, podrán operar las restantes atenuantes y agravantes.” (Minuta sobre modificación introducida por la denominada Ley de “Agenda Corta” (2016). Departamento de Estudios, Defensoría Nacional pp.13 y 14);

#### **Supuesta Diferencia de trato**

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que el requirente alega una supuesta diferencia de trato, tal como se expresó en el considerando tercero de la presente sentencia.

Con todo, este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades 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.” (STC Roles N°s. 28, 53, 219, 784 entre otras);

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, la regla dispuesta por el legislador para que el tribunal la aplique al sancionar la conducta delictiva “obedece a una reacción del Estado para determinar la pena justa conforme a un piso y a un techo congruente con el mínimo y máximo del rango privativo de libertad asignada por la ley al delito, y que tiene aplicación en todos los casos y respecto de todos los sujetos que satisfagan, objetiva y subjetivamente, los tipos penales referidos a los delitos contra la propiedad.” (STC Rol N°3399 C.14).

Por ende, las normas objetadas deben ser aplicadas a todas las personas responsables de algunos de los delitos mencionados en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del Código Penal, debiendo entenderse que existe una igualdad



de trato en la aplicación de la ley que contiene la regla de determinación de la pena en el delito de robo en lugar habitado;

### **Supuesta vulneración al principio de proporcionalidad**

**DÉCIMO NOVENO:** Que, el requirente expresa en el libelo que “en el ámbito de determinación de la pena, la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena. Esto, colisiona con un criterio de rigidez legal al que los jueces pudieran estar sometidos” (fojas 7 vta.).

Tal como se ha expresado en las sentencias previas, “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.” (STC Rol N°3399 C.16). Cabe destacar que “La regla de compensación racional de atenuantes y agravantes 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” (STC Rol N°3972 c.21);



**VIGÉSIMO:** Que, no resulta vulnerado en el caso de autos el principio de proporcionalidad, 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 una debida correspondencia, lo que ocasiona que las disposiciones objetadas estén conforme a los requerimientos de constitucionalidad.

## **II) ARTÍCULO 450 DEL CÓDIGO PENAL**

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, la Ley N° 17.727, de 27 de septiembre de 1972 que “Introduce modificaciones que indica al Código Penal”, incorporó en su artículo único la disposición penal censurada, en que los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, o en sus dependencias se entienden consumados desde que se encuentran en grado de tentativa, y serán castigados como tales. Por su parte, la Ley N° 20.813 de 6 de febrero de 2015 que “Modifica Ley N°17.798, de Control de Armas y el Código Procesal Penal” suprimió los incisos segundo, tercero y cuarto que regulaban el uso de armas en esta clase de hechos punibles;

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, la disposición penal señalada se encuentra relacionada directamente con lo expresado en el artículo 7° del Código Penal y lo dispuesto en los artículos 52, 53 y 54 del mismo Código. El primer precepto citado declara que el delito frustrado y la tentativa son punibles, y las otras disposiciones establecen reglas en la aplicación de penas a los autores y partícipes en la tentativa



de un delito, y que constituyen criterios que adopta el legislador en materia de iter criminis, basados en el principio del bien común;

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que, previo a resolver el dilema constitucional planteado por el requirente respecto del artículo 450 del Código Criminal, resulta de especial importancia destacar que el texto constitucional en vigor asigna con el mayor valor la integridad física y síquica de la persona y su derecho de propiedad, porque como lo expresa el artículo 1° constitucional, la persona y su dignidad está en el centro de los preceptos contenidos en dicho texto. Como ha declarado esta Magistratura la dignidad encuentran en la Constitución una dimensión como principio y también como norma positiva;

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que, el Estado tiene el deber constitucional de estar al servicio de la persona humana y crear las condiciones que le permitan a ella desenvolver su quehacer cotidiano con pleno respeto a los derechos que la Carta Fundamental le asegura, y en ese sentido toda autoridad estatal, entre los que se cuenta el legislador, tiene que adoptar las medidas tendientes a lograr la obligación constitucional señalada;

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, el legislador de 1972, época en que se incorpora al Código Penal el artículo 450 en su redacción vigente, respondiendo a una política criminal diseñada para aquellos tiempos, estimó del caso que el juez del crimen sancionaran como consumados la tentativa y el delito frustrado en los delitos contra la propiedad reseñados en dicha disposición. Con ocasión del proyecto de ley, ahora ley de la República N°20.813, el Poder Legislativo tuvo la oportunidad de revisar este precepto y ver la pertinencia del mismo contemporáneamente, resolviendo confirmar la norma jurídica, eliminando los demás incisos que la integraban con el propósito de armonizarlo con una nueva circunstancia modificatoria de responsabilidad penal;

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, desde la perspectiva del derecho penal, y previo a ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley penal censurada, resulta ilustrativo referir algo acerca de la tentativa en términos doctrinarios, señalando que la dogmática más calificada estima que la tentativa no es distinta a la consumación del delito, por cuanto, la primera conduce, inexorablemente a la consumación de la hipótesis criminal, y que por consiguiente es una actividad previa que pone en peligro el bien jurídico protegido, que en este caso es la propiedad, y que si la actividad desplegada por el agente no la agota, al menos da curso inicial a ella, creando un riesgo no permitido por el derecho;

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, el sujeto que da comienzo a la acción antijurídica y en el despliegue de la misma regresa al camino de la legalidad es -al decir de Claus Roxin- indiferente que el motivo que lo lleva a ello merezca un reconocimiento moral. En este caso, tampoco el Derecho está obligado a ello, sobre todo si se está ante una conducta punible de alta peligrosidad;



**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, atendido lo anterior, cabe señalar que el legislador, como es frecuente en el derecho, a la regla general en materia de penas conforme al desarrollo del delito, inserta una regla de excepción para ciertos delitos contra la propiedad que denotan una especial peligrosidad la que se encuentra contenida en el precepto del artículo 450 del Código Penal, norma jurídica impugnada en estos autos;

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que, el requirente, representado por la Defensoría Penal Pública, impugna la disposición legal citada precedentemente, por resultar, a su juicio, contraria a la Constitución dado que se vulnerarían los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad. Habría una desigualdad de trato entre personas que se encontrarían en situación similar, una falta de prudencia y una infracción al principio de proporcionalidad al vulnerar los criterios que comprende tal principio;

**TRIGÉSIMO:** Que, la acción de inaplicabilidad permite a esta Magistratura Constitucional proceder al examen de constitucionalidad, en este caso, del artículo 450 del Código Penal y razonar si la disposición señalada, de aplicarse en el caso concreto, resulta contraria a la Carta Fundamental.

En el proceso constitucional, en relación con la acción deducida, es relevante la gestión específica, la que trata de un sujeto que ingresa a un lugar habitado, sorteando los medios de resguardo que tenía dicho lugar, con el propósito de sustraer especies, no logrando concretar tales fines, dado que no pudo el sujeto ingresar al interior del inmueble, siendo descubierto por los moradores del lugar, procediendo a la fuga;



#### **Test de constitucionalidad a la disposición penal impugnada**

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, el legislador en su actividad de creación de normas encuentra sus limitaciones en los derechos fundamentales de las personas y en la razonabilidad que lo impulsa a dictar la ley, particularmente la ley penal donde el juicio de proporcionalidad resulta esencial, atendido la afectación, potencial, de la libertad personal. Como expresa Prieto Sanchís se trata de “valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión”. (Prieto Sanchís, Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, año 2014, 3 ed. Ed. Trotta, p. 202);

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, conforme a lo anterior se hace necesario considerar exhaustivamente la importancia constitucional del bien jurídico a proteger, y es el principio de proporcionalidad el que da la respuesta a ello. En los delitos en que la norma jurídica censurada trata como consumado la tentativa y el delito frustrado, el valor de la vida y la integridad física y síquica de las personas está presente en el legislador, y que la comisión del robo con intimidación o con violencia en las personas afecta o daña considerablemente dichos derechos constitucionales, aún en la situación de no agotarse o satisfacerse el tipo penal íntegramente. Lo



mismo ocurre en el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación.

Mayor comprensión acerca de la materia lo expresa la doctrina en lo que denomina “la relevancia constitucional del bien jurídico” en la cual encontramos diversas posiciones sobre el particular, siendo más proclive a nuestro ordenamiento fundamental aquella que adopta una tesis moderada de tal concepto, la que “considera que el recurso a la pena sólo encuentra justificación en cuando se tutele un bien jurídico con reflejo en la Constitución, con lo cual se quiere expresar no sólo que el bien jurídico no sea incompatible con la Constitución sino que además el mismo debe estar explícita o implícitamente recogido por la Carta constitucional.” (Portero Henares, Manuel (2010) “¿Principio de Efectiva Protección de Bienes Jurídicos?: Derecho Penal Europeo y Principio de Proporcionalidad”, Thomson Reuters, p. 311);

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que, resulta necesario mencionar, como lo ha realizado esta Magistratura en sentencias previas en que se ha impugnado esta disposición, que “la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito” (STC Rol N°797 c.4, en los mismos términos sentencias roles N°825 y 829).

Concluye señalando que “la diferencia persigue una finalidad que el legislador puede lícitamente pretender. En efecto, a éste se le encarga privativamente asignar penas a los delitos con el fin de proteger a la propia sociedad de su comisión. Dentro de ciertos márgenes constitucionales, como son la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, tratos crueles e inhumanos o la pena de muerte fuera de los casos exceptuados, la mayor o menor severidad con que se castiguen determinados delitos cae dentro de la esfera de discreción del legislador en su legítimo afán por prevenir su ocurrencia.”. (STC Rol N°797 c.5, en los mismos términos sentencias roles N°825 y 829).

Conforme a lo anterior, y considerando el bien jurídico protegido y lo expresado en el artículo 1° constitucional en cuanto impone al Estado el deber de dar protección a la población la regla de excepción contemplada en la disposición legal impugnada, referida al desarrollo del delito, se ajusta plenamente al orden constitucional presentando una debida razonabilidad que justifica adecuadamente los términos en que ella fue aprobada y revisada por el legislador;

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que, atendido los considerandos precedentes, indefectiblemente la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida en estos autos tendrá que ser rechazada declarándose exequible el artículo 450 del



Código Penal, y por consiguiente acorde a lo establecido en la Constitución Política de la República;

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

**SE RESUELVE:**

- I. QUE SE **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES. OFÍCIESE.
- II. **ÁLCESE** LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS, OFICIÁNDOSE 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 José Ignacio Vásquez Márquez, quien estuvo por **acoger** parcialmente el requerimiento deducido, en lo relativo al artículo 449 del Código Penal, por las siguientes razones:

1°. Que, en causa Rol 3339-17 esta Magistratura conoció de la impugnación planteada respecto del artículo 449 N° 1 del Código Penal, oportunidad en la cual este Ministro expuso sus cuestionamientos respecto a la aplicación concreta del precepto legal en comento. En este sentido, y sin perjuicio de las diferencias derivadas del presente requerimiento, así como de las circunstancias del caso concreto, este disidente sigue apreciando aspectos de dudosa constitucionalidad en la aplicación de la norma ya indicada, de manera tal que siguiendo los lineamientos de aquel fallo, expondré las razones por las cuales, me pronuncio en favor de la inaplicabilidad de la disposición contenida en el artículo 449 del Código Penal.

2°. Que tal cual como se indicó en el mencionado Rol 3339-17 para "*Facilita(r) la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación*", la Ley N° 20.931 agregó un nuevo artículo 449 al Código Penal. Conforme a su tenor, en los delitos que señala, "*no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69*" (inciso primero), agregando a continuación que, en su lugar,



regirá la escala más restringida dentro del cual *“el tribunal determinará la cuantía de la pena”* (N° 1). Conforme al Mensaje de la indicada iniciativa legal, su fundamento consistía en *“que esta categoría de delitos debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”*. Lo anterior, sin que se encuentre en la historia de su tramitación parlamentaria antecedente alguno que dé cuenta de una relación lógico causal existente entre la aplicación judicial de los artículos 65 a 69 del Código Penal y el incremento de los delitos que se pretenden sancionar.

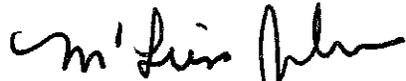
3°. Que, frente a los antecedentes reseñados, debemos tener en especial consideración que tal como ha indicado esta Magistratura, el legislador siempre está compelido a entregar razones de sus decisiones normativas, especialmente cuando se trata de privar a un justiciable de alguna garantía, con mayor razón si esa restricción repercutirá directamente en el resultado de la respuesta punitiva del Estado como ocurre en el caso concreto cuando lo que se pretende juzgar es precisamente un ilícito penal, ámbito donde esa respuesta es particularmente gravosa.

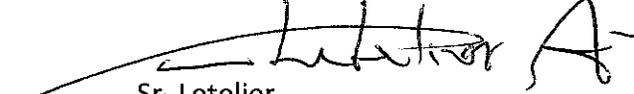
4°. Que son precisamente las razones y fundamentaciones para esta particular regulación contenida en el artículo 449 del Código Penal, las que no se advierten en la Ley N° 20.931, modificatoria del mencionado precepto legal. En tal sentido, y como se indicó en la disidencia de la STC 3339-17, no resulta fundamento suficiente apelar al *“aumento de la actividad criminal”* ni *“la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía”*, puesto que dichas circunstancias, si bien pudieran justificar un aumento de las penas por los delitos de que se trata, no pueden derivar del ejercicio de la potestad jurisdiccional de la que ahora se priva a los tribunales y a los afectados. Y es esta carencia de fundamentación jurídica lo que provoca que en la aplicación del precepto legal al caso concreto, aparezca -en opinión de este disidente- un cuestionamiento al ordenamiento constitucional.

5°. Que en definitiva lo que resulta observable constitucionalmente es un aspecto ya recogido por la propia Corte Suprema al informar el proyecto de ley que introdujo el actual texto del artículo 449 del Código Penal, oportunidad en la que indicó que la interdicción judicial para aplicar los artículos 65 al 69 del Código Penal resulta cuestionable, porque *“contraría el principio básico de igualdad ante la ley”*. Agregando que *“la propuesta implica un cercenamiento de las atribuciones concedidas a los jueces penales por los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, sobre todo, en cuanto permiten graduar la magnitud de la sanción aplicable”*. Concluyó diciendo en dicha oportunidad que *“la exclusión de los artículos 65 a 69 del Código Penal a los delitos mencionados -todos contra la propiedad- introduce un impedimento serio al ejercicio de una función autónoma del juez penal y pone en entredicho la cúspide de su actividad resolutoria, cual es la individualización judicial de la pena”* (Oficio N° 23-2015, de 5 de marzo de 2015).

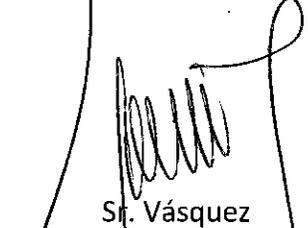


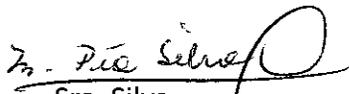
  
Sr. Romero

  
Sra. Brahm

  
Sr. Letelier

  
Sr. Pozo

  
Sr. Vásquez

  
Sra. Silva

  
Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

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