

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El derecho intertemporal penal chileno y el Tribunal Constitucional

The chilean criminal law of intertemporal conflicts and the Constitutional Court

Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Universidad Adolfo Ibáñez, Chile

RESUMEN El artículo examina una sentencia del Tribunal Constitucional chileno relativa al estatus constitucional del principio de *lex mitior* (aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable) en el derecho chileno. El problema examinado consiste en determinar el margen de decisión que deja el legislador a la consagración constitucional de ese principio.

PALABRAS CLAVE Aplicabilidad temporal de la ley penal, principio de *lex mitior* (retroactividad de la ley penal más favorable), principio de legalidad, derecho transitorio, reforma del derecho concursal chileno, Ley 20.720.

ABSTARCT The article examines a judgment of the Chilean Constitutional Court regarding the constitutional status of the *lex mitior*-principle (retrospective application of the milder criminal law). The problem examined is the determination of the margin of legislative discretion left by the constitutional entrenchment of the principle.

KEYWORDS Time and law, *lex mitior* (retrospective application of the milder law), legality, saving provision, reform of chilean bankruptcy law, Act 20.720.

1. Planteamiento

La sentencia 2957-16 del Tribunal Constitucional, del 24 de enero de 2017, se pronunció por segunda vez acerca de la constitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 (publicada en el *Diario Oficial* el 9 de enero de 2014), que establece una regla de derecho transitorio para las normas penales relativas a los delitos concursales, ratificando su posición anterior afirmativa de la constitucionalidad de dicha

regla.¹ La sentencia responde a una opinión de mayoría, redactada por el ministro Gonzalo García Pino y firmada además por el presidente Carlos Carmona Santander, las ministras Marisol Peña Torres y María Luisa Brahm Barril y el ministro Domingo Hernández Emparanza, con una opinión concurrente de los ministros Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez, redactada por el primero. La opinión disidente fue redactada por el ministro Nelson Pozo Silva y firmada además por el ministro Cristián Letelier Aguilar. Las diferencias de opinión entre los miembros del Tribunal Constitucional manifiestan algunas de las dificultades que presenta el tratamiento del derecho intertemporal penal en el nivel del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos. Analizar esas dificultades, comentando críticamente dichas opiniones, es el objetivo de este trabajo.

Con tal finalidad, primero (sección 2.1) describiré los argumentos y posiciones del requirente y el Ministerio Público, así como de los terceros coadyuvantes a la posición del Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento y luego (secciones 2.2 y 2.3) los analizaré críticamente. Posteriormente (sección 3) describiré la opinión de mayoría. Luego analizaré críticamente (sección 4) la opinión concurrente y (sección 5) la opinión disidente. Por último (sección 6), expondré un par de conclusiones.

2. El caso ante el Tribunal Constitucional

2.1. Los argumentos de los intervinientes

El abogado y síndico de quiebras Herman Chadwick Larraín, que actuó como liquidador en el sentido del artículo 114 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, en el marco de un convenio judicial preventivo regido por la Ley 20.073, dedujo ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720² y el artículo 38 de la Ley de Quiebras,³ introducida como Libro IV del Código de Comercio por la Ley

1. La primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia es la 2673-14, del 1 de octubre de 2015. Para un análisis del caso y de la sentencia, véase Bascuñán (2015).

2. «Las disposiciones penales contempladas en la presente ley sólo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII, ambos del Libro IV del Código de Comercio, quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.»

3. «El síndico que se concertare con el deudor, con algún acreedor o tercero para proporcionarle alguna ventaja indebida o para obtenerla para sí, será penado con presidio menor en su grado máximo o presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que hubiere cometido en el desempeño de su cargo tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará esta. Será, además,

20.080, derogado por la Ley 20.720, con el fin de obtener su declaración como inaplicables en la causa penal seguida en el Juzgado de Garantía de Rancagua bajo el RUC 1500166033-8 y el RIT 1651-2015 en relación con su actuación en dicho convenio.

La tesis del requirente consiste en sostener que las nuevas normas penales relativas a los delitos concursales, introducidas en los artículos 463, 463 bis, 463 ter, 463 quáter, 464, 464 bis, 464 ter, 465 y 465 bis del Código Penal, por el artículo 435 de la Ley 20.720, no prevén como hecho punible el concierto del síndico con el deudor, acreedores o terceros para obtener ventajas indebidas para sí, cargo imputado por el Ministerio Público en la causa penal antedicha basado en el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio, vigente al momento de acaecer los hechos imputados. Según el requirente, dada esa despenalización la Ley 20.720 debe ser considerada como ley posterior más favorable y en tal carácter debe ser aplicada con efecto retroactivo conforme al artículo 18, inciso segundo, del Código Penal y el artículo 19 número 3, inciso octavo —originalmente, séptimo—, de la Constitución Política de la República. En la medida en que el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 ordena aplicar las normas penales derogadas por la misma ley a los hechos cometidos antes de su derogación, según el requirente infringiría el artículo 19 número 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República. Del mismo modo, en la medida en que se considere al artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio como norma aplicable al caso en virtud de dicha regla, ella también infringiría ese precepto constitucional. Por tal razón, con el fin de asegurar la absolución por aplicación con efecto retroactivo de los artículos 464 y 464 bis del Código Penal, se requiere la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio y su fundamento de aplicabilidad temporal, el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720.

El Fiscal Regional del Ministerio Público de la Sexta Región, Luis Toledo Ríos, evacuando el traslado conferido por la resolución que declaró admisible el requerimiento, se opuso con un planteamiento inconsistente. Por una parte,⁴ el Ministerio Público sostuvo que no había cuestión constitucionalmente relevante. En tal sentido observó primero que la cuestión de constitucionalidad no se planteaba respecto del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio, sino exclusivamente respecto de su fundamento de aplicabilidad temporal, es decir, el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720. Luego, observó que la correcta interpretación de esa regla de derecho transitorio, que sería la declarada por la sentencia del Tribunal Constitucional 2673-14, lo hace plenamente consistente con el artículo 18 del Código Penal y, por lo mismo, con el artículo 19 número 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República.

castigado con inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo de síndico. [...] La responsabilidad civil del síndico, que alcanzará hasta la culpa levisima, se perseguirá en juicio sumario y sólo una vez presentada la cuenta definitiva.»

4. Contesta un traslado, p. 11-21 (fs. 305-315).

Finalmente, sostuvo que la cuestión de la aplicabilidad o inaplicabilidad por razón de tiempo del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio al caso era una cuestión de rango exclusivamente legal, dependiendo su decisión de la interpretación de las normas penales respectivas, cuestión ajena a la competencia del Tribunal Constitucional.⁵ Por otra parte,⁶ sostuvo que el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio no habría sido alcanzado por la derogación del mencionado libro establecida en el artículo 347 número 20 de la Ley 20.720 atendido a que dicha disposición, así como el artículo 344 de la misma ley, que derogó la Ley 18.175, hacen la salvedad de que la derogación es «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos primero y duodécimo transitorios». Este argumento es inconsistente con el anterior, pues implica atribuir al artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 el carácter de un imperativo absoluto (incondicional) de aplicación del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio a pesar de su derogación, lo cual es precisamente lo que niega la interpretación que de él hace la sentencia del Tribunal Constitucional 2763-14. Finalmente, y también de modo inconsistente con su tesis de la incompetencia del Tribunal Constitucional para resolver cuestiones de derecho intertemporal penal, el Ministerio Público sostiene que los artículos 464 y 464 bis del Código Penal, introducidos por el artículo 345 de la Ley 20.720, no habrían despenalizado el concierto del síndico con el deudor, los acreedores o terceros para obtener ventajas para sí.

El presidente del Consejo de Defensa del Estado (CDE), Juan Ignacio Piña Rochefort, formuló observaciones al requerimiento haciendo suyo como primer argumento la tesis de que el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio no se encontraría derogado por el artículo 347 número 20 de la Ley 20.720. El Consejo de Defensa del Estado describe el efecto combinado de los artículos 347 número 20 y 12 transitorio de la Ley 20.720 como un mero «límite temporal para [la] aplicación» del artículo 38 L-IV Cco que estaría excluido de la derogación del Libro IV del Código de Comercio al igual que las demás normas penales sobre delitos concursales de dicho cuerpo legal. A juicio del Consejo de Defensa del Estado el artículo 12 transitorio:

no puede vulnerar la Constitución, puesto que no plantea límite alguno para la aplicabilidad de la nueva ley si esta fuere más favorable, ni tampoco pretende aplicar norma penal derogada, sino únicamente mantener plenamente vigente la norma subyacente a la labor del síndico de no otorgar ventajas indebidas para los casos en

5. Junto con citar en su apoyo a este respecto la sentencia 2673-14 del Tribunal Constitucional, el Ministerio Público citó la sentencia 1532-09, del 24 de agosto de 2010, cuyo considerando séptimo cita además las sentencias 503-06 (considerando noveno), 513-06 (considerando séptimo), 796-07 (considerando vigésimo séptimo) y 976-07 (considerando decimosexto). Todas esas decisiones declaran que la interpretación del derecho intertemporal —penal o procesal penal— es, en principio, una cuestión de rango legal.

6. Escrito cit. nota 4, p. 21-24 (fs. 315-318).

que se haya utilizado el procedimiento previsto en el Libro IV del Código de Comercio.⁷

Sobre la incorrección de esa interpretación volveré luego (véase más adelante la sección 2.2). Aquí basta con observar que la tesis del Consejo de Defensa del Estado también es inconsistente. Porque el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio siga «plenamente vigente» como norma aplicable a los hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 345 de la Ley 20.720, que introdujo las nuevas normas penales de los delitos concursales en el Código Penal, sólo puede significar que esas nuevas normas no son aplicables con efecto retroactivo a dichos hechos. Luego, el artículo 12 transitorio así entendido necesariamente plantea un límite de aplicabilidad temporal a las normas penales sobre delitos concursales establecidas por la Ley 20.720. El Consejo de Defensa del Estado no puede menos que reconocer esta limitación, pero pretende reformularla como una limitación *ratione materiae*. En su interpretación, la Ley 20.720 habría establecido dos regulaciones paralelas: la antigua que se mantiene para hechos acaecidos y procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de la nueva regulación, y la nueva, que no alcanza esos hechos y procedimientos. Naturalmente, este es el efecto paradigmático de una regla de derecho transitorio que asegura la aplicabilidad de la ley derogada y prohíbe la aplicación con efecto retroactivo de la nueva ley, aunque sea más favorable. Que el Consejo de Defensa del Estado la presente como una regla de aplicabilidad *ratione materiae* se explica como una estrategia argumentativa de encubrimiento del problema que plantea semejante regla frente a un principio de *lex mitior* de rango constitucional. También puede explicarse como un intento de fundamentar una regla de derecho transitorio de esa naturaleza, como luego se dirá (*infra*, sección 2.2). En todo caso, la reformulación del sentido de la regulación no la libera del escrutinio constitucional, como también se dirá más adelante (*infra*, 2.3).

Finalmente, el representante transitorio y provisional de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, Andrés Pennycook Castro, solicitó se tuviera presente sus consideraciones adversas al requerimiento. A primera vista, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento incurre en su presentación en la misma inconsistencia del Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado. Pues por otra parte⁸ sostiene, como el Consejo de Defensa del Estado, que la Ley 20.720 habría establecido dos regulaciones concursales paralelas manteniendo la antigua para los hechos previos a su entrada en vigencia y limitando la aplicabilidad de la nueva regulación a los hechos posteriores y, además,⁹ adhiere, como el Ministerio Público, a la

7. En lo principal: *Formula observaciones al requerimiento de inaplicabilidad*, p. 4 (fs. 323).

8. Escrito cit. nota 7, p. 6-14 (fs. 371-379).

9. En lo principal: *Se tenga presente*, p. 14-22 (fs. 379-387).

interpretación del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 desarrollada en la sentencia del Tribunal Constitucional 2763, que considera redundantes sus efectos en relación con el artículo 18 del Código Penal. Sin embargo, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento no asume la consecuencia del paralelismo de regulaciones aducida por el Consejo de Defensa del Estado, consistente en impedir la aplicación con efecto retroactivo de la nueva regulación aunque sea más favorable. En su lugar, la Superintendencia considera que la aplicabilidad de las normas penales constituye una excepción a ese paralelismo:

Es claro que las actuaciones de los síndicos, Liquidadores o Veedores en los procedimientos concursales deben ajustarse a la ley vigente al inicio del respectivo procedimiento, aunque en materia penal, como es del todo lógico, para calificar un hecho como constitutivo de delito y determinar la pena aplicable, ha de considerarse la regla del artículo 18 del Código Penal, por imperativo constitucional, como lo reitera precisamente, el artículo duodécimo transitorio de la Ley 20.720.¹⁰

Por cierto, considerar al artículo 12 transitorio como redundante respecto del artículo 18 del Código Penal es, en los resultados, enteramente equivalente a declararlo inaplicable por inconstitucional, como pretende el requirente. Pues si la regla no dispone otra cosa que lo dispuesto por el artículo 18, entonces debe aplicarse con efecto retroactivo la nueva regulación penal si es más favorable. La discrepancia de fondo entre la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento y el requirente se refiere precisamente a este punto. La Superintendencia considera que la Ley 20.720 mantiene la punibilidad del concierto entre el administrador del procedimiento concursal y el deudor, los acreedores o terceros para obtener ventajas para sí. Naturalmente, esa discrepancia interpretativa se refiere a normas de rango legal y, por lo tanto, resolverla no es de competencia del Tribunal Constitucional, como lo señala la Superintendencia.

2.2. Apreciación crítica

En un análisis crítico de los argumentos de los intervinientes, lo primero que corresponde es dar la razón al Ministerio Público en un punto. La eventual cuestión de constitucionalidad se plantea en relación con las reglas de aplicabilidad temporal que determinan si los hechos deben quedar sujetos al artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio o a los artículos 464 y 464 bis del Código Penal introducidos por el artículo 345 de la Ley 20.720. Por sí solo, el mencionado artículo 38 no afirma ámbito temporal alguno de aplicabilidad. Por cierto, el legislador podría describir los hechos punibles utilizando criterios cronológicos y, en tal caso, la aplicabilidad tem-

10. Escrito cit. nota 9, p. 9-10 (fs. 374-375).

poral tendría una conexión interna con la aplicación *ratione materiae*. Pero cuando el legislador prescinde de usar criterios descriptivos de esa índole, la aplicabilidad temporal pasa a ser externa a la norma penal y se rige por los criterios de aplicabilidad, ya sean los generales del derecho intertemporal penal o los especiales de algún derecho transitorio. En el caso, se trata del sentido y alcance del derecho transitorio establecido por el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720. Si esa norma de rango legal es interpretada como imperativo categórico (incondicional) de aplicación del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio, incluso después de la entrada en vigencia de la Ley 20.720, ella puede entrar en tensión con un principio de *lex mitior* de rango constitucional. Se entiende que el requirente mencione al citado artículo 38 como objeto de control de constitucionalidad en una consideración de estrategia procesal, pues su pretensión consiste en impedir su aplicación al caso. Pero desde un punto de vista sistemático estricto, que esa norma sea o no aplicable al caso depende del criterio de aplicabilidad temporal que se siga: si el principio de *lex mitior* establecido en el artículo 18 inciso segundo del Código Penal —y entonces sería aplicable al caso la nueva regulación despenalizadora, según el requirente— o el imperativo de aplicación preteractiva de la ley vigente al momento del hecho establecido en el artículo 12 transitorio según el requirente —y entonces sería aplicable el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio al caso—. El genuino objeto de control de constitucionalidad es exclusivamente el derecho transitorio de la Ley 20.720.

Como segundo paso de análisis debe descartarse la tesis del Consejo de Defensa del Estado en el sentido de que las normas penales del Libro IV del Código de Comercio no habrían sido derogadas por el artículo 347 número 20 de la Ley 20.720. Conviene reproducir aquí las disposiciones pertinentes de dicha ley.¹¹

Artículo 344. Derógase la Ley 18.175, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 20 del artículo 347 y en los artículos primero y duodécimo transitorios.

Artículo 347. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código de Comercio: [...]

20. Derógase el Libro IV, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 344 y en los artículos primero y duodécimo transitorios.

Artículo primero [transitorio]. La presente ley entrará en vigencia nueve meses después de su publicación en el *Diario Oficial*, salvo las disposiciones contenidas en el Capítulo IX y la norma del artículo 344, las que se ajustarán a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo tercero transitorio de esta ley.¹² Las quiebras, convenios y

11. El artículo 12 transitorio se encuentra transcrito en la nota 2.

12. El artículo 3 transitorio número 8 de la Ley 20.720 dispone lo siguiente: «Facúltase al Presidente de la República para que, dentro del plazo de seis meses contado desde la fecha de publicación de la presente ley, mediante uno o más decretos con fuerza de ley expedidos por intermedio del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, los que deberán ser también suscritos por el Ministro de Hacienda,

cesiones de bienes en actual tramitación y aquellas que se inicien antes de la entrada en vigencia de la presente ley se registrarán por las disposiciones contenidas en el Libro IV del Código de Comercio.

Como se puede apreciar, el artículo 344 es la norma derogatoria de la Ley 18.715 y el artículo 347 número 20 es la norma derogatoria del Libro IV del Código de Comercio. Los dos cuerpos legales derogados formaban el conjunto la regulación de los procedimientos concursales chilenos, incluyendo las normas penales relativas a los delitos concursales, que correspondían al artículo 38 y al Título XIII del Libro IV del Código de Comercio.

La entrada en vigencia de la norma derogatoria establecida en el artículo 344, así como de las normas del Capítulo IX de la Ley 20.720, quedó sujeta a vacancia legal más allá del plazo general de vacancia legal de nueve meses dispuesto por la primera oración del artículo 1 transitorio, hasta el cumplimiento de las condiciones y plazos establecidos en el numeral 8 del artículo 3 transitorio, esto es, que el Presidente de la República fijase la fecha de expiración de la antigua Superintendencia de Quiebras. Esos requisitos quedaron cabalmente cumplidos el día 1 de octubre de 2014, fecha que correspondió a la expiración del plazo fijado por el artículo 13 del Decreto con Fuerza de Ley número 2, de Economía, de 2014, en relación con el Decreto 48, de Economía.

Aparte de esa particularidad, las dos normas derogatorias mencionadas advierten expresamente que sus efectos derogatorios —los propios de toda derogación expresa conforme al artículo 52 del Código Civil— se producen «sin perjuicio» de lo dispuesto en un artículo transitorio. El artículo 1 transitorio dispone que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.720 «se registrarán por las disposiciones del Libro IV del Código de Comercio». Esta es inequívocamente una regla de derecho transitorio que establece un criterio de aplicabilidad temporal distinto de la regla general del derecho intertemporal procesal chileno, establecida en la primera oración del artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de 7 de octubre de 1861.¹³ Respecto de esos procedimientos, en vez de ser aplicables *in actum* las nuevas reglas de procedimiento, como dispone esa regla general, conforme al derecho transitorio de la Ley 20.720 mantienen su aplicación preteractiva las normas procesales derogadas. No se trata de una excepción a la derogación dispuesta por el artículo 344, sino al derecho intertemporal procesal.

El artículo 12 transitorio dispone que las normas penales del Libro IV del Código

establezca las normas necesarias para regular las siguientes materias: [...] 8. Determinar la fecha de iniciación de actividades de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento contemplándose un período para su implementación, el que no podrá ser inferior a seis meses. Además, determinará la fecha de supresión de la Superintendencia de Quiebras, estableciendo el destino de sus recursos».

13. «Las leyes concernientes a la sustanciación i ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a rejir.»

de Comercio «quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley». La terminología empleada en la redacción de esta disposición —«quedarán vigentes»— pareciera sugerir que se trata de una excepción a los efectos derogatorios del artículo 347 número 20 de la Ley 20.720, esto es, la norma derogatoria del Libro IV del Código de Comercio. Pero eso solo es una apariencia debida a la falta de claridad conceptual y lingüística del legislador para distinguir la vigencia temporal de las normas de su aplicabilidad temporal. La misma falta de claridad afecta al planteamiento del Consejo de Defensa del Estado.

El artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 es una adaptación de la norma de derecho transitorio establecida en el artículo 1 transitorio de la Ley 20.000.¹⁴ Su naturaleza de criterio de aplicabilidad temporal —reconocida por el Consejo de Defensa del Estado para el caso de la Ley 20.000— queda de manifiesto con considerar su propio contexto. La disposición comienza estableciendo un criterio de aplicabilidad temporal para la nueva regulación: ellas «se aplicarán» prospectivamente y no retroactivamente. Luego establece otro criterio de aplicabilidad temporal «en consecuencia» del anterior, asegurando la aplicación de las normas penales derogadas «para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos [...] perpetrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley». Que la disposición diga «quedarán vigentes» para esos efectos no es más que una impropiedad terminológica para referirse a su aplicabilidad a pesar de su derogación. Esa aplicabilidad preteractiva complementa obviamente la inaplicabilidad retroactiva de la nueva regulación, pues de otro modo se produciría un vacío legal.

Naturalmente, si se atribuye a la institución de la derogación expresa un doble efecto de inaplicabilidad ultractiva de la ley derogada, tanto respecto de hechos punibles como de actos judiciales de aplicación posteriores a su derogación, se entiende que se diga del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 que excluye parcialmente los efectos de la derogación expresa del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio. Pero eso no es más que una manera de referirse al mismo fenómeno institucional: a pesar de no tener efectos ultractivos respecto de los *hechos punibles* posteriores a su derogación —esa es la consecuencia inherente a su derogación expresa—, sí tiene efectos ultractivos respecto de los *actos judiciales* posteriores a su derogación que lo

14. «Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la Ley 19.366, el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar y el artículo 193 del Código Aeronáutico continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal». Este origen se encuentra acreditado por la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.720; al respecto, véase Bascuñán (2015: 25-30).

aplican a hechos punibles previos a su derogación. Pero esa es la consecuencia de un criterio de aplicabilidad temporal, el imperativo de aplicación preteractiva de la ley vigente al momento del hecho. No tiene sentido deducir de ello que el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio no fue derogado por el artículo 447 número 20 de la Ley 20.720. Fue derogado expresamente y conservó su aplicabilidad —«vigencia» según la terminología impropia de la Ley 20720— a los hechos previos a su derogación.¹⁵

Mucho más relevante que esta estrategia retórica elusiva del Consejo de Defensa del Estado, es su idea de la inconmensurabilidad entre la antigua y la nueva regulación. Esta es una idea importante, que puede desempeñar un rol crucial como objeción a la procedencia del principio de *lex mitior* en un caso de cambio legal. Transcribo el pasaje:

El requirente olvida que una condición lógica necesaria para la utilización del criterio de favorabilidad que utiliza la Constitución es que ambas leyes que se pretenden contrastar sean aplicables a la situación de hecho, circunstancia que no sucede en la de marras.

En efecto a diferencia de lo que podría sostenerse en materia de la Ley de Drogas [...] la nueva ley y la antigua ley se aplican a situaciones fácticas distintas al tener contextos normativos distintos, propios del cambio de sistema que el legislador estableció. Allí la pregunta es bajo qué ley se sanciona quien trafica cocaína [...], siendo que ambas normas regulan igualmente la situación de hecho. Aquí, el legislador ha cambiado de tal forma el sistema en caso de insolvencia que los elementos normativos de uno y otro contexto no pueden ser asimilados y una ley no puede subsumir la situación de reproche realizado bajo el otro sistema.¹⁶

Detrás de este planteamiento se encuentra la idea —totalmente correcta— de que la aplicación con efecto retroactivo de la ley posterior más favorable exige demostrar que la nueva ley se refiere (o no se refiere, en caso de despenalización) al mismo contenido de injusto abarcado por la ley derogada, ya sea disminuyendo la gravedad de la reacción punitiva o prescindiendo totalmente de ella. Conforme a una distinción formulada por la doctrina alemana de la República de Weimar, para que la nueva

15. Esto no representa mayor novedad si —como considero correcto— se interpreta el inciso primero del artículo 18 de Código Penal como una norma que afirma la aplicación de la ley vigente al momento del hecho y, en consecuencia, prohíbe aplicar con efecto retroactivo la ley que entra en vigencia con posterioridad. Eso es lo que dispone el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 según la sentencia 2763 del Tribunal Constitucional, invirtiendo los términos: prohíbe aplicar con efecto retroactivo la nueva ley y «en consecuencia» ordena aplicar preteractivamente la ley vigente al momento de los hechos. Acerca de la interpretación del artículo 18 del Código Penal como un imperativo de aplicación preteractiva de la ley derogada, véase Bascuñán (2014: 163 y s.).

16. Escrito cit. nota 7, p. 6-7 (fs. 325-326).

ley —penal o extrapenal— sea aplicable con efecto retroactivo como ley más favorable es necesario que el cambio legal represente una variación de la concepción del derecho relativa a un mismo hecho (Mezger, 1921). Cuando el cambio legal se explica en virtud de un cambio de las relaciones fácticas, las nuevas normas no se refieren al mismo hecho que las normas derogadas y, por lo tanto, no se justifica aplicarlas retroactivamente como ley más favorable. Según el Consejo de Defensa del Estado, las diferencias institucionales entre los antiguos y los nuevos procedimientos concursales harían a tal punto inconmensurables las respectivas normas penales que no puede afirmarse continuidad de injusto entre los tipos de las normas penales derogadas y los tipos de las nuevas normas penales.

Es importante explicitar el principio jurídico que subyace a esta idea. El fundamento del principio de *lex mitior* radica en la atribución a la ley posterior al hecho el carácter de una nueva valoración extensible a los hechos pasados, de modo tal que desde un punto de vista institucional la nueva ley no sólo establece la derogación de la ley hasta entonces vigente, sino que además su abolición. El principio de *lex mitior* atribuye en abstracto —es decir, operando en el nivel lingüístico de la subsunción del hecho en el supuesto de hecho de las nuevas normas— al cambio legal favorable un efecto de abolición de la ley preexistente desfavorable. Pero esa atribución abstracta puede resultar político-criminalmente injustificada respecto de un cambio legal concreto si es que existen razones concluyentes que impidan entender a la nueva valoración del hecho también como una nueva valoración de los hechos pasados. O, lo que es lo mismo, que refuten en el nivel sistemático o teleológico la asunción de que la nueva legal valoración del hecho desautoriza la valoración expresada en la ley derogada.

El término de vigencia de las leyes temporales es el caso paradigmático de cambio de valoración del hecho que no es extensible a hechos pasados. Cuando termina la vigencia de la ley temporal se hace aplicable a los hechos que acaezcan en el futuro una valoración menos severa de los hechos que la expresada en la ley temporal. Pero esa nueva valoración no desautoriza la valoración de la ley temporal. Las razones que llevaron al legislador a establecer una ley temporal atribuyen a la comisión de los hechos durante el período de vigencia de la ley temporal merecimiento o necesidad de pena particularmente intensos. Que la comisión de los hechos con posterioridad a ese período no revista la misma intensidad no implica una desautorización de la intensidad del merecimiento o necesidad de pena de los hechos cometidos durante el período. En el ejemplo propuesto por Trine Baumbach (2011: 125-142),¹⁷ el término de un embargo dispuesto por la ONU a la venta de armas a un país condenado internacionalmente no implica desautorizar la valoración del severo merecimiento de pena de la venta efectuada durante dicho embargo con infracción de una norma que

17. Sobre el ejemplo, véase Bascuñán (2015: 20-25 y 52-56).

la sancionaba penalmente. La derogación de esa norma penal posterior al término del embargo no impide, por lo tanto, su aplicación a dicha venta: aunque la venta de armas a ese país haya dejado de ser punible, la venta efectuada bajo el embargo mantiene su merecimiento de pena. El hecho cometido antes y después no es el mismo hecho desde el punto de vista de su valoración jurídica. Por esa razón no hay un cambio de concepción del derecho respecto de la venta de armas bajo un embargo.

¿Es la nueva regulación de los delitos concursales inconmensurable con la regulación derogada? El Consejo de Defensa del Estado afirma la inconmensurabilidad basado en la sola razón de la diferencia de contextos institucionales correlativos a los elementos normativos del tipo de unos y otros delitos. Así, en la regulación derogada se trataba de delitos cometidos por el deudor comerciante, el síndico o el interventor en procedimientos de quiebra o convenio judicial preventivo. En la nueva regulación, en cambio, se trata de delitos cometidos por la empresa, el liquidador o el veedor en procedimientos de liquidación o reorganización. Estas diferencias contextuales son innegables, pero la propia Ley 20.720 refuta su consideración como contextos institucionales incomensurables. Sus artículos 346 a 402, especialmente este último,¹⁸ declaran la completa equivalencia entre las instituciones concursales —los procedimientos y los agentes— de la antigua y nueva regulación. Demás está decirlo, esta conmensurabilidad queda demostrada categóricamente por el hecho de que el artículo 12 transitorio autorice la aplicación con efecto retroactivo de las nuevas «normas relativas a la pena».

La conmensurabilidad entre ambas regulaciones elimina la objeción abstracta contra la aplicación con efecto retroactivo de los nuevos artículos 463 a 464 ter del Código Penal al caso. Por ejemplo, tratándose del delito de favorecimiento indebido de un acreedor por el administrador del patrimonio objeto del proceso concursal, es evidente que la regulación derogada —el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio— anticipaba la consumación del delito a un momento previo a la lesión material del bien jurídico, ya que sancionaba como crimen consumado al síndico que *se concertare* con el acreedor *para proporcionarle* una ventaja indebida. En cambio, la nueva regulación —el artículo 464 número 3 del Código Penal— atiende al momento de la lesión material del bien jurídico para imponer la pena por el delito consuma-

18. «Sin perjuicio de lo señalado en los artículos anteriores, toda mención que en cualquier ley se haga a la quiebra deberá entenderse hecha al Procedimiento Concursal de Liquidación. [...] Asimismo, toda mención que en otras leyes se haga a los convenios deberá entenderse hecha al Procedimiento Concursal de Reorganización. [...] De igual modo, toda referencia que en otras leyes se haga a los síndicos de quiebras deberá entenderse hecha a los Liquidadores o Veedores, atendida la naturaleza de la función en relación con la norma. [...] De la misma forma, toda referencia que en otras leyes se haga a la Superintendencia de Quiebras se entenderá hecha a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. [...] Igualmente, toda referencia que en otras leyes se haga al Superintendente de Quiebras deberá entenderse hecha al Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento.»

do, ya que sanciona como crimen al liquidador o veedor que *proporcione* ventajas indebidas al acreedor. Conforme a la nueva regulación, el concierto previo al proporcionamiento de la ventaja es un acto preparatorio impune o a lo más es punible como tentativa.¹⁹ Luego, es evidente que en relación con este aspecto preciso la nueva regulación es ley más favorable para un síndico imputado de concierto con el acreedor para favorecerlo indebidamente. Por tal razón, para todos los hechos previos a la entrada en vigencia de la Ley 20.720 en que hubo concierto, pero no favorecimiento, la misma norma constituye una ley posterior más favorable en el sentido del artículo 18 inciso segundo del Código Penal.

Por eso resulta más correcta la postura de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento que admite de plano la posibilidad de que las nuevas normas penales sobre delitos concursales puedan resultar más favorables al responsable por hechos cometidos con anterioridad a su vigencia y, por tal razón, hayan de serle aplicables con efecto retroactivo. Además, la aceptación de la conmensurabilidad de las normas penales es la premisa indispensable para hacer frente al que quizás sea el mayor desafío que plantea la Ley 20.720, a saber, el tratamiento de los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley en el contexto de procedimientos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia. Conforme al artículo 1 transitorio, estos procedimientos continúan rigiéndose por el Libro IV del Código de Comercio. Pero conforme al artículo 12 transitorio, a estos hechos son aplicables las normas penales previstas por la Ley 20.720. Dado que estas normas se refieren a las nuevas instituciones concursales, si no se admitiera una conmensurabilidad sustancial entre ambas regulaciones se debería concluir que todos estos hechos son impunes bajo la Ley 20.720. Esa sería la consecuencia lógica de la tesis del Consejo de Defensa del Estado, que no parece haber reparado en ella.

De aquí que el núcleo de la controversia entre el requirente y la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento corresponda a la interpretación de las nuevas normas penales establecidas por la Ley 20.720, en particular a la cuestión de si ellas despenalizan o no el concierto del síndico (liquidador, veedor) con el deudor, los acreedores o terceros para obtener ventajas para sí mismo. Naturalmente, esta no es una cuestión del derecho constitucional, ni siquiera del derecho intertemporal penal de rango legal, sino del derecho penal de la insolvencia o derecho penal concursal. Su decisión no es de competencia del Tribunal Constitucional y, por lo tanto, no es relevante para el análisis crítico de la sentencia 2957-16 del Tribunal Constitucional. Con todo, no puedo dejar de pronunciarme aquí sobre ella atendido el hecho de que el requirente presentó ante el Tribunal Constitucional un informe en derecho elabo-

19. Artaza (2016: 146) coincide con esta afirmación en su informe en derecho acompañado al proceso ante el Tribunal Constitucional.

rado por mí,²⁰ en el cual coincido con su interpretación de la Ley 20.720, así como un informe en derecho elaborado por el profesor Osvaldo Artaza, que también coincide con su tesis.²¹

La base de la interpretación sostenida por el requirente es elemental: en la Ley 20.720 no existe disposición alguna que asocie una sanción penal a la realización de un supuesto de hecho consistente en que el administrador del patrimonio sujeto al procedimiento concursal obtenga ventajas indebidas concertándose para ello con el deudor, un acreedor o un tercero. Las normas penales referidas al liquidador y el veedor tipifican hipótesis de administración desleal y de proporcionamiento de ventajas indebidas al deudor, a un acreedor o a un tercero.²² Entre las normas relativas al veedor se encuentra una disposición que se remite a las normas penales antedichas para la sanción del veedor que se concertare con el deudor, con algún acreedor o un tercero para proporcionarle alguna ventaja indebida o para obtenerla para sí²³ y conforme a otra disposición se entiende que esta regla rige también para el liquidador.²⁴ Pero como se ha dicho, las normas penales a las que se remite esa disposición sólo sancionan el proporcionamiento de una ventaja indebida al deudor, a un acreedor o a un tercero (artículo 464 número 3 del Código Penal). Esto tiene dos consecuencias. Primero, como ya se señaló, que el mero concierto no consuma el delito: para la consumación es necesario el proporcionamiento efectivo de la ventaja indebida al

20. Bascuñán (2016), acompañado a fs. 591-610 vta.

21. Artaza (2016: 146), acompañado a fs. 133-169 vta.

22. «Artículo 464. Será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con la sanción accesoria de inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo, el veedor o liquidador designado en un procedimiento concursal de reorganización o liquidación, que realice alguna de las siguientes conductas: [...] 1.º Si se apropiare de bienes del deudor que deban ser objeto de un procedimiento concursal de reorganización o liquidación. [...] 2.º Si defraudare a los acreedores, alterando en sus cuentas de administración los valores obtenidos en el procedimiento concursal de reorganización o liquidación, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho. [...] 3.º Si proporcionar ventajas indebidas a un acreedor al deudor o a un tercero. [...] Artículo 464 bis. El veedor o liquidador designado en un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación que aplicare en beneficio propio, o de un tercero, bienes del deudor que sean objeto de un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y con la pena accesoria de inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo.» Salvo por la hipótesis del artículo 464 número 3 referida al proporcionamiento de ventajas indebidas a un acreedor —el delito de favorecimiento—, todos los demás supuestos corresponden a casos de administración desleal.

23. «Artículo 27. Concierto Previo. El Veedor que se concertare con el Deudor, con algún acreedor o un tercero para proporcionarle alguna ventaja indebida o para obtenerla para sí, será sancionado de conformidad a lo establecido en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.»

24. «Artículo 31. Norma general. Será aplicable a los Liquidadores lo dispuesto en el Título 1 del Capítulo II de la presente ley respecto de los Veedores, en todo aquello que no esté expresamente regulado en el presente Título y, en todo caso, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la función que desempeñan.»

deudor, acreedor o tercero. Segundo, que la obtención de una ventaja indebida por el veedor o liquidador sólo es punible si es subsumible en alguna de las hipótesis de administración desleal (artículos 464 número 1 o 2, 464 bis). Si no lo es, resta impune. La razón de que una remisión normativa carezca parcialmente de referencia se debe a las modificaciones experimentadas por el proyecto durante su tramitación, como se explica en el informe de mi autoría.²⁵

La Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento basa su interpretación de la nueva regulación en dos argumentos: i) que el legislador nunca se representó como finalidad la despenalización de los comportamientos tipificados antes en el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio; y ii) que en conjunto los artículos 27 y 464 número 3 mantienen la punibilidad de la obtención de ventajas para sí mismo por el veedor o el liquidador. El primer argumento corresponde a una afirmación verdadera. En la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.720 no se encuentra constancia de una decisión deliberada del legislador en orden a despenalizar la hipótesis en cuestión, ni por lo mismo de razones justificatorias de esa despenalización. Ello no impide, sin embargo, que el cambio de redacción experimentado por el artículo 27 de la Ley 20.720 y el artículo 464 del Código Penal, introducido por el artículo 345 de la Ley 20.720, tengan una justificación racional de política-criminal. Esa justificación se encuentra en la decisión —enteramente correcta desde un punto de vista sistemático— de dejar entregada a la idea regulativa de la administración desleal todo el injusto de autoría del liquidador o veedor, salvo el favorecimiento indebido de los interesados en el patrimonio sujeto al procedimiento concursal.²⁶ Este efecto despenalizador es congruente con el propósito racionalizador de la regulación penal que animó la sustitución del viejo régimen de presunciones heredado del Capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 por un auténtico derecho penal

25. Escrito citado antes en la nota 20, pp. 26-30 (fs. 603 vta.-605 vta.). En síntesis: El artículo 27 del mensaje era una norma tipificadora del delito que se remitía a una norma penal —el artículo 464 Código Penal introducido por el artículo 345 número 3 del mensaje— para la determinación de la pena. Durante la tramitación del proyecto se introdujo el actual número 3 en el artículo 464 del Código Penal —sin comprender a la obtención de ventajas por el veedor o liquidador para sí mismo— y se cambió en el artículo 27 la referencia específica al artículo 464 por una referencia indeterminada al párrafo respectivo del Código Penal. Debido a este último cambio, ya no se puede entender al artículo 27 como una norma sancionatoria incompleta, sino que debe entenderse como una regla de remisión. Si se lo entendiera como una norma sancionatoria sería manifiestamente inconstitucional, por la indeterminación de la pena.

26. De estos interesados —deudor, acreedores, terceros— sólo son sistemáticamente relevantes como favorecidos los acreedores. Dado que el proporcionamiento de ventajas indebidas al deudor o a un tercero implica perjuicio patrimonial a la masa, el hecho puede ser fácilmente subsumible en la administración desleal. Naturalmente, la plena operatividad de la administración desleal respecto del injusto concursal requeriría un tipo mejor configurado que el de los artículos 464 números 1 y 2 y 464 bis. Como mínimo, el tipo del artículo 464 número 1 debió haber incluido la hipótesis de distracción de bienes como alternativa a la hipótesis de su apropiación.

concurzal.²⁷ En todo caso, el segundo argumento corresponde a una afirmación falsa. Para que el comportamiento descrito en el artículo 27 fuera punible conforme al artículo 464 número 3, sería necesario que este último precepto también lo describiera en su supuesto de hecho, lo que no es el caso. La falta de representación por parte del legislador histórico no puede compensar la ausencia de norma penal relativa al caso. El principio de legalidad exige la existencia de leyes penales que tipifiquen un comportamiento para que este sea un hecho punible.

2.3. Excurso: la constitucionalidad de un régimen penal paralelo

La postura del Ministerio Público y del Consejo de Defensa del Estado, en el sentido de que el juego conjunto de los artículos 347 número 20 y 12 transitorio de la Ley 20.720 implican una reformulación de las normas penales del del Libro IV del Código de Comercio conforme a la cual la descripción de los hechos punibles que hacen esas normas, debe entenderse complementada con una consideración temporal relativa a (el término de) su comisión antes del día de entrada en vigencia de la Ley 20.720, merece una consideración especial.

En principio, cabe conceder que la aplicabilidad temporal puede convertirse en aplicabilidad material. La existencia de criterios de aplicabilidad estables permite al legislador prescindir de una referencia al momento de comisión del hecho en su descripción por el supuesto de hecho de la norma penal. El establecimiento de criterios de aplicabilidad especiales relativos a un cambio legal específico puede seguir, por lo tanto, dos vías. O bien se establecen reglas de derecho transitorio, o bien se sustituyen las normas penales que se deroga por otras que describen el hecho punible introduciendo en el tipo elementos relativos al tiempo de su comisión. La Ley 20.720 siguió la primera vía; el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado pretenden interpretarla como si hubiera optado por la segunda alternativa.

27. Durante la tramitación del proyecto de ley respectivo, las Comisiones Unidas de Economía y Constitución del Senado solicitaron a la Superintendencia de Quiebras formar una Comisión Técnica Penal para conocer el artículo 345 del mensaje y proponer cambios al texto aprobado en general por el Senado. Esa Comisión se constituyó el 10 de enero de 2013 en dependencias de la Superintendencia y contó con la participación de Juan Domingo Acosta, Osvaldo Artaza, Juan Pablo Hermosilla, Luis Ortiz, Gabriel Zaliasnik, Mauricio Fernández, Alejandro Moreira y Andrés Salazar. En sesión de las Comisiones Unidas, Gabriel Zaliasnik expuso como explicación general de la nueva regulación: i) que la idea central era trasladar toda la regulación penal de los delitos concursales desde la Ley de Quiebras a un título específico del Código Penal; ii) que las nuevas reglas dejaban de lado la distinción tradicional entre quiebras culpables y quiebras fraudulentas; y iii) que en las nuevas figuras que se proponía se trataba de penalizar únicamente los casos que implicaban un mayor disvalor en el ámbito concursal, dejando la persecución penal en este ámbito como último recurso (véase Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.720*, pp. 910-911). Es claro, en consecuencia, que la reducción del ámbito de la insolvencia punible de la antigua regulación constituyó una finalidad político-criminal de la nueva regulación.

Por cierto, la segunda técnica sólo resulta irreprochable bajo la garantía de *lex praevia* respecto de hechos que se cometan entre la entrada en vigencia de la norma que deroga las normas preexistentes y la entrada en vigencia de las nuevas normas penales, o sea, para un período de vacancia legal. Eso se debe obviamente a que reformular el supuesto de hecho de una norma penal para hacerla aplicable *ratione materiae* a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de su reformulación implica ordenar su aplicación con efecto retroactivo. Dado que no es una ley penal desfavorable —ni más favorable—, esa dificultad podría ser salvada, pero abre un flanco de tensión con el principio de legalidad.

Dejando de lado el problema anterior, si se concediera la corrección de la interpretación del Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado no se eludiría el conflicto constitucional. Simplemente se lo trasladaría de parámetro de control, desde el principio de *lex mitior* al derecho a la igualdad ante la ley. Pues el legislador habría establecido dos regímenes penales distintos para un mismo hecho, ya sea la producción imprudente de la insolvencia, la defraudación de la masa de acreedores, el favorecimiento indebido de un acreedor o la falsedad documental. El afectado por una norma penal más severa tendría derecho a impugnar su trato por la ley como discriminación. Y los órganos del Estado interesados en la aplicación efectiva del programa punitivo definido por el legislador tendrían que demostrar que la diferencia en el trato punitivo no es arbitraria.

Esta breve especulación sirve para mostrar dos cosas. Primero, que el control de constitucionalidad bajo el principio de *lex mitior* incorpora el parámetro de control del derecho constitucional a la igualdad ante la ley: aplicar con efecto retroactivo la ley penal más favorable vigente al momento de la sentencia implica dar un trato igual a los mismos hechos punibles. Segundo, que el establecimiento de un trato diferente por el legislador puede eventualmente estar justificado, es decir, no ser arbitrario. El reconocimiento de estas dos ideas es el núcleo de una doctrina constitucional razonable del principio de *lex mitior* como imperativo dirigido al legislador. Esa es la doctrina que ha elaborado —rudimentariamente— el Tribunal Constitucional en sus dos sentencias relativas al artículo 12 transitorio de la Ley 20.720.

3. La decisión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional parte por advertir —correctamente— que la determinación de la ley penal aplicable al caso conforme al derecho intertemporal no es asunto de su competencia (considerando sexto). La selección de la ley aplicable en cuanto el tiempo se resuelve conforme a reglas y principios de rango legal y constitucional, por lo que en un procedimiento de control de constitucionalidad *de la ley*, al Tribunal Constitucional sólo le compete controlar la conformidad de las reglas de rango legal del derecho intertemporal penal con los principios y reglas de rango constitucional.

En su examen de las relaciones entre el derecho intertemporal penal y la Constitución, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina afirmada en la sentencia 2673-14, conforme a la cual el derecho transitorio que eventualmente establezca el legislador tiene carácter de *lex specialis* respecto del derecho intertemporal establecido en el artículo 18 del Código Penal, y que tratándose del principio de *lex mitior* —que el Tribunal Constitucional sigue considerando consagrado por el artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República— el legislador tiene un cierto margen de prerrogativa de decisión para afirmar la preteratividad de la ley derogada aunque la nueva ley sea en abstracto más favorable, quedando siempre sujeto a la prohibición de arbitrariedad derivada del derecho a la igualdad ante la ley (considerandos decimocuatro a decimosexto). La consideración del principio de *lex mitior* como un principio de rango supralegal es reforzada por el Tribunal Constitucional con la constatación de su relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos²⁸ y el derecho penal internacional²⁹ como una concreción del principio de legalidad (considerandos decimoséptimo a vigésimo).

Esta concepción del Tribunal Constitucional descansa en una tensión no resuelta, heredada de su sentencia 2673-14. Si se sostiene que el principio de *lex mitior* es una concreción del principio de legalidad, paralela a la garantía de *lex praevia*, entonces resulta extraño que tratándose de su consagración legal el legislador tenga un margen de prerrogativa de determinación. Pues manifiestamente no la tiene en lo que concierne a la garantía de *lex praevia*: no hay margen de potestad legislativa para disponer que un cambio legal desfavorable sea aplicado con efecto retroactivo. La tensión no es exclusiva del Tribunal Constitucional, sino que también afecta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde *Scoppola v. Italy* (número 2).³⁰ La explicación de la tensión se encuentra en la sencilla razón de que el principio de *lex mitior* no es una concreción del principio de legalidad,³¹ sino de una conjunción del principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad ante la ley (Bascuñán,

28. Artículo 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

29. Artículo 24-2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

30. Sentencia del 17 de septiembre de 2009, 10249/03. Al respecto, véase Bohlander (2011: 627 y ss.).

31. Ciertamente, podría considerarse que la sujeción de la decisión del tribunal a la ley penal vigente al momento de la sentencia es una exigencia del principio de legalidad en su sentido sistemático u orgánico. En ese caso, la prohibición de aplicación con efecto retroactivo no podría justificarse como una garantía derivada del mismo principio de legalidad, sino que sería una garantía del principio de culpabilidad que prevalece sobre el principio de legalidad, recortándolo. En cambio, si conforme a la concepción dominante se entiende que la prohibición de irretroactividad es una concreción del principio de legalidad en sentido garantístico, entonces es claro que el deber de sujetar la sentencia a la ley vigente al momento de su dictación, sólo cuando esa ley es más favorable para el imputado, no puede ser considerado como otra concreción de ese mismo principio.

2015: 20-25). Esta idea no es ajena a la concepción del Tribunal Constitucional —el considerando decimoquinto explícitamente sujeta la prerrogativa de determinación a la prohibición de arbitrariedad—, pero aún no ha sido asumida y desarrollada con la claridad y precisión que requiere. De ahí que las opiniones disidentes en ambas sentencias aparezcan revestidas de una plausibilidad que en rigor no tienen, como más adelante se expondrá (más adelante, en la sección 5).

La comprensión que el Tribunal Constitucional tiene del derecho intertemporal penal como *lex generalis* y el derecho transitorio como *lex specialis* es reiterada (considerando vigésimo primero) y complementada con algunas consideraciones destinadas a diferenciar el derecho transitorio de las leyes temporales (considerando vigésimo segundo). Acertadamente, el Tribunal Constitucional concibe al derecho transitorio como un conjunto de criterios especiales de aplicabilidad y observa que las leyes temporales son normas penales a las que se atribuye una legítima pretensión de aplicación preteractiva, pese a que las normas penales que las suceden al término de su vigencia son en abstracto más favorables. En relación con el derecho transitorio, el Tribunal Constitucional relaciona la doctrina de Luis Cousiño acerca de la aplicación preteractiva de la ley penal con el establecimiento de reglas sobre derecho transitorio en algunas leyes penales especiales (considerandos vigésimo tercero a vigésimo quinto). Esa relación anticipa la decisión acerca de la constitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720, afirmada por el Tribunal Constitucional en sus considerandos vigésimo sexto a trigésimo sexto. En síntesis, lo que el Tribunal Constitucional sostiene, ratificando su doctrina sentada en la sentencia 2673-14, es que el derecho transitorio de la Ley 20.720, que entiende ser enteramente semejante al derecho transitorio de la Ley 20.000, no dispone algo distinto de lo establecido en el artículo 18 del Código Penal respecto de la aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable. Por tal razón, no infringe el principio de *lex mitior* de rango constitucional.

Acertadamente, el Tribunal Constitucional observa que lo anterior no implica una decisión acerca de la ley aplicable al caso en un sentido favorable a la posición del Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, ni tampoco favorable a la posición del requirente. La cuestión de si la nueva regulación despenaliza o no el hecho imputado al requirente bajo el artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio es un asunto de competencia del juez de fondo, cuya solución requiere la interpretación de todas las normas legales pertinentes para el caso (considerando trigésimo cuarto). En cuanto a esta última disposición, el Tribunal Constitucional descarta que proceda declararlo inaplicable por inconstitucional, pero con un razonamiento que no es consistente. Por una parte, afirma —con total acierto— que no siendo una norma penal en sí misma contraria a la Constitución, su aplicación al caso dependerá de la comparación que se haga entre la antigua y la nueva regulación de los delitos concursales. Esa comparación se

encuentra evidentemente afectada por la controversia interpretativa que existe entre los intervinientes, cuya solución es también asunto de competencia del juez de fondo (considerandos trigésimo octavo, trigésimo noveno y cuadragésimo primero). De ello deduce, sin embargo, que la aplicación del artículo 38 «no produce efectos inconstitucionales en el caso concreto, pues no quebranta el mandato constitucional de aplicar favorablemente al afectado una ley posterior a la perpetración de los hechos» (considerando cuadragésimo).

La conclusión es por supuesto falaz. Dadas sus propias premisas, el Tribunal Constitucional tiene que aceptar como conclusión la posibilidad de que el acto judicial de aplicación del artículo 38 del Libro IV del Código de Comercio incurra en una infracción del principio de *lex mitior* y, por lo tanto, de la Constitución. La manera de salvar esta inconsistencia es entender que el Tribunal Constitucional sostiene que la aplicación del mencionado artículo 38 al caso no es *necesariamente* inconstitucional por violación del principio de *lex mitior*, ya que eso no puede determinarse en abstracto, sino sólo en concreto, interpretando el derecho de rango legal y calificando los hechos del caso conforme a esa interpretación.

Así entendida la posición del Tribunal Constitucional, se puede resumir su doctrina en las siguientes cinco proposiciones:

- i) el principio de *lex mitior* tiene rango constitucional;
- ii) la consagración constitucional del principio de *lex mitior* no priva al legislador de toda prerrogativa de decisión acerca de la aplicación preteractiva de la ley vigente al momento de la comisión del hecho, derogada al momento de su aplicación;
- iii) tratándose del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720, no es necesario sin embargo examinar si al establecerlo el legislador excedió o no su legítimo margen de prerrogativa de decisión;
- iv) lo anterior se debe a que el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 ordena la aplicación preteractiva de las normas penales concursales que estaban vigentes al momento de la comisión del hecho, derogadas por el artículo 347 número 20, sin perjuicio de la aplicación con efecto retroactivo de las nuevas normas penales concursales en caso de ser más favorables; eso es enteramente coincidente con lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal y, por lo tanto, con el principio de *lex mitior* de rango constitucional;
- v) la ley penal temporalmente aplicable al caso debe determinarse conforme al derecho intertemporal penal chileno y el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720, lo que no es asunto de competencia del Tribunal Constitucional.

Las cinco proposiciones coinciden con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 2673-14,³² cuya opinión de mayoría fue sostenida por cuatro

32. El único aspecto en que se advierte una variación se encuentra en la fundamentación de la proposición i). Con tal propósito, la sentencia 2673-14 invocó antecedentes impertinentes de la historia

de los cinco ministros que concurren sin reservas a la opinión de mayoría en esta segunda sentencia.³³

Considero que las cinco proposiciones son en lo esencial correctas tratándose de la cuestión planteada por el caso. Por ello, las discrepancias que manifiestan los restantes cuatro integrantes del tribunal me parecen infundadas. La opinión concurrente no adhiere a las proposiciones ii) y iii). La opinión disidente no sólo discrepa de la proposición iv) —el núcleo de su diferencia de opinión, siguiendo el planteamiento de la opinión disidente en la sentencia 2673-14—, sino también de la proposición ii). Si a estas discrepancias se agrega la posición del ministro Juan José Romero Guzmán, redactor de la disidencia en la sentencia 2673-14, que no integró el pleno del tribunal en este caso, se tiene que la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la prerrogativa de decisión que el principio constitucional de *lex mitior* reconoce al legislador cuenta con un apoyo precario entre sus integrantes.³⁴ De aquí el interés en analizar críticamente esas discrepancias.

4. La opinión concurrente

La escueta argumentación de la opinión concurrente coincide en lo esencial con las proposiciones i), iv) y v) de la opinión de mayoría. Estima que la Constitución consagra el principio de *lex mitior* y que el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 no inhibe su operatividad dada su remisión expresa al artículo 18 del Código Penal. Por lo tanto, concluye que las reglas que gobiernan la selección de la ley penal concursal aplicable en el tiempo no plantean problemas constitucionales, siendo su aplicación al caso una cuestión que escapa de la competencia del Tribunal Constitucional. Esta amplia coincidencia permite considerar a la distancia adoptada frente a los considerandos quinto a cuadragésimo primero de la opinión de mayoría como una simple medida de economía argumentativa. No obstante, la opinión concurrente formula ciertas aseveraciones que importa analizar.

La primera es la afirmación de que el artículo 19 número 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República impone el deber de aplicar la ley vigente al momento del hecho y el deber preponderante de aplicar la ley vigente al momento de la sentencia, si es más favorable. La verdad es que el precepto en cuestión no impone

fidedigna del establecimiento del precepto constitucional. La sentencia 2957-16 prescinde de esa fundamentación. Sobre el punto, véase más adelante la sección 5.

33. El ministro Hernández no integró el pleno del Tribunal Constitucional con ocasión de la vista de la causa 2673-14, siendo suplido por Christian Suárez Grothers, quien redactó la sentencia en esa oportunidad.

34. En este sentido, es significativo que el ministro Iván Aróstica Maldonado haya cambiado su posición original —antes adherente sin reservas a la opinión de mayoría— y que los nuevos integrantes desde 2015 no adhieran a la doctrina del Tribunal Constitucional.

ninguno de esos dos deberes. No está de más transcribir el actual inciso octavo — séptimo en el texto originario— del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado».

Como es bien sabido, y salta además a la vista, la primera oración de la frase —«ningún [...] perpetración»— reproduce el inciso primero del artículo 18 del Código Penal, y la segunda —«a menos [...] afectado»— es un añadido para salvar la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 18 del Código Penal. El inciso primero del artículo 18 del Código Penal es una regla que tiene tanto un sentido garantístico como sistémico, y que articula el derecho intertemporal penal. En ese contexto se le puede atribuir el doble sentido de ordenar la aplicación de la ley vigente al momento del hecho y de prohibir la aplicación con efecto retroactivo de la ley que entra en vigencia con posterioridad a su comisión, es decir, la garantía de *lex praevia* derivada del principio de legalidad. Además, la exigencia de una «ley» como fundamento de la condena, en concordancia con el artículo 1 del Código Penal, puede ser entendida como concreción de la garantía de *lex scripta* y —en consideración a la tradición cultural ilustrada— la garantía de *lex stricta*. En el contexto del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, a la disposición sólo puede serle atribuido su sentido garantístico, principalmente el que corresponde a la garantía de *lex praevia*. Su sentido primario es el de establecer la prohibición de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal y derivativamente la prohibición al legislador de ordenar o autorizar la retroactividad de la ley penal. O sea, justo el contenido normativo que la opinión concurrente ignora.

El imperativo de aplicación preteractiva de la ley vigente al momento de la comisión del hecho es un contenido importante del inciso primero del artículo 18 del Código Penal, bien conocido por la doctrina y la jurisprudencia chilenas hasta el advenimiento de la doctrina de Luis Cousiño MacÍver (Bascuñán, 2014: 185-201). Pero es por completo ajeno a un catálogo de derechos fundamentales del imputado o acusado en un proceso penal: su interés no consiste en *ser sancionado* conforme a la ley vigente al momento del comportamiento que se le reprocha —ser efectivamente coaccionado no puede considerarse como un interés de libertad de nadie—, sino en *no ser sancionado* conforme una ley que no lo obligaba cuando realizó el comportamiento que se le reprocha. Por eso la tradición constitucional chilena formulaba el principio de legalidad de modo distinto al artículo 18 del Código Penal, simplemente prohibiendo la aplicación con efecto retroactivo de la ley penal.³⁵

35. Constitución de 1828: «Artículo 15. Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo». Constitución de 1833: «Artículo 133. Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei

La frase «a menos que una nueva ley favorezca al afectado» establece una excepción a la prohibición de aplicar con efecto retroactivo la ley penal, o sea, autoriza al legislador para ordenar esa aplicación con efecto retroactivo cuando la ley posterior a la comisión del hecho es más favorable para el imputado. El efecto práctico del precepto —expresamente declarado por sus redactores (véase más adelante la sección 5)— es eliminar cualquier reparo constitucional a las reglas legales que establezcan el principio de *lex mitior*. Luego, si se quiere dotar al principio de *lex mitior* de rango constitucional, debe buscarse otro fundamento. Ese fundamento puede estar en una teoría de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, o, como considero preferible, en su consideración como concreción conjunta del principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad ante la ley.

En cualquiera de sus fundamentaciones debe tenerse siempre presente que el principio de *lex mitior*, en tanto estándar supralegal dirigido al legislador, opera de modo distinto a la garantía de *lex praevia*, derivada del principio de legalidad. Esto se debe a que la operatividad del principio de *lex mitior* requiere constatar identidad del hecho valorado por el legislador, de modo que la nueva valoración que este hace —más favorable— desautorice la valoración preexistente —desfavorable—. Cuando se constata esta identidad procede aplicar con efecto retroactivo la ley penal más favorable vigente al momento de la sentencia. Si se atribuye rango constitucional al principio de *lex mitior*, esa identidad impide al legislador introducir una valoración diferenciada entre los hechos pasados y los hechos futuros. A esto alude la opinión concurrente cuando sostiene lo siguiente:

El Legislador, si ha dictado una ley nueva más favorable, no puede mandar aplicar a [sic] la ley vigente a la época de la perpetración, ni prohibir aplicar la ley vigente a la época del juzgamiento, no permitir aplicar una u otra ley indistintamente.

Si la nueva ley más favorable expresa una nueva valoración del mismo hecho antes más intensamente disvalorado por la ley que deroga, entonces es efectivo que el legislador no puede impedir la extensión de esa nueva valoración a los hechos pasados. En esas circunstancias, una valoración diferenciada de los hechos pasados implicaría una doble infracción de la Constitución. En primer lugar, la aplicación de la ley derogada desfavorable infringiría la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad, porque la nueva ley expresa el merecimiento y necesidad de pena del hecho según el legislador. En segundo lugar, el establecimiento de dos valoraciones distintas de un mismo hecho haría una diferencia arbitraria que viola el derecho a la igualdad ante la ley.

promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio». Constitución de 1925: «Artículo 11. Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio».

Pero pueden darse situaciones en que no haya identidad del hecho que es objeto de valoración entre los hechos pasados, sujetos a una ley desfavorable vigente al momento de su comisión y los hechos futuros, sujetos a la nueva ley más favorable. Ese es el caso de las leyes temporales, como se ha dicho tantas veces. Es también el caso del ejemplo de la venta de armas bajo embargo propuesto por Trine Baumbach (véase la sección 2.2). Cualquier circunstancia que fue relevante para la valoración del hecho por la ley vigente al momento de su comisión y que después deviene en irrelevante, pero sólo prospectivamente, puede justificar la valoración diferenciada de los hechos del pasado bajo la ley derogada y con ello la decisión del legislador de ordenar la aplicación preteractiva de esa ley, pese al cambio sobreviniente más favorable.

Quizás esta situación sea aquella a la que la opinión concurrente se refiere con la distinción que formula entre «un cambio o derogación sobreviniente de leyes penales en el tiempo» y «la sustitución de un régimen jurídico por otro completamente distinto al anterior» (considerando segundo). Según la opinión concurrente, en esta segunda situación no sería aplicable el principio de *lex mitior*.³⁶ No es claro, sin embargo, a qué quiso aludir la opinión concurrente con esa distinción. Pues no se advierte en virtud de qué razón la sustitución de un régimen jurídico por otro completamente distinto no sea un caso —particularmente relevante, claro está— de cambio legal sobreviniente y derogación. Por ejemplo, los efectos de la derogación del derecho penal preexistente al Código Penal por su artículo final, el 1 de enero de 1875, fueron regidos por el artículo 18 del Código Penal, incluyendo el principio de *lex mitior* establecido en su inciso segundo. Quizás la mejor explicación de este considerando sea que pretende hacerse cargo del argumento del Consejo de Defensa del Estado (véase la sección 2.1) para refutarlo por consideración a la misma Ley 20.720, atendido el hecho de que el mismo artículo 12 transitorio admite la aplicabilidad de las nuevas penas a los antiguos delitos. Como sea, la afirmación de la opinión concurrente de que la magnitud del cambio legal lo eximiría del principio de *lex mitior* no puede considerarse sino como una errónea formulación de una idea correcta. A saber, que hay situaciones en que la nueva valoración legal del hecho puede justificadamente entenderse como no extensiva a los hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Ese es precisamente el núcleo doctrinario de la proposición ii) de la opinión de mayoría.

36. Literalmente, la opinión concurrente afirma que en ese caso «no tendría aplicación dicha garantía constitucional», i.e., la del artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República. Contextualmente, debe entenderse sin embargo que la garantía aludida es exclusivamente el deber de aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable que entra en vigencia con posterioridad a la comisión del hecho.

5. La opinión disidente

Las discrepancias entre la opinión disidente y la opinión de mayoría se refieren a dos órdenes de cosas. Por una parte, la opinión disidente difiere de la comprensión del artículo 12 transitorio como una regla coincidente con el artículo 18 del Código Penal. En la medida en que le atribuye un sentido limitativo del principio de *lex mitior*, y que considera que dicho principio tiene rango constitucional, entiende que el precepto legal infringe la Constitución. Es decir, discrepa de la proposición iv) de la opinión de mayoría. Por otra parte, la opinión disidente desarrolla una doctrina del principio constitucional de *lex mitior* coincidente con la doctrina de la opinión disidente de la sentencia 2673-14 del Tribunal Constitucional, que es drásticamente restrictiva de la potestad del legislador en la configuración del derecho intertemporal. O sea, difiere de la proposición ii) de la opinión de mayoría.

La primera cuestión es fácil de refutar. Según la opinión disidente, «el propósito del artículo 12 [sic] de la Ley 20.720 es evitar la aplicación retroactiva de la ley penal» (considerando sexto). Descrito en esos términos, el propósito es perfectamente constitucional, pues coincide por completo con el propósito del artículo 19 número 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República y de su fuente histórica, el inciso primero del artículo 18 del Código Penal. Ambas disposiciones prohíben la retroactividad de la ley penal. Naturalmente, lo que la opinión disidente considera inconstitucional es la finalidad de prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Pero como se ha visto, el artículo 12 transitorio se remite expresamente al artículo 18 del Código Penal para la aplicación de «las [nuevas] normas relativas a la pena». Luego, todo depende de cómo se interprete esta expresión. La opinión de mayoría la entiende referida en sentido amplio a las normas que regulan la responsabilidad penal, con lo que la remisión al artículo 18 del Código Penal hace íntegramente aplicable el principio de *lex mitior*. La opinión disidente, por el contrario, sostiene que el artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 tiene un «propósito restrictivo» (considerando duodécimo), que él considera probado por la historia fidedigna de su establecimiento. Paso seguido, la opinión disidente transcribe íntegramente el considerando decimotercero de la opinión disidente de la sentencia 2673-14, sin citarla. Ese considerando describe primero el propósito del Senado —que aprobó un imperativo absoluto (incondicional) de aplicación preteractiva de las normas penales del Libro IV del Código de Comercio— y luego describe el cambio experimentado por el proyecto en la Cámara de Diputados, tergiversando su sentido. La tergiversación consiste en asociar la introducción de la remisión al artículo 18 del Código Penal con la finalidad de «conseguir que los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos, que hayan sido perpetrados con anterioridad a la ley». Tal como lo demostré en mi comentario a la sentencia 2673-14, ese pasaje de la historia fidedigna de la Ley 20.720

—página 2.377 del texto elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional— no se refiere a la remisión al artículo 18 del Código Penal introducida en el precepto legal, sino al imperativo de aplicación preteractiva del artículo 38 y el Título XII del Libro IV del Código de Comercio, *limitado en su alcance* por la remisión al artículo 18 del Código Penal (Bascuñán, 2015: 57-58). La opinión disidente de la sentencia 2673-14 marcó sin duda en su momento un hito en la falta de seriedad judicial con esa tergiversación. La opinión disidente en la sentencia 2957-16 establece una nueva marca en las prácticas judiciales impropias: hace *copy-paste* de tergiversaciones ajenas sin preocuparse de revisar su veracidad y omitiendo incluso citar su procedencia.

La comprensión que la opinión disidente tiene del principio constitucional de *lex mitior*, que entiende consagrado en el artículo 19 número 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República, se basa primariamente en el desarrollo del principio por la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema³⁷ y de dos Cortes de Apelaciones.³⁸ Con ello incurre ya en un error conceptual. La jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia aplica el principio de *lex mitior* en los términos con que lo consagra el derecho intertemporal penal regulado en el artículo 18 del Código Penal. Es usual que esa jurisprudencia mencione el artículo 19 número 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República para respaldar además constitucionalmente su decisión —lo cual es, por supuesto, innecesario, aunque expresivo de la pérdida de autoridad de la legislación en la cultura judicial—, pero su fundamento jurídico se encuentra en el modo como el artículo 18 del Código Penal formula el principio de *lex mitior*. En la posición institucional del tribunal, el principio constitucional aludido nada agrega a su regulación legal. Es más, el principio tiene manifiestamente un alcance más restringido que su regulación en el artículo 18 del Código Penal. Esto es evidente tratándose de su inciso tercero, que hace prevalecer el principio de *lex mitior* sobre el efecto de cosa juzgada. Esta es una regla introducida recién en 1972 por el

37. Sentencias 565-12 de la Corte Suprema, del 30 de enero de 2012, aplicando con efecto retroactivo la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal; 4608-13, del 30 de enero de 2014, aplicando con efecto retroactivo el artículo 351 del Código Procesal Penal por considerarlo una norma penal sustantiva; 9745-13 del 2 de diciembre de 2013, aplicando con efecto retroactivo una reforma introducida por la Ley 20.603 en la regulación de la libertad vigilada. La opinión cita también la sentencia 4446-07 de la Corte Suprema, del 28 de noviembre de 2007, que efectivamente contiene considerandos acerca del principio de *lex mitior* pero que son *obiter dicta*, pues la regla decisoria del caso fue el inciso primero del artículo 18 del Código Penal.

38. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago —citada erróneamente como sentencia de la Corte Suprema— rol 1909-07, del 31 de agosto de 2007, aplicando con efecto retroactivo la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal; sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco 941-08, del 14 de octubre de 2008, aplicando con efecto retroactivo una reforma introducida por la Ley 20237 en la Ley Orgánica de Municipalidades en relación con el delito de fraude al Fisco.

legislador chileno (Ley 17.727), que no se encuentra extendida en el derecho comparado³⁹ y que no hay razón para suponer consagrada en el derecho internacional de los derechos humanos. Lo mismo cabe decir de la consideración de las leyes intermedias como leyes más favorables, o de la mera promulgación de la ley más favorable como condición suficiente para su aplicación retroactiva, extendidas en la doctrina y la jurisprudencia en su interpretación del artículo 18 inciso segundo del Código Penal.⁴⁰ Correctamente basado en la conjunción del principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad ante la ley, el principio constitucional de *lex mitior* simplemente impone la aplicación con efecto retroactivo de la ley más favorable vigente al momento de la sentencia, siempre que el legislador no tenga razones válidas para no extender la nueva valoración legal del merecimiento o necesidad de pena del hecho a los hechos pasados.

Esta última consideración es desconocida por la opinión de mayoría, que afirma un principio constitucional de *lex mitior* operativo como regla binaria:

Lo que no puede hacer el legislador, de manera perentoria, es establecer que los imputados que no han sido condenados con sentencia ejecutoriada o firme, situación que sucede en la especie, carezcan de la opción de beneficiarse de la regla constitucional de aplicación de la ley más benigna.⁴¹

¿No puede el legislador establecer leyes temporales? Una ley temporal se aplica aun derogada, privando a los imputados de la opción de beneficiarse con la aplicación de la ley más benigna. En el caso citado por Trine Baumbach (véase la sección 2.2), ¿no puede el legislador disponer que la punibilidad de la venta de armas se mantenga para los hechos cometidos bajo el embargo, a pesar de la derogación de la norma penal respectiva con posterioridad al levantamiento del embargo?

El trato diferenciado que el legislador decide dar a los hechos pasados cuando dispone incondicionalmente la aplicación preteractiva de la ley vigente al momento de su comisión y derogada es eso: un trato legal desigual (véase la sección 2.3). Por esa razón está sometido a la prohibición de discriminación o diferencias arbitrarias. El principio de *lex mitior*, como concreción del principio de proporcionalidad, refuerza la procedencia de ese estándar de control. Dado que la nueva ley expresa la medida válida de merecimiento y de la necesidad de pena del hecho, se puede considerar

39. La preponderancia del principio de *lex mitior* sobre la institución de la cosa juzgada es un criterio característico de la codificación penal española desde el Código Penal de 1870 (artículo 23, también artículo 2-2 del Código Penal de 1995). No se la conoce en Italia (artículo 2 inciso cuarto del Código Penal de 1931), Suiza (artículo 2 inciso segundo del Código Penal de 1935), Alemania (§ 2-3 del Código Penal de 1975) ni Francia (112-1 inciso tercero del Código Penal de 1994).

40. Al respecto, Oliver (2007: 419-430); también Bascuñán (2014: 179-182, 201-206).

41. Considerando noveno (fs. 655).

que un imperativo incondicional de aplicación de la ley derogada es inherentemente sospechoso de arbitrariedad, porque es inherentemente sospechoso de incurrir en exceso punitivo. Eso pone sobre el legislador una pesada carga de justificación de su decisión. Pero la posibilidad de justificación no está excluida «de manera perentoria».

Sin duda que no procede entender que los tribunales gocen del mismo margen de apreciación para no extender la nueva valoración a los hechos pasados que son subsumibles en los supuestos de hecho de las nuevas normas penales. Se puede conceder que en casos extremos, para evitar absurdos punitivos manifiestamente contrarios a los fines del cambio legislativo y siempre que la valoración diferenciada del pasado satisfaga los estándares de la prohibición de discriminación, sea correcto que un tribunal introduzca una consideración interpretativa que valide la aplicación preteractiva de la ley vigente al momento del hecho. En eso consiste, precisamente, la doctrina de las leyes temporales. Pero como orientación rutinaria, los tribunales deben aplicar «de manera perentoria» el principio de *lex mitior* cada vez que el hecho pasado sea subsumible en una nueva norma penal más favorable o deje de ser subsumible en norma penal alguna debido al cambio legal. Eso es lo esperable de la consagración del principio de *lex mitior* en la codificación penal del siglo XIX. Que un juez constitucional pretenda extender al legislador el rigor con que una norma de la codificación penal vincula a los tribunales demuestra total incompreensión de la peculiar posición de la justicia constitucional en un Estado democrático de derecho.

Esa mayor flexibilidad del imperativo constitucional dirigido al legislador por comparación con el imperativo legal dirigido al tribunal es el núcleo de la mejor doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de *lex mitior*, expresada en la proposición ii) de la opinión de mayoría. La opinión disidente no puede entender esta diferencia, porque está dominada por la errónea presuposición de que el inciso octavo del artículo 19 número 3 de la Constitución dota de rango constitucional a todo el derecho intertemporal penal establecido por el artículo 18 del Código Penal. La base de este error se encuentra en un falso argumento histórico consistente en considerar que el origen del precepto constitucional se retrotrae a un acuerdo de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución adoptado en su sesión 112, del 8 de abril de 1975. En la sentencia 2673-14 este error fue compartido por la opinión de mayoría (considerandos cuadragésimo noveno y quincuagésimo) y por la opinión disidente (considerando undécimo). La opinión de mayoría en la sentencia 2957-16 se cuida de incurrir en el mismo error, limitándose a citar el precepto constitucional y las normas de derecho internacional de derechos humanos. La opinión disidente, en cambio, transcribe parte del texto de la opinión disidente anterior, que afirmaba la existencia de «evidencia no controvertida» acerca de la plena coincidencia entre el precepto constitucional y el precepto legal. La supuesta evidencia no sólo está controvertida, sino refutada. En mi comentario a la sentencia 2673-14 demostré en detalle que el acuerdo adoptado en la sesión 112 fue revocado en la sesión 113, del 10 de abril

de 1975, y sustituido por otro de signo contrario, consistente en «agregar una frase que le abra al legislador [la] posibilidad» de reglamentar una disposición como el inciso segundo del artículo 18 del Código Penal (Bascañán, 2015: 48-52). Es decir, que la redacción del texto constitucional procede de una decisión deliberada —y enteramente sensata— de no recoger en la Constitución toda la regulación del derecho intertemporal por el Código Penal. Invocar como premisa una afirmación cuya veracidad se sabe que ha sido controvertida con datos comprobables,⁴² sin hacerse cargo de demostrar su veracidad, es una manifestación de desprecio por la racionalidad de la argumentación.

6. Conclusión

Tal como sucedía con la sentencia 2673-14, el análisis de la sentencia 2957-16 conduce a la paradoja de que tanto la opinión de mayoría como la opinión disidente arriban a un mismo resultado: si la nueva regulación de los delitos concursales introducida en el Código Penal por el artículo 345 de la Ley 20.720 despenaliza los hechos imputados al requirente, entonces este tiene derecho a la absolución por esos cargos. Esa coincidencia se debe a que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 transitorio de la Ley 20.720 produciría como efecto la aplicación del derecho intertemporal establecido por el artículo 18 del Código Penal, que es íntegramente aplicable según la interpretación que la opinión de mayoría da al artículo 12 transitorio en cuestión.

Para que la controversia entre la opinión de mayoría y la opinión disidente acerca del alcance de la consagración constitucional del principio de *lex mitior* fuera relevante se requeriría afirmación de la aplicabilidad preteractiva de la ley derogada que es comparativamente desfavorable. Por cierto, tal como lo advierte la opinión de mayoría en las sentencias 2673-14 y 2597-16, se justifica pragmáticamente la existencia de una medida de precaución legislativa para compensar la incertidumbre que ha generado en la práctica judicial el desconocimiento de la existencia de la misma regla en el inciso primero del artículo 18 del Código Penal a raíz de la recepción de la doctrina Cousiño. Pero ese es un efecto inocuo respecto del principio de *lex mitior*: tal como en el contexto del artículo 18 del Código Penal, la aplicación preteractiva de la ley derogada se encuentra subordinada a la condición de que la nueva ley no sea más favorable, pues en ese caso debe aplicarse esta con efecto retroactivo.

La puesta a prueba de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho intertemporal de rango constitucional está, por lo tanto, pendiente. Esa doctrina ha sido desafiada al interior del tribunal por la asunción irreflexiva, contramayoritaria

42. El artículo citado en la nota 1 de este trabajo es citado también por la opinión de mayoría de la sentencia 2957-16 (considerandos trigésimo tercero y trigésimo noveno).

y vulgarista de que todo el derecho intertemporal penal de rango legal tendría —y sistemáticamente incluso merecería tener— rango constitucional. La formulación reflexiva, deferente del legislador democrático y debidamente diferenciadora de las instituciones aún no ha sido desarrollada cabalmente por el Tribunal Constitucional.

Referencias

- ARTAZA, Osvaldo (2016). «Punibilidad del concierto entre el veedor o el liquidador y el deudor, un acreedor o terceros para obtener ventajas para sí, bajo los nuevos delitos concursales». Informe en derecho en causa rol 2957-16 del Excelentísimo Tribunal Constitucional. Disponible en <http://bit.ly/2tHzLSZ>.
- BASCUÑÁN, Antonio (2014). «La preteractividad de la ley penal». En Alex van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal*. Santiago: Legal Publishing y Thompson Reuters.
- . (2015). «El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional». *Revista de Estudios de la Justicia*, 23: 11-68.
- . (2016). «El delito de concierto para el proporcionamiento u obtención de ventajas indebidas por el síndico antes y después de la Ley 20.720». Informe en derecho en causa rol 2957-16 del Excelentísimo Tribunal Constitucional. Disponible en <http://bit.ly/2sOfyuQ>.
- BAUMBACH, Trine (2011). «The notion of criminal penalty and the *lex mitior* principle in the *Scoppola v. Italy Case*». *Nordic Journal of International Law*, 80 (2): 125-142. DOI: 10.1163/157181011X565531.
- BOHLANDER, Michael (2011). «Retrospective reductions in the severity of substantive criminal law: The *lex mitior* principle and the impact of *Scoppola v. Italy n. 2*». *Criminal Law Review*, 8: 627-641.
- MEZGER, Edmund (1921). «Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze». *Zeitschrift für die Gesamten Strafrechtswissenschaften*, 42: 348-383.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2007). *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago: Jurídica.

Sobre el autor

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ es profesor de Derecho Penal de la Universidad Adolfo Ibáñez. Su correo electrónico es a.bascunan@uai.cl.