

## 9. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### RECURSO DE AMPARO

RECHAZO DE SOLICITUD DE ADECUACIÓN DE LA PENA. APLICACIÓN DE UNA AGRAVANTE ACTUALMENTE DEROGADA. LEY N° 20.931 NO CONSTITUYE UNA LEY QUE EXIMA AL HECHO DELICTIVO DE TODA PENA O IMPONGA EXPRESAMENTE UNA SANCIÓN MENOS RIGUROSA. PRESCINDENCIA DE LA AGRAVANTE ACTUALMENTE DEROGADA, PERO RECONOCIDA, QUE NO TRAE APAREJADA NECESARIAMENTE LA REBAJA DE LA PENA.

### HECHOS

*Se deduce recurso de apelación contra sentencia que rechaza recurso de amparo. Analizado lo expuesto, la Corte rechaza la apelación, confirmando el fallo en alzada.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (rechazado)*

ROL: *97613-2016, de 13 de diciembre de 2016*

PARTES: *“Ariel García Garrido con Jueces del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S.*

### DOCTRINA

*La modificación legal que eliminó la agravante prevista del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, esto es, la ley N° 20.931, no es una ley que exima el hecho delictivo de toda pena o que imponga expresamente una sanción menos rigurosa, de modo que en el presente caso no procede la aplicación de lo previsto en el artículo 18 del Código Penal. A mayor abundamiento, dada la reiteración de los delitos de robo con intimidación por los que fue sancionado el encartado, de conformidad al artículo 351 inciso 1° del Código Procesal Penal, el tribunal se encontraba facultado para aumentar la pena hasta en dos grados y, por otra parte, conforme al artículo 68 inciso 3° del Código Penal, la rebaja en grados al mínimo señalado en la ley es facultativa para el tribunal, según sea el número y entidad de las circunstancias atenuantes concurrentes, razón por la cual el castigo corporal impuesto al amparado se encuentra dentro del rango previsto*

*para el delito de robo con intimidación en carácter de reiterado, de modo que la supresión de la agravante tampoco importa el deber jurídico de disminuir la cuantía de la sanción en el caso concreto y, de esa manera, no puede sostenerse que la mantención del término de privación de libertad fijado en la sentencia condenatoria, sea el resultado de una actuación ilegal, pues los jueces se encontraban legalmente facultados para mantener la pena en la misma extensión temporal (considerandos 1° y 2° de la sentencia de la Corte Suprema)*

*Cita online: CL/JUR/8900/2016*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 21 de la Constitución Política de la República; 18, 68 inciso 3°, 456 bis N° 3 del Código Penal; 1° N° 4 de la ley N° 20.931.*

**CORTE SUPREMA:**

Santiago, trece de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo, además, presente:

1°) Que como ha sostenido esta Corte en los fallos pronunciados en las causas rol N° 88963-16, rol N° 88964-16 y rol N° 94846-16 de 17 –las dos primeras– y 29 de noviembre del año en curso, la modificación legal que eliminó la agravante prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, no es una ley que exima el hecho delictivo de toda pena o que imponga expresamente una sanción menos rigurosa, de modo que en el presente caso no procede la aplicación de lo previsto en el artículo 18 del Código Penal.

2°) Que, a mayor abundamiento, dada la reiteración de los delitos de robo con intimidación por los que fue sancionado el encartado, de conformidad al artículo 351, inciso 1°, del Código Procesal Penal, el tribunal se encontraba facultado para aumentar la pena hasta en dos grados y, por otra parte, conforme al artículo 68, inciso 3°, del Código Penal, la rebaja en grados al mínimo

señalado en la ley es facultativa para el tribunal, según sea el número y entidad de las circunstancias atenuantes concurrentes, por lo que, conforme a lo que se ha venido señalando, el castigo corporal impuesto al amparado se encuentra dentro del rango previsto para el delito de robo con intimidación en carácter de reiterado, de modo que la supresión de la agravante tampoco importa el deber jurídico de disminuir la cuantía de la sanción en el caso concreto y, de esa manera, no puede sostenerse que la mantención del término de privación de libertad fijado en la sentencia condenatoria, sea el resultado de una actuación ilegal, pues los jueces se encontraban legalmente facultados para mantener la pena en la misma extensión temporal.

Y visto, además, lo prescrito en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se confirma la sentencia apelada de uno de diciembre de dos mil dieciséis, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol de Amparo N° 1199-16.

Se previene que la Ministra Sra. Muñoz no comparta el fundamento es-

grimido para confirmar la sentencia en alzada, referido al carácter facultativo de la rebaja prevista en el artículo 68, inciso 3°, del Código Penal, por considerar que en el supuesto regulado por dicha norma, tal reducción es imperativa para el tribunal.

Regístrese y devuélvase.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S.

Rol N° 97613-2016.

SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA PENA LUEGO DE LA  
DEROGACIÓN DE AGRAVANTE APLICADA AL CONDENADO

TOMÁS RAMÍREZ HERMOSILLA  
*Universidad de Chile*

La ley N° 20.931 derogó el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, norma que establecía una agravante especial para los delitos de robo y hurto, consistente en “ser dos o más los malhechores”. Así, como buena parte de la *agenda corta antidelinuencia* (denominación que recibió esta ley), esta derogación generó una serie de problemas en su aplicación, especialmente en cuanto a la retroactividad de ley penal favorable.

La Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema se pronunció al respecto en sentencia rol N° 97613-2016, relativa a un recurso de amparo interpuesto en favor de un condenado a quien se le había aplicado la agravante, y mientras cumplía su condena ésta fue derogada. La Corte, confirmando la sentencia apelada, sostuvo que la modificación legal “no es una ley que exima el hecho delictivo de toda pena o que imponga expresamente una sanción menos rigurosa”, por lo que no corresponde aplicar el artículo 18 del Código Penal.

Llama la atención que la Corte utilice el término “expresamente”, requisito que no está contemplado en la legislación para que opere la retroactividad de la ley menos rigurosa. Esta innovación interpretativa no es justificada por la Sala ni parece tener sustento en el texto legal ni en las normas generales de interpretación del Código Civil, menos aún en los principios del Derecho Penal, especialmente el principio de legalidad.

El requisito adicional impuesto en la sentencia afecta también la interpretación de la Constitución, ya que el artículo 19 N° 3 inciso octavo es más amplio que el Código Penal en su redacción, permitiendo la retroactividad de una nueva ley que “favorezca al afectado”. La Corte tendría que sostener, consecuentemente, que la Constitución se refiere a una ley que “favorezca expresamente al afectado”.

Sin embargo, una ley es menos rigurosa también “cuando suprime agravantes que lo perjudicaban”<sup>1</sup>, o “añad[e] circunstancias atenuantes”<sup>2</sup> (contracara de la derogación de una agravante). La benignidad de la ley debe determinarse “no en abstracto, sino en concreto”<sup>3</sup>, lo que supone para el tribunal que “debe fallar ese caso hipotéticamente con arreglo a las dos leyes cuestionadas, para luego optar por aquella que determine una decisión más favorable”<sup>4</sup>, resultado que parece evidente: el condenado queda en mejor situación para la determinación de la pena de aplicarse la ley N° 20.931.

El problema que genera la ley es a primera vista paradójico, ya que se trata de una normativa destinada a intensificar la persecución y castigo de ciertos delitos contra la propiedad, por lo que derogar una agravante parece contradictorio. El origen de lo anterior es la introducción del artículo 449 bis, que incluye una agravante consistente en que “el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles”, que no alcance a configurar el delito de asociación ilícita.

Durante la tramitación del proyecto de ley se señaló que al incluirse esta nueva circunstancia modificatoria, tendría que derogarse la “pluralidad de malhechores” como agravante, pues ésta estaría contenida en aquélla, postura que fue aceptada por unanimidad. La Corte, para evitar incluir el nuevo requisito del artículo 18 del Código Penal, podría haber sostenido que el desvalor adicional de la agravante se encontraba en una norma que la reemplazaba, cambiando solamente el artículo y su redacción.

Sin embargo, esto no es sostenible. A pesar de las dificultades interpretativas de la nueva agravante del artículo 449 bis y la ya derogada agravante del artículo 456 bis N° 3, parece claro que no son equivalentes, sobre todo teniendo presente la referencia al delito de asociación ilícita. Aun aceptando un lenguaje inexacto, la agravante derogada podría identificarse como el género y, la nueva, una especie: toda agrupación u organización supone ser dos o más personas, pero los términos “agrupación” y “organización” denotan cierta estructura, y se requiere que éstas tengan una finalidad específica, antes de alcanzar una densidad suficiente para ser una asociación ilícita propiamente tal. Determinar el límite entre la agravante y el delito de asociación ilícita será una difícil tarea interpretativa para los tribunales.

---

<sup>1</sup> CURY, Enrique, Derecho Penal (Santiago 2005), p. 229.

<sup>2</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General (Santiago 2003), p. 131.

<sup>3</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte General, tomo I (Santiago 1997), p. 144.

<sup>4</sup> NOVOA, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno Parte General, tomo I (Santiago 2005), p. 187.

Ahora bien, aun teniendo presente que en abstracto es una ley más favorable y que ni la Constitución ni el Código Penal exigen que sea expresamente más benigna, esto no resuelve de inmediato que deba modificarse la sentencia, pues depende del efecto en concreto que tenga haber eliminado la agravante a la hora de calcular el monto de la pena. Si el resultado *pudo* ser el mismo, es decir, si en la determinación de la pena el tribunal podría haber llegado al mismo resultado con o sin la agravante derogada, entonces el juez de fondo sigue actuando dentro del marco que la ley le permite en ambos casos. La nueva no conlleva la aplicación de una pena menos rigurosa si *de haber estado derogada* la agravante el momento del hecho, el sentenciador podría haber impuesto una condena por la misma pena en concreto.

Por ejemplo, cuando se trata de una pena de dos o más grados y concurre una sola agravante sin atenuantes, según el artículo 68 inciso 2° del Código Penal se excluye el grado mínimo, pero en caso de derogarse esa agravante, igualmente el juez puede recorrer la pena en toda su extensión, pudiendo llegar al mismo resultado en concreto con o sin la agravante, por lo que en ambas situaciones (con o sin agravante) el Tribunal actúa dentro del marco que le impone la ley.

Como contracara de la situación anterior, si en otro caso se hubiese aplicado el inciso 4° del artículo 68 del Código Penal, determinando que concurrían dos agravantes y ninguna atenuante, en virtud de lo cual impuso la pena en el grado inmediatamente superior al establecido por la ley, la derogación de una de esas agravantes impide el aumento de un grado. En esta situación la derogación de la agravante obliga a reducir la condena.

La Corte trata este problema en la misma sentencia, ya que sin la agravante podría haberse aplicado el inciso 3° del artículo 68 del Código Penal. Para la mayoría de la sala (Ministros Juica, Künsemüller, Brito y Cisternas), la rebaja de la pena es facultativa, mientras que para el voto de prevención (Ministra Muñoz) la rebaja es imperativa, pudiendo el tribunal escoger cuántos grados baja (uno, dos o tres) según el número y entidad de las atenuantes.

En otra sentencia (rol N° 92784-2016), la Segunda Sala, obviando el problema de si debía o no aplicarse retroactivamente la derogación, se refirió al problema de si la aplicación de la rebaja señalada es facultativa o imperativa. El voto de mayoría (Ministros Srs. Künsemüller y Valderrama, y Abogado Integrante Sr. Pizarro) sostuvo que no es obligatorio rebajar la pena, por lo que aun en el evento de poder aplicarse retroactivamente la ley, no tendría efectos en la determinación de la pena: los jueces de fondo que rechazaron la adecuación de la sentencia actuaron dentro de la legalidad.

Por su parte, el voto de minoría (Ministra Sra. Muñoz y Abogado Integrante Sr. Rodríguez) sostiene que es obligatoria, interpretando de manera conjunta los artículos 66, 67 y 68 del Código Penal, basándose en el informe en derecho: “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de

circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, realizado por el profesor Juan Pablo Mañalich para la Defensoría Penal Pública<sup>5</sup>. Concluyen, para acoger el recurso, que corresponde aplicar retroactivamente la eliminación de la agravante, y que rechazar la modificación de la sentencia pedida por el condenado “conlleva privarlo de una rebaja de la sanción privativa de libertad a que tiene derecho y, de ese modo, extiende ilegalmente su privación de libertad”.

---

<sup>5</sup> Disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf>.