0000299
DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE

2024

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 15.057-2023

[25 de julio de 2024]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 449 DEL CÓDIGO PENAL

TERCERA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

EN EL PROCESO RIT N° 363-2023, RUC N° 2100779496-4, SEGUIDO ANTE EL SEXTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL BAJO EL ROL N° 3341-2023-PENAL

VISTOS:

Que, con fecha 26 de diciembre de 2023, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel remite auto motivado solicitando la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 449 del Código Penal, para que ello incida en el proceso Rol N° 3341-2023-Penal, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, con relación a la causa RIT N° 363 2023, RUC N° 2100779496-4, seguida ante el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

Precepto legal cuya aplicación se impugna:

El texto del precepto impugnado dispone lo siguiente:

00000300
TRESCIENTOS

"Código Penal

(…)

Artículo 449.- *Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, 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 mínimum si consta de un solo grado.".

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

Mediante Oficio N°2179-2023, de 26 de diciembre de 2023, la Presidenta Subrogante de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Ministra señora María Teresa Díaz Zamora, remitió auto motivado dictado por la Tercera Sala, integrada por la Ministra señora Sylvia Pizarro Barahona, el Ministro suplente señor René Cerda Espinoza, y el Abogado Integrante señor Francisco Ferrada Culaciati, de 21 de diciembre del mismo año.

Expone que en el proceso penal RUC N° 2100779496-4, RIT N°363–2023, del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, seguido en contra del acusado Brayan Acuña Moreno, se interpuso por su defensa recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el 24 de octubre de 2023, que lo condenó como autor del delito frustrado de robo con intimidación a la pena de trece años de presidio mayor en su grado medio más accesorias legales correspondientes Para la determinación de la pena, se indicó, el Tribunal aplicó lo dispuesto en el artículo 449 del Código Penal.

Agrega el auto motivado que el recurso de nulidad fue interpuesto invocando la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, alegándose que la sentencia habría incurrido en yerro al aplicar, para la determinación de la pena, la regla del artículo 449 del Código Penal, puesto que dicha norma resultaría aplicable únicamente para el caso de un delito consumado, pero no para uno frustrado, como ocurriría en el proceso penal.

El recurso de nulidad interpuesto se encuentra pendiente ante la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel con el Rol de Ingreso N°3341-2023-Penal. En el auto motivado remitido se indica que la norma cuestionada establece un régimen especial en la determinación judicial de la pena para determinados delitos, consistente en un marco rígido en el cual el tribunal debe fijar la cuantía de la sanción. Este sistema excluye la aplicación de las reglas generales previstas en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en particular, aquellas contenidas en el artículo 68 del mismo cuerpo legal, que permiten al sentenciador, de estimarlo en tales términos, rebajar la pena en uno, dos o hasta tres grados cuando concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante.

De este modo, precisan que en el caso concreto, al concurrir respecto del acusado una circunstancia atenuante y una agravante, por aplicación del artículo 449 del Código Penal no pudieron compensarse racionalmente para establecer en forma concreta la sanción de acuerdo con dichas reglas generales, por lo que el tribunal debió imponer una pena cuyo mínimo se elevó de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, lo que, se explica en el auto motivado, devino en una consecuencia gravosa y desproporcionada para el condenado y afecta garantías constitucionales.

En este sentido, argumenta que la aplicación de la regla infringiría la garantía de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones arbitrarias, consagradas en los artículos 1° inciso primero y 19 N°2 de la Constitución, por cuanto se impone al acusado un trato diferenciado carente de justificación razonable y proporcionalidad respecto de condenados por otros delitos en que, indican, procede la compensación racional de circunstancias modificatorias de responsabilidad para determinar la pena aplicable. Anotan como ejemplo una eventual condena por delito de homicidio, de mayor gravedad, en que no existen restricciones para que el tribunal pondere las atenuantes y agravantes concurrentes al momento de fijar la sanción concreta.

Igualmente, refiere vulneración al derecho a un procedimiento justo y racional previsto en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución, por infracción a los principios de idoneidad y proporcionalidad de las penas. La norma cuestionada produciría un efecto excesivo, pues la extensión de la pena que impone dificultaría lograr la finalidad de reinserción social del condenado reconocida en Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, atentando contra su dignidad. Además, la magnitud de la sanción resultante no guardaría equilibro con la gravedad del delito, en grado de frustrado.

Por todo lo anterior, remite auto motivado por el cual requiere a este Tribunal la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 449 del Código Penal a efectos de que ello incida en el proceso causa Rol N° 3341-2023- Penal, de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

0000302
TRESCIENTOS DOS

Tramitación

A fojas 49, en presentación de 3 de enero de 2024, la Defensoría Penal Pública se hizo parte en el proceso de inaplicabilidad en representación del imputado, Sr. Brayan Acuña Moreno.

Derivado el requerimiento a la Segunda Sala, fue acogido a trámite por resolución de 10 de enero de 2024, a fojas 52. Posteriormente, se resolvió su admisibilidad en acuerdo de 1 de febrero del mismo año, a fojas 117, confiriéndose traslados sobre el fondo del asunto a las demás partes de la gestión pendiente invocada y a los órganos constitucionales interesados.

Traslado

A fojas 131, en presentación de 21 de febrero de 2024, el Ministerio Público evacúo traslado y solicitó el rechazo del requerimiento.

Desarrolló que la objeción de constitucionalidad planteada en el auto motivado excedería el mérito de lo discutido en el recurso de nulidad que constituye la gestión pendiente. Explica que lo impugnado en sede penal es un asunto de mera legalidad circunscrito a la procedencia o no de aplicar el artículo 449 del Código Penal para delitos frustrados y no consumados, mientras que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida guarda relación con una crítica genérica y abstracta al sistema de determinación de penas basado en marcos rígidos que contiene la norma, sin hacerse cargo, en concreto, de lo alegado en el recurso de nulidad interpuesto, lo que produce la inadmisibilidad del requerimiento, atendida la naturaleza concreta del examen de inaplicabilidad.

Sin perjuicio de ello, el Ministerio Público agrega que, en el fondo, igualmente, la norma cuestionada no produce efectos inconstitucionales en el caso concreto. El artículo 449 del Código Penal, cuestionado de inaplicabilidad, fue introducido a este cuerpo legal por medio de la Ley N°20.931, de 2016, en el marco de diversas modificaciones destinadas, según consta de su historia fidedigna, a establecer medidas efectivas de prevención general para enfrentar el aumento de los delitos contra la propiedad, de alto impacto social. En ese sentido, el artículo 449 buscó acercar la determinación judicial de la pena a aquella prevista en abstracto por el legislador para esa clase de ilícitos, restringiendo el efecto de circunstancias modificatorias de responsabilidad que pudieran distorsionarla. En consecuencia, agrega el Ministerio Público, al tener un objetivo claro, legítimo y razonable, no se evidencian fines o medios discriminatorios o reparos de constitucionalidad.

Añade que el sistema de determinación de penas en base a marcos rígidos no constituye una particularidad aislada o arbitraria que pueda alegarse exclusivamente

0000303
TRESCIENTOS TRES

a partir del 449 del Código Penal. Este tipo de reglas se contemplan en otras leyes, como el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito, el artículo 17 B de la Ley N°17.798, sobre Control de Armas, o en los artículos 20 a 26 de la Ley N°20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, por lo que no podría argumentarse una falta de justificación razonable para constituir infracción a la igualdad ante la ley. Así, agrega, lo ha señalado este Tribunal en su jurisprudencia.

A su vez, y con relación a la proporcionalidad de la regla cuestionada, si bien su aplicación puede generar un aumento de la severidad punitiva en comparación al régimen general, expone se deja subsistente un margen relevante de discrecionalidad judicial para ajustar la pena al caso concreto, tomando en cuenta la cantidad y entidad de las circunstancias modificatorias concurrentes, así como la extensión del mal causado. En este sentido, añade que el artículo 449 del Código Penal no determina por sí mismo la cuantía exacta de la pena a imponer, sino que opera dentro del rango legal para el delito respectivo, por lo que no podría constituir un exceso.

Por ello, el Ministerio Público solicitó tener por evacuado el traslado conferido y rechazar en todas sus partes el auto motivado en que se solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 449 del Código Penal.

A fojas 158, con fecha 11 de marzo de 2024, el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y a fojas 63, en comunicación de 18 de enero del mismo año de la Corte de Apelaciones de San Miguel, remitieron copias de las principales de la gestión pendiente.

A fojas 150, en decreto de 8 de marzo de 2024, se dispuso traer los autos en relación.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 11 de junio de 2024 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos de los abogados Sebastián Undurraga del río, por la Defensoría Penal Pública, y de Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa, a fojas 298.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que una Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel requiere la inaplicabilidad del artículo 449 del Código Penal a la gestión pendiente constituida por la causa sobre recurso de nulidad en materia penal Rol 3341, de ese

Tribunal de Alzada, por estimar que la aplicación a la especie del precepto impugnado vulneraría lo prescrito en los artículos 1° inciso 1° y 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que explica el tribunal requirente que conoce de un recurso de nulidad intentado por la defensa, respecto de un fallo condenatorio dictado por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que impuso la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio a un acusado, como autor de un delito de robo con intimidación en grado de frustrado. Refiere luego la Corte los fundamentos del recurso que ante ella pende, consistentes en lo que la defensa estima un error de derecho, pues, dice ésta, la aplicación de la regla de determinación de pena contenida en el artículo 449 del Código Penal solo se debería utilizar respecto de ilícitos consumados.

TERCERO: Que a su vez la Corte, para requerir la inaplicabilidad por la que insta, señala que la aplicación del artículo 449 del Código Penal podría producir una desigualdad en contra del sentenciado, porque le impondría un trato desproporcionado, al excluirlo de la normativa general sobre ponderación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, asignándole una penalidad mayor. Asimismo, entiende que la finalidad de la pena es la resocialización, que se ve dificultada por la extensión de la sanción resultante, y que la proporcionalidad se vería afectada igualmente por no existir justificación idónea para prohibir la compensación racional de agravantes y atenuantes, a lo que cabría añadir la regla del artículo 450, que obliga a castigar como consumado un delito imperfecto.

CUARTO: Que, como primera cuestión a destacar, está la circunstancia de que la competencia de la Corte de Apelaciones está determinada por el tenor del recurso de nulidad pendiente ante ella, y éste, en tanto se afirma en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, no permite al tribunal revisor derivar su fallo a ninguna otra circunstancia. Ha de resolver, pues, cuál es la correcta interpretación del artículo 449 del Código Penal, con relación al 450 del mismo Código, para decidir si el primero es aplicable solo al delito efectivamente consumado, o también al imperfecto como lo estimaron los jueces de instancia y como lo supone el que, en su requerimiento, la Corte diga que el problema de constitucionalidad que cree ver se agrava "por lo dispuesto en el artículo 450 de dicho código, que obliga a castigar como consumado un delito tentado, como es el del presente caso", sin que haya requerido la inaplicabilidad de dicha norma.

QUINTO: Que resulta así paradojal que la Corte reclame la inaplicabilidad del artículo 449 del Código Penal, porque tiene ante sí un problema de legalidad que necesariamente ha de resolver en base a la interpretación de ese preciso artículo, por más que coadyuve también la interpretación que debe dar al artículo 450. Si el artículo 449 se declarara inaplicable, desapareciendo de la gestión pendiente, ocurriría un

0000305
TRESCIENTOS CINCO

fenómeno de suyo curioso, porque la Corte se quedaría sin norma para resolver el recurso y, a su turno, como el fallo de instancia ya está dictado y no es la gestión pendiente, la decisión de inaplicabilidad no le afectaría. ¿Cómo podría la Corte de Apelaciones decidir si el Tribunal Oral, en un ejercicio de mera legalidad, aplicó bien, o aplicó mal, un artículo que ella misma habría obtenido que desapareciera de su posibilidad de análisis? ¿Y cómo podría, entonces, resolver el recurso de nulidad? Esta sola consideración basta para desechar la pretensión, porque el tribunal revisor no puede ver suprimida la norma cuya interpretación -asunto netamente de legalidad, insistamos- tiene que dirimir, para poder cumplir con el ineludible deber de fallar el recurso de nulidad sin desviarse del motivo invocado.

SEXTO: Que, a todo evento, aún si no se concordare en lo anterior, no existen los problemas de constitucionalidad que la Corte de Apelaciones cree ver, en la aplicación al caso sublite del artículo 449 del Código Penal. En efecto, ya se dijo en nuestra sentencia recaída en el rol 5016, como en muchas otras, que la igualdad ante la ley debe valorarse comparando situaciones análogas, y se vulnerará en la medida en que se establezcan, en esos casos, diferencias que no respondan a parámetros objetivos y ajustados a la razón. Pues bien, la regla que se quiere ahora impugnar consagra, en sus dos numerales, fórmulas objetivas y generales aplicables a todos los sujetos que respecto de todos los delitos a que se refiere la norma, tengan las calidades de participación punible que la ley general establece y, para el caso del numeral 2°, tengan además la calidad de reincidentes. La Corte quiere comparar esta regla con las que rigen para otros ilícitos, como el homicidio, que cita como ejemplo, pero ello lleva a desconocer que el legislador puede modificar regulaciones para algunos tipos penales en base a decisiones de política criminal, de modo que puede aumentar determinadas penas, suprimir otras, como las sustitutivas, establecer para éstas requisitos especiales o modificar (como aquí lo hizo) las reglas de determinación de las sanciones, en tanto lo haga en virtud de razones que legitimen su política, y legitimar no quiere decir que deba convencer a todos, pues se puede discrepar de normas legítimas. Al Tribunal Constitucional no le compete determinar si comparte o no los criterios legislativos, o las razones de los legisladores, sino solo establecer si existen y si son criterios objetivos y ajustados a la razón. Que son objetivos es indudable, porque se trata de reglas especiales pero aplicables a todos los casos que se enmarquen en ciertos parámetros jurídicos prestablecidos, claros y normativos, como lo son la naturaleza de los ilícitos a que se aplica la regla y la existencia de una agravante de reincidencia.

SÉPTIMO: Que los criterios legislativos que sustentan la norma impugnada, respecto del ilícito que ahora interesa (robo con intimidación), son racionales, puesto que se trata de una infracción pluriofensiva de alta peligrosidad, de común ocurrencia y que genera justificada alarma en la población. Es razonable que el legislador quiera

utilizar con mayor fuerza el arma penal contra este tipo de delito, más allá de si convenimos o no en la eficacia o conveniencia de la fórmula adoptada. Ahora, en cuanto a la reincidencia y su efecto en la determinación de la pena, nuestro fallo antes citado destaca cómo el trato legislativo que se da a esta circunstancia en la norma impugnada es más moderado que el de alguna legislación de países democráticos (considerando décimo quinto de la sentencia rol 5016) y si bien eso no garantiza por sí solo la racionalidad de la medida, sí da cuenta de una tendencia extendida de endurecer la respuesta penal en esos casos. Añadamos que aquí se trata de reincidencia en un delito grave, como ya dijimos, y no podremos sino concluir que la disposición no es arbitraria, irracional ni desproporcionada. No puede seguirse el criterio de comparar todos los tipos penales entre sí -y su tratamiento punitivo- sin más, pues de seguro encontraremos muchos desbalances, como en efecto los hay, pero ello configurará un atentado a la proporcionalidad solo si resultan agravarse penas sin racionalidad, sin relación con verdaderos peligros para bienes jurídicos relevantes, penalizando en exceso delitos de bagatela o generando diferencias tales, que ni la frecuencia de comisión ni la alarma pública puedan explicarlas. Nada de ello ocurre en este caso, respecto del robo con intimidación.

OCTAVO: Que no es tampoco efectivo que el legislador, con las reglas impugnadas, intervenga en áreas que deban quedar reservadas al juez; la ley siempre fija un marco objetivo al juzgador: establece un máximo y un mínimo para las sanciones y entrega reglas para la determinación exacta del quántum que, solo parcial y residualmente, dejan una cierta libertad al juzgador, siempre dentro de esos marcos legales. No es distinto el caso del artículo 449 en examen, que en su primer numeral solo impide moverse fuera de los límites de la pena abstracta, pero deja al juez la determinación precisa de la cuantía y la libre valoración y peso de las circunstancias modificatorias. En verdad es una regla que hace excepción a las generales que también guían al juez y respecto de las cuales también se podría predicar que lo limitan. El numeral segundo excluye el grado mínimo, con lo cual de nuevo se mantiene en el ámbito del marco general, propio del legislador, estableciendo simplemente un efecto distinto para una agravante, que se torna así especial, en el caso de este delito.

NOVENO: Que tampoco cabe concordar en que con esta normativa se infrinja un supuesto deber de asignar a las penas una finalidad resocializadora. Ante todo, el derecho positivo no ha resuelto el antiguo debate doctrinario acerca de cuál deba ser la finalidad de la pena. Tampoco lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que solo señala una finalidad "esencial", que no excluye otras, que a todo evento debe tener preeminencia en la etapa misma de ejecución, y que, por lo demás, de excluir otras finalidades ni siquiera se condeciría con la existencia de penas de presidio perpetuo que, sin embargo, existen no solo en nuestra legislación sino en otras de países democráticos. Adicionalmente, la asociación que la Corte de

Apelaciones quiere hacer entre resocialización y penas breves, o relativamente leves, tampoco se justifica. Precisamente los delitos más graves tienen asignadas penas más altas tanto por una razón de retribución, como por razones de prevención general y especial, y con relación a esta última porque los que cometen esos ilícitos -tanto más si son reincidentes- demuestran necesitar medidas de resocialización más intensas y que por lo general tomarán mucho más tiempo, para aspirar a ser efectivas. Ahora, si lo que se quiere decir es que el sistema carcelario nacional no favorece la resocialización, sino que, al contrario, la perjudica, la crítica se refiere entonces no a la norma que se ataca, sino precisamente a la política penitenciaria. De confundir las cosas, toda pena privativa de libertad resultaría inconstitucional, por las condiciones deplorables en que se cumple. Parece claro que lo que ocurre es que son esas condiciones las que pueden afectar garantías constitucionales, y por ende ellas son las que pueden ser atacadas mediante acciones de amparo de derechos, ajenas a esta Magistratura, pero no se sigue de allí que la norma que establece la pena, o la que regula su cuantía, sea inconstitucional o produzca, en la gestión pendiente, efectos tales.

DÉCIMO: Que en suma, la aplicación del artículo 449 del Código Penal a la gestión pendiente resulta imprescindible para que el recurso de nulidad pueda resolverse y, a todo evento, esa aplicación no vulnera ni la dignidad humana, que ni siquiera se comprende por qué resultaría afectada por la aplicación efectiva de una pena (presidio) contemplada en el catálogo penal, común a prácticamente todas –sino a todas- las legislaciones de las democracias occidentales y cuyas condiciones de ejecución deben ajustarse a los parámetros legales y constitucionales, sin que pueda trasladarse el problema de las deficiencias penitenciarias a esta sede, en que se debate únicamente la confrontación normativa entre una regla de orden legal (y su aplicación a un caso concreto) y las de naturaleza constitucional.

UNDÉCIMO: Que tampoco, por las razones ya expuestas, se afecta el principio de igualdad ante la ley, resguardado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, ni las garantías de acceso a la justicia ni a la tutela judicial efectiva, que no guardan ninguna relación con este caso, sobre todo porque el legislador no se ha inmiscuido en el juzgamiento de un caso, sino que solo ha regulado el marco general que siempre tiene que entregar, para que el juez efectúe el ejercicio de la determinación de las sanciones en concreto. El procedimiento racional y justo, tanto como el principio de proporcionalidad que accede a esta garantía pero se relaciona también con el principio de igualdad, tampoco están vulnerados, dada la racionalidad y razonabilidad del diseño legislativo, en cuyo mensaje se explicitaron, además, los motivos que llevaron a adoptarlo.

DUODÉCIMO: Que desde luego tampoco se infringe, con la aplicación del precepto impugnado, ninguna de las normas jurídicas de tratados internacionales

0000308
TRESCIENTOS OCHO

que, más que invocados, fueron solo enunciados por la Corte, reglas que desde luego debieron esgrimirse con relación al artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, lo que no se hizo, como tampoco se desarrollaron dichas supuestas vulneraciones, lo que desde ya basta para desechar la acción a esos respectos, aunque de todas formas estos últimos capítulos de colisión normativa no se configuran, pues ningún tratado impide al legislador interno diseñar la política criminal, establecer el marco legal para la determinación de las penas ni agravar éstas para el caso de delitos que amenacen o vulneren bienes jurídicos especialmente relevantes y que se constituyan en infracciones de alarmante habitualidad y peligro para la población. Todo lo que podría restar sería una discrepancia de la Corte requirente con la herramienta legislativa diseñada, pero ello no justifica una declaración de inaplicabilidad, aun si se compartiera tal discrepancia, asunto en el que a este Tribunal no le compete entrar, como ya se advirtió.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93 incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, 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 A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES. OFÍCIESE.**

II. **QUE SE ALZA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

DISIDENCIA

Acordada con el **voto en contra del Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quien estuvo por acoger** el requerimiento deducido respecto del artículo 449 del Código Penal, por las siguientes razones:

1°. Que, en causa Rol 3339-17, nuestra 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

0000309
TRESCIENTOS NUEVE

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"* (No 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 No 23-2015, de 5 de marzo de 2015).

Nótese que, en este caso, ha sido el propio Tribunal encargado de impartir la pronta y cumplida administración de *justicia*, el que ha requerido el presente pronunciamiento de inaplicabilidad.

6°. Que son precisamente dichos aspectos los que resultan cuestionables en la aplicación del precepto al caso concreto de que se trata.

Ello por cuanto previo a la modificación introducida por la Ley N° 20.931, eran los tribunales de justicia los que, a partir de los antecedentes de cada causa, impartían *justicia* dando lo suyo a cada cual, en cada uno de los casos concretos y con un criterio de igualdad proporcional, decidiendo la cuantía de la pena según las circunstancias atenuantes o agravantes que concurriesen y la mayor o menor extensión del mal causado por el delito, hasta poder recorrer y pasar por todos los límites de grados señalados en la ley penal. Ese margen de análisis y ponderación, propio del ejercicio de la función jurisdiccional, ha sido restringido en desmedro del juez el cual pasó de aquella libertad para analizar y valorar las distintas circunstancias del caso, a tener que circunscribirse a los márgenes que han sido establecidos por el legislador, con prescindencia de cualquier consideración particular.

7°. Que, de este modo, la regulación contenida en el artículo 449 del Código Penal limita indebidamente el ejercicio de la potestad para juzgar, que asiste exclusivamente a los tribunales del Poder Judicial, por radicación del artículo 76 de la Constitución. Y a consecuencia de ello se afectan las garantías de un *justo* y *racional* procedimiento que son inherentes al justiciable en los términos que contempla el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental.

La regulación legal impugnada va en desmedro de la aplicación proporcionada de la sanción, en tanto no permite apreciar en toda su extensión las diversas circunstancias que conforme al marco general pueden incidir en la determinación concreta de las penas, obviando el carácter esencialmente particular que tiene, en tanto decisión, la imposición de una pena. O dicho en otros términos, como lo expuso la Corte Suprema al informar el entonces proyecto de ley, la norma

00000311
TRESCIENTOS ONCE

"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".*

8°. Que, además, el cuestionado artículo 449 lesiona la garantía de igualdad ante la ley contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, al entregar un tratamiento particular, diferenciado y carente de fundamentación razonable a cierta categoría de delitos, dentro de los cuales se encuentra aquel que se le imputa al requirente. En efecto, tal como ha sido indicado por esta Magistratura, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes, siendo la razonabilidad el cartabón de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. Pues bien, este último elemento no se advierte en la regulación legal contenida en el artículo 449 del Código Penal y en el particular tratamiento que se entrega a cierto grupo de ilícitos penales.

9°. Que, por último y tal como se dijo a propósito de la disidencia en el ya enunciado Rol 3339-17 el afán de intervenir reglas básicas ante determinados delitos de alto impacto mediático, envuelve el riesgo de politizar la materia o - cuando menos de dar un tratamiento desigual a delitos sustancialmente iguales. Todos los actos punibles, por pertenecer al género de los delitos, independientemente de sus diferencias específicas, deben sujetarse a los mismos. principios generales. Lo anterior por cuanto, sustraer algunos delitos de aquellos postulados fundamentales inherentes al orden común penal, implica introducir a su respecto derogaciones parciales constitutivas de diferencias arbitrarias.

Verificándose dicho escenario en la especie, procedía para el caso concreto y en opinión de este disidente, la inaplicabilidad del precepto objetado, contenido en el artículo 449 del Código Penal.

PREVENCIÓN

Se previene que la Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS concurre a lo decidido en la parte resolutiva de la sentencia y a los considerandos que la fundamentan, con **excepción de los considerandos cuarto y quinto.**

Redactó la sentencia el Ministro señor RAÚL MERA MUÑOZ. La disidencia fue escrita por el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y la prevención por la Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS.

00000312
TRESCIENTOS DOCE

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 15.057-23-INA

Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida
Fecha: 29/07/2024

José Ignacio Vásquez Márquez
Fecha: 01/08/2024

María Pía Silva Gallinato
Fecha: 29/07/2024

Miguel Angel Fernández González
Fecha: 29/07/2024

Raúl Eduardo Mera Muñoz
Fecha: 29/07/2024

Marcela Inés Peredo Rojas
Fecha: 29/07/2024

Alejandra Precht Rorris
Fecha: 01/08/2024

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, señora Catalina Adriana Lagos Tschorne, señora Marcela Inés Peredo Rojas y señora Alejandra Precht Rorris.

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

María Angélica Barriga Meza
Fecha: 02/08/2024

B910163A-D41D-44EE-84CD-D7FDB0132F0A

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.