2022

# REPÚBLICA DE CHILE

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

---

## Sentencia

## Rol 13.103-2022

[17 de agosto de 2022]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 450, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL

JIM JARA MORA

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2001083036-3, RIT N° 92-2021, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SAN ANTONIO, EN CONOCIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA BAJO EL ROL N° 49.322-2021

**VISTOS:**

Que, con fecha 1 de abril de 2022, Jim Jara Mora, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, para que ello incida en el proceso penal RUC N° 2001083036-3, RIT N° 92-2021, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en conocimiento de la Corte Suprema bajo el Rol N° 49.322-2021.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna:**

El texto del precepto impugnado dispone:

***"Código Penal***

*(…)*

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

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

Indica el actor que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, por sentencia de 6 de junio de 2021, lo condenó por delito de robo con violencia en grado

de desarrollo frustrado, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso primero, en relación con los artículos 432 y 439, todos del Código Penal, siéndole atribuida responsabilidad como autor según lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Unido a lo anterior, el Tribunal estimó concurrente la circunstancia atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal y ninguna agravante, siendo rechazadas las alegaciones del Ministerio Público.

Indica el requirente, luego de exponer los principales hitos procesales del proceso penal seguido en su contra, que nació el 30 de noviembre de 2002, por lo que a la fecha de los hechos que le fueron imputados por el delito de robo con intimidación, contaba con 17 años y once meses de edad. Así, al tratarse de alguien mayor de catorce y menor de dieciocho años le era plenamente aplicable el estatuto de responsabilidad penal de los adolescentes contemplado en la Ley N° 20.084.

Señala que, en la determinación de la pena y por aplicación del artículo 450 del Código Penal, fue condenado a cumplir una pena de cuatro años de régimen cerrado con programa de reinserción social, como autor ejecutor de delito frustrado de robo con intimidación.

Luego, en julio de 2021, interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, fundado de forma principal en la causal del artículo 373 letra a), por haberse infringido durante la realización del juicio oral el derecho constitucional a un procedimiento racional y justo, particularmente en su dimensión del derecho a la defensa, y de forma subsidiaria en la causal del artículo 373 letra b), por haber incurrido el Tribunal en una errónea aplicación del derecho en la determinación de la pena, particularmente al aplicar el artículo 450, inciso primero, del Código Penal, cuya inaplicabilidad se solicita.

El recurso de nulidad fue concedido por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, ingresando a la Corte Suprema.

Añade que en febrero de 2022 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio desestimó la solicitud de su defensa respecto a la modificación de la medida cautelar de internación provisoria, con la finalidad de que pudiera cursar estudios superiores.

Refiere que fue condenado por el presunto delito de robo con intimidación y si se considera su penalidad (presidio mayor en sus grados mínimo a máximo) y la etapa de ejecución imperfecta en la que se encuentra -frustrado- se aplicará el artículo 450 del Código Penal, tal como lo hizo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, cuestión que impide mantener la razonabilidad en el marco jurídico aplicable al caso; eleva desproporcionadamente la pena aplicable al caso concreto; obsta a que se acepte una rebaja en la sanción; y por consiguiente, en la especie, se configura un tratamiento legal diferenciado que resulta contrario a la Constitución.

La aplicación en el caso concreto de la disposición legal cuestionada implica una infracción al derecho fundamental de igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación arbitraria por la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y, asimismo, al derecho fundamental a un procedimiento y una investigación racional y justa.

Argumenta que en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se enfatiza como derechos inherentes al adolescente, reforzadamente, su interés superior, participación, el derecho a la no discriminación y al respeto y promoción de

su supervivencia, desarrollo y protección y, en particular, los artículos 3°, 37 y 40, los últimos relativos a la reintegración del adolescente e internación como *ultima ratio*, siempre en el marco del interés superior y derecho a vivir en familia, recordando que en su calidad de menor de edad es un sujeto de especial consideración, disposiciones y principios que se ven afectados en el caso concreto por la aplicación del artículo 450 del Código Penal.

Explica que se infringen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto a la afectación al derecho fundamental a un procedimiento e investigación racionales y justos consagrados en el inciso sexto del artículo 19 N°3 de la Constitución, se produce en razón que la aplicación del precepto cuestionado al caso concreto determina una limitación de la capacidad del juez de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

El artículo 450 del Código Penal altera las normas generales de punibilidad de la tentativa y la frustración establecidas en los artículos 50 y 51 del Código Penal, buscando igualar las penas aplicables a todos los delitos consumados de robo con violencia o intimidación en las personas, robo con sorpresa y robo en lugar habitado, sin tener en consideración el grado de desarrollo del delito o *iter criminis*.

Considerando que las penas establecidas para estos delitos ya poseen una penalidad alta -en referencia a otros delitos que afectan bienes jurídicos más importantes como los delitos contra la vida- parte de la jurisprudencia y doctrina han criticado esta disposición, argumentando que es injustificada e inconveniente.

Señala que, si se analiza el artículo 450 del Código Penal sin considerar el caso particular, se podría deducir que establece una situación que infringe la normativa constitucional. No se considera el principio de tipicidad que consagra la pena más gravosa frente al hecho objetivo que el delito no se consumó, situación que dista de la realidad objetiva, la cual debe ser el ámbito de aplicación del derecho sustantivo por el juez de la causa.

Y, agrega, se ha afirmado que las alteraciones, por regla general, que pueda hacer la ley a la graduación de tentativa y frustración, vulnerarían el principio de proporcionalidad.

Explica que los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo que requiere especial protección en relación con su grado de vulnerabilidad dentro de la sociedad, lo que ha originado una normativa especial en derechos humanos que tiene como finalidad el reforzamiento de los derechos y garantías internacionalmente reconocidos a todas las personas, y atendiendo las características y condiciones diferenciadas y propias a su categoría etaria.

El artículo 10 N° 2 del Código Penal exime de responsabilidad a los menores de 18 años, no obstante reconduce a un sistema penal especializado para adolescente cuyo origen como modificación legal se basó principalmente en que la antigua legislación de menores, en no pocas materias, entraba en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneraban estos cuerpos jurídicos.

Luego de lo anterior, el requirente enuncia los principios rectores que deben ser asegurados en los sistemas de justicia juvenil. A dicho efecto desarrolla los principios de legalidad de la sanción, igualdad de trato y certeza jurídica; justicia y adecuación de la sanción en el caso individua; interés superior del adolescente; contar con tramos de penalidad y criterios flexibles.

Añade que el principio de proporcionalidad en materia de responsabilidad penal adolescente juega un rol fundamental, siendo una de sus dimensiones la necesaria proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito, donde los autores resaltan la importancia de poner un mayor énfasis en la culpabilidad por sobre otros factores, como la gravedad objetiva del delito o la magnitud del daño ocasionado.

Refiere que la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal y sus consecuencias pugnan con los principios que inspiran nuestro régimen de responsabilidad penal adolescente y que encuentran arraigo en normas tanto constitucionales como convencionales.

El legislador ha establecido fines diferenciados y especiales para la pena en materia de responsabilidad penal adolescente, fines que se ven distorsionados por la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en el caso concreto. Explica que su aplicación infringe las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de tal manera que afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad y, en materia de responsabilidad penal adolescente.

Explica que se transgrede el principio del interés superior del adolescente consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso, según el artículo 37 letra b de la Convención, y el principio del fin resocializador de la pena.

La sanción penal que debe imponerse a un adolescente que sea culpable de la realización de un hecho punible se determina por medio de un mecanismo complejo, estructurado en dos etapas sucesivas.

El primero de estos niveles está destinado a establecer la extensión temporal de la sanción penal juvenil que será impuesta y en función de dicha duración y las sanciones penales juveniles aplicables a la infracción cometida, que son de naturaleza considerablemente disímil. El segundo nivel de determinación tiene como propósito establecer cuál es la sanción penal juvenil especifica que se impondrá al condenado, de entre aquellas que resultan aplicables conforme al primer nivel de determinación. Este segundo nivel, está destinado a la fijación de la pena concreta que se impondrá al joven infractor, la que está informada por criterios político-criminales establecidos expresamente en la Ley N° 20.084.

Indica que la determinación de la pena en su segundo nivel impone al juez o tribunal un deber de fundamentación altamente exigente. Desarrolla que si se aplica el artículo 450 del Código Penal, se modifica el tramo de penas posibles a aplicar. El marco penal abstracto del cual partiríamos sería el de presidio menor en su grado máximo, por tanto, de acuerdo a la ley corresponderían las siguientes penas: (i) internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, (ii) libertad asistida en cualquiera de sus formas y (iii) prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Precisa el actor que no es posible señalar que exista proporcionalidad ni razonabilidad cuando la aplicación del artículo 450 del Código Penal nos sitúa en el

tramo del artículo 23 Nº 3 de la Ley Nº 20.084, el cual contempla la sanción más gravosa del estatuto de responsabilidad penal adolescente, que es la de régimen cerrado con programa de reinserción social. Si se aplica a la justicia especializada adolescente una norma de determinación de la pena contemplada en el régimen común —para adultos— en el Código Penal, se termina por tergiversar el especialísimo régimen de sanciones adolescentes, toda vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del adolescente.

Explica que se transgrede dicho principio y los fines resocializadores de la pena referidos a la justicia de infractores adolescentes, pues se trata de una ficción jurídica imposible de comprender para un menor de edad y que no refleja la entidad de la lesividad en relación al grado de desarrollo del delito, por lo que malamente puede ser beneficioso para los intereses del joven y su adecuada reinserción social.

Alega también infracción al principio de igualdad, por estar ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, la que carece de fundamentos razonables y objetivos. Expone que la pena, en materia de responsabilidad penal adolescente, tiene ciertas finalidades especiales y diferenciadas, cuestión que resulta de suma relevancia por cuanto dichas finalidades fijan el estándar de razonabilidad de las diferencias de trato que pueda hacer el legislador. Así, dichas finalidades están establecidas en forma clara en el artículo 20 de la Ley Nº 20.084.

Los principios de proporcionalidad, integración social y la finalidad socioeducativa de la pena, asimismo, se relacionan principalmente con el principio rector que regula esta materia contemplada en el artículo 2 de la ley, esto es, el interés superior del adolescente. En este caso, el juicio de igualdad se relaciona con la aplicación artículo 450 del Código Penal, puesto que el sistema de determinación de la sanción adolescente se aplicará sin tener en consideración las rebajas en grado a las que obligan los artículos 51 y 52 del Código Penal, sancionándolo -a pesar de contar con una ejecución imperfecta- de la manera más gravosa posible.

La diferenciación efectuada por el legislador no posee una base objetiva ni una justificación razonable en el caso concreto. Refiere que el legislador ha establecido una diferencia entre situaciones iguales –afectación al bien jurídico propiedad- respondiendo el más gravoso régimen de determinación de pena a la comisión de delitos que afectan el mismo bien jurídico protegido. Lo anterior configura, explica, una diferencia injustificada de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.

Luego, alega infracción al principio de razonabilidad. La vulneración al estándar de razonabilidad es aún más notoria al tratarse de un imputado adolescente, pues los fundamentos que pudieren haber existido para intensificar la reacción punitiva en la forma en que lo hace el artículo 450 del Código Penal, se vuelven aún más débiles a la vista de los principios especiales que rigen el estatuto de responsabilidad penal adolescente.

También denuncia transgresión al principio de proporcionalidad. La aplicación del artículo 450 del Código Penal, establecido para reforzar la sanción punitiva ante ciertos delitos contra la propiedad en etapa de ejecución imperfecta, se desvirtúa al tratarse de un imputado adolescente, dadas las características particulares que el examen de proporcionalidad debe cumplir en materia de responsabilidad penal adolescente.

Y, también, explica, se vulnera el principio del interés superior del adolescente. La aplicación del artículo 450 del Código Penal, significaría desconocer los principios y fines de la normativa especializada adolescente, y en el caso concreto, significa aplicar una pena privativa de libertad que no se encuentra contemplada en el catálogo de penas que corresponde al grado de desarrollo frustrado del delito, imponiendo la privación de libertad sin justificación alguna en base al principio del interés superior del adolescente.

El legislador jamás contempló el beneficio resocializador y de integración socio educativo de los menores de edad en la ficción del artículo impugnado, sino que, por el contrario, se trata de una norma pensada para adultos y endurecedora de la pena en términos no proporcionales y en evidente pugna con el interés superior del adolescente en su alcance de lograr la integración social como menor de edad infractor de ley.

**Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala con fecha 11 de abril de 2022, a fojas 152, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

Se resolvió la admisibilidad por resolución de la misma Sala de 6 de mayo de 2022, a fojas 164, confiriéndose traslados sobre el fondo del asunto.

**A fojas 173, en presentación de 27 de mayo de 2022, el Ministerio Público evacuó traslado y solicitó el rechazo del requerimiento.**

Indica que el requirente fue acusado como autor de robo con violencia. El juicio oral tuvo lugar ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, que por sentencia de 6 de julio de 2021, impuso al actor la sanción de cuatro años de régimen cerrado con programa de reinserción social, como autor del delito frustrado de robo con intimidación. Contra dicha sentencia la defensa del acusado ejerció un recurso de nulidad que se encuentra pendiente ante la Corte Suprema, apoyado en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Explica que la parte requirente sostiene que la aplicación del precepto objetado provocaría un efecto contrario a los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad, a lo que añade una supuesta infracción a un principio de razonabilidad y al interés superior del adolescente. La norma cuya inaplicabilidad se persigue es el actual inciso primero del artículo 450 del Código Penal, cuyo origen se encuentra ya en la primera mitad del siglo XX, con la Ley N° 5.507, de 9 de noviembre de 1934.

Posteriormente, añade, con la dictación de la denominada Ley de Estados Antisociales, se estableció que la sanción a imponer para los robos y hurtos sería la correspondiente al delito consumado, aunque el grado de ejecución correspondiera a la tentativa o a la frustración.

Así fue que mediante el artículo 51 de la Ley N° 11.625, de 4 de octubre de 1954, se agregó al artículo 450 del Código Penal dos nuevos incisos primero y segundo. El texto actual de la norma cuya inaplicabilidad pretende el requirente, se debe a la modificación introducida al Código Penal por la Ley N° 17.727, de 1972.

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

Esta Magistratura ha revisado en numerosas ocasiones la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, desestimando los requerimientos dirigidos en su contra.

En cuanto a la denuncia de infracción de los principios de igualdad y proporcionalidad, este Tribunal ha razonado que el precepto del artículo 450 del Código Penal, si bien establece una diferencia en el trato que se asigna a los delitos abarcados por la regla, no es arbitraria desde que se apoya en criterios objetivos, persigue una finalidad lícita, y es razonable y proporcional al fin perseguido.

La Corte Suprema, acota el Ministerio Público, también ha desestimado estas alegaciones.

La parte requirente denuncia infringidas diversas disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las que en realidad están enfocadas en el cuestionamiento de la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal en el marco de los procesos seguidos conforme a la Ley N° 20.084. Lo anterior es exactamente lo mismo que se reclama por el recurso de nulidad pendiente como fundamento de una causal del artículo 373 letra b) de Código Procesal Penal, en que se alega como vicio de nulidad una errónea aplicación del derecho que tenga influencia sustancial en lo dispositivo del veredicto.

Luego, lo que ante la Corte Suprema se identifica como errónea aplicación del derecho, en esta sede se invoca como fundamento de la supuesta inaplicabilidad de uno de los preceptos concernidos en una cuestión que es de interpretación en el nivel legal.

Señala que lo buscado es excluir una de las reglas en competencia en el marco de una cuestión sobre la interpretación de diversos preceptos legales, lo que no queda abarcado por este mecanismo de control constitucional, y debe ser resuelta por los sentenciadores del fondo y en este caso por los sentenciadores de nulidad.

Añade el Ministerio Público que nada hay en el artículo 450, inciso primero, del Código Penal, que incida en el aspecto que se pretende incorrectamente resolver en esta sede, esto es, si el precepto es aplicable o no en los procesos seguidos conforme al Código Procesal Penal y la Ley N° 20.084. Los sentenciadores orales sí han hecho aplicación de la legislación especial contenida en la Ley N° 20.084, teniendo entre las opciones de sanción las de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial, inclinándose por aquella finalmente señalada en la sentencia de acuerdo a la justificación dada de conformidad a lo prescrito por el artículo 24 de la ley tantas veces aludida.

**Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 16 de junio de 2022 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos del abogado Sebastián Undurraga del Río,

por la parte requirente, y del abogado Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público, adoptándose acuerdo el día 28 del mismo mes y año, conforme fue certificado por el relator de la causa.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, traídos los autos en relación y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se enuncia:

La Presidenta del Tribunal, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, y los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y RODRIGO PICA FLORES, votaron por acoger la acción deducida.

El Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ, estuvieron por rechazar el requerimiento.

**SEGUNDO:** Que, en esas condiciones, se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quorum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta, de la misma forma, que por mandato del literal g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente de esta Magistratura no dirime un empate, como el ocurrido en el caso *sub-lite*, y, no habiéndose alcanzado la mayoría para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser necesariamente desestimado.

**VOTO POR ACOGER**

**La Presidenta, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, y los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y RODRIGO PICA FLORES, votaron por acoger** el requerimiento, por los fundamentos que a continuación se señalan:

1. **La gestión pendiente invocada y el problema constitucional presentado**

**1°.** Que, el requirente de inaplicabilidad, Jim Jara Mora, enfrentó juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio entre los días 30 de junio y 1 de julio de 2021. Según se tiene de lo transcrito a fojas 4, los hechos que la judicatura penal tuvo por acreditados configurarían el delito de robo con intimidación en grado de desarrollo frustrado, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso primero, en relación con los artículos 432 y 439 del Código Penal, correspondiéndole, estimó el Tribunal, responsabilidad penal como autor al tenor del artículo 15, N° 1 del Código Penal.

Al momento de determinarse la pena concreta que debía recibir el requirente, se constató la circunstancia atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, configurada en el artículo 11, N° 9 del Código Penal,

desestimándose agravantes de responsabilidad. Luego, de acuerdo al delito imputado y su grado de desarrollo, el requirente explica que le fue aplicado lo dispuesto en el artículo 450 del Código Penal, siendo condenado a la pena de cuatro años de régimen cerrado con programa de reinserción social.

En contra de dicha sentencia su defensa interpuso recurso de nulidad alegando la causal del artículo 373, literal a), del Código Procesal Penal, por haberse infringido durante la realización del juicio oral el derecho constitucional a un procedimiento racional y justo, particularmente en su dimensión del derecho a la defensa y, de manera subsidiaria, la causal del literal b), por haber incurrido el Tribunal en errónea aplicación del derecho en la determinación de la pena respecto a lo dispuesto en el artículo 450, inciso primero, del Código Penal, y que corresponde al precepto cuya inaplicabilidad se solicita a esta Magistratura.

Según se infiere de la resolución que acogió a tramitación el libelo de inaplicabilidad, a fojas 152, se dispuso la suspensión de la gestión pendiente invocada, encontrándose, por tanto, pendiente la decisión relativa al recurso de nulidad interpuesto para ante la Corte Suprema.

El requirente desarrolla que la aplicación concreta de esta regla del Código Penal contraviene la Constitución en sus artículos 1° y 19 numerales 2° y 3°, inciso sexto; los artículos 2.1, 15 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 1.1, 9 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los artículos 3.1, 37 literal b), 40.1 y 40.3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niños. Explica que el precepto requerido de inaplicabilidad "*infringe las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de tal manera que afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad y, en materia de responsabilidad penal adolescente, además el principio del interés superior del adolescente consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso artículo 37 letra b de la Convención y el principio del fin resocializador de la pena*" (fojas 27).

**2°.** Que, el conflicto que se somete a decisión de esta Magistratura se vincula no sólo con la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en determinados delitos, sino que, en particular, respecto de un requirente que **era menor de dieciocho años a la época de cometer el ilícito** por el cual fue acusado y condenado. Por ello, su enjuiciamiento, siguiendo lo previsto en el artículo 10, N°2 del Código Penal, se realizó bajo las reglas especiales contempladas en la Ley N° 20.084, que conforme a un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la norma penal.

Según se desarrolló en la parte expositiva de la presente sentencia, el artículo 450 del Código Penal eleva la sanción que se otorga a diversos tipos penales expresamente descritos en la norma, entendiéndolos, desde la ley, como si fueran consumados para establecer la sanción. Dicha cuestión se problematiza al vincular esta regla con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las categorías de la Ley N° 20.084, cuyo articulado contiene disposiciones especiales para establecer la pena concreta en adolescentes infractores, por lo que, según se analizará, no es posible conciliar constitucionalmente esta aplicación con los fines y objetivos del sistema en que se enjuicia el comportamiento penal en adolescentes.

**3°.** Que, en mérito de lo indicado, el conflicto constitucional se verifica ante la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en un proceso penal seguido contra un adolescente y regido por las reglas y principios de la Ley N° 20.084, de conformidad con lo previsto en el artículo 10, N° 2 del Código Penal y el *corpus iuris* que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exige analizar las particularidades del infractor juvenil al aplicar una sanción. Esto es, se somete al conocimiento y decisión del Tribunal Constitucional por la vía de una acción de inaplicabilidad si, a la luz de los principios de dignidad humana, razonabilidad y proporcionalidad de las penas, igualdad ante la ley e interés superior del adolescente, es constitucionalmente procedente elevar la sanción abstracta a delitos no consumados para sancionarlos como tales en casos en que está involucrada la responsabilidad penal ya no de un adulto, sino que, al contrario, de una persona que contaba entre catorce y dieciochos años al momento de cometer el delito por el cual fue acusado.

Ante tal cuestión constitucional, estimamos que contraría la Constitución la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, a un imputado adolescente en la gestión que se invoca en estos autos. Dicha regla, aplicada al caso concreto, transgrede los principios de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad ante la ley, y el deber de mantener un "sistema especial de enjuiciamiento para adolescentes" que respete las exigencias que pesan sobre el Estado de Chile según diversos instrumentos de Derecho Internacional y desde la propia Constitución.

## 2. El artículo 450, inciso primero, del Código Penal

**4°.** Que, la disposición requerida de inaplicabilidad corresponde al artículo 450 del Código Penal, en su inciso primero. Esta regla, incorporada por el artículo único N° 9 de la Ley N° 17.727, de 27 de septiembre de 1972, determina la elevación de las penas a una serie de figuras penales asociadas a la figura base del robo para que se consideren consumadas aun cuando su grado de desarrollo sea imperfecto según lo prevé en el artículo 7° del Código Penal.

La aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, no modifica el grado de desarrollo de un determinado delito según lo previsto en el anotado artículo 7°, sino que, más bien, altera la forma de establecer la pena según lo que disponen los artículos 50 y siguientes del Código Penal, en que los delitos consumados, frustrados y tentados contemplan diversas sanciones en atención al diverso disvalor que generan, de la misma forma en que se otorgan sanciones diferenciadas para los autores, cómplices y encubridores. Dicha cuestión es relevante puesto que el artículo 450 cambia estas reglas generales y consagra una situación excepcional para modificar la aplicación de penas inferiores para los autores de delitos frustrados o tentados.

Previo a las consideraciones del caso concreto que se presenta a este Tribunal y que son relevantes al tratarse de una acción de inaplicabilidad, es dable advertir, desde ya, que esta modificación legal complejiza que el juez establezca, siguiendo las exigencias de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, la pena idónea que corresponde a una persona luego de un contradictorio regido por el debido proceso. El reproche individualizado que supone la pena como privación de derechos fundamentales debe expresar en todos los casos el cumplimiento del principio de culpabilidad, el que opera como garantía de que cada sanción que se aplica está precedida de un juicio de imputación en que se reprocha un actuar antijurídico en una persona que, siendo imputable, puede ser penada. En un Estado Constitucional de

Derecho no toda pena es válida ni legítima, sino sólo aquella que es proporcional al hecho antijurídico, prevista por una ley vigente y dictada con anterioridad al hecho que se enjuicia; una pena que implica una acción culpable.

Por lo indicado es que en el campo de lo penal la determinación concreta de la pena adquiere particularidades que exigen realizar una delicada intersección entre las disposiciones sustantivas con las normas procesales, pero siempre con guía en lo que prevé la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile según lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

## 3. La culpabilidad y la medida concreta de la pena

**5°.** Que, la pena que el legislador contempla para cada delito expresa una concepción acerca del principio de culpabilidad, el que entrega contenido sustantivo para limitar el *ius puniendi* del Estado, reservándose la actuación penal a las conductas que resultan más lesivas para la vida en sociedad por la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos. La pena, tanto aquella abstracta prevista en la ley como la concreta que se determina por un juez a un específico hecho, es consecuencia de lo anterior. El juez penal, al aplicar sanciones individualizadas conforme el mérito de cada caso y de las circunstancias de una persona imputada, ciñe su actuar a la culpabilidad, lo que pone de relieve la comprensión de las relaciones entre el poder punitivo del Estado y cada persona que enfrenta un proceso penal (Marín Lorenzo, María (2009). *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 30).

**6°.** Que, así, mediante el juicio de culpabilidad una sociedad plasma los criterios que justifican la imposición de una pena concreta a una persona a quien, previamente, se la he imputado una actuación u omisión prevista en la ley que lesiona o pone en peligro un bien jurídico por la cual no cuenta con una causal que justifique su actuar. El juicio de reproche posibilita al juez graduar y ponderar la sanción dadas las características personales del infractor.

La legitimidad en la aplicación de cualquier sanción penal presupone, por lo indicado, la culpabilidad acreditada del autor o la autora. Como principio que estructura el orden constitucional para fundamentar el sistema penal, la imposición de toda pena debe ser formulada a una persona como expresión de un reproche personal o de que el acto pueda ser atribuido como suyo (Frister, Helmut (2017). *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 19).

Por ello, la doctrina penal ha precisado que la aplicación de una sanción individualizada exige verificar las características de la persona que ha cometido la acción antijurídica. Binding, ya a las finales del siglo XIX, identificaba a la culpabilidad como la medida de la pena justa al establecer que en este concepto se expresa la necesidad de establecer sanciones individualizadas (Binding, Karl (2009). *La culpabilidad en Derecho Penal*. Montevideo: B de F, p. 11). Cada sanción debe ser adecuada y proporcional no sólo al hecho ilícito, sino que, también, a las particularidades de la persona imputada, expresión de una culpabilidad que hoy se concibe en términos normativos o de valoración. De esta forma, siguiendo a Reinhard Frank en una teoría que marcó la dogmática penal del siglo XX, la culpabilidad es reprochabilidad: es el análisis concreto de una acción antijurídica en relación a una persona concreta para establecer la pena justa y legítima en atención a sus

circunstancias (Frank, Reinhard (2004). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F., p. 41).

La culpabilidad abarca dos niveles, tanto en el de los fundamentos del Derecho Constitucional y del Derecho Penal al discurrir sobre las condiciones para legitimar la imposición de pena a un individuo concreto, como en el de la dogmática, en tanto se trata de una categoría de la teoría del delito que se vincula con las demás para resolver una serie de problemas relativos a la imputación jurídico-penal (Couso, Jaime (2006). Fundamentos del Derecho Penal de la Culpabilidad. Historia, Teoría y Metodología. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 21).

**7°.** Que, por lo que se viene razonando es que la culpabilidad se vincula con la igualdad ante la ley. No puede efectuarse un tratamiento semejante a situaciones diferenciadas, como sucede, por ejemplo, en la pena que debe imponerse a una persona adulta frente a un adolescente. La igualdad supone una distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición (STC Rol N° 784, c. 19°).

De no respetarse esta necesaria diferenciación que exige la igualdad ante la ley, ello pugnaría con los elementos básicos del principio de culpabilidad, en tanto guía estructural del sistema constitucional para aplicar sanciones, y con la culpabilidad como elemento de la teoría del delito, en que deben analizarse las circunstancias personales del infractor.

**8°.** Que, en el ámbito constitucional la exigencia de culpabilidad para fundar y establecer el reproche individualizado que supone la pena, encuentra sustento en los artículos 1°, 4° y 19 N° 3, inciso séptimo, de la Constitución, al establecer que los principios de dignidad humana, el orden democrático que guía la producción de normas y la proscripción de presunciones de derecho en materia penal, reflejan la necesidad de una conducta exteriorizada que se aleje de las variantes de derecho penal de autor. Ya en el Capítulo I, Título I, artículo 3°, de la Constitución de 1818, se estableció que *"[t]odo hombre se reputa inocente, hasta que legalmente sea declarado culpado"*, marcando un hito que se ha mantenido en nuestra historia constitucional y ha permitido a la doctrina afirmar que el principio de culpabilidad encuentra anclaje directo en la Constitución (Soto Piñeiro, Miguel (1999). "Una jurisprudencia histórica hacia el reconocimiento del "principio de culpabilidad en el Derecho Penal". En *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 3).

La jurisprudencia constitucional ha reafirmado este concepto. La culpabilidad expresa el compromiso de la sociedad con principios esenciales para el Estado Democrático de Derecho como la dignidad, la legalidad, la presunción de inocencia y el humanitarismo tanto en el establecimiento de las penas como en la construcción de un sistema judicial que las aplique (entre otras, STC Roles N°s 2936, c. 9°; 3329, c. 28°; 5782, c. 14°; y 8698, c. 13°).

**9°.** Que, luego, al tenerse a la culpabilidad como la medida de la pena (Cury, Enrique (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica, 9ª Edición, p. 390), es que este concepto se relaciona también con la proporcionalidad, "*actuando en el nivel de producción legislativa como una manifestación específica de la racionalidad decisoria en lo referido al ius puniendi estatal, lo que implica que el legislador debe reservar el recurso al Derecho Penal a aquellas conductas que resulten más dañosas en una sociedad*" (Zúñiga, Yanira (2010). "El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. En *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, p. 261).

**10°.** Que, corolario de lo anterior es que el sistema jurídico debe contar con reglas que permitan aplicar una sanción individualizada que considere las características del caso concreto y de la persona a la que se imputa un hecho ilícito. Ello es exigencia derivada de la culpabilidad, de la igualdad ante la ley y de la proporcionalidad. Verificado el establecimiento de reglas en este sentido, debe resolverse si éstas son adecuadas y necesarias para resolver un caso como que el que se nos presenta, dado que *"[l]a exigencia de mesura en las intervenciones del Estado se encuentra unida a la idea de justicia material y en el mismo fundamento del Estado de Derecho"* (Fernández Cruz, José Ángel (2010). "El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?". En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, p. 54).

El legislador democrático tiene límites en normas constitucionales y desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al reglar espacios como los señalados, cuestión especialmente sensible en el Derecho Penal, en lo que respecta a la forma en que se realiza por el juez el proceso de individualización concreta de la pena. Y si ello es una tarea compleja al normar el proceso para aplicar un reproche individualizado en adultos, al tratarse de adolescentes infractores de ley ello reviste aristas que requieren un análisis mayor, más detallado y que respete garantías especiales y específicas que están presentes en el sistema jurídico chileno pero que, también, deben conectarse con las exigencias del sistema internacional.

## 4. La exigencia de un tratamiento diferenciado para el juzgamiento de adolescentes infractores de ley penal

**11°.** Que, la norma que viene a impugnarse de inaplicabilidad y que corresponde al artículo 450, inciso primero, del Código Penal, debe ser examinada en un contexto sistémico con el que se regula en Chile la infracción penal juvenil. El artículo 10 del Código Penal consagra diversas causales de exención de responsabilidad penal: en su numeral 1° regula la situación de las personas que padecen de un trastorno mental y en su numeral 2° prescribe que *"[l]a responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil"*. Se trata de una regulación inserta en las **causales de inimputabilidad** que integran la categoría de **la culpabilidad**, por lo que deben llenarse de contenido según los principios constitucionales ya indicados.

**12°.** Que, la ley a la cual remite el artículo 10, N° 2 del Código Penal corresponde a la Ley N° 20.084, vigente desde diciembre de 2005. Siguiendo lo dispuesto en su artículo 1°, regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, establece un procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad y la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución.

Esta ley contiene reglas y principios que, en el ámbito al cual está llamada a normar, la infracción penal juvenil, expresa un devenir histórico que buscó dejar atrás, por su incompatibilidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el antiguo sistema tutelar de discernimiento con el que operó previamente, en que el niño, niña o adolescente debía ser protegido por el Estado y no se le reconocía agencia como sujeto de derecho.

Desde su entrada en vigor, en 1875, y hasta el año 1928, la exoneración para niños y niñas era plena hasta los diez años y con juicio de discernimiento entre los diez y dieciséis años, el que se realizaba por el juez a partir de los antecedentes de diversa índole de la persona del infractor. Ello sufrió modificaciones en el año 1928, con la Ley N° 4.447, decidiéndose que el juicio de discernimiento debía realizarse a personas que tenían entre dieciséis y veinte años, época en que el auge del positivismo influyó en la ampliación del rango de edad susceptible de análisis judicial para examinar la imputabilidad y que se expresó en el aumento de la edad en que se debía verificar (Cillero, Miguel (2002). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Tomo I, Libro Primero – Parte General, Artículos 1º al 105*. Politoff, Sergio y Ortiz, Luis (Dir.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 202). Posteriormente, en 1953, con la Ley N° 11.183, se decidió la ausencia de imputabilidad en adolescentes menores de dieciséis años y se derivó a juicio de discernimiento a personas mayores de esa edad y menores de dieciocho años, tratamiento vigente hasta la dictación de la Ley N° 20.084, de 2005.

**13°.** Que, el denominado **"modelo del discernimiento"** o sistema clásico para el tratamiento de las infracciones penales juveniles, vigente en Chile desde la dictación del Código Penal y hasta el año 2005, fue criticado por la imposibilidad de verificación en una temática tan compleja -de valoración y no de constatación- como lo es discernir si el infractor puede o no ser tenido como culpable y en tal mérito, sujeto de reproche (Maldonado, Francisco (2014). "Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes". *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, N° 5, p. 22). A su vez, la ausencia de directrices para el trabajo que realizaba el juez generaba sentencias contradictorias, dando pábulo a la arbitrariedad (Cillero, Miguel (2011). *Código Penal comentado. Parte general*. Couso, Jaime y Hernández, Héctor (Dir.). Santiago: AbeledoPerrot, p. 109).

En el seno del modelo del discernimiento se encontraba la comprensión del rol del Estado respecto de los "menores" de edad, visión tutelar en que, se creía, la conducta anómica debía ser desvirtuada por la vía de "proteger" al niño, niña o adolescente.

Así fue que el denominado sistema de discernimiento fue criticado por la inseguridad jurídica que producía este tipo especial de juicio y la excesiva discrecionalidad que se expresaba en decisiones judiciales desiguales (Cillero, Miguel (2011) *op. cit.,* p. 204).

**14°.** Que, fue necesario, por lo mismo, desarrollar en Chile una forma especial para apreciar la culpabilidad del adolescente con base en considerarlo responsable como toda persona, cuestión inherente a la dignidad humana, puesto que "*ningún deber de protección o pretensión educativa de las personas menores de edad puede significar su consideración o transformación en "sujetos diferentes, no personas*", porque ello vulneraría la Constitución, convirtiéndose la minoría de edad en fuente de estigmatización y al menor en un "*objeto de tutela del Estado*" (Cillero, Miguel (2011) *op. cit.,* p. 204).

Se reconoció la necesidad de diferenciar el juzgamiento de adolescentes respecto de los adultos, entregando, a través de la Ley N° 20.084, un tratamiento alejado del sistema tutelar del Código Penal de 1874, en que originalmente se fijaba la capacidad en los diez años con un sistema de verificación de discernimiento por el juez a través de un modelo que daba cuenta de la **"*imputabilidad disminuida*"** de la

persona menor de dieciocho años, si así era constatado (Maldonado, Francisco (2014) *op. cit.,* p. 27).

**15°**. Que, por lo indicado es que la Ley N° 20.084 se tiene como un hito significativo en el Derecho Penal chileno. El artículo 10 del Código Penal fue modificado para institucionalizar la necesidad de contar con un sistema especializado en el juzgamiento penal de adolescentes, reformulando en nuestro sistema legal el derecho penal de la culpabilidad en este ámbito (Cillero, Miguel (2011) *op. cit.,* p. 202).

La imposibilidad de aplicar sanciones penales a la persona menor de catorce años y el tratamiento bajo un régimen diferenciado a quienes superan esa edad y no alcanzan la adultez se tuvo como expresión del reconocimiento a su desarrollo progresivo, con lo que se les reconoce agencia como personas adolescentes. La adjudicación de una pena menos rigurosa emana de una consideración global de las características que tiene el autor o la autora con edad entre catorce y dieciocho años y no en un déficit en sus capacidades de reacción que incidan negativamente en el merecimiento concreto que detenta respecto de la sanción (Maldonado, Francisco (2014) *op. cit.,* p. 28). Por su parte, a los niños y niñas bajo los catorce años el sistema penal asumió la imposibilidad de aplicarles sanciones penales, consecuencia del cumplimiento de la obligación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño en orden a establecer una edad mínima de capacidad para infringir las leyes penales, según lo previsto en su artículo 40.3, literal a), en tanto "*[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;"*.

**16°**. Que, al modificar el artículo 10 del Código Penal para introducir la Ley N° 20.084, el legislador consideró al adolescente como sujeto responsable y los posibles niveles de respuestas que, dadas sus características de desarrollo y formación, es posible esperar. Es un análisis que se aleja de variantes de corte naturalista para examinar la sistemática en el juzgamiento penal del adolescente, desarrollando criterios normativos desde la capacidad de exigibilidad y de respuesta del sujeto en relación con el hecho realizado y no desde su personalidad o circunstancias generales de vida (Cillero, Miguel (2011), *op. cit.,* p .208).

Este devenir del Derecho Penal juvenil permite apreciar que el legislador chileno desarrolló una nueva sistemática para el tratamiento de las infracciones penales por adolescentes, requerimiento que expresa lo previsto en el artículo 5° de la Constitución y que se vincula al cumplimiento de las exigencias derivadas de Tratados Internacionales respecto de la situación niños, niñas y adolescentes y, en particular, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

## 5. La determinación de sanciones en el Derecho Penal juvenil chileno

**17°.** Que, el sistema que consagra la Ley N° 20.084 confiere relevancia a la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del delito, y entrega parámetros para que el juez determine la pena concreta conforme los fines de "*reinserción social*" y de "*proporcionalidad con las circunstancias*" *del adolescente*". En las "*reglas de*

*determinación de la naturaleza de la pena"* del artículo 23 la ley asigna diversos tramos en que las sanciones privativas de libertad están reservadas sólo a las penas de crimen. Luego, la determinación de la gravedad relativa del delito para establecer el tramo de la escala que debe ser escogido por el juez depende de la pena que la ley penal común ha asignado al respectivo delito y los aumentos o eventuales rebajas según las reglas generales, aplicándose una rebaja en un grado de penalidad (artículo 21). Así, el establecimiento del tramo de gravedad y su respectivo rango de sanciones alternativas corresponde a la primera fase para establecer la sanción en adolescentes. El sistema determina las alternativas de que dispone el tribunal con estricto apego a criterios de proporcionalidad vinculados con la gravedad del delito. (Couso, Jaime (2019). *Determinación y revisión de sanciones penales de adolescentes en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 48-49).

Establecido el tramo de gravedad que circunscribe las posibilidades de actuación del tribunal penal, en la segunda fase de determinación de sanciones el sentenciador debe escoger dentro de lo previsto en la ley considerando la situación particular del adolescente. Como ha precisado la doctrina, "*toda consideración relativa a las necesidades de reinserción social del adolescente, y otras que atiendan a la exigencia (de la Convención sobre Derechos del Niño) de que la sanción guarde proporción también con las circunstancias del adolescente, no tiene lugar en el sistema chileno sino después de que ya se ha definido el tramo de gravedad que circunscribe las posibilidades del tribunal, señalándole estrictamente qué sanciones puede escoger"* (Couso, Jaime (2019), *op. cit.,* p. 49).

El artículo 24 de la Ley N° 20.084 desarrolla los *"[c]riterios de determinación de la pena"*. Junto a la gravedad del ilícito, la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, la edad del adolescente, la extensión del mal causado con la ejecución del delito y la idoneidad de la sanción para "*fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social",* el literal b) del anotado artículo es claro en desarrollar como criterio tanto la calidad en que el adolescente participó en el hecho, como "*el grado de ejecución de la infracción*".

**18°.** Que, así, este Tribunal en STC Rol N° 786-06, c. 23°, conociendo de una requerimiento de inconstitucionalidad a un proyecto de ley que modificaba la Ley N° 20.084, razonó que "*los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes*", agregando que el sistema penal juvenil está basado en el respeto a los derechos del adolescente y de su interés superior (c. 27°) y, siguiendo lo dispuesto en el artículo 37, letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 5° de la Constitución, la privación de libertad de los adolescentes no puede ser ilegal o arbitraria, debe operar como último recurso y por el tiempo más breve posible (c. 28°). Si bien se reconoció la amplia facultad del legislador para el establecimiento de la política criminal, el Tribunal Constitucional fue claro en reafirmar que es tarea de esta Magistratura, asentado lo anterior, "*cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícito y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto"* a efectos de "*dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano*" (c. 30°).

**19°.** Que, si bien la doctrina ha realzado aspectos pendientes de definición, como la forma en que se establece la concreción de la proporcionalidad de la infracción con las circunstancias del adolescente (Couso, Jaime (2019), *op. cit.,* pp. 50-51) o las problemáticas derivadas de la fase de ejecución de las sanciones (Castro, Álvaro (2021). "La especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina". *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* N° 86, pp. 251-289), es tarea de la judicatura penal ordinaria, a la luz de las normas internacionales y del derecho doméstico ya reseñadas, cumplir adecuadamente con los fines y principios del sistema penal juvenil al adoptar sanciones individualizadas. A vía ejemplar, la remisión y ámbito de extensión que efectúa el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 20.084, al Código Penal para que éste sea aplicado en lo "*no previsto por ella*", debe dilucidarse siguiendo las orientaciones señaladas desde la Constitución y el Derechos Internacional que, sobre estas materias, ha asentado principios y criterios rectores comenzando por el interés superior del adolescente, la privación de libertad como *ultima ratio* y el respeto a los principios de igualdad ante la ley, culpabilidad, proporcionalidad y debido proceso que exigen reconocer al infractor como agente y, en cuanto tal, sujeto de derechos.

## 6. La inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en un proceso penal seguido contra una persona adolescente

**20°.** Que, esta Magistratura ha desestimado en diversas oportunidades impugnaciones al artículo 450, inciso primero, del Código Penal. A través de las STC Roles N°s 787/ 797/ 825/ 829/ 1276/ 5016, se han rechazado acciones de inaplicabilidad haciendo un lato análisis tanto a la historia fidedigna de su establecimiento como a la vinculación de esta regla con el deber de deferencia al legislador (STC Rol N° 5016, c. 31°), y el respeto al principio de proporcionalidad, razonando desde el bien jurídico protegido en los ilícitos que ven alterada la determinación concreta de la pena al establecerlos como consumados (c. 32°). Se ha fallado que la norma persigue una finalidad lícita que "*se ajusta plenamente al orden constitucional presentando una debida razonabilidad que justifica adecuadamente los términos en que ella fue aprobada y revisada por el legislador*" (c. 33°).

La anotada jurisprudencia es conteste con la comprensión del rol que ostenta el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, el que puede adoptar "*patrones en la búsqueda del marco penal más adecuado al delito*" (STC Rol N° 8792, c. 37°).

**21°.** Que, el caso concreto en el cual se enmarca el requerimiento de la presente causa genera importantes diferencias por los precedentes de rechazo a las impugnaciones al artículo 450, inciso primero, del Código Penal. El requirente es un imputado adolescente y, como tal, su enjuiciamiento se ha regido por las reglas especiales de la Ley N° 20.084, en consonancia con el artículo 10, N° 2 del Código Penal y los principios y reglas que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permean la exigencia de un tratamiento especializado y diferenciado a los adultos. No es racionalmente plausible relacionar o equiparar al adolescente imputado de delito respecto de otro grupo que corresponde a las personas imputables por mayoría de edad, sujetas a la legislación penal común.

**22°.** Que, por lo anterior, el caso que se presenta a resolución de esta Magistratura contiene un delimitado y claro conflicto constitucional. No se está en presencia de un problema de legalidad de resorte exclusivo en su resolución por las vías recursivas que el Código Procesal Penal confiere al efecto. Se ha hecho aplicación de un precepto legal que, estimamos, genera resultados contrarios a la Constitución.

Según se tiene de los antecedentes acompañados al requerimiento, en la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio de 6 de julio de 2021, se aplicó la disposición cuestionada al requirente. Se lee a fojas 89 que *"[e]n el caso del delito del presente juicio existe una norma específica, el referido artículo 450, el que precisamente establece una disposición que prevé que los delitos que contempla esa norma desde que se encuentren en grado de tentativa, han de penarse como consumados. Por consiguiente, encontrándose los grados imperfectos, tanto de tentativa como de frustración referidos a esta clase de delitos, especialmente castigados por el legislador y, en atención a lo estatuido por el señalado artículo 55, no rige el artículo 51, siendo improcedente la rebaja en grado, debiendo imponerse el artículo 450 del código de castigo, norma que por ser especial prevalece sobre la regla general del artículo 51, por lo que no habrá de bajarse la pena en grado, castigándose el robo del presente juicio como consumado".*

**23°.** Que, como razonó este Tribunal en la STC Rol N° 8792, c. 62°, la aplicación de un determinado precepto legal, en este caso el artículo 450 del Código Penal, en su inciso primero, *"genera un efecto más perjudicial para la persona que está siendo juzgada en sede penal"*. Así, "*con ocasión de esa interpretación constitucional se declara la inaplicabilidad de un precepto legal que "resulte contrario a la Constitución" (numeral 6° del artículo 93 de la Constitución)".*

Conociendo una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad este Tribunal debe verificar si, en un determinado caso concreto seguido ante un tribunal ordinario o especial, la aplicación de un precepto legal puede llegar a producir resultados contrarios a la Constitución. No se realiza un examen abstracto de constitucionalidad de la disposición cuestionada. Como se ha fallado, *"[e]s posible que la norma jurídica, estimada en su generalidad, no se contradiga con la carta fundamental, pero una circunstancia diversa y peculiar del caso provoque, al aplicársele el precepto legal, un resultado inconstitucional"* (STC Rol N° 549, c. 17°).

Por la vía de una declaración de inaplicabilidad este Tribunal no resuelve las cuestiones relacionadas con la imputación penal dirigida al requirente, dado que la subsunción de las circunstancias de hecho del caso particular a una norma es labor propia de los jueces penales competentes a la luz de la acusación presentada contra el actor y luego del desarrollo de un contradictorio regido por el debido proceso. En seguida, accionar de inaplicabilidad no es una vía idónea para revertir efectos de actos procesales que pudieran generar agravio a un interviniente o necesiten ser declarados nulos.

Al resolver sobre la inaplicabilidad de un precepto legal este Tribunal no está determinando su sentido y alcance para que sea –por esa vía– sea correctamente interpretado por los jueces llamados a resolver el conflicto de fondo. La exigencia en sede de admisibilidad de que la impugnación sea decisiva para resolver el asunto se vincula estrechamente con lo anterior, en tanto, de no mediar una declaración de inaplicabilidad, se producirá un resultado contrario a la Constitución. Y es esta última cuestión la que debe ser analizada por el Tribunal en el presente caso y, de ser necesario, evitarse por la inaplicación de un precepto legal.

**24°.** Que, la igualdad ante la ley exige analizar la forma en que las diferenciaciones operan bajo la garantía fundamental. La primera justificación de una diferencia debería basarse en una cierta oposición relacional, vale decir, si algo es igual o desigual en relación con otro derecho. Como recordó la STC Rol N° 8792, c. 45°, deben distinguirse diversas situaciones:

*"En primer lugar, está la "igualdad en la generalidad de la ley" como una extensión natural de la "igualdad ante la ley". En este tipo de casos, la ley es la regla espacial que determina el universo del caso. No necesita nada desde la Constitución. Ninguna diferencia ni criterio que justifique tratamientos distintos. Aquí el juez opera de modo binario: interpreta los hechos conforme a la norma para incluirlo o excluirlo. Esta explicación, inmediatamente, implica negar que nos encontremos frente a un caso de igualdad ante la generalidad de la ley, puesto que aquí la ley misma es el problema.*

*CUADRAGESIMOSEXTO.- El segundo modo de manifestación de la igualdad es la "igual aplicación judicial de la ley". Esto implica vincular el artículo 19, numeral 2°, en relación con el artículo 19, numeral 3°, inciso primero 1°, de la Constitución en cuanto exige "la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos".*

*Aquí nos encontramos frente a casos que implican una interpretación singular de una norma general que afecta la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos -tutela judicial efectiva- o el debido proceso al interior de un proceso judicial. Por ende, nuevamente lo buscado es la protección que la propia ley brinda en su ámbito normativo pero que por deficiente interpretación cercena la garantía jurisdiccional dentro de un proceso o que le impide acceder al mismo.*

*(…)*

*CUADRAGESIMOSÉPTIMO.-La tercera manifestación de la igualdad es "la igualdad en la ley" como un derecho a un trato normativo diferenciado, motivado y razonable la que se deriva del mandato que indica que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (inciso final del numeral 2°, del artículo 19 de la Constitución). De un modo distinto a los dos enfoques anteriores, aquí se trata de una igualdad que no pone a la ley como la medida de las cosas, sino que la cuestiona a la luz de la Constitución, sea porque debió igualar, sea porque debió diferenciar".*

**25°.** Que, así, el tratamiento punitivo a las personas condenadas por alguno de los delitos contemplados en el artículo 450, inciso primero del Código Penal, es un punto de partida para analizar la disposición. Por ello, frente a la comisión de un ilícito de aquellos previstos en la disposición, la sanción penal que ésta dispone debe ser la misma para todas las personas. La jurisprudencia de este Tribunal, como se ha mencionado, ha señalado que en los casos en que los imputados han sido personas mayores de edad la aplicación de la norma es constitucional y se enmarca en los fines que persigue el legislador al elevar la punibilidad desde la comisión imperfecta de ciertos delitos en atención a su disvalor y afectación a bienes jurídicos pluriofensivos, como sucede en los robos calificados, el robo con violencia e intimidación en las personas y en el robo con fuerza en las cosas.

Ello da cuenta, al razonar sobre su constitucionalidad, que la norma estaría justificada en los fines que persigue. Se sitúa en el plano de la política criminal del legislador.

No obstante, como se ha señalado, este caso es particularmente distinto. El precepto legal es cuestionado porque debieron diferenciarse situaciones y circunstancias concretas muy distintas. No es constitucionalmente permisible la equiparación, en sus consecuencias, en el juzgamiento de adultos respecto de adolescentes infractores de ley penal. Esta última cuestión ha de regirse por fines y principios especialmente previstos en la Ley N° 20.084 y que se vinculan con los deberes que pesan sobre el Estado de Chile desde la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siguiendo lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

**26°.** Que, el *corpus iuris* que proviene del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, unido a las normas de legislación doméstica como la citada ley, establecen el derecho de los adolescentes a un juzgamiento diferenciado en relación al régimen penal de adultos. Esta diferenciación debe cumplirse para dar operatividad a la garantía que exige una diferenciación de situaciones que no pueden ser homologables, como ha previsto la Convención Americana sobre Derechos Humanos al disponer en su artículo 5.5 que *"[c]uando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento"* y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al normar en su artículo 10.2.b), que *"[l]os menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento",* añadiéndose en su numeral 3 que los adolescentes deben estar "*separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica"* y en el artículo 14.4 el deber de asegurar que en "*el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social"*.

En consecuencia, hay obligaciones que pesan sobre el Estado de Chile en orden a realizar un tratamiento diferenciado en el juzgamiento penal de adolescentes frente a las personas adultas, lo que se expresa en la configuración de un sistema especial "*adecuado a su edad y condición jurídica*" para estimular su readaptación social, lo que se enlaza con los fines y objetivos de la Ley N° 20.084. Dicho deber del Estado se manifiesta, consecuencialmente, en un derecho de los adolescentes a ser juzgados por un sistema que respete estos principios y fines especiales.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño por su parte concretiza estos deberes tanto de especialización y diferenciación en el juzgamiento de adolescentes, como en la necesidad de estructurar un sistema jurídico que propenda a su reinserción social. En su artículo 40.1 se dispone lo siguiente: *"[l]os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"*.

Por su lado, el artículo 40.3 de la citada Convención reafirma el deber de establecer sistemas diferenciados de juzgamiento, en tanto *"[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se*

*alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes".*

**27°.** Que, como se enunció precedentemente, si la culpabilidad en adolescentes es distinta a la de adultos, lo que ha llevado a establecer un régimen y estatuto distinto para su juzgamiento, la proporcionalidad en la aplicación de las sanciones debe reconocer esta diferencia. El artículo 10 N° 2 del Código Penal, al derivar a la Ley N° 20.084, concretiza este deber de separación que exige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que debe guiar la forma en que se realiza la aplicación supletoria del Código Penal en lo no previsto por la anotada ley.

La aplicación supletoria, por tanto, debe enmarcarse en todo el cuerpo de normas de derecho internacional y doméstico que exigen un tratamiento diferenciado en esta materia, orientar la aplicación de las sanciones a los fines de reinserción social y asegurar la proporcionalidad de la pena concreta respecto del hecho punible y las circunstancias del autor o autora imputado.

**28°.** Que, con lo anterior no se está señalando que el proceso penal seguido contra el requirente no fue realizado bajo las normas y principios de la Ley N° 20.084. De la lectura de la sentencia que se tiene a fojas 57 y siguientes y, en particular, de la forma en que se estableció la pena concreta al actor, hay un desarrollo pormenorizado de las normas de dicha ley en relación a las disposiciones generales del Código Penal. No obstante, la aplicación efectuada al artículo 450, inciso primero, de dicho cuerpo legal, no se aviene con lo que se viene desarrollando, problema que no es propio únicamente de enmienda por vía recursiva en sede de nulidad penal, sino que, por lo expresado, genera un conflicto constitucional que ameritaría la consecuente declaración de inaplicabilidad.

La determinación de las consecuencias que se siguen luego de la acreditación de un delito, tanto en adolescentes como en adultos, debe respetar los derechos y garantías que consagran la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos reconocidos por Chile, por lo que no es admisible y deviene en inconstitucional en el caso concreto la aplicación del artículo 450, inciso primero, del Código Penal. No es una regla que, siendo parte de la política criminal del legislador, esté expresamente orientada a adolescentes por las gravosas consecuencias penales que genera al levar la punibilidad a delitos no consumados para que éstos sean sancionados como tales.

La regla cuestionada ha resultado decisiva en la resolución de la gestión seguida ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio al posibilitar que la primera etapa de determinación concreta de la pena, esto es, la asignada por la ley al delito, sea modificada a través de una regla supletoria del Código Penal que deviene en incompatible con el juzgamiento de adolescentes por la elevación de sanción que genera.

**29°.** Que, junto con afectar la proporcionalidad, la regla en examen no permite un adecuado tratamiento en adolescentes desde la igualdad ante la ley y el juicio de culpabilidad que exige aplicar sanciones que consideren las circunstancias diferenciadas que supone el reproche. Según lo dispone el artículo 37, literal b), de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado de Chile debe propender a que *"[n]ingún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".*

**30°.** Que, por todo lo indicado, estimamos que debe declararse la inaplicabilidad de la disposición cuestionada, dada la afectación concreta que ésta genera en la gestión pendiente invocada.

**31°.** Que, teniendo presente la noción de igualdad ante la ley, tal como ha sucedido en la tradición constitucional europea, este es un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas o, lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación entre las personas o entre las situaciones, y que los contenidos en la misma ley permitan calificar dicha garantía como una no de discriminación ni distinción basada en criterios específicamente prohibidos. Por su parte, la proporcionalidad también debe ser entendida en un sentido que tanto el legislador como el juez se encuentran afectos a ella, conducentes a ser compatibles el fin adecuado de la norma y la protección de los derechos fundamentales, tal como sucede en el presupuesto fáctico de estos autos constitucionales.

**32°.** Que, atendido lo razonado, quienes suscriben este voto por acoger concluyen que la argumentación desplegada y, principalmente, la relativa a la afectación del principio de igualdad y el principio de proporcionalidad desarrollados precedentemente, llevan indefectiblemente a la suscripción de su decisión.

## VOTO POR RECHAZAR

**El Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ, estuvieron por rechazar** la acción deducida a fojas 1, por las siguientes razones:

**1°.** Que, se ha requerido de inaplicabilidad el artículo 450 inciso primero del Código Penal, en virtud del cual "*[l]os delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa*", por cuanto, a juicio de la accionante, "*[l]a aplicación del artículo 450 del Código Penal infringe las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de tal manera que afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad y, en materia de responsabilidad penal adolescente, además el principio del interés superior del adolescente consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso artículo 37 letra b) de la Convención y el principio del fin resocializador de la pena*" (fs. 27);

**2°.** Que, estuvimos por rechazar la acción de inaplicabilidad con base en los precedentes de esta Magistratura, en relación al precepto legal cuestionado, sin que la circunstancia que el requirente, al momento de ocurrir los hechos, fuera adolescente, permita variar esa conclusión.

### I. JURISPRUDENCIA PRECEDENTE

**3°.** Que, esta Magistratura ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del artículo 450 inciso primero del Código Penal, en sede de inaplicabilidad, entre otros, en los Roles N° 787, 797, 825, 829 y 5.016;

**4°.** Que, en los dos primeros, a requerimiento de la Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, se examinó la aplicación del referido artículo 450 inciso primero, en relación al artículo 19 N° 3° de la Constitución, en cuanto consagra los principios de igualdad ante la ley y de reserva legal y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, tratándose -en esos casos- de delitos de robo con intimidación tentado y robo con violencia, también en grado de tentativa.

En ambas sentencias, luego de exponer acerca de la evolución y contexto del precepto impugnado y el tratamiento que le ha dado la doctrina, así como acerca de antecedentes jurisprudenciales tanto de esta Magistratura Constitucional (Roles Nº 530 y 648) como de los Tribunales Superiores de Justicia, se rechazaron esos requerimientos, habida consideración que, por una parte, la aplicación del precepto legal impugnado no vulneraba la igualdad ante la ley, desde que el ámbito de comparación correspondía a las personas "*(…) acusadas de cometer en grado de tentativa o frustración algunos de los tipos señalados en el artículo 450 del Código Penal y no las que han cometido otros ilícitos en etapa imperfecta de desarrollo y que en virtud de ello pueden ser beneficiadas por las rebajas de penas establecidas en los artículos 51 y siguientes del mismo Código (…)*" (c. 20°).

Y, de otra, en cuanto a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, se concluyó que tampoco resultaba vulnerada, pues "*(…) No existe, en consecuencia, un prejuzgamiento respecto del delito y de la pena, sino una consecuencia legal sujeta a la decisión jurisdiccional que debe ser adoptada no sólo en el marco del justo y debido proceso, sino que armonizando "la interpretación de la ley penal con los postulados superiores constitucionales que amparan a todos los ciudadanos", como lo señala un tratadista crítico del precepto impugnado en autos (Carlos Künsemüller: "Culpabilidad y Pena", Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 247)*" (c. 22°).

En fin, igualmente no se verificó vulneración del principio de legalidad en materia penal, puesto que "*(…) El precepto impugnado no incluye un catálogo expreso de las descripciones de las conductas que en él mismo se sancionan, pero sí señala, inequívocamente, su ubicación dentro del mismo cuerpo legal, satisfaciendo así los requisitos que esta misma Magistratura ha sentenciado, en cada caso, sobre las denominadas leyes penales en blanco (…)*" (c. 23°);

**5°.** Que, a su turno, en los Roles N° 825 y 829, también con motivo de requerimientos deducidos por el Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, aparece reiterada la exposición acerca de la evolución y contexto del precepto impugnado y el tratamiento que le ha dado la doctrina, así como los antecedentes jurisprudenciales tanto de esta Magistratura Constitucional como de los Tribunales Superiores de Justicia.

Asimismo, en estas dos sentencias, se volvieron a incluir los fundamentos para estimar que la aplicación del artículo 450 inciso primero del Código Penal no resultaba contraria a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y al principio de legalidad en este ámbito.

Adicionalmente, se avanzó en el examen de la presunta vulneración de la igualdad, pues en estas dos sentencias se expuso que, si bien el legislador *establece una diferencia gravosa* para los responsables de ciertos delitos, "*(…) la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito*" (c. 19°).

Más aún, ambos pronunciamientos explican que esta diferencia persigue una "*(…) finalidad que el legislador puede lícitamente pretender (…)*" (c. 20°) y que constituye un medio *idóneo* para alcanzarla, en cuanto "*(…) para conseguir el abatimiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de ellos de la disminución de las penas que generalmente reconoce a los que quedan en estado de tentativa o frustración. Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos (…)*" (c. 21°), sin que esta Magistratura pueda "*(…) sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue*" (c. 21°).

Por último, se razonó en el sentido que la medida legislativa "*(…) resulta proporcionado al beneficio que se espera obtener con el establecimiento de la diferencia. En la especie, el mayor gravamen consiste en la privación de un beneficio que no está exigido por la Carta Fundamental, sino que es una regla legal general. En virtud de su supresión, los responsables de delitos que hayan quedado en grado de tentados o frustrados recibirán las mismas penas asignadas por la ley a los respectivos delitos, sólo que sin beneficiarse de las disminuciones que la ley asigna, en general, a los responsables de otros delitos no consumados. Imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad*" (c. 22°);

**6°.** Que, finalmente, en el Rol N° 5.016 (donde también se pidió la inaplicabilidad del artículo 449 del mismo Código), esta Magistratura abundó, aun más, en el sustento de la preceptiva contenida en el artículo 450 inciso primero, al comenzar su razonamiento exponiendo que "*(…) resulta de especial importancia destacar que el texto constitucional en vigor asigna con el mayor valor la integridad física y síquica de la persona y su derecho de propiedad, porque como lo expresa el artículo 1° constitucional, la persona y su dignidad está en el centro de los preceptos contenidos en dicho texto. Como ha declarado esta Magistratura la dignidad encuentran en la Constitución una dimensión como principio y también como norma positiva*" (c. 23°).

Por ello, "*(…) el Estado tiene el deber constitucional de estar al servicio de la persona humana y crear las condiciones que le permitan a ella desenvolver su*

*quehacer cotidiano con pleno respeto a los derechos que la Carta Fundamental le asegura, y en ese sentido toda autoridad estatal, entre los que se cuenta el legislador, tiene que adoptar las medidas tendientes a lograr la obligación constitucional señalada*" (c. 24°).

A su turno, se recuerda que el precepto cuestionado fue modificado en 1972 respondiendo a una *política criminal* diseñada para aquellos tiempos y que, en la Ley N° 20.813, en 2015, se confirmó la norma jurídica, eliminando los demás incisos que la integraban con el propósito de armonizarlo con una nueva circunstancia modificatoria de responsabilidad penal (c. 25°).

Así, la sentencia Rol N° 5.016 examinó la alegación de desproporción planteada por el accionante, advirtiendo que su examen "*(…) hace necesario considerar exhaustivamente la importancia constitucional del bien jurídico a proteger, y es el principio de proporcionalidad el que da la respuesta a ello. En los delitos en que la norma jurídica censurada trata como consumado la tentativa y el delito frustrado, el valor de la vida y la integridad física y síquica de las personas está presente en el legislador, y que la comisión del robo con intimidación o con violencia en las personas afecta o daña considerablemente dichos derechos constitucionales, aún en la situación de no agotarse o satisfacerse el tipo penal íntegramente. Lo mismo ocurre en el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación (…)*" (c. 32°), concluyendo que "*[c]onforme a lo anterior, y considerando el bien jurídico protegido y lo expresado en el artículo 1° constitucional en cuanto impone al Estado el deber de dar protección a la población la regla de excepción contemplada en la disposición legal impugnada, referida al desarrollo del delito, se ajusta plenamente al orden constitucional presentando una debida razonabilidad que justifica adecuadamente los términos en que ella fue aprobada y revisada por el legislador*" (c. 33°).

**7°.** Que, en suma, nuestra jurisprudencia precedente ha desestimado las acciones de inaplicabilidad intentadas en contra del artículo 450 inciso primero del Código Penal, sobre la base que constituye una decisión legislativa de política criminal coherente con la Constitución, pues es idónea para la defensa de los valores constitucionales relativos a la vida y la integridad física y síquica, lo que, en virtud del principio de servicialidad, resulta proporcionado, a la par que respetuoso de la reserva legal, configurando una diferencia razonable;

**8°.** Que, los Ministros que concurrimos al rechazo del requerimiento intentado a fs. 1 compartimos la jurisprudencia precedente que hemos extractado, por lo que estimamos que el artículo 450 inciso primero del Código Penal no resulta, en su aplicación a la gestión pendiente que le sirve de base, contrario a la Constitución;

**9°.** Que, sin embargo y como ya anticipamos, esta gestión fuerza a considerar una circunstancia no presente en las causas precedentes, consistente en que el requirente, al momento de los hechos, era adolescente y, por ello, se encontraba sujeto a la preceptiva nacional e internacional especial vigente en la materia, de tal manera que cabe fundamentar porqué esta circunstancia tampoco nos conduce a variar nuestra decisión desestimatoria;

## II. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

**10°.** Que, en efecto, la requirente sostiene, a fs. 27 de estos autos constitucionales, que "*[l]a aplicación del artículo 450 del Código Penal infringe las*

*disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de tal manera que afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad y, en materia de responsabilidad penal adolescente, además el principio del interés superior del adolescente consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los derechos del niño, el principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso artículo 37 letra b de la Convención y el principio del fin resocializador de la pena*".

**11°.** Que, para graficar el planteamiento de inconstitucionalidad, en la acción de inaplicabilidad se contiene un cuadro, a fs. 30 a 33, que permite constatar, según explica la propia requirente, que la aplicación del artículo 450 inciso primero del Código Penal importa un agravamiento de la penalidad en el caso que el grado de ejecución de los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 del Título respectivo de dicho cuerpo legal se encuentren en grado de tentativa o frustrado, sea que se aplique a un adulto o adolescente, por cierto, en el respectivo marco de la normativa general o especial según corresponda. Ese cuadro, asimismo, también sirve para verificar, conforme al planteamiento de la requirente, que siempre la penalidad, en abstracto, en el caso de los adolescentes alcanza un rango menor de sanción que tratándose de los adultos;

### 1. Aplicación por el Juez de Fondo

**12°.** Que, desde esta perspectiva, al examinar la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, el 6 de julio de 2021, que rola a fs. 57 y siguientes de estos autos constitucionales, es posible advertir que se configuró, respecto del requirente, un delito de robo con intimidación, en grado de frustrado, desde que el funcionario de Carabineros que participó en su detención, "*(…) después de ser golpeado en la cabeza por éste con un elemento contundente, logró arrebatarle el bolso negro que portaba, en el que se habían dejado diversas joyas (…)*" (c. 12°);

**13°.** Que, en relación con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, la sentencia dio por establecida la atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, prevista en el artículo 11 N° 9 del Código Penal y desechó dos agravantes. En particular, una de ellas, prevista en el numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 20.084 y, para determinar la pena, el Juez del Fondo estuvo a lo dispuesto en el artículo 436 inciso primero del Código Penal, pero "*(…) Atendido que el sentenciado era menor de edad a la fecha de los hechos, resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 20.084, por lo que tendrá que establecerse la sanción a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente. De esta manera, al bajar en un grado desde el mínimo, queda en presidio menor en su grado máximo (…)*" (c. 16°).

Sin embargo, "*(…) habiéndose determinado que el grado de desarrollo del ilícito corresponde a frustrado, deberá determinarse si, en la especie, corresponde acceder a lo solicitado por la defensa en orden a imponer la pena en grado inmediatamente inferior, conforme lo establece el artículo 51 del Código Penal o si, por el contrario, tendrá que regir lo dispuesto por el artículo 450 inciso primero del mismo cuerpo legal, norma que sanciona como consumados a ciertos delitos contra*

*la propiedad, dentro de los cuales se incluye el robo con intimidación, desde que se encuentre en grado de tentativa. al no existir impedimento al efecto, toda vez que el penado cuenta con sendas anotaciones por condenas impuestas anteriormente Para estos efectos, resulta menester tener presente que el artículo 21 de la citada ley 20084, al referirse a la determinación de las penas, hace aplicables a los menores las reglas del párrafo 4 del título III del Libro I del Código Penal, salvo el artículo 69. Luego, entre las referidas normas se encuentra el artículo 55 de dicho compendio normativo, regla que prescribe que las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes –dentro de los cuales se incluye el artículo 51 mencionado en el párrafo anterior- no tienen lugar cuando el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley. En el caso del delito del presente juicio existe una norma específica, el referido artículo 450, el que precisamente establece una disposición que prevé que los delitos que contempla esa norma desde que se encuentren en grado de tentativa, han de penarse como consumados. Por consiguiente, encontrándose los grados imperfectos, tanto de tentativa como de frustración referidos a esta clase de delitos, especialmente castigados por el legislador y, en atención a lo estatuido por el señalado artículo 55, no rige el artículo 51, siendo improcedente la rebaja en grado, debiendo imponerse el artículo 450 del código de castigo, norma que por ser especial prevalece sobre la regla general del artículo 51, por lo que no habrá de bajarse la pena en grado, castigándose el robo del presente juicio como consumado (…)*" (c. 16°).

De este modo y "*(…) Habiendo establecido que la pena a imponer está en el rango de los tres años y un día a los cinco años, la regla que rige en la especie es la contemplada en el N° 2 del artículo 23 de la Ley 20.084, por lo que "el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial".*

**14°.** Que, en definitiva, para fijar la naturaleza de la sanción, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 20.084, el Tribunal examinó en su fallo seis criterios: Gravedad del ilícito, calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción, la concurrencia de atenuantes o agravantes, la extensión del mal causado, la edad del adolescente infractor y la idoneidad de la sanción.

En cuanto a la edad, *"[s]e debe considerar que el adolescente infractor a la fecha de ocurrencia del delito tenía 17 años encontrándose cercano a cumplir la mayoría de edad, por lo cual, si se sigue la lógica de que, a menor edad existe un menor reproche de culpabilidad, es dentro del propio sistema penal juvenil, que el legislador propone un criterio para definir si la edad en cuestión está dentro de aquella en que se le puede responsabilizar mayormente, dado un mayor juicio de reprochabilidad y cuando no. En efecto, el artículo 18 de la Ley N° 20.084 fijó como límite máximo de las penas privativas de libertad que ellas no pueden exceder los cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad. Por ello, mientras mayor sea la edad del sujeto, entiende el legislador que el reproche penal ha de ser mayor*" (c. 16°).

Y, en fin, respecto de la idoneidad de la sanción "*(…) para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. En este marco se considera que la sanción por la cual se optará, esto es, la internación en régimen cerrado con programa de reinserción*

*social obedece al hecho que en este caso, resulta adecuado aplicar esta sanción excepcional y de última ratio–conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 47 de la Ley 20.084-, ya que sólo ésta asegura el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de la ley N° 20.084, considerando que el penado ya contaba con condenas anteriores por delitos contra la propiedad, habiéndosele impuesto sanciones a cumplir en libertad, sin que ellas lo disuadieran de cometer nuevos ilícitos, máxime si conforme al documento acompañado por el Fiscal, consta que con anterioridad a estos hechos ya había sido formalizado por un delito de la misma especie, habiéndose impuesto la medida cautelar de arresto domiciliario.*

*Por ello, se entiende que la única que resulta ser idónea al efecto, sumado a los demás criterios consistentes en la gravedad del ilícito, la calidad en que intervino el condenado, la extensión del mal causado y su edad cercana a la mayoría de edad a la época de comisión del ilícito, hacen necesaria una privación de su libertad con una mayor intervención, modalidad que en todo caso debe considerar necesariamente la plena garantía de la continuidad de sus estudios, incluyendo su reinserción escolar y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal (…)*".

**15°.** Que, en consecuencia, no resulta efectivo que la aplicación del artículo 450 inciso primero del Código Penal haya conducido a desconocer o ignorar la condición de adolescente del requirente y que se lo haya sustraído de la legislación especial que le es aplicable, pues, al contrario, ese fue precisamente el marco normativo en que el Juez del Fondo resolvió la determinación de la pena a aplicar, teniendo como base de razonamiento lo preceptuado en los artículos 21 y 24 de la Ley N° 20.084, a partir de los cuales se incorpora, para la determinación de la pena, lo dispuesto en el artículo 450 inciso primero del Código Penal.

De esta manera, se tuvo en cuenta *la edad del adolescente infractor* y que, de acuerdo al artículo 18 de aquella ley especial, tratándose de una pena privativa de libertad, no podía exceder los cinco años, si el infractor tiene menos de dieciséis años, o de diez años, si, como en el caso de la gestión pendiente, tiene más de esa edad, así como la idoneidad de la sanción;

## 2. Examen de Constitucionalidad

**16°.** Que, entonces, la aplicación de la norma cuestionada no incurre en las vulneraciones de la Constitución que se sostienen en el requerimiento, desde que no afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad conforme los consagran la Carta Fundamental o, en su caso, la Convención sobre los Derechos del Niño, particularmente, con base en el principio del interés superior del adolescente consagrado en su artículo 3°, del principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso artículo 37 letra b) de la Convención y el principio del fin resocializador de la pena.

**17°.** Que, en efecto, el artículo 450 inciso primero del Código Penal, en su aplicación en la gestión pendiente, incluso considerando que el delito frustrado fue ejecutado por el requirente cuando era adolescente, no resulta contrario a los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad;

**18°.** Que, como lo hemos resuelto en los precedentes extractados, si bien el precepto legal referido importa un agravamiento de la pena, incluso tratándose de un adolescente al momento de la ocurrencia de los hechos, aunque en una extensión menor de la penalidad que la asignada a un adulto, resulta proporcionada y razonable porque corresponde a una medida idónea de política criminal adoptada por el legislador para la consecución de fines legítimos, vinculados con la cautela de la dignidad humana y de valores y derechos que la Constitución asegura, sobre la base de criterios objetivos con que se sanciona una conducta que el infractor ha realizado voluntariamente;

**19°.** Que, desde esta perspectiva, quienes suscribimos este voto estimamos que el pronunciamiento estimativo importa, en este caso y dadas las circunstancias tanto del caso concreto como de la materia sometida a nuestra decisión, avanzar en el ámbito de una determinación de política criminal que, al menos en los términos hasta aquí contenidos en el artículo 450 inciso primero del Código Penal, se sitúa dentro de los contornos definidos por la Constitución como una medida idónea para la consecución de fines legítimos y proporcionada en sentido estricto;

**20°.** Que, finalmente, el precepto legal impugnado no pugna con el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, desde que su aplicación es respetuosa de la Convención sobre los Derechos del Niño, particularmente, en relación con el principio del interés superior del adolescente consagrado en su artículo 3°, del principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso artículo 37 letra b) de la Convención y el principio del fin resocializador de la pena.

**21°.** Que, precisamente, el artículo 37 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación de velar porque "*(…) b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*";

**22°.** Que, desde esta perspectiva, una vez más, estimamos útil acudir a nuestra jurisprudencia, conforme a lo que resolvimos en el Rol N° 786, sobre la base que "*(…) todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del "interés superior" del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley Nº 20.084 y, específicamente, su artículo 2º (…).*

*En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador*" (c. 27° y 28°);

**23°.** Que, en esta perspectiva, es útil considerar que nuestro legislador consideró la privación de libertad como sanción de *última ratio*, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley N° 20.084, recogiendo la preceptiva internacional en la materia, con el límite máximo ya referido en su artículo 18, y exigiendo, en el caso

de la internación en régimen semicerrado, un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre y, tratándose de la internación en régimen cerrado, estableciendo que debe considera, necesariamente, la plena garantía de la continuidad de los estudios básicos, medios y especializados, incluyendo la reinserción escolar, en el caso de haber desertado del sistema escolar formal, y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal, asegurando el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello, al tenor de los artículos 16 y 17 respectivamente;

**24°.** Que, más aún, como se transcribió del pronunciamiento del Juez del Fondo, fue precisamente evaluada la idoneidad de la pena impuesta, sumado a la gravedad del ilícito, la calidad en que intervino el infractor, la extensión del mal causado y su edad cercana a la mayoría de edad a la época de comisión del ilícito, donde la privación de su libertad ha considerado la plena garantía de la continuidad de sus estudios, incluyendo su reinserción escolar y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal.

Así, en el marco de la Ley N° 20.084, las circunstancias del caso concreto, que configura la gestión pendiente, llevaron al Juez del Fondo a aplicar la sanción de *última ratio* contemplada en aquella preceptiva legal, como consta, especialmente, en los considerandos 12°, 14° y 16° que hemos resumido;

**25°.** Que, por los fundamentos expuesto, a partir de la jurisprudencia pronunciada por esta Magistratura, en relación con el artículo 450 inciso primero del Código, y considerando las circunstancias del caso concreto en la gestión pendiente, estuvimos por el rechazo de la acción intentada, al no resultar en su aplicación, contraria a la Constitución.

**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, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA, POR LO CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

Redactaron el voto por acoger el requerimiento el Ministro señor NELSON POZO SILVA, y el voto por rechazarlo el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 13.103-22-INA**

Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida
Fecha: 18/08/2022

Cristián Letelier Aguilar
Fecha: 18/08/2022

Nelson Pozo Silva
Fecha: 17/08/2022

José Ignacio Vásquez Márquez
Fecha: 18/08/2022

María Pía Silva Gallinato
Fecha: 17/08/2022

Miguel Angel Fernández González
Fecha: 18/08/2022

Rodrigo Pica Flores
Fecha: 17/08/2022

Daniela Beatriz Marzi Muñoz
Fecha: 17/08/2022

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, Miguel Ángel Fernández González, Rodrigo Pica Flores y señora Daniela Marzi Muñoz.

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

María Angélica Barriga Meza
Fecha: 18/08/2022

**EE9BBAEB-02BE-438D-B231-D8900AD5BEF6**

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.