



2024

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 14.338-2023

[16 de enero de 2024]

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO
TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.968**

HÉCTOR RAMÓN LARA ESTRELLA

EN EL PROCESO PENAL RIT N° 113-2022, RUC N° 1610022733-2,
SEGUIDO ANTE EL SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE
SANTIAGO, EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE
SANTIAGO, POR RECURSO DE NULIDAD, BAJO EL ROL N° 1675-2023 (PENAL)

VISTOS:

Que, con fecha 22 de mayo de 2023, Héctor Ramón Lara Estrella ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo transitorio de la Ley N° 20.968, en el proceso penal RIT N° 113-2022, RUC N° 1610022733-2, seguido ante el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 1675-2023 (Penal).

Precepto legal cuya aplicación se impugna

Ley N° 20.968

“Artículo transitorio

Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, los artículos 150 A, 150 B y 255 del Código Penal continuarán vigentes, sin modificaciones, para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las



normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del citado Código”.

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

La parte requirente solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal ya indicado, para que surta efecto en el proceso penal llevado en su contra ante el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, causa RIT 113-2021.

Refiere que dicho tribunal los condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, sustituida por libertad vigilada intensiva, y a la de siete años y un día de inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo para cargo y oficio público, derechos políticos y profesiones titulares; accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autores del delito de apremios ilegítimos en contra de David Brousseau, delito perpetrado en la comuna de Huechuraba el día 11 de abril de 2016,

Indica la actora que en contra de esta sentencia presentaron recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho respecto de lo señalado en el inciso primero del artículo 150 A del Código Penal, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, y por errónea aplicación de las penas accesorias del artículo 29 del mismo cuerpo legal, el cual se encuentra pendiente ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, con el Rol de Ingreso N° 1675-2023 (Penal).

Apunta la requirente que es probable que el precepto legal cuestionado sea aplicado, toda vez que la sentencia los determinó culpables del delito de apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves, previsto y sancionado en los incisos primero y último del artículo 150 letra A del Código Penal vigente al 11 de abril de 2016, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que modificó los artículos 150 letra A y B e introdujo los nuevos artículos 150 letra C, D, E y F en dicho cuerpo normativo.

Como conflicto constitucional, señala la requirente que debido a la disposición transitoria de la ley N°20.968, existe una imposibilidad de aplicar cualquier norma que sea promulgada con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos, lo cual ocurre incluso si se trata de una más favorable para ellos, como lo es el caso del nuevo artículo 150 letra D del Código penal y su reforma por la Ley N° 21.560, que entró en vigencia el 10 de abril del presente año.

En este punto, enfatiza que el nuevo artículo 150 D del código punitivo agregó un requisito para la configuración del delito de apremios ilegítimos no constitutivos de tortura, como lo es el incumplimiento de los reglamentos respectivos.

Argumenta que de declararse la inaplicabilidad del artículo en examen, el artículo 150 letra D del Código Penal tendría plena aplicación respecto de su situación procesal, al tratarse de una norma jurídica que prevé nuevos elementos en la descripción típica del delito, los que deben concurrir para su configuración.

Afirma que existe una identidad respecto del artículo 150 letra A por el cual se les condenó, y el artículo 150 letra D introducido posteriormente al Código Penal, toda vez que ambos artículos contemplan como conducta típica la aplicación, orden o



consentimiento de apremios ilegítimos u otros tratos crueles o degradantes no constitutivos de tortura, en el ejercicio de sus funciones, por parte de funcionarios públicos.

Sin embargo, hace presente que el actual artículo 150 letra D del Código penal, modificado por la entrada en vigencia de la Ley N° 21.560 de 10 de abril de 2023, exige en su descripción que la aplicación, orden o consentimiento de los apremios ilegítimos se realice por parte del funcionario público en incumplimiento de los reglamentos respectivos, por lo que para una adecuada condena por este tipo penal, el sentenciador debe referirse expresamente a si en los hechos se ha producido este incumplimiento y a cuáles reglamentos en concreto los funcionarios imputados se encuentran sujetos.

Por ello, sostiene que la aplicación del precepto legal impugnado restringe la aplicación retroactiva de una modificación legal que resulta más favorable e impide el acceso a un trato más benigno, vulnerando con ello el principio *pro reo* reconocido nacional e internacionalmente.

Afirma por tanto que se produce un resultado inconstitucional al vulnerarse el artículo 19 N°3, inciso octavo de la Constitución Política de la República, el cual reconoce una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, siempre y cuando la ley posterior resulte más favorable para el imputado.

Sobre este punto, refiere que la Corte Suprema ha sostenido que debe entenderse que esta regla constitucional no está referida en su limitación sólo a la pena específica que la ley señala en abstracto, sino también a otros aspectos sustantivos que pueden mejorar la situación jurídico-material del acusado, citando al efecto el fallo Rol N° 4608-2013.

Por ende, entiende en relación con el principio de aplicación de la ley más benigna, que la nueva normativa es más favorable al imputado no sólo cuando ésta exime el hecho de toda pena o, no haciéndolo, le aplica una penalidad que permite rebajar su calificación o una menos extensa en su duración, sino también cuando se consagran eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, o incluso cuando se alteran las descripciones del tipo, adicionando exigencias que no concurrirían en la conducta por la cual se reprocha.

En sintonía con lo anterior, la requirente señala que con la norma en cuestión existiría una infracción al artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los cuales se consagra el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, cuestión que se extiende no sólo a la pena señalada en abstracto por la nueva ley sino que a otros elementos que puedan resultar más favorables para el imputado.

Tramitación

Por resolución de 20 de junio de 2023, la Segunda Sala de esta Magistratura acogió a trámite el requerimiento, ordenando la suspensión del procedimiento. Conferidos los traslados en sede de admisibilidad, el 22 de junio de 2023, a fojas 126, se hizo parte el Instituto Nacional de Derechos Humanos, abogando por la inadmisibilidad del libelo. En tanto en 29 de junio de 2023, a fojas 392, otro tanto hizo el Ministerio Público.



Sin embargo, con fecha 10 de julio de 2023, a fojas 399, se declaró admisible el requerimiento por resolución de la misma Sala, y se confirieron los traslados de estilo.

El 28 de julio de 2023, a fojas 414, formuló observaciones el Instituto Nacional de Derechos Humanos solicitando el rechazo del requerimiento.

Señala que el planteamiento del libelo expone un problema de interpretación de leyes y de aplicación de la ley penal en el tiempo, lo que debe ser resuelto por los jueces de fondo, conociendo el recurso de nulidad presentado por la actora, y que se encuentra pendiente.

Hace ver que la aplicación del artículo transitorio de la Ley N° 20.908, que ahora se impugna, nunca fue planteada ni menos cuestionada por la defensa de los tres condenados en el juicio oral respectivo, tal como consta en la sentencia que ha sido acompañada al expediente constitucional.

Agrega que en los requerimientos se hacen afirmaciones acerca de las modificaciones recientes al artículo 150 letra D del Código Penal como garantía de un *“tratamiento más benigno”*, pero no se explica de ninguna manera cómo se expresaría en este caso en concreto.

Agrega que este defecto en la fundamentación de los requerimientos se produce porque aún está por discutirse y resolverse en la instancia pertinente la forma en que en el caso concreto debe aplicarse el artículo 18 del Código Penal, y los posibles efectos de la Ley N° 21.560.

Así, destaca que en los requerimientos se da por hecho que al configurarse ahora el abuso del cargo por parte del empleado público que comete apremios ilegítimos mediante el *“incumplimiento de reglamentos”*, ello resultaría beneficiosa para su parte, pero, enfatiza que la actora se abstiene notoriamente de señalar que el tipo penal contiene ahora dos hipótesis comisivas alternativas: (1) actuar en abuso del cargo por incumplimiento de reglamentos, o bien, (2) aplicar apremios ilegítimos en el ejercicio de sus funciones, interpretación que es obligatoria por la claridad del elemento gramatical. De este modo, como lo ha señalado el Ministerio Público, analizando la Ley N° 21.560 en este punto, *“en esta segunda circunstancia comisiva, de acuerdo al tenor literal de la ley, no se requeriría configurar el elemento de abuso del cargo”*.

Insiste entonces en que la discusión que plantean los actores es una cuestión de interpretación de normas legales y no de constitucionalidad, razón por lo cual el requerimiento debe ser rechazados.

En tanto, el 31 de julio de 2023, a fojas 422, evacuó traslado el Ministerio Público, solicitando el rechazo del requerimiento.

Refiere el ente persecutor que la regla cuestionada en autos afirma la continuidad delictiva de la conducta, y se ajusta a los parámetros de la Carta Fundamental, en la medida que expresamente deja afirmada la aplicación del principio general establecido en el artículo 19 N°3 inciso octavo.

Advierte que el requerimiento busca en realidad resolver un conflicto de mera legalidad, vinculado a la interpretación de las normas que regulan la aplicación temporal de la ley penal, y a principios como la ultractividad y retroactividad, que son de competencia del juez de fondo.



Señala que se vuelve necesario precisar el objeto del libelo, ya que si bien la solicitud de inaplicabilidad se dirige contra la regla transitoria de la Ley N°20.968, lo que se termina denunciando es la supuesta imposibilidad de aplicar otro cuerpo legal posterior.

En este sentido, sostiene que queda a la vista que, concretamente, se reclama de la supuesta imposibilidad de aplicación de lo dispuesto por el actual artículo 150 letra D del Código Penal, esto es, no aquel consagrado por la Ley N°20.968, sino que el que quedó fijado por la posterior Ley N°21.560, que en lo que interesa a la requirente, introduciría un nuevo elemento al tipo penal, consistente en la infracción de reglamentos.

En ese marco el requerimiento ubica a la Ley N°20.968, como una ley temporalmente intermedia, toda vez que señala que fue juzgado conforme al texto anterior a dicho cuerpo legal y persigue la aplicación del texto que le siguió, definido por la Ley N°21.560, denunciando como obstáculo para ello, la regla transitoria impugnada.

Indica que la regla cuestionada, admite como excepción el caso que la nueva ley resulte más beneficiosa para el sujeto, y esta definición, que es contingente, depende de la decisión de un tribunal ordinario con competencia en lo criminal, que debe decidir si efectivamente la nueva ley resulta “favorable” o “desfavorable” para el acusado.

De esta manera, finaliza señalando que la favorabilidad de la regla se determina sobre un conjunto de elementos que escapan a la revisión que por medio del requerimiento de inaplicabilidad debe realizar esta Judicatura Constitucional.

A fojas 436, con fecha 8 de agosto de 2023, se ordenó traer los autos en relación.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 21 de septiembre de 2023 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de los abogados Valentina Cerón Hernández, por la parte requirente, Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público, y Julio Cortés Morales por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, y se pospuso el acuerdo.

En Sesión de Pleno de 14 de noviembre de 2023, se adoptó acuerdo, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. GESTIÓN PENDIENTE Y CONFLICTO CONSTITUCIONAL

1. Que se ha solicitado la inaplicabilidad del artículo transitorio de la Ley N° 20.968, para que tal declaración incida en la causa penal tramitada ante el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en la que, por sentencia de fecha 27 de marzo de 2023, se condenó al requirente como autor del delito de



apremios ilegítimos del artículo 150 A del Código Penal, vigente a la época de los hechos. La sentencia fue objeto de recursos de nulidad que se siguen ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 1675-2023, cuya tramitación fue suspendida por orden de esta Magistratura.

2. Que el efecto inconstitucional denunciado por el requirente, derivado de la aplicación del artículo transitorio de la ley N°20.968, consiste en una supuesta prohibición para el juez del fondo de aplicar una ley penal más benigna que la vigente a la época de ocurrencia de los hechos objeto de la imputación penal. Específicamente, el requerimiento señala que *“Debido a la disposición transitoria de la ley N°20.968, existe una imposibilidad de aplicar cualquier norma que sea promulgada con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos, lo cual es aplicable incluso si se tratara de una más favorable para mi representado, como lo es el caso del nuevo artículo 150 letra D del Código penal y su reforma por la Ley N° 21.560, que entró en vigencia el 10 de abril del presente año, en cuya virtud se agregaron más requisitos para la configuración del delito de apremios ilegítimos no constitutivos de tortura; delito similar al tipificado antiguamente en el artículo 150 letra A del Código punitivo”* (fs. 4).

3. Que, como ya señalare esta Magistratura en su STC rol 14.328, el análisis de favorabilidad de la Ley N° 21.560 les corresponde a los jueces del fondo, pues escapa de la competencia del Tribunal Constitucional la determinación del derecho aplicable ante un conflicto normativo de sucesión de leyes en el tiempo (en este sentido STC 513, c. 6°; 790, c. 28°; 976, c. 16°; 1448, c. 55°; 1521, c. 7°; 1532, c. 7°; 1863, cc. 6° y 29°; 2321, c. 6°; 2626, cc. 8° a 10°; 2627, cc. 8° a 10°, y 2673, c. 66°). Sin embargo, no es esto lo que el requirente reclama, sino más bien que la disposición transitoria cuestionada, introducida en la Ley N° 20.968, impediría aplicar retroactivamente una ley posterior y diversa, que supuestamente sería más favorable, es decir, la pretensión central del requirente es que se aplique retroactivamente la Ley N° 21.560. Como es obvio, el artículo transitorio cuestionado -que además inicia su redacción con la expresión *“esta ley”*- no es impedimento para tal pretensión, pues sólo se refiere a la vigencia de la ley penal específica en que está inserta, no de otras, menos las posteriores. Si el requirente pretende que se le aplique la Ley N° 21.560, el precepto cuestionado no es obstáculo para ello, y no hay nada en su texto que permita concluir lo contrario. Es esto lo que distingue el presente requerimiento de otros en los que se han cuestionado disposiciones transitorias de idéntico tenor.

Es respecto de la aplicación de la Ley N°20.968 que el precepto cuestionado podría, hipotéticamente, alzarse como una traba, pero esto también debe descartarse, pues, como se pasa analizar en extenso, el juez del fondo igualmente podría aplicarla retroactivamente si se estimare que fuere más favorable, cuestión que, en todo caso, no es lo alegado por el requirente, en la medida de que su pretensión de que se aplique la ley más favorable se basa en otra Ley, la N° 21.560, que puede ser perfectamente aplicada en forma retroactiva si, como lo plantea, fuere más favorable, conforme a las reglas generales del artículo 18 del Código Penal y 19 N° 3 de la Constitución, no siendo óbice para ello el precepto cuestionado, el que además se remite expresamente a las reglas generales sobre derecho intertemporal establecidas en el Código Punitivo.



II. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS DESFAVORABLE Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

4. Que en la especie se acusa una infracción al inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución que establece que *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*.

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

En este sentido, la aplicación de una ley penal derogada a hechos acaecidos durante su vigencia (preteractividad), en principio, no representa ninguna anomalía constitucional, sino que, por el contrario, es precisamente lo que mandata la Carta Fundamental. Por ello es que cuando el artículo transitorio de la Ley N° 20.968 impugnado establece que *“Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia”*, en principio, sólo reitera el mandato del artículo 19 N° 3 inciso octavo primera parte, en cuanto debe aplicarse preteractivamente la ley que se encontraba vigente al momento de la comisión del delito, no obstante, su posterior derogación.

5. Que, dicho lo anterior, el conflicto constitucional referido a disposiciones de derecho transitorio de este tenor dice relación con determinar si estas normas, cuando ordenan aplicar la ley penal derogada, impiden que se aplique una nueva ley que resulta más favorable para el afectado. El conflicto es concreto y específico: si el legislador dictó una ley más favorable, pero impide que quienes cometieron delitos con anterioridad se beneficien con el cambio legislativo, estamos en presencia de una diferencia de trato que vulnera el artículo 19 N° 2 de la Constitución. En sentido contrario, si el legislador dictó una ley desfavorable, pero manda a aplicar preteractivamente la ley antigua, impidiendo con ello que quienes cometieron delitos con anterioridad resulten perjudicados por el cambio legislativo, no hay infracción constitucional alguna, sino que, por el contrario, existe un estricto apego a la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

La cuestión constitucional relevante en este caso concreto es la siguiente: ¿El artículo transitorio de la ley N° 20.968, al contemplar la aplicación preteractiva de la ley derogada, impide la aplicación de la ley posterior más favorable? En primer lugar, cabe señalar que del tenor literal de la norma impugnada se desprende que el conflicto legal que se plantea concierne a la ley vigente a la época de la comisión del delito y a la ley que contiene la norma transitoria, esto es la ley N° 20.968. No hay conflicto de constitucionalidad, a menos que se sostenga, sin ningún soporte hermenéutico, que el legislador por medio de este precepto impediría la aplicación de la norma posterior más favorable y, a consecuencia de ello, seguiría castigando con la misma rigurosidad hechos respecto de los cuales cambió su valoración, estableciendo



un trato más favorable sólo a aquellas personas que incurren en la conducta con posterioridad a la nueva ley. En realidad, la respuesta no puede ser sino negativa, no hay infracción constitucional alguna, considerando que la preteractividad de una ley penal favorable es un imperativo constitucional y, entonces, el artículo transitorio sólo reiteraría la regla del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental y del artículo 18 del Código Penal.

Ahora bien, podría surgir otra hipótesis plausible como respuesta a la pregunta antes planteada que también debe descartarse, y que plantea que la derogación formal de una norma, con motivo de un cambio legislativo desfavorable, implica la despenalización de la conducta punible. Este planteamiento se sostiene en el siguiente razonamiento: dado que hay un cambio legislativo desfavorable, no puede aplicarse irretroactivamente la ley nueva; pero como dicho cambio legislativo importó la derogación de una norma, tampoco se puede aplicar el precepto derogado, porque- bajo esta lógica argumentativa- derogación es sinónimo de inaplicabilidad. Sin embargo, la consecuencia que deriva de esta posición es inaceptable, pues sugiere que quienes cometieron delitos bajo la vigencia de la ley antigua resultan beneficiados con la impunidad ante un cambio legislativo, incluso desfavorable. Lo expuesto se explica por la confusión conceptual entre vigencia y aplicabilidad y por asumir que derogación es sinónimo de despenalización.

Es precisamente esta última aseveración, que confunde derogación con despenalización, la que intenta descartar el legislador con el artículo transitorio de la Ley N° 20.968, en una redacción que para algunos puede resultar poco feliz. Una buena técnica legislativa podría haberla omitido, pues lo que se quería evitar ya se encuentra descartado por el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental y por el artículo 18 del Código Penal, pero también se ha estimado que puede ser una disposición necesaria para evitar cuestionamientos que confunden la derogación o cambios de ubicación de tipos penales con la despenalización o tratamiento penal más benigno (ver en este sentido, Corte Suprema, 17 de diciembre de 2018, rol 94972-2016, c. 14°).

III. DISTINCIÓN ENTRE VIGENCIA Y APLICABILIDAD

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

7. Que, es relevante la STC rol 2673 que, rechazando un requerimiento de inaplicabilidad en contra de un precepto de redacción similar al impugnado, realiza un acucioso análisis de la regulación convencional, constitucional y legal del derecho intertemporal. Resulta útil hacer una síntesis del razonamiento expresado en dicho pronunciamiento, los que se recogen en esta sentencia para rechazar el requerimiento en los mismos términos:

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



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

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

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

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

- La garantía de ley previa y el principio de *lex mitior* operan de modo diverso. “En el caso de la garantía de ley previa, ésta opera de manera generalmente más precisa, sin perjuicio de que sea necesario muchas veces que el juez de fondo determine aspectos dificultosos, como por ejemplo, establecer qué parte de la nueva ley es favorable y cual no. En lo demás, se trata de que la ley penal posterior no puede aplicarse retroactivamente a los hechos, si sus consecuencias son desfavorables para el acusado. Tratándose del principio *lex mitior*, en cambio, el aspecto central de su operatividad reside en que su fundamento se encuentra en la prohibición de exceso que emana del principio de proporcionalidad (ver Antonio Bascuñán Rodríguez,



“La aplicación de la ley penal derogada”, Revista del Abogado, del Colegio de Abogados de Chile, Temas, pág. 11)” (ibid., c. 44°).

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

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

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

- Finalmente, se desarrolla con claridad la distinción entre aplicabilidad y vigencia: *“Una norma penal derogada puede ser eventualmente aplicable, como también la nueva ley si ella produce efectos favorables, cualesquiera que sean, para el acusado. En otras palabras, opera el derecho intertemporal general del artículo 18 del Código Penal. De otra parte, como ha sostenido Bascuñán Rodríguez, lo derogado son normas y no delitos (véase también: Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G, en Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 127)” (STC rol 2673, c. 73°).*

8. Que, en nuestro sistema jurídico, es perfectamente posible que una norma derogada (penal o no) se aplique de forma preteractiva o ultraactiva. En efecto, el artículo 9 del Código Civil establece que *“La ley sólo puede disponer par lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”,* impidiendo aplicar retroactivamente



una ley, pero guardando silencio respecto de la posibilidad de aplicar preteractivamente o ultractivamente una ley derogada.

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

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

10. Que la distinción también ha estado presente en el razonamiento de esta Magistratura cuando ha tocado resolver, a través de la inaplicabilidad, la impugnación de preceptos legales derogados. Al respecto se ha sostenido que *“resulta perfectamente posible pronunciar un veredicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un precepto legal que, a la fecha de la sentencia respectiva, se encuentre derogado por el legislador, siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión*



pendiente al momento de resolver el asunto”, esto porque “el constituyente previó acertadamente la hipótesis de la ultraactividad de una disposición derogada, es decir, de aquellas normas que si bien no rigen respecto de situaciones fácticas que acontezcan en la actualidad, sí regían en el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan” (STC rol 1399, c. 9° y 10°).

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

IV. EL PRINCIPIO DE LEX MITIOR, FUNDAMENTOS Y RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

12. Que el principio de *lex mitior* suele tratarse como una excepción de la irretroactividad de la ley penal, siendo esta una derivación del principio de legalidad (cfr., Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Décima edición, Santiago de Chile, 2011, pp. 227-228).

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

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

En este sentido, diferenciando la garantía de *lex praevia* y el principio de *lex mitior*, la doctrina ha sostenido que *“La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es, como se ha dicho, una de las concreciones del principio de legalidad. El deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad.*



Su fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley” (Antonio Bascuñán Rodríguez, 2004, La Ley Penal, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N°1, Comentario de la jurisprudencia del año 2003, p. 212).

13. Que, en cuanto a la recepción del principio de *lex mitior* en el ordenamiento jurídico nacional, tradicionalmente se ha sostenido que este se encuentra recogido en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución cuando utiliza la expresión “*a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”, aunque también se ha advertido que “*La disposición constitucional establece la garantía de nullum crimen nulla poena sine lege previa, derivada del principio de legalidad. Esta garantía consiste en la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Junto con ello, la disposición constitucional exceptúa de esa prohibición a las leyes más favorables, precisando de ese modo que la garantía se refiere sólo a las leyes desfavorables. En tanto excepción a una prohibición, la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables se encuentra a lo más autorizada por la Constitución. La Constitución permite la retroactividad de la ley penal más favorable, pero no la impone*” (ibid., p. 210).

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

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

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

V. EL ARTÍCULO TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.968



15. Que para descartar la alegación de inconstitucionalidad resulta necesario referirse a la historia del artículo transitorio de la Ley N° 20.968. Para tal efecto, no puede preterirse que el tipo del artículo 150 D del Código Penal (apremios ilegítimos) fue incorporado por la Ley N° 20.968 que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. El objetivo de la ley en su origen y tramitación, consistía en adecuar la legislación sobre tortura y apremios ilegítimos con los estándares internacionales sobre la materia (cfr., Durán, M., 2020, Nociones para la interpretación y delimitación del nuevo delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte, v. 27, p. 1). Si bien, en un inicio, el Proyecto de Ley apuntaba a modificar la tipificación del delito de tortura y elevar sustancialmente su penalidad, durante la tramitación, el Ejecutivo presentó una indicación para incorporar el artículo 150 D subrayando que *“es pertinente fijar una regla residual que permita al intérprete entender que aquellos casos en que no hay una entidad suficiente de lesión respecto a la integridad moral del sujeto, lo que entonces puede haber es otro trato cruel, inhumano o degradante. Lo anterior, agregó, permite cerrar el círculo de afectaciones a la integridad moral”* (Historia de la Ley N° 20.968, p. 190).

16. Que la norma impugnada fue introducida en Segundo Trámite Constitucional, mediante una indicación cuyo objetivo era *“evitar que alguien pudiera pensar que producto de esta nueva legislación estamos derogando las normas que se aplican hoy día en casos de tortura y, como consecuencia de ello, en virtud del principio in dubio pro reo, alguna persona condenada por este delito solicitara la revisión de su condena”* (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.698. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Discusión en Sala, pp. 237 y ss.).

Con lo dicho queda de manifiesto que la Ley N° 20.968 no tuvo como objetivo despenalizar las antiguas figuras por medio de las cuales se castigaban los casos de tortura o de apremios ilegítimos, sino todo lo contrario. En tal contexto, el artículo transitorio impugnado se introduce para evitar que se argumentara por los previamente condenados que los cambios de ubicación de los delitos o la agregación de otros nuevos significaba una despenalización o tratamiento más benigno que ameritara la revisión de las condenas.

VI. NO SE CONFIGURAN LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES DENUNCIADAS

17. Que si la reforma de la Ley N° 20.968 no exime a los apremios ilegítimos de toda pena ni le aplica una menos rigurosa, no estaríamos en presencia de una ley más favorable, de modo tal que la aplicación preteractiva de la Ley N° 19.567 que introdujo el antiguo artículo 150 A del Código Penal, exigida por la disposición transitoria impugnada, no se traduce en una infracción al artículo 19 N° 3 inciso octavo, sino que, por el contrario, cumple estrictamente con el mandato de la disposición constitucional. Por otra parte, si hipotéticamente se estimare que la reforma de la Ley N° 20.968 establece consecuencias jurídico-penales más beneficiosas para el reo -cuestión que el requirente no ha alegado- dado que no se excluye la aplicación del artículo 18 del Código Penal, de igual manera el juez de fondo no se encuentra impedido de aplicar la ley posterior más favorable.

Vale decir, no se verifica la infracción constitucional denunciada, no hay impedimento para la aplicación de la ley penal más favorable, ya de forma



preteractiva ya de forma retroactiva. Y todo lo anterior, razonando sobre la Ley N° 20.968, que es aquella cuya vigencia y aplicabilidad está supeditada por su artículo transitorio, porque si se trata de la aplicación retroactiva de la Ley N° 21.560, ni siquiera hay que detenerse en el artículo cuestionado, que por lo demás no alude a dicho cuerpo legal, sino que basta con aplicar directamente el artículo 18 del Código Penal.

18. Que no negamos que el mandato de aplicar una ley penal posterior más favorable se impone constitucionalmente. Como vimos, a esta conclusión se arriba no sólo de la interpretación que esta Magistratura ha hecho del artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Carta Fundamental, sino que también por aplicación de los principios de proporcionalidad y no discriminación arbitraria y por mandato de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile. Sin embargo, y como se tuvo la oportunidad de analizar latamente, el precepto impugnado no envuelve el conflicto de constitucionalidad planteado en el requerimiento.

19. Que esta Magistratura ha sostenido que la determinación de qué ley es más favorable al imputado corresponde al juez del fondo, pero no es menos cierto que el control que nos corresponde efectuar exige que el resultado inconstitucional denunciado sea uno concreto y cierto, no hipotético o eventual. Por ello es que se permite a una de las salas de esta Magistratura declarar inadmisibles un requerimiento *“Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”* y de ahí que se haya señalado que una acción de esta naturaleza no puede prosperar si la inaplicabilidad del precepto impugnado no tiene los efectos que se atribuyen en el libelo (en este sentido, resoluciones de inadmisibilidad roles 2083, cc. 9 y 10, entre otras), tal como ocurre en este caso, pues lo cierto es que la inaplicabilidad del artículo transitorio no impedirá la aplicación ni de la Ley N° 20.968 ni de la Ley N° 21.560, pues no se coartan las facultades conferidas por el artículo 18 del Código Penal que permite aplicar la ley nueva si fuera favorable.

En otros términos, la inaplicabilidad del artículo transitorio de la ley N° 20.968 no tiene ningún efecto útil, pues de igual manera el juez del fondo podría aplicar la ley más favorable, ya de forma retroactiva ya de forma preteractiva, de acuerdo con las facultades que le confiere el artículo 18 del Código Penal.

20. Que, para efectos de ejercer un control concreto de constitucionalidad, esta Magistratura puede y debe verificar la corrección de las alegaciones de derecho formuladas. Así lo exige la máxima *iura novit curia* en un Tribunal de derecho como lo es el Tribunal Constitucional. En la especie, se desprende con nitidez un error normativo en el requerimiento que sostiene su premisa, también errónea, consistente en que el artículo transitorio de la Ley N° 20.968 impediría la aplicación de la Ley N° 21.560. Como tal aserto se descarta con la simple lectura del precepto cuestionado, no estamos en presencia de un genuino conflicto constitucional de normas de derecho intertemporal, debiendo ser resuelta las alegaciones de favorabilidad de la ley por el juez del fondo, de acuerdo con sus facultades que le son privativas y que expresamente le son reconocidas por el precepto cuestionado.

21. Que, por los motivos expuestos precedentemente, el requerimiento debe ser íntegramente rechazado, y así se declarará.



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 DEDUCIDO. OFÍCIESE.**
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUERENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

1°. Que, estuvimos por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido en contra del artículo transitorio de la Ley N° 20.968, por cuanto su aplicación, en la gestión pendiente, puede resultar contraria al artículo 19 N° 3° inciso octavo de la Constitución, esto es, al derecho que tiene el acusado a que se le aplique la ley penal más favorable;

2°. Que, ciertamente, es competencia del Juez del Fondo y no de estos Magistrados Constitucionales determinar si, en el caso *sub lite*, corresponde aplicar una ley que sea más favorable que otra, resolviendo cuál de las que se encuentran en esa situación es, efectivamente, la más favorable, todo lo cual -como ha ocurrido en la gestión pendiente- puede ser recurrido al Tribunal Superior para su revisión. Lo que sucede, a nuestro juicio, es que, precisamente, la disposición impugnada impide al Juez efectuar el cotejo completo acerca de cuál es, en la gestión pendiente, dicha ley, entre las que son susceptibles de ser aplicadas y allí radica, exactamente, el resultado contrario a la Carta Fundamental que puede devenir de la aplicación del artículo transitorio de la Ley N° 20.968. En cambio, si se inaplica, el Juez queda en posición de dar cabal cumplimiento a la norma constitucional;

3°. Que, en efecto, el argumento basal del requirente en la gestión pendiente (cuyo examen corresponde también al Juez del Fondo) -en lo que dice relación con esta acción de inaplicabilidad- consiste en que el precepto legal vigente al momento de cometerse la conducta punible es menos favorable que uno dictado con posterioridad por el legislador (fs. 3), atendidos los elementos del tipo diversos exigidos en uno y otro para resolver si ha incurrido o no en la conducta delictiva.

Así, al momento de la perpetración del delito (en abril de 2016) se encontraba vigente el artículo 150 A del Código Penal, agregado por la Ley N° 19.567, de 1998, cuyo inciso primero disponía que “[e]l empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare



o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesorio correspondiente”.

Con posterioridad a los hechos, en noviembre de 2016, se dictó la Ley N° 20.968, cuyo artículo transitorio se impugna, la que sustituyó el artículo 150 A y agregó un nuevo artículo 150 D, conforme a cuyos incisos primero y segundo, “[e]l empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesorio correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado”.

Finalmente, en 2023, se dictó la Ley N° 21.560, al tenor de cuyo artículo 6° N° 2), se reemplazaron los incisos primero y segundo del artículo 150 D por los siguientes:

“El empleado público que, en incumplimiento de los reglamentos respectivos actúe abusando de su cargo o que, en el ejercicio de sus funciones, aplique, ordene o consienta en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen por su gravedad a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesorio correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impida o no haga cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello y estando en posición para hacerlo.

Si la conducta descrita en el inciso precedente se comete en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez, la pena se aumentará en un grado”.;

4°. Que, así las cosas, el requirente sostiene que “[d]ebido a la disposición transitoria de la ley N° 20.968, existe una imposibilidad de aplicar cualquier norma que sea promulgada con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos, lo cual es aplicable incluso si se tratara de una más favorable para mi representado, como lo es el caso del nuevo artículo 150 letra D del Código Penal y su reforma por la Ley N° 21.560, que entró en vigencia el 10 de abril del presente año, en cuya virtud se agregaron más requisitos para la configuración del delito de apremios ilegítimos no constitutivos de tortura; delito similar al tipificado antiguamente en el artículo 150 letra A del Código punitivo” (fs. 4);

5°. Que, tal alegación debe ser examinada y resuelta por el Juez del Fondo, pero de lo que no cabe duda, constitucionalmente hablando, es que, en cualquier caso, si así concurre en la especie, tiene que aplicarse siempre la ley más favorable, lo que, en la gestión pendiente, exige que el Juez dilucide entre los tres estatutos ya referidos. Sin embargo, el precepto legal cuestionado fuerza a aplicar el artículo 150



A del Código Penal, agregado por la Ley N° 19.567, en 1998, impidiendo que se evalúe si alguno de los otros dos tipos penales es más favorable;

6°. Que, en efecto, no es competencia de esta Magistratura, sino del Juez del Fondo, determinar si resulta o no procedente aplicar la regla constitucional de la ley favorable entre la que estaba vigente al momento de ocurrir los hechos, la intermedia y la que se encuentra hoy contenida en la Ley N° 21.560. Si así lo resuelve, entonces, por mandato constitucional debe aplicar aquella que dé eficacia a la disposición constitucional, pero decidir cuál de las preceptivas en juego es la que tiene esa condición también es de su competencia, definiendo el alcance de eventuales efectos derogatorios o de las consecuencias que derivan de las denominadas leyes intermedias. En nada de esto podemos adoptar definiciones, pues todo ello corresponde al Juez del Fondo;

7°. Que, entonces, la cuestión constitucional que debemos dilucidar consiste en determinar si la aplicación del artículo transitorio de la Ley N° 20.968 permite o impide al Juez del Fondo aplicar la ley más favorable, en el evento que así lo determine, pues su aplicación resultaría contraria a la Constitución si obstaculizara o impidiera el ejercicio de aquella competencia judicial, afectándose así el derecho que tiene el acusado a que se reconozca el derecho constitucional que tiene a la ley más favorable;

8°. Que, el precepto legal impugnado contiene tres prescripciones. En la primera, dispone que *“[e]sta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia (...)”*.

La segunda, preceptúa que *“(...) los artículos 150 A, 150 B y 255 del Código Penal continuarán vigentes, sin modificaciones, para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley (...)”*.

Y, la tercera, señala que tal vigencia lo es *“(...) sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del citado Código”*;

9°. Que, es claro, para quienes concurrimos a este voto disidente, entonces, que la primera y tercera de esas reglas son respetuosas de la normativa constitucional, pues sólo se puede castigar por los hechos delictivos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley y no hay duda que debe considerar lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, cuyo inciso primero establece que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración;

10°. Que, sin embargo, la segunda regla contenida en el artículo transitorio impugnado impone que los artículos 150 A -que es el que ha aplicado el Tribunal de Juicio Oral-, 150 B y 255 del Código Penal continuarán vigentes, sin modificaciones, para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, con lo cual, si es que existe una ley más favorable, impide su aplicación, dejando al Juez del Fondo a merced de la prescripción legal y situándolo fuera de la normativa constitucional;

11°. Que, ello es así desde que el artículo 19 N° 3° inciso octavo, al asegurar el derecho a la ley penal más favorable no se reduce, en una comprensión completa o cabal de dicha norma, sólo al caso que la pena posterior sea más benigna, sino que refiere a cualquier elemento del delito que resulte más beneficioso para el acusado,



pues, como señala Enrique Cury, “[u]na nueva ley es más favorable para el imputado no solo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se le juzga, sino también cuando se consagran eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo penal) agregándole exigencias que no concurrieron en la conducta por la cual se lo procesa. En todos estos casos la pena del afectado, en efecto, se excluirá o reducirá indirectamente” (Enrique Cury Urzúa: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Santiago, Ediciones UC, 2020, p. 290);

12°. Que, por las razones expuestas, estuvimos por acoger el requerimiento de fs. 1, pues su aplicación puede resultar contraria al derecho que contempla el artículo 19 N° 3° inciso octavo, conforme al cual debe aplicarse, en materia penal, la ley más favorable, lo que, por aplicación del artículo transitorio de la Ley N° 20.968 no es posible, de concurrir los requisitos que se exigen al efecto, cuya verificación corresponde al Juez del Fondo, ya que dicha preceptiva establece que el artículo 150 A del Código Penal continuará vigente, sin modificaciones, para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en él y perpetrados con anterioridad a la publicación de dicha ley.

Redactó la sentencia la Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta) y la disidencia el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 14.338-23-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor José Ignacio Vásquez Márquez, señor Miguel Ángel Fernández González, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, la Suplente de Ministro señora Natalia Marina Muñoz Chiu, Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete y señor Nelson Roberto Pozo Silva.

Autoriza el Secretario (S) del Tribunal Constitucional, señor Sebastián López Magnasco.



E37800B7-BBFE-453E-89E0-8F05118E690A

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.