

EL PRINCIPIO DE *LEX MITIOR* ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

The *lex mitior*-principle and the chilean Constitutional Court

Antonio Bascuñán Rodríguez*

Resumen: El artículo examina el estatus constitucional del principio de *lex mitior* (aplicación retroactiva de la ley penal más favorable) en el derecho chileno. Ese examen ofrece el marco de análisis de una sentencia del Tribunal Constitucional chileno originada por el derecho transitorio de la reforma del derecho concursal chileno. El problema examinado consiste en determinar el margen de decisión que deja a al legislador 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

Abstract: The article examines the constitutional status of the *lex mitior*-principle (retroactive application of the milder criminal law). This review provides a frame work for the analysis of a judgment of the Chilean Constitutional Court regarding a case arised by the application of a saving provision of the reform of chilean Bankruptcy law. The problema 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. Introducción

La sentencia del Tribunal Constitucional (“TC”) recaída en la causa Rol N° 2.673 (“STC 2673”) se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 12° transitorio de la Ley 20720 (“art. 12-*t*”). Este el cuerpo legal que sustituyó la regulación sobre procedimientos concursales establecida en el Título II de la Ley 18175 y en el Libro IV CCo. En su calidad de regulación completa de los procedimientos concursales, las disposiciones de la Ley 20720, que comprenden 343 artículos del propio cuerpo normativo más 58 artículos modificatorios de otros cuerpos legales, contienen normas de diversa naturaleza: sobre organización, competencia y procedimientos, tanto administrativos como judiciales, sobre derechos y obligaciones y sobre sanciones administrativas y penales. Las normas penales se encuentran establecidas en su art. 345 que introduce los nuevos arts. 463, 463 bis, 463 ter, 463 quáter, 464, 464 bis, 464 ter, 465 y 465 bis en el Código Penal.

*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: a.bascunan@uai.cl

Este artículo fue recibido el 2 de diciembre de 2015, siendo aprobada su publicación el 31 de diciembre de 2015.

Conforme a su art. 1º transitorio la Ley 20.720 entró en vigencia nueve meses después de esa fecha, salvo por ciertas disposiciones cuya entrada en vigencia quedó entregada a la decisión del Presidente de la República mediante la promulgación de un decreto con fuerza de ley.¹

El tránsito de la antigua regulación concursal a la nueva ha generado importantes problemas de aplicación temporal de la ley. La Ley 20.720 intentó resolver explícitamente tres clases de problemas: (i) la transformación de la organización administrativa encargada de la conducción de los procedimientos concursales, (ii) la aplicación de reglas procedimentales y (iii) la aplicación de normas penales. Para resolver los problemas de la clase (i) la Ley 20.720 delegó facultades legislativas al Presidente de la República mediante su art. 3º transitorio. Para resolver los problemas de las clases (ii) y (iii), estableció criterios especiales de aplicabilidad temporal de normas procesales y penales en sus arts. 9º y 12º transitorios, respectivamente. El art. 12-t dispuso lo siguiente:

Artículo duodécimo. 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.

En virtud del requerimiento ante el TC se discutió el sentido y alcance de esta disposición y su congruencia con el principio de *lex mitior*, esto es, el imperativo de aplicar con efecto retroactivo la ley posterior al hecho que es más favorable para el imputado, acusado o condenado.

La STC 2673 es la primera decisión del tribunal desde la reforma constitucional del año 2005 que se pronuncia sobre el derecho intertemporal penal

¹ Se trata del Capítulo IX de la Ley 20.720 y su 344, relativos a la organización administrativa a cargo de los procedimientos concursales. Conforme al Art. 1º transitorio, la entrada en vigencia de esas disposiciones debe ajustarse a lo dispuesto en el número 8 del Art. 3º transitorio, por el cual se faculta al Presidente de la República para que dentro del plazo de seis meses dicte uno o más decretos con fuerza de ley con el fin de “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.”

de rango constitucional,² y el estatus y alcance del principio de *lex mitior* en ese contexto. Con el fin de contribuir al análisis de esta sentencia y su incidencia en el desarrollo del derecho intertemporal penal chileno en adelante procederé del siguiente modo. Primero (2) efectuaré algunas consideraciones generales sobre el derecho intertemporal en cuyo contexto opera el derecho transitorio de la Ley 20720. A continuación (3) analizaré el derecho transitorio penal de la Ley 20720. Posteriormente (4) analizaré la discusión ante el TC, para luego (5) examinar su sentencia. Finalmente (6) ofreceré las conclusiones que se derivan de este examen.

2. El derecho intertemporal y el derecho transitorio

Todo cambio legal ocurrido entre el acaecimiento de los hechos de un caso y su juzgamiento plantea el problema la determinación del derecho aplicable al caso: ¿el derecho vigente al momento de los hechos, o el vigente el momento de la sentencia, o, si los cambios han sido múltiples, algún derecho con vigencia intermedia? ¿O debe reconocerse una laguna a ser integrada por el tribunal mediante la analogía o los principios generales del derecho? El planteamiento de esta cuestión presupone la solución de otras cuestiones, como por ejemplo: ¿desde qué momento puede considerarse a la nueva ley como aplicable: desde su promulgación o desde su entrada en vigencia? Lo mismo, en relación con los hechos del caso: ¿cuándo se entiende que ellos han acaecido y que están cubiertos por una expectativa protegida, para determinar si la aplicación a ellos de una ley tiene o no efecto retroactivo? Todos los sistemas jurídicos configurados por criterios procedimentales de validez de las normas de los componen contemplan algunas reglas generales que dan respuesta a estas preguntas. El conjunto de esas reglas configura el derecho intertemporal de ese sistema jurídico.

En el sistema jurídico chileno el principio general del derecho intertemporal se encuentra en el art. 9° del Código Civil (en adelante “CC”), que prohíbe la aplicación de la ley con efecto retroactivo. La insuficiencia de ese principio como único criterio de aplicabilidad temporal quedó demostrada de inmediato con la entrada en vigencia del CC y por esa razón se dictó el 7 de octubre de 1861 la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes (en adelante “LERL”), que establece las reglas del derecho intertemporal privado y procesal civil.³ El Código Penal regula el derecho intertemporal penal en su art. 18 y el

² Su antecesora se encuentra en la STC 78-89, recaída sobre control preventivo de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central. El art. 6° transitorio de la ley excluía la aplicación del inciso tercero del art. 18 CP a las sentencias condenatorias ejecutoriadas recaídas en infracciones a las normas del DS N° 471, de 1977, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción (comercio de exportación e importación y operaciones de cambios internacionales). El TC lo declaró inconstitucional en su c. 29°, declarando que el at. 19 N° 3 inciso vii (actual inciso viii) establecía "el principio del derecho penal 'pro reo'".

³ La LERL da respuesta a la pregunta de bajo qué condiciones la aplicación por el juez de una nueva ley a un hecho acaecido antes de su entrada en vigencia constituye aplicación con efecto retroactivo, y por lo tanto se encuentra prohibida por el art 9° CC. En términos generales, la

Código Procesal Penal regula el derecho intertemporal procesal penal en su art. 11. Además de estas reglas generales, no es infrecuente que en las situaciones de cambio legal complejo la nueva ley contemple disposiciones destinadas a resolver problemas de aplicabilidad temporal. Esas reglas conforman el derecho transitorio de la respectiva ley. Es derecho transitorio en un doble sentido: porque regula el tránsito de la regulación derogada a la nueva regulación y porque el universo de casos para los que resulta pertinente es efímero, ya que el transcurso del tiempo extinguirá la clase de problemas que genera el hecho del cambio legal.

Conforme a lo dicho, desde un punto de vista sistemático el derecho transitorio ocasionalmente establecido es siempre *derecho especial* respecto del derecho intertemporal del sistema jurídico. Por lo tanto, desde un punto de vista de la racionalidad sistemática la justificación del establecimiento de reglas de derecho transitorio se encuentra en la voluntad del legislador de establecer excepciones al derecho intertemporal o bien de suplir sus vacíos. Por tal razón, salvo por los raros casos en que el cambio legal establece una regulación exhaustiva del tránsito de la antigua a la nueva legislación⁴ o configura simultáneamente el derecho intertemporal de una rama del derecho y el derecho transitorio de ese cambio,⁵ cada vez que el legislador establece una regla de derecho transitorio genera una cuestión interpretativa por contraste con el derecho intertemporal preexistente que le sirve de horizonte de referencia. La solución pacífica de esa cuestión presupone que la cultura jurídica comparta una comprensión de los principios y las reglas que conforman el derecho intertemporal del respectivo sistema jurídico. Tratándose del derecho chileno, sin embargo, esa presuposición falla. Es difícil que en cultura jurídica chilena exista un campo

satisfacción de esas condiciones implican el reconocimiento de una expectativa cuya estabilidad se encuentra protegida frente al cambio legal (“derecho adquirido”), y su insatisfacción, una expectativa no reconocida como protegida (“mera expectativa”). Por tal razón, los casos en que la LERL ordena la aplicación de la ley vigente al momento de la sentencia –la aplicación *in actum* de la ley procesal es el caso más conspicuo– no constituyen casos de aplicación con efecto retroactivo justificado, sino, por el contrario, casos en que no hay una expectativa protegida, por lo que se entiende que la aplicación de la ley no tiene efecto retroactivo. Si se construyera el derecho intertemporal penal a partir de este principio del derecho intertemporal público su regla general sería el deber de aplicar la ley vigente al momento de la sentencia y su excepción estaría dada por el hecho de que esa ley fuera posterior a la comisión del delito y desfavorable para el acusado; en tal caso se aplicaría excepcionalmente la ley vigente al momento del hecho. Sin embargo, la garantía de *lex praevia* derivada del principio de legalidad obliga a considerar que hay una expectativa protegida frente al cambio desfavorable de la ley penal. De ahí que se construya el derecho intertemporal penal partiendo de la aplicación de la ley vigente al momento del hecho como regla general. La denominación de esta regla mediante el aforismo *tempus regit actum* es un error. Ese aforismo designa la regla del derecho internacional privado conforme a la cual las formalidades del acto jurídico se rigen por la ley vigente al tiempo de su celebración.

⁴ Como fue el caso de la reforma procesal penal, según los arts. 483 a 485 de la Ley 19.696, las disposiciones constitucionales transitorias establecidas por la Ley de Reforma Constitucional 19.519 y los artículos transitorios de las Leyes 19.640, 19.665 y 19.806.

⁵ Como es el caso del proyecto de nuevo Código Penal (Boletín 9.274-07), que regula el derecho intertemporal penal en sus arts. 8° y 9° y regula el tránsito del antiguo al nuevo Código Penal en sus artículos finales tercero, cuarto y quinto.

clásico menos desarrollada en sus conceptos y categorías, en todas las ramas del derecho y en la teoría general del derecho, que el derecho intertemporal. El derecho público general, por ejemplo, incluido el derecho administrativo sancionatorio, carece de derecho intertemporal legislado. Pero incluso las disposiciones de este artículo son controvertidas en su sentido y alcance; ellas se han visto oscurecidas por una doctrina y jurisprudencia desarrolladas a fines del siglo XX que partiendo de una premisa errada han generado una considerable incertidumbre en relación con la aplicabilidad de la ley penal derogada.

Para enfrentar estas dificultades es indispensable efectuar un par de distinciones conceptuales y una distinción institucional.

2.1 La distinción entre vigencia y aplicabilidad

La vigencia de la ley es una noción extendida en la cultura jurídica. Decir que una norma se encuentra vigente equivale a decir que pertenece a un sistema jurídico que tiene existencia espacio-temporal. La vigencia temporal de la ley se determina en virtud de las reglas de cambio del sistema jurídico: la vigencia de una norma legal comienza en un momento fijado por el procedimiento de creación de normas del sistema y perdura mientras la norma no sea derogada expresamente. La derogación expresa es una declaración de cancelación de la vigencia de una norma por otra norma –la norma derogatoria–, la cual produce ese efecto cancelatorio desde el momento en que ella entra en vigencia. En el sistema jurídico chileno las reglas generales sobre vigencia temporal de la ley se encuentran en los arts. 6º, 7º y 52 CC y en los arts. 64 inciso final y 75 de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR”).

La aplicabilidad de la ley es una noción poco extendida en la cultura jurídica. Ello se debe a que la identificación rutinaria de las normas aplicables a un caso coincide con el reconocimiento de su vigencia: los tribunales aplican rutinariamente las normas del sistema jurídico al que pertenecen (*lex fori*) y que se encuentran vigentes al momento de su aplicación. Sin embargo, cuando sobreviene un cambio legislativo entre el acaecimiento de los hechos del caso y su juzgamiento y ese cambio es relevante para el caso, se quiebra la rutina y en su lugar se plantea la pregunta por la identificación del derecho aplicable. De modo análogo, cuando los hechos del caso tienen elementos extranjeros se puede quebrar la rutina y plantearse en su lugar la pregunta por la aplicabilidad del derecho extranjero. Ambas cuestiones deben ser resueltas conforme a las reglas y principios del propio sistema jurídico, que no son las reglas sobre vigencia. La identificación del derecho espacialmente aplicable debe realizarse conforme al derecho internacional privado, cuyas normas son por regla general derecho nacional. Tratándose del derecho penal y del derecho público la cuestión no es problemática, pues aun en los casos cuyos hechos tienen elementos extranjeros –casos comprendidos por la jurisdicción extraterritorial o eventualmente por la jurisdicción territorial bajo el principio de la ubicuidad– la ley aplicable siempre es

la *lex fori*.⁶ La identificación del derecho temporalmente aplicable debe realizarse, como se ha dicho, conforme al derecho intertemporal pertinente. En otras palabras, todo tribunal debe sujetarse a las reglas del derecho interestatal (derecho internacional privado) y del derecho intertemporal que se encuentran vigentes espacial y temporalmente al momento de su sentencia. Esas reglas, sin embargo, pueden ordenar la aplicación al caso de derecho extranjero o de derecho derogado.

En todo caso, no hay que confundir la solución de un problema de aplicabilidad temporal con la solución de una antinomia conforme al criterio que asigna preferencia a la *lex posteriori* respecto de la *lex priori*, esto es, la derogación tácita. Entre una y otra situación hay una diferencia elemental: la antinomia se produce entre normas que son *igualmente aplicables* al caso por razón de materia, tiempo y espacio. Aunque la *lex posteriori* haya entrado en vigencia después que la *lex priori*, ambas se encuentran simultáneamente vigentes al momento de entrar en una antinomia.⁷ El presupuesto del derecho intertemporal, por contraste, es la ocurrencia de un cambio legislativo posterior al acaecimiento de los hechos del caso y previo a su juzgamiento.

2.2. La distinción entre dos clases de ultractividad

La distinción tradicional entre tres efectos de la ley en el tiempo –retroactividad, actividad, ultractividad– atiende a las posibles relaciones existentes entre el tiempo de vigencia de la ley y el momento en que acaece el hecho por ella regulado –respectivamente: antes de su entrada en vigencia, durante su vigencia, después del término de su vigencia–. Esta clasificación pierde de vista que el tiempo de vigencia de la ley también debe ser relacionado con momento en que acaece el juzgamiento del hecho. Así, una ley podría ser aplicada por una sentencia dictada durante su vigencia con efecto retroactivo o activo. Esto es obvio y está implícito en la distinción entre uno y otro efecto. Lo que no es obvio, sin embargo, es que la ley podría ser aplicada por una sentencia dictada después del término de su vigencia con efecto retroactivo, activo o ultractivo, y que de estas tres posibilidades la institución de la derogación expresa sólo excluye la última. La cancelación de la vigencia de la norma producida por la derogación implica su inaplicabilidad a hechos acaecidos con posterioridad a la derogación: si la ley derogada deja de ser obligatoria para las personas, estas no puede ser juzgadas conforme a ella. Nada de eso sucede, sin embargo, con la aplicación de una ley derogada que hace una sentencia posterior a su derogación pero a hechos ocurridos durante su vigencia (aplicación con efecto activo) o antes de su entrada en vigencia (aplicación con

⁶ El art. 304 del Código de Bustamante dispone que “[n]ingún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás”.

⁷ Esta clarificación es congruente con el reconocimiento de una profunda diferencia institucional entre la derogación expresa y la derogación tácita: mientras que la derogación expresa cancela la vigencia temporal de una norma, que por ello deja de pertenecer al sistema jurídico institucional, la derogación tácita solo hace inaplicable al caso la *lex priori*, que no por ello deja de pertenecer al sistema jurídico institucional. Esta afirmación es desarrollada en BASCUÑÁN (2000a), p. 227 s.

efecto retroactivo). Ninguna de estas posibilidades se encuentra excluida por la institución de la derogación expresa. Su admisibilidad depende de las reglas del derecho intertemporal.

Para distinguir entre la ultractividad que se encuentra excluida por la institución de la derogación expresa (ultractividad en relación con la sentencia y también con el hecho) y la ultractividad que no se encuentra excluida por esa institución (ultractividad en relación con la sentencia *pero no* con el hecho) he propuesto reservar el término “ultractividad” para el primer caso –conforme a su uso tradicional– y usar el término “preteractividad” para hacer referencia a la aplicación de una ley derogada por una sentencia judicial posterior a su derogación.⁸ Bajo esta distinción terminológica puede afirmarse que la ultractividad es una imposibilidad sistemática mientras que la preteractividad es una cuestión regulada por el derecho intertemporal.

Ciertamente, el derecho intertemporal de un sistema jurídico podría contemplar una regla que excluyera también la preteractividad, o sea, que prohibiera toda aplicación de la ley derogada. Esto caracterizó al derecho intertemporal sancionatorio estadounidense hasta fines del Siglo XIX bajo una construcción jurisprudencial proveniente del *common law* inglés denominada *rule of abatement*.⁹ Conforme a esta doctrina la derogación de una ley implica la intención del legislador de impedir toda aplicación judicial de esa ley, a menos que disponga expresamente lo contrario; por tal razón, todos los procesos para aplicar sanciones establecidas por una ley derogada debían terminar en absolución, a menos que el legislador dispusiera otra cosa. Las dificultades que esta jurisprudencia generaba, provenientes del absurdo de imputar incluso a un cambio legislativo desfavorable para el acusado la intención de producir un efecto práctico equivalente a la despenalización, llevaron al Congreso Federal de los Estados Unidos a establecer en 1871 una regla diametralmente opuesta, conforme a la cual la ley sancionatoria derogada continúa siendo aplicable pese a su derogación, a menos que el legislador disponga expresamente lo contrario.¹⁰ Así, de una prohibición jurisprudencial de aplicación preteractiva se pasó a un imperativo legal de aplicación preteractiva.¹¹

En el derecho chileno, durante el primer siglo de vigencia del Código Penal ni la doctrina ni la jurisprudencia tuvieron dudas acerca de la aplicación de la ley derogada cuando el cambio legal posterior al hecho era desfavorable al acusado. Si la ley vigente al momento del hecho era más favorable al acusado que la ley vigente

⁸BASCUÑÁN (1999), p. 10 s.; (2000b), p. 29 s.; (2014), p. 163 s.

⁹ El principal precedente norteamericano se encuentra en la opinión del Juez Marshall en *Yeaton v. United States*, 9 U.S. 281, 283 (1809); la doctrina procede de una observación de HALE (1680), p. 291).

¹⁰ 16 Stat. 432, 1 U.S.C. § 109; la regla sigue siendo derecho vigente en los Estados Unidos. La misma regla se encuentra en el derecho inglés (*Interpretation Act* 1978, sección 16-d).

¹¹ Para un examen sobre esta doctrina y sus problemas, LEVITT (1923), 715 s.; para su relación conflictiva con en el derecho intertemporal europeo continental en el contexto del derecho de Puerto Rico, BASCUÑÁN (2000b).

al momento de la sentencia, la jurisprudencia aplicaba la primera pese a su derogación siguiendo lo dispuesto por el art. 18 CP. Con esa jurisprudencia concordó la doctrina, desde los antiguos comentaristas del Código Penal a los autores de la segunda mitad del Siglo XX.¹² En 1987, sin embargo, la Corte Suprema decidió en un caso que la derogación de una ley penal implicaba su inaplicabilidad, incluso cuando el cambio legal era desfavorable.¹³ Esta decisión se explica parcialmente como una recepción de la doctrina de Luis Cousiño MacIver, quien en 1975 sostuvo que la derogación formal de una ley contenía como excepción su subsistencia pare el caso en que la ley posterior conservara la punibilidad que establecía la ley derogada.¹⁴ Esta doctrina, que exige constatar la continuidad o perduración del contenido de la ley derogada en la nueva ley, desempeñó un rol secundario en la sentencia de la Corte Suprema de 1987 pero pasó a constituir la base de su comprensión de la aplicabilidad de la ley penal derogada a partir de 1991.¹⁵ Avalada por un sector de la doctrina nacional,¹⁶ la tesis de Cousiño ha desempeñado un rol protagónico en la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a importantes cambios legales, como los introducidos por la Ley 19738 en la Ordenanza de Aduanas, a propósito de la derogación de la norma punitiva del fraude aduanero,¹⁷ por la Ley 20000 en la regulación del tráfico de estupefacientes, a propósito de la introducción del delito de microtráfico,¹⁸ y por la Ley 20361 en el derecho antimonopolios, a propósito de las sanciones aplicables.¹⁹

La construcción conceptual de la doctrina de Cousiño es, sin duda, errónea. Ella se basa en confundir la vigencia con aplicabilidad. No obstante, en un

¹² Al respecto, citando a Pedro Javier Fernández, Robustiano Vera, Alejandro Fuensalida, Edurado Novoa Monreal, Gustavo Labatut y Alfredo Etcheberry, y jurisprudencia de los siglos XIX y XX, BASCUÑÁN (2014).

¹³ *Contra Paço de Armas*, sentencia de 13 de agosto de 1987, Rol N° 25.390, en: 345 Fallos del Mes (1987), p. 530-532. La peculiaridad del caso –otorgamiento ilegal de patente para la conducción de automóviles– es que la norma derogatoria de la ley vigente al momento del hecho –Ley 15.231– fue establecida en un cuerpo legal –Ley 18287, establece procedimientos ante los Juzgados de Policía Local– y la nueva regulación en otro –Ley 18290, del tránsito–, ambos publicados en el Diario Oficial el mismo día 7 de febrero de 1984 y entrados en vigencia el mismo día 1° de enero de 1985.

¹⁴ COUSIÑO (1975), pp. 118-119.

¹⁵ *Errázuriz Talavera y otros*, sentencia de 17 de junio de 1991, Rol N° 28.479, en: 391 Fallos del Mes (1991) p. 219-223

¹⁶ POLITOFF / MATUS (2002), p. 268-269.

¹⁷ *Contra Schalchli Melo*, sentencia de 11 de noviembre de 2002, Rol N° 3862-2001; *contra Ortega Meriño*, sentencia de 5 de enero de 2004, Rol N° 3143-2002; *contra Muñoz Alfaro*, sentencia de 31 de agosto de 2004, Rol N° 3107-2002; *contra Labarca Abarca y otro*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Rol N° 3890-2002; *contra King Vilensky*, sentencia de 8 de octubre de 2008, Rol N° 2420-2008; *contra Guerrero Hernández y otros*, sentencia de 13 de mayo de 2008, 5292-2007; *contra Lehmann Wolfenson*, sentencia de 3 de diciembre de 2009, 8006-2008.

¹⁸ *Contra Valenzuela Grandón*, sentencia de 18 de noviembre de 2008, Rol N° 2980-2008; *contra Yáñez Vargas*, sentencia de 17 de diciembre de 2009, Rol N° 4887-2009; *contra Vasallo Schanni*, sentencia de 16 de agosto de 2010, Rol N° 8938-2009).

¹⁹ *Reclamación de Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A contra TDLC*, sentencia de 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012.

sentido muy general la doctrina de Cousiño también responde a un principio de justicia básico del derecho intertemporal penal europeo continental, conforme al cual una ley derogada no debe ser aplicada si su derogación implica su desautorización por el legislador. Es decir, si el cambio legal consiste en una alteración de la medida del merecimiento y/o de la necesidad de la pena expresada en la ley derogada, que es favorable al acusado, entonces el tribunal ya no está vinculado a esa medida. En este sentido puede decirse que la ley derogada es aplicable cuando sigue siendo materialmente vigente, esto es, cuando la desvaloración del hecho que ella expresaba sigue encontrando sustento en el derecho vigente.²⁰ Pero esto no es sino una consecuencia del principio de *lex mitior*, es decir, del imperativo de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. La consecuencia práctica de la desautorización de la ley derogada por el cambio legal no es simplemente la inaplicabilidad de la ley derogada, sino la aplicación retroactiva de la nueva ley, por ser más favorable. No se trata, por lo tanto, de que la constatación de la continuidad de la valoración sea una condición necesaria de la aplicación preteractiva de la ley derogada, sino más bien de que la constatación de la discontinuidad es una condición suficiente de la aplicación retroactiva de la ley vigente al momento de la sentencia. Lo propio del derecho intertemporal chileno - en tanto derivación del europeo continental- no es la existencia de una regla equivalente a la *rule of abatement*, o sea, una prohibición general de aplicación preteractiva de la ley penal derogada, sino la existencia del principio de *lex mitior*, que acarrea la inaplicabilidad de la ley derogada como consecuencia derivada del imperativo de aplicar retroactivamente de la ley más favorable.

Dicho en términos simples. Tal como lo entendieron la doctrina y la jurisprudencia chilenas por más de un siglo, el art. 18 CP establece tres reglas básicas: (i) ordena aplicar la ley vigente al momento del hecho incluso preteractivamente (inciso primero), por lo que (ii) prohíbe aplicar con efecto retroactivo la ley posterior al hecho (inciso primero); además, (iii) ordena aplicar con efecto retroactivo la ley posterior al hecho cuando es más favorable (inciso segundo), incluso prevaleciendo sobre la cosa juzgada (inciso tercero). Para que (iii) pueda ser operativo, es necesario reformular (i) como un imperativo de aplicación preteractiva de la ley favorable y (ii) como una prohibición de aplicación con efecto retroactivo de la ley desfavorable.²¹

Como se puede apreciar, en los resultados no hay mayor diferencia entre la interpretación tradicional del art. 18 CP y la doctrina de Cousiño. La aplicación de una y otra doctrina, sin embargo, puede producir diferencias sustantivas en la práctica. La manera como la jurisprudencia ha aplicado la doctrina de Cousiño

²⁰ JAKOBS (1995), pp. 111-113. Desde el punto de vista de las reglas de cambio del sistema, esto implica sostener que en el derecho penal el cambio legal favorable al acusado no constituye una simple derogación de la ley preexistente desfavorable, sino que conlleva su abolición.

²¹ En pie quedan dos cuestiones: (i) el estatus de las leyes temporales, de aplicación preteractiva a pesar de ser comparativamente desfavorables, y (ii) el estatus de las leyes intermedias, de aplicación retroactiva cuando son más favorables a pesar de no encontrarse vigentes al momento del hecho. Acerca de las leyes temporales, *infra* secciones 2.3, 4.3 y 5.2.

consiste en efectuar una comparación abstracta entre la ley derogada y la ley nueva para examinar la continuidad que esa doctrina exige constatar. Puesto que lo usual será que la nueva ley no reproduzca literalmente la derogada, la constatación de la continuidad supondrá un juicio de ponderación entre las semejanzas y diferencias existentes entre la ley derogada y la nueva ley que arroje como resultado que las primeras son más importantes que las segundas. La estructura de esa ponderación es indefinida por lo que sus resultados son inciertos. Esa incertidumbre encubre la arbitrariedad judicial. En contraste, la interpretación tradicional implica un procedimiento preciso de comparación entre la ley derogada y la nueva ley: el tribunal debe aplicar conjeturalmente una y otra ley, cada una por separado, al juzgamiento del caso, y aquella que arroje el resultado más favorable al acusado debe ser considerada como ley aplicable, ya sea preteractivamente -si lo es la ley derogada- o retroactivamente -si lo es la nueva ley-. En otras palabras, la comparación exigida por la doctrina tradicional es concreta y no abstracta.²²

2.3. La distinción entre el derecho intertemporal de rango legal y el de rango supralegal

En principio, el derecho intertemporal es derecho de rango legal. La legislación establece las reglas y principios a los que el tribunal debe sujetarse para identificar el derecho aplicable al caso. Esta es la razón de que el derecho transitorio establecido por una ley determinada tenga prioridad sobre el derecho intertemporal respectivo: es *lex specialis* del mismo rango jerárquico. No obstante, tratándose del derecho intertemporal penal algunas de sus reglas tienen rango jerárquico supralegal. Probablemente no hay un aspecto del derecho intertemporal chileno donde reine más confusión que en éste. La confusión se debe en primer lugar a una tendencia de la cultura jurídica chilena a considerar que toda regla relevante debe tener estatus constitucional. Esta tendencia intensamente contramayoritaria es dominante desde la época de la dictadura militar, ya sea en su vertiente favorable a la dictadura (apoyada en la Constitución de 1980) o en su vertiente contraria a ella (apoyada en los tratados internacionales sobre derechos humanos). Pero la confusión también se debe a una tendencia generalizada en la cultura europea continental a equiparar en peso específico y conclusividad el imperativo de aplicación retroactiva de la ley favorable a la prohibición de aplicación retroactiva de la ley desfavorable. Esto es un error.

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es una de las garantías concretas del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Fundada en el principio de culpabilidad y en consideraciones de seguridad jurídica, constituye un principio elemental de justicia. En tal carácter es común a la

²² En rigor, la asunción cabal de la doctrina de Cousiño también exigiría una comparación concreta. Pues esa doctrina simplemente enuncia de modo invertido las consecuencias sistemáticas del principio de *lex mitior* para el derecho intertemporal penal. Sin embargo, la confusión entre aplicabilidad (concreta) y vigencia (abstracta) que caracteriza a esa doctrina hace plausible la idea de que la comparación por ella exigida es de carácter abstracto y no concreto.

cultura jurídica europea continental y la angloamericana y tiene una larga tradición como regla de rango constitucional. En el derecho chileno vigente ella se encuentra establecida en el art. 19 N° 3 inciso viii (originariamente, vii) CPR.

El imperativo de aplicación preteractiva de la ley penal derogada no es una garantía constitucional. Puede ser entendido como una consecuencia del principio de legalidad en sentido sistémico, pero no garantístico. Es una expresión del interés colectivo en la efectividad de la ley penal, pero no constituye una condición de legitimación de la potestad punitiva que proteja un interés estratégico de las personas eventualmente afectadas por dicha potestad. Ciertamente, la legalidad en sentido sistémico corresponde a su sentido orgánico, es decir, como principio de legitimación de la competencia de los órganos que intervienen en el ejercicio de la potestad punitiva, y en ese sentido el principio tiene relevancia constitucional como parte del diseño básico de la organización del Estado (art. 7° CPR). Pero una norma legal que alterara el imperativo de aplicación preteractiva, como lo hacen los incisos segundo y tercero del art. 18 CP, es igualmente satisfactoria del principio de legalidad en su sentido orgánico. El deber de sujeción a la ley que pesa sobre el Ministerio Público y los tribunales no es un deber de aplicación de la ley penal vigente en tal o cual momento, sino un deber de aplicación de las normas legales que componen el derecho intertemporal vigente al momento de la aplicación de la ley penal.

El hecho de que el art. 18 CP establezca en un mismo precepto –su inciso primero– tanto el imperativo de aplicación (incluso preteractiva) de la ley vigente al momento de la comisión del hecho como la prohibición de aplicación retroactiva de la ley posterior a ese momento, y que subordine conceptualmente esta prohibición a aquel imperativo, es enteramente comprensible, atendido su nivel de referencia. Se trata de reglas de la codificación dirigidas a los tribunales, cuya finalidad prioritaria es asegurar su sujeción a la ley. En cambio, el hecho de que la Constitución de 1980 haya reproducido en sus garantías el inciso primero del art. 18 CP es indicativo de la falta de comprensión que tuvieron sus redactores del sentido y función de las reglas de la codificación. Porque en el nivel de referencia de las reglas sobre garantías constitucionales el único contenido relevante de ese precepto es la garantía de *lex praevia*, o sea, la prohibición de aplicación de la ley penal con efecto retroactivo, como lo demuestra la tradición constitucional chilena.²³

La mayor dificultad se encuentra, sin embargo, en la determinación del rango jerárquico del principio de *lex mitior*, esto es, el imperativo de aplicación

²³ Constitución de 1828: “Art. 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: “Art. 133. Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.” Constitución de 1925: “Art. 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.”

retroactiva de la ley penal favorable. La doctrina y la jurisprudencia dominantes sostienen que la Constitución de 1980 lo dotó de rango constitucional. Como se verá, el Tribunal Constitucional adhiere a esta postura en su STC 2673, tanto en su opinión de mayoría como en la opinión disidente. Pero es claro que conforme a su tenor literal y a la historia fidedigna de su establecimiento el art. 19 N° 3 inciso viii CPR no manda sino que simplemente permite la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. El sentido de la frase “a menos que una nueva ley favorezca al afectado” consiste en exceptuar de la prohibición constitucional de aplicación con efecto retroactivo de la ley penal a la ley más favorable, resolviendo con ello una aparente dificultad que era de mención rutinaria en la doctrina bajo la Constitución de 1925.²⁴ Que la doctrina y la jurisprudencia lean esa autorización al legislador como un imperativo se debe al juego conjunto de las dos tendencias antes señaladas.

Colabora a esa lectura, sin duda, el hecho de que el principio de *lex mitior* se encuentre explícitamente consagrado junto al principio de juridicidad (*lex praevia* y *certa* en términos de accesibilidad y previsibilidad) en el art. 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (“PIDCP”) y el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“CADH”).²⁵ Esa equiparación es un rasgo de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, pues la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 no la establecía. Ese rasgo es apreciable incluso en el contexto de la Unión Europea, a pesar de que el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos tampoco la estableció.²⁶ Esto oculta que la cuestión más importante no es *si* el

²⁴ Rutinariamente se planteaba la pregunta de si los amplios términos de la garantía constitucional (nota 23) implicaban la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley más favorable, haciendo con ello inconstitucional al principio de *lex mitior* consagrado en los incisos segundo y tercero del art. 18 CP. La respuesta rutinaria era la negativa, advirtiendo que la garantía de *lex praevia* se establecía en interés del acusado y no en su contra. Esto fue constatado en la sesión 112 (8 de abril de 1975) de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y la discusión de la comisión en esa sesión y en la siguiente (sesión 113, 10 de abril de 1975) siempre giró en torno a la mejor manera de evitar para el futuro esa pregunta. Sobre esto en detalle, *infra* sección 5.1.

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

²⁶ El art. 7-1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos solo garantiza la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Basándose en la comparación de este precepto con el art. 15-1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1978 la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que el convenio no garantizaba el principio de *lex mitior* (X v. Germany, N° 7900/77). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo ese mismo punto de vista en su jurisprudencia inicial sobre la materia (Le Petit v. the United Kingdom N° 35574/97, sentencia de 05.12.2000; Zaprianov v. Bulgaria, N° 41171/98, sentencia de 06.03.2003), hasta que la revocó en

principio de *lex mitior* tiene rango supralegal sino *qué* es lo que tiene rango supralegal tratándose de ese principio. Porque el hecho básico de que hay una diferencia sustancial en el modo como opera la garantía de *lex praevia* y el modo como opera el principio de *lex mitior* cuando está dirigido al legislador.

La garantía de *lex praevia* opera como regla binaria: si la ley penal es posterior al hecho y sus consecuencias son desfavorables para el acusado, su aplicación retroactiva se encuentra prohibida. La operatividad de esta prohibición está rodeada, ciertamente, por un sinnúmero de cuestiones eventualmente controversiales, como la determinación del momento del hecho, la determinación de la clase de consecuencias jurídicas sometidas a la prohibición, la calificación del carácter favorable o desfavorable de esas consecuencias y el tratamiento de los casos en que la nueva ley sea en parte favorable y en parte desfavorable. Pero en todo el ámbito en que estas cuestiones no generen controversia, la prohibición opera concluyentemente. El principio de *lex mitior*, en cambio, solo puede operar razonablemente a la luz de sus fundamentos. Para el caso paradigmático del principio –la aplicación retroactiva de la ley más favorable vigente al momento de la sentencia–, ese fundamento se encuentra en la prohibición de exceso que deriva del principio de proporcionalidad. Ello es así, porque se entiende que en tanto la nueva ley establece un trato más favorable ella desautoriza la medida de merecimiento o necesidad de pena que expresaba la ley vigente al momento del hecho. Y el tribunal no puede quedar vinculado a una medida legal que el propio legislador ha desautorizado por excesiva. En su carácter de imperativo dirigido al legislador el fundamento del principio de *lex mitior* se encuentra por lo tanto en una prohibición de doble estándar: el legislador no puede expresar al mismo tiempo dos medidas distintas de merecimiento y necesidad de la pena. O, lo que es lo mismo, el legislador no puede establecer diferencias arbitrarias para el tratamiento punitivo de hechos sujetos a una misma valoración. Por eso debe aplicarse la medida que menos afecta los derechos fundamentales del acusado.²⁷

Scoppola v. Italy (N° 2) (N° 10249/03, sentencia de 17.09.2009), sosteniendo que el art. 7 del convenio garantiza implícitamente el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable (c. 109). Esto pone al imperativo incondicionado de preteractividad del derecho inglés (*supra*, nota 9) en tensión con el convenio europeo (al respecto, BOHLANDER (2011), pp. 627 y s.). Con todo, la razón sustantiva ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la consideración del principio de *lex mitior* como garantía implícita del principio de legalidad es coincidente con la tesis que aquí se sostiene en relación con la diferencia de su operatividad (*infra*, nota 27).

²⁷ En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “In the Court's opinion, it is consistent with the principle of the rule of law, of which Article 7 forms an essential part, to expect a trial court to apply to each punishable act the penalty which the legislator considers proportionate. Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time. In addition, it would amount to disregarding any legislative change favourable to the accused which might have come in before the conviction and continuing to impose penalties which the State –and the community it represents– now consider excessive. The Court notes that the obligation to apply, from among several criminal laws, the one whose provisions are the most favourable to the accused is a clarification of the rules on the succession of criminal laws, which is in accord with another essential element of Article 7, namely

Lo dicho demuestra que bajo el principio de *lex mitior*, en tanto imperativo dirigido al legislador, hay un margen considerable para que este formule una apreciación diferenciada entre los hechos del pasado sometidos a la ley derogada desfavorable y los hechos futuros sometidos a la nueva ley más favorable. Si las diferencias entre unos y otros justifican razonablemente un trato punitivo también diferenciado, entonces no puede asumirse que la nueva ley desautorice la antigua medida de merecimiento o necesidad de pena, o, lo que es lo mismo, que el trato diferenciado implique un doble estándar. Esto no es una novedad para la dogmática constitucional: el derecho a la igualdad ante la ley reconoce un margen de diferenciación legítima y el principio de proporcionalidad reconoce un margen de legítima prerrogativa de determinación del legislador.

Lo anterior es tan evidente que incluso allí donde en principio no hay margen de apreciación disponible la doctrina y la jurisprudencia lo reconocen. En tanto imperativo de rango legal, esto es, en tanto regla del art. 18 inciso segundo y tercero CP, el principio de *lex mitior* no autoriza este margen de apreciación: su destinatario es el tribunal y a su respecto opera binariamente. Con todo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes no vacilan en reconocer una excepción a ese principio en las leyes temporales. Esto es desde luego una demostración de la inconsistencia del punto de vista extendido —¿cómo podría admitirse una excepción a una garantía constitucional que ni siquiera está consagrada expresamente por la ley ni por la constitución?—, pero se explica a la luz del fundamento antedicho. Una ley temporal es, en rigor, una ley especial: las circunstancias en que fueron cometidos los hechos que ella regula los hace merecedores o necesitados de un tratamiento penal más severo y esa desvaloración no queda desautorizada por el término de esas circunstancias.²⁸ Por eso, más que una excepción al principio de *lex mitior* basada en la preponderancia de otras consideraciones, las leyes temporales representan un caso no alcanzado por dicho principio a la luz de sus fundamentos.

Así es como debe entenderse el principio de *lex mitior* en tanto imperativo supralegal de aplicación retroactiva de la ley más favorable, ya sea como recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos, o como contenido de la frase del texto constitucional chileno, o como consecuencia de la prohibición de discriminación derivada del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19 número 2 CPR) y de la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad,

the foreseeability of penalties.” (*Scoppola v. Italy* N° 2, *cit.* nota 27, c. 108). Esto demuestra que el principio de *lex mitior* no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad: esa es la raíz de que sean operativamente diferentes. Frente a esta evidencia, las razones dadas por el Tribunal para vincular el principio de *lex mitior* al precepto que garantiza la *lex praevia*—que sea consistente con el Estado de Derecho (“rule of law”) y que se encuentre conforme con la previsibilidad de las penas— son espúreas.

²⁸ “[S]ólo es una pregunta de la técnica legislativa si se dispone que será sancionada la importación realizada hasta el 1° de abril, o bien que la ley perderá su vigencia el 1° de abril” (MEZGER (1949), p. 71).

que el Tribunal Constitucional chileno considera parte del esquema de control de la adecuación de la ley al derecho a la igualdad.²⁹

3. El derecho transitorio de la Ley 20.720

El art. 12-t no figuraba en el mensaje presidencial que dio origen a la tramitación del proyecto de ley respectivo. Su primer antecedente se encuentra en la siguiente disposición, introducida en la discusión en particular del proyecto en Sala del Senado³⁰:

Artículo duodécimo.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicaran a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.

A la luz del art. 18 del CP esta es una regla redundante o excepcional, según si las disposiciones de la Ley 20720 resultan desfavorables o favorables para el imputado en comparación con las normas penales aplicables pertinentes que ella deroga. Si las nuevas disposiciones resultan desfavorables, la regla simplemente reproduce el inciso primero del art. 18 CP, en su contenido de prohibición de aplicación retroactiva (*lex praevia*). Si, en cambio, las nuevas disposiciones resultan favorables, la regla constituye una excepción a los incisos segundo y tercero del art. 18 CP, que disponen la aplicación retroactiva de las leyes posteriores a la comisión del hecho que lo eximen de toda pena o le aplican una menos rigurosa (*lex mitior*). Conforme a la concepción de la regla que manifestó quien propuso su inclusión en el proyecto, el Senador Hernán Larraín, su sentido habría sido precisamente el segundo. En sus propios términos:

En segundo lugar, también se planteó introducir un nuevo artículo transitorio para evitar un problema. El proyecto incorpora una mirada distinta acerca de los delitos de fraude y de quiebra fraudulenta o culposa.

En la actualidad hay personas que se encuentran condenadas por tales ilícitos. Y han surgido interpretaciones judiciales que dan a entender que, fundándose en el principio pro reo y al cambiar la tipificación de los delitos, ellas quedarían liberadas de su responsabilidad penal.

Con el objeto evitar esto último se propuso utilizar la misma norma que hemos empleado en otros cuerpos legales y establecer lo siguiente:

²⁹ Sentencias 797/07, 825/07 y 829/07.

³⁰ *Diario de Sesiones del Senado* (2013), en: HL/20720, p. 1711; *Oficio de Ley a la Cámara de Diputados* (2013), en: HL/20720, p. 1913.

“Artículo 12 transitorio.- Las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicaran a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia.”.

Esta norma –me parece que ya la usamos en la Ley de Drogas– nos permitirá impedir que personas que han sido declaradas culpables del delito de quiebra fraudulenta puedan sentirse eximidas de responsabilidad penal en virtud del principio pro reo.

Tal vez podría no aplicarse, pero como hay casos en que sí se ha hecho nos parece imprescindible incorporar este artículo transitorio.³¹

En los mismos términos defendió la regla ante la Sala del Senado el Senador informante, Patricio Walker:

La actual Ley de Quiebras contiene normas penales que tipifican delitos concursales para las figuras de quiebra culpable y quiebra fraudulenta. En este ámbito el proyecto deroga la normativa vigente y crea nuevas figuras penales, que se incorporan en un nuevo Título dentro del Código penal, las que tienen por objeto sancionar las conductas ilícitas en relación con la nueva ley. Para evitar cualquier confusión acerca de la posibilidad de que se aplique la retroactividad de la ley en los casos que sean más favorables a la persona condenada y con la finalidad de distinguir un delito de otro, se propone un nuevo artículo 14 transitorio, del siguiente tenor: “Artículo 14 transitorio.- Las disposiciones penales de la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia”.

Es muy relevante, Señor Presidente, acoger tal proposición. Ojalá contemos con el acuerdo de la Sala para ello.³²

Una regla así formulada como excepción al principio de *lex mitior* plantea la interrogante de su congruencia con la prohibición de discriminación arbitraria derivada del derecho constitucional a la igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad, como arriba se explicó. Pues si la Ley 20.720 declara que determinadas acciones ya no merecen ni necesitan una pena, entonces resulta problemático a la luz de ese derecho y ese principio que al mismo tiempo obligue a sancionarlas penalmente. La ilicitud del hecho al momento de su comisión y la

³¹ HL/20720, p. 1709-1710.

³² HL/20720, p. 1686.

culpabilidad de quien intervino en su comisión pierden toda relevancia al momento de la sentencia, si la ley vigente a ese momento declara impune al hecho y esa declaración expresa una valoración extensible a las acciones anteriores. ¿Por qué habría que evitar que fueran eximidas de responsabilidad las personas que realizan las acciones que la ley declara ahora que no merecen ni necesitan una sanción penal?

Por otra parte, la apelación que el Senador Larraín hizo al art. 1° transitorio de la Ley 20.000 (D.O. 16.02.2005) como modelo del art. 12° transitorio que él propuso no es exacta. Pues lo distintivo de ese precepto, así como de su antecesor, el art. 59 de la Ley 19.366 (D.O. 30.01.1995), es su intento de compatibilizar la regla de preteractividad de la ley penal derogada con el principio de *lex mitior* del art. 18 CP. Una y otra disposición son del siguiente tenor:

Ley 19.366

Art. 59. Derógase la ley N° 18.403.

Con todo, la ley N° 18.403 continuará vigente para los efectos de la sanción de los delitos en ella contemplados y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, en cuyo caso la pena se regulará, además, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal.

Ley 20.000

Art. 1° (transitorio). Esta ley solo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, la ley N° 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. (...)

Como salta a la vista, ambas disposiciones utilizan inadecuadamente la expresión “continuará(n) vigente(s)” para referirse al hecho institucional de la aplicación preteractiva de la ley. Ese uso es una consecuencia de la falta de diferenciación conceptual entre la vigencia y la aplicabilidad de las normas.³³ Aparte de esa inadecuación, ambas disposiciones someten la regla de aplicación preteractiva de las normas derogadas al principio de *lex mitior* consagrado en los incisos segundo y tercero art. 18 CP. La fórmula empleada por el art. 59 de la Ley 19.366 es menos equívoca que la redacción del art. 1° transitorio de la Ley 20.000, pues indica con

³³ Consecuentemente con esta confusión, el art. 64 de la Ley 20.000 derogó la Ley 19.366 “[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1° transitorio”. Inconsecuentemente, el art. 66 derogó el art. 229 del Código de Justicia Militar, y el art. 67 derogó el art. 193 del Código Aeronáutico, sin que ninguno de ellos hiciera una salvedad en relación con la preteractividad de esas disposiciones derogadas, también dispuesta por el art. 1° transitorio L 20000.

claridad que en caso de ser aplicable preteractivamente la ley derogada la pena respectiva se someterá a las reglas del art. 18 CP. Esto implica que si la nueva ley —la Ley 19366, en ese caso— exime al hecho de toda pena o le aplica una menos rigurosa, el tribunal debe arreglar a esta el juzgamiento del hecho. La redacción del art. 1º transitorio de la Ley 20.000, en cambio, pareciera indicar que la aplicación preteractiva de la ley penal derogada constituye una operación distinta de la consideración del art. 18 CP, al que solo habría de atender el tribunal para efectos de la determinación de la pena. Pero la única consecuencia práctica que se deduce de esta peculiaridad es tan absurda que debe concluirse que el sentido de esta disposición en nada difiere del sentido del art. 59 de la Ley 19.366. En efecto, la disociación entre la determinación de la calidad de delito conforme a la ley derogada y la determinación de la pena conforme a la ley más favorable produciría como consecuencia posible que la disminución sobreviniente de la pena fuera aplicable retroactivamente conforme al art. 18 CP pero no así la despenalización sobreviniente del hecho. Y eso sería intolerablemente absurdo: la ley que exime de toda pena un hecho contiene la norma “relativa a la pena” máximamente favorable.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.000 no arroja mayores luces al respecto. Su art. 1º transitorio procede parcialmente del proyecto de ley originario iniciado a tramitación por mensaje del Presidente de la República.³⁴ La Cámara de Diputados introdujo algunas modificaciones en primer trámite constitucional³⁵ y el Senado otras modificaciones en segundo trámite constitucional, hasta alcanzar la redacción definitiva.³⁶ Durante toda la tramitación, la mención al art. 18 CP formó parte del precepto, sin que se discutiera el alcance esa mención.

Suponiendo, pues, que la referencia al art. 18 CP abarca tanto a las normas que son más favorables porque aplican una pena más rigurosa como a las que lo son porque eximen al hecho de toda pena, cabe preguntarse en qué se diferencia el art. 1º transitorio de la Ley 20000 del art. 18 CP. En mi opinión, en nada: es un precepto cabalmente redundante en el contexto del derecho intertemporal penal chileno.³⁷ Por cierto, esta afirmación descansa en la lectura del inciso primero del art. 18 CP que hicieron la doctrina y la jurisprudencia chilenas hasta antes de 1975. A partir de la doctrina de Cousiño y su recepción por la Corte Suprema, la aplicación preteractiva de la ley se ha vuelto incierta. Esa incertidumbre es la que

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional (2005) (en adelante “HL/20000”) p. 49.

³⁵ HL/20000, p. 549.

³⁶ HL/20.000, p. 1064.

³⁷ Así, BASCUÑÁN (2014), p. 210-211. En la Comisión Especial sobre Drogas de la Cámara de Diputados se reconoció el carácter redundante del art. 1º del mensaje “por cuanto la norma sobre efecto retroactivo de las leyes es clara en esta materia” (HL/20000, p. 186). El informe de la comisión no cita esa norma; no es claro si se trata de una referencia a la LERL (donde “norma” equivale a “ley”) o al art. 18 CP (donde “norma” equivale al imperativo de aplicación retroactiva de la ley más favorable establecido en el inciso segundo de ese artículo). La primera referencia carecería de objeto; la segunda confirmaría la tesis de la redundancia del derecho transitorio de la Ley 20.000.

genera la necesidad de una regla que declare expresamente lo que no se es capaz de leer en el inciso primero del art. 18 CP a pesar de su claro tenor literal: que la ley aplicable al juzgamiento de un hecho es la ley vigente al momento de su comisión.

Aquí se encuentra, por lo tanto, la diferencia esencial entre el art. 1° transitorio de la Ley 20000 y el art. 12° transitorio propuesto por el Senador Larraín para el proyecto de ley que dio origen a la Ley 20720: mientras que aquél simplemente reitera el derecho intertemporal penal establecido en el art. 18 CP, este lo altera sustancialmente al excluir la aplicación retroactiva de las normas de la Ley 20720 que sean más favorables al imputado. El auténtico equivalente del art. 12° transitorio propuesto por el Senador Larraín se encuentra más bien en el art. 9° transitorio de la Ley 19738 (D.O. 19.06.2001), que modificó la Ordenanza de Aduanas,³⁸ que precisamente por esa razón ha sido considerado como un precepto inconstitucional por la Corte Suprema en algunos casos.³⁹

El riesgo de impugnación de la constitucionalidad del art. 12° transitorio aprobado por el Senado en el primer trámite constitucional fue advertido por el Diputado Felipe Harboe en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional del proyecto de ley. La Superintendente de Quiebras, Josefina Montenegro, hizo ver que la regla establecía una excepción al principio *in dubio pro reo*⁴⁰ para evitar que la derogación de las presunciones de quiebra culpable y dolosa en la nueva regulación concursal pudiera acarrear la absolución por la comisión de esos delitos. Frente a ello, el Diputado Harboe observó que la regla podía ser cuestionada en su constitucionalidad atendido al hecho de que “el principio *in dubio pro reo* está

³⁸ “Art. 9° (transitorio). Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997.” Como salta a la vista, se trata de una regla que establece la preteractividad de la ley penal derogada con independencia de si las normas de la ley penal que la sustituye son o no más favorables. Para todos los casos en que las normas de la ley 19738 fueran más favorables, el art. 9° transitorio dispuso la aplicación preteractiva de una ley penal desfavorable. Por eso no es una regla redundante sino una auténtica regla especial de preteractividad: en virtud de su calidad de *lex specialis* (art. 13 del Código Civil) prevalece sobre el art. 18 CP y no se encuentra subordinada al imperativo legal de aplicación retroactiva de la ley penal favorable establecido en el inciso segundo de ese precepto.

³⁹ Así, *contra Muñoz Alfaro* (SCS 31.08.2004, Rol N° 3107-2002 cons. 6°); *contra Labarca Abarca y otro*, (SCS 02.09.2004, Rol N° 3890-2002 cons. 6°). El voto de prevención en el caso *contra Schalchli Melo* examina el art. 9° transitorio de la Ley 19.738 bajo los estándares constitucionales del derecho a la igualdad ante la ley y la proporcionalidad y concluye que no los satisface, por lo que la norma legal violaría también las garantías de los tratados internacionales sobre derechos humanos (SCS 11.11.2002, Rol N° 3862-2001 cons. 8°-10°).

⁴⁰ HL 20720, p. 2376. La denominación del principio de *lex mitior* como principio *in dubio pro reo* es un error. Este principio corresponde a la regla de valoración de la prueba bajo el estándar de convicción más allá de duda razonable; por eso, en caso de duda razonable (*in dubio*) se debe absolver al acusado (*pro reo*). El principio de *lex mitior* ni implica siempre absolución ni presupone una situación de duda.

consagrado en la Carta Constitucional”.⁴¹ La Superintendente observó que la regla había sido justificada como una reproducción del art. 1° transitorio de la Ley 20.000 y propuso “incorporar a continuación del punto aparte, una mención que establezca, tal como lo hace la Ley 20.000, que los delitos de quiebra culpable y fraudulenta continuaran vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de tales delitos, que hayan sido perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley”.⁴² Esa proposición fue complementada por el profesor de derecho civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Juan Luis Goldenberg Serrano, en el sentido de agregar además la frase, también contemplada en la Ley 20.000 “sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”.⁴³ En esos términos, idénticos a los del actual art. 12-t, la disposición fue aprobada por la Comisión por la unanimidad de sus miembros.

La descripción de la historia fidedigna del establecimiento del art. 12-t deja al intérprete en una situación desconcertante. Por una parte es claro que el legislador decidió establecer una regla de aplicación preteractiva de la ley derogada para evitar la impunidad que pudiera ser consecuencia del cambio de tipificación introducido por la nueva regulación de los delitos de insolvencia. Por otra parte, el legislador introdujo a esa regla una salvedad que equipara su regla de aplicación preteractiva al derecho intertemporal penal general, establecido en el art. 18 CP, que ordena la impunidad por aplicación retroactiva de la ley más favorable. O sea, se trata de un legislador que lo quiere todo o que no sabe lo que quiere.

No puede dejar de comentarse aquí que existe una explicación distinta de las preocupaciones del Senador Larraín, que explica también por qué la regla surgida para resolver esas preocupaciones termina reproduciendo el derecho intertemporal penal de alcance general. Es posible que la posición defendida por el Senador Larraín haya consistido en la idea de que el cambio de tipificación introducido en la Ley 20720 no producía como consecuencia una despenalización de las conductas que eran punibles conforme a las normas por ella derogadas. En otras palabras, que los nuevos delitos introducidos por el art. 345 de la Ley 20720 en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal abarcan un ámbito de punibilidad que no es menor que el cubierto por los arts. 38, 218 a 222 y 229 del Libro IV CCo, derogados por el Art. 347 número 20 de la Ley 20.720.⁴⁴

⁴¹ HL./20720, p. 2377.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Esta es una explicación posible, pero inverosímil. Las Comisiones Unidas de Economía y Constitución del Senado, que integraba el Senador Larraín, 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 Hermsilla, 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

Pero esa es una tesis interpretativa. Su corrección o incorrección depende del resultado a que se llegue comparando todos los aspectos de la regulación preexistente de los cuales depende la punibilidad con los de la nueva regulación. En el mejor de los casos, el legislador podría prever el surgimiento de eventuales controversias en ejercicio de comparación y resolverlas mediante reglas de interpretación de las nuevas disposiciones o mediante una constancia en las actas de sus sesiones. Lo que se encuentra totalmente fuera de lugar es la pretensión de avalar esa interpretación mediante el establecimiento de una excepción al principio de *lex mitior*. Ese modo de proceder es indicativo de una voluntad legislativa reacia a asumir las consecuencias de sus decisiones. Eso está más allá de su poder legítimo.

Bajo la regla del art. 18 CP o del art. 12-t la única manera de resolver correctamente los problemas de aplicación temporal de la ley penal que plantea la entrada en vigencia del art. 345 de la Ley 20720, y con él de las nuevas normas sobre delitos concursales introducidas en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, es examinando en cada caso su posible calificación y pena bajo la totalidad de las normas pertinentes vigentes al momento de su comisión, examinando luego su posible calificación y pena bajo la totalidad de las normas pertinentes vigentes al momento de la sentencia, comparando el resultado de ambos exámenes y seleccionando luego como ley aplicable al caso aquella de las regulaciones que le dé el tratamiento más favorable. Que el Libro IV CCo esté derogado es irrelevante: sus normas siguen siendo aplicables a los hechos acaecidos bajo su vigencia si las nuevas normas son desfavorables. Que en abstracto haya diferencias estructurales o sistemáticas entre las normas punitivas derogadas y las nuevas normas punitivas es irrelevante: lo que decide la cuestión es la comparación en concreto del resultado al que unas y otras conducirían si fueran aplicadas al juzgamiento del caso. Que el art. 12-t solo haga aplicable el art. 18 CP en cuanto a las “normas relativas a la pena” es irrelevante: toda norma que define las condiciones de la punibilidad de un comportamiento es una norma relativa a su pena. Desde luego lo es la que le establece una pena más severa; pero también, y aun con mayor razón, la que lo exime de toda pena.

4. El caso ante el Tribunal Constitucional

4.1. Antecedentes procesales

Con fecha 12 de junio de 2014 la defensa jurídica de Roberto Alejandro Fredes Besoain dedujo ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 12-t. El requirente había sido

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 (HL/20720, p. 910, 911). Es claro, pues, que, la despenalización parcial de la insolvencia punible de la antigua regulación constituyó una finalidad político-criminal de la nueva regulación.

acusado en la causa RIT 199-2009, RUC 0910000486-8, del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, conforme a la antigua ley de quiebras por tres cargos de quiebra culpable (art. 219 N° 1, 4 y 9 del Libro IV CCo) y dos de quiebra fraudulenta (art. 220 N° 11 y 16 del Libro IV CCo). El 14 de abril de 2014 solicitó sobreseimiento definitivo por la causal del art. 250-a) del Código Procesal Penal (“CPP”), esto es, por no ser constitutivo de delito el hecho investigado en relación con dichos cargos.⁴⁵ En la apreciación de la defensa del acusado, la derogación del Libro IV CCo por la Ley 20.720 implicaría que “habían derogado expresamente los hechos típicos considerados en la acusación”.⁴⁶ El juez de garantía rechazó la solicitud basándose en las siguientes razones:

En lo que dice relación al sobreseimiento deducido por la defensa del imputado Roberto Fredes el Tribunal va a rechazar en este estadio procesal el sobreseimiento antes mencionado por las siguientes consideraciones. En primer término, se concuerda con el Ministerio Público en orden a establecer que la disposición duodécima transitoria en relación al artículo 18 del Código Penal son ambas disposiciones de índole legal y corresponde a este Tribunal, entonces, pronunciarse sobre ese punto. Desde esa perspectiva entiende que la disposición transitoria de la nueva disposición que rige esta normativa indica que claramente se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. Desde esa perspectiva entonces el artículo duodécima (sic) transitoria (sic) entiende el Tribunal que es la norma de excepción a la norma general del artículo 18 del código punitivo. Desde esa perspectiva también es una disposición dictada con posterioridad y también es una norma especial a este tipo de ilícitos, desde esa perspectiva el primer gran cedazo barrera, esto es que la Ley promulgada de acuerdo al artículo 18 del Código Penal entiende el Tribunal que no se satisface de acuerdo a las alegaciones vertidas por la defensa por las argumentaciones vertidas precedentemente. Y en el evento que pasáramos dicho cedazo el mismo legislador en esa misma disposición indica que será sancionado de acuerdo al mismo artículo 18 del Código Penal, es decir, la pena es favorable. Desde esa perspectiva no ve este tribunal al menos el conflicto entre la disposición duodécima transitoria en relación con el artículo 18 del Código Penal. Acompañado no con el

⁴⁵ El requirente había sido además acusado con dos cargos por apropiación indebida (Art. 470 N°1), cuatro cargos por estafa (Art. 473 CP) y cuatro cargos por sabotaje informático (art. 3° Ley 19.223).

⁴⁶ Fojas 6.

artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República sin perjuicio de las instancias que (sic) puede recurrir la defensa ante el Tribunal Constitucional respectivo en el evento que tuviera algún tipo de duda el respecto. Pero el Tribunal no ve cuál es la dificultad, el artículo duodécimo transitorio lo que indica es: “se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia o en consecuencia las disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia” pero la sanción rige el artículo 18 del Código Penal esto es la Ley, esto es, la Ley la más favorable al efecto y desde esa perspectiva hay sanciones que son más altas de acuerdo a la normativa que empezó a regir en enero del 2014 como hay algunas disposiciones que o algunas conductas punitivas que son de más baja sanción. Ahora bien, en lo que dice relación a la tipicidad o a la vulneración de principio de tipicidad también esgrimido por la defensa en orden a que y a las conductas jurídicas o a las conductas punibles no estarían vigentes, bueno esa ya es una discusión del Tribunal del fondo. Lo que a mí compete es establecer o dar por establecido que no ve una discusión entre el artículo duodécimo transitorio en relación al artículo 8° [sic: se entiende, el 18°] por la misma salvedad que hace esta misma disposición transitoria. Ahora, si cesión de pago es lo mismo que resolución liquidadora créanme que eso es una discusión de fondo que tiene que ver el Tribunal Oral en lo Penal de acuerdo a la normativa vigente.

Por estos motivos se va a rechazar el sobreseimiento definitivo solicitado por la defensa, en todos los términos toda vez que el propio Ministerio Público ha indicado que hay una figura punitiva por la cual dedujo acusación pero que no tendría sanción punitiva pero la fiscalía ejercerá las atribuciones legales pertinentes en la oportunidad procesal que así lo estime pertinente. Por cuanto si el Tribunal estima y absuelve a su representado por estimar que las conductas son atípicas bueno ahí está la sanción hacia el Ministerio Público de la condena en costas. Si tuvo o no motivos plausibles para litigar.⁴⁷

Esta resolución merece un par de comentarios. En primer lugar es digno de ser resaltada laudatoriamente la claridad con que el tribunal plantea la posición sistemática del art. 12-t. Tal como el juez lo sostiene, se trata de una regla de

⁴⁷ Fojas 30-31. Para su transcripción he corregido los errores ortográficos que no requerían otra alteración del texto que el añadido de un tilde o de una letra “s” para la forma plural.

derecho transitorio, por lo que es *lex specialis* respecto del art. 18 CP, que establece la *lex generalis* del derecho intertemporal penal, y en su calidad de ley especial constituye el criterio de aplicabilidad temporal preferente conforme al art. 13 del Código Civil. La medida en que una regla especial de aplicabilidad temporal viola garantías constitucionales de un modo que no puede evitarse interpretativamente es una cuestión que ha de ser planteada y resuelta ante el Tribunal Constitucional.

Si el art. 12-t estableciera pura y simplemente la preteractividad de las normas punitivas del Libro IV CCo la cuestión estaría resuelta en el nivel de rango legal: habría un deber absoluto de aplicación preteractiva de la ley penal derogada. El primer error del juez de garantía consiste por lo tanto en entender que el conflicto entre el art. 12-t y el art. 18 CP pueda ser una razón para sobreseer definitivamente. Lo correcto es precisamente lo contrario: si se diera ese conflicto, es decir, si la Ley 20720 hubiera establecido una regla categórica de aplicación preteractiva para las normas punitivas del Libro IV CCo, entonces se debería rechazar sin más la solicitud de sobreseimiento definitivo. Pues semejante art. 12-t excluiría por completo la tesis de la defensa en el nivel de rango legal. Ella tendría que impugnar su aplicabilidad por inconstitucionalidad para hacer plausible su tesis.

Pero, como se ha visto, el art. 12-t ordena la aplicación retroactiva de las normas punitivas de la Ley 20.720 en cuanto las penas por ellas establecidas sean más favorables. Esto abría la posibilidad de que la tesis de la defensa fuera plausible e implicaba inevitablemente tener que pronunciarse sobre tres puntos de derecho: (a) si las normas punitivas de la Ley 20.720 eran aplicables retroactivamente bajo el principio de *lex mitior* pese a no haber entrado en vigencia a la fecha en cuestión, (b) si la referencia del art. 12-t a las penas abarcaba no solo la penalización menos severa sino también la despenalización, y (c) si la Ley 20.720 despenalizaba los comportamientos por los que se formuló acusación. Bastaba con responder negativamente una cualquiera de las tres cuestiones, en el orden expuesto, para que hubiera correspondido rechazar el sobreseimiento.

El juez de garantía parece responder negativamente la cuestión (a) como primera parte de su “cedazo-barrera”.⁴⁸ Efectivamente, al 14 de abril de 2014 las nuevas normas punitivas introducidas por el art. 345 de la Ley 20.720 en el § 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, si bien promulgadas y publicadas, aún no entraban en vigencia. Con eso bastaba para rechazar la solicitud de sobreseimiento.⁴⁹ No obstante, el juez menciona también las cuestiones (b) y (c),

⁴⁸ La formulación del argumento en la transcripción es incomprensible en sus propios términos: “el primer gran cedazo barrera, esto es que la Ley promulgada de acuerdo al artículo 18 del Código Penal entiende el Tribunal que no se satisface de acuerdo a las alegaciones vertidas por la defensa por las argumentaciones vertidas precedentemente.” Las alegaciones a las que se remite el juez de garantía no fueron transcritas el certificado acompañado por el requirente ante el TC.

⁴⁹ Si esa hubiera sido la única razón, quizás se habría discutido la posibilidad de suspender la audiencia de preparación del juicio oral hasta la fecha de entrada en vigencia del art. 345 de la Ley 20.720, como se hizo varias veces a partir del inicio de la audiencia el 18 de octubre de 2013, esperando la

sosteniendo que se trata de asuntos cuya resolución es de competencia del respectivo tribunal oral en lo penal. Y que si este llegase a dar una respuesta afirmativa a cualquiera de ellas, entonces podría corresponder una sanción en costas al Ministerio Público. Esta es una tesis inaceptable.

La competencia del juez de garantía para examinar la tipicidad de los hechos materia de la acusación no proviene de su función como tribunal encargado de dictar el auto de apertura del juicio oral, sino de la consagración del principio de legalidad en la institución del sobreseimiento definitivo. El art. 93-f) CPP consagra como derecho del imputado de ejercicio irrestricto la solicitud del sobreseimiento definitivo y el art. 250 CPP impone el deber de dictar el sobreseimiento definitivo en los casos que él contempla, dentro de los cuales se encuentra que el hecho investigado no sea constitutivo de delito. Si la respuesta correcta a las cuestiones (a), (b) y (c) es la afirmativa, entonces el acusado tiene derecho al sobreseimiento definitivo respecto de los hechos materia de la acusación que ya no constituyen delito bajo las nuevas normas del CP introducidas por la Ley 20.720. Naturalmente, si existen cuestiones de derecho controvertidas cuya relevancia para la decisión del caso depende de la resolución de cuestiones de hecho también controvertidas, no procede el sobreseimiento definitivo por esta causal. Pues la solución de las cuestiones de hecho controvertidas escapa de la competencia del juez de garantía en lo que respecta a la causal de la letra a) del art. 250 CPP. Pero si ese no es el caso, es decir, si incluso admitida por el acusado la imputación fáctica contenida en la acusación corresponde absolverlo por atipicidad de los hechos materia de la acusación, entonces el tribunal competente para resolver acerca del sobreseimiento no puede eludir la carga de interpretar la ley que requiere hacer efectiva la absolución que se deriva del principio de *lex mitior*.

De los cinco cargos formulados contra el acusado tres exigían resolver cuestiones de hecho para decidir acerca de su punibilidad conforme a la Ley 20.720: tales eran la imputación de quiebra culpable conforme al art. 219 N° 1 y de quiebra fraudulenta conforme al art. 220 N° 11 y 16, todos del Libro IV CCo. Respecto de estos cargos es razonable que el juez de garantía no se pronuncie acerca de la punibilidad de los hechos imputados conforme a la nueva regulación. Sin embargo, respecto de los otros dos cargos la cuestión planteada por la defensa admitía ser directamente resuelta por el juez de garantía, pues para su decisión no se requería resolver cuestiones de hecho. Respecto del cargo por quiebra culpable conforme al art. 219 N° 9 la solicitud debió ser rechazada, pues la Ley 20.720 mantiene su punibilidad.⁵⁰ En relación con el cargo por quiebra culpable conforme al art. 219 N° 4 el juez de garantía habría tenido que pronunciarse sobre el sentido y alcance del art. 12-t, pues de eso dependía el sobreseimiento definitivo como se

publicación de la ley. Esta es una de las maneras correctas de enfrentar el problema que puede ocasionar la adopción de resoluciones judiciales que causen agravio irreparable al imputado, acusado o condenado antes de la entrada en vigencia de la ley más favorable posterior al hecho.

⁵⁰ La concordancia del art. 219 N° 9 Libro IV CCo se encuentra en el art. 463 ter N° 2 CP introducido por la Ley 20.720.

dirá más adelante (*infra*, sección 6.1). Respecto de estos dos cargos la cuestión de su procedencia o improcedencia conforme al art. 12-t y el art. 18 CP era una pura cuestión de interpretación de la ley, que un juez de garantía, en tanto tribunal competente para dictar el sobreseimiento definitivo conforme al art. 250-a) CPP, tiene autoridad para resolver y se encuentra bajo el deber de ejercer esa autoridad.

4.2. El planteamiento del requirente

El requirente solicitó la declaración de la inaplicabilidad del art. 12-t en la causa penal en cuestión (fojas 26). Basa su petición, en lo esencial, en dos tesis: (i) que el art. 12-t pretende distinguir entre la aplicación con efecto retroactivo de las reglas más favorables relativas a la punibilidad (impunidad del acusado) y la aplicación con efecto retroactivo de las reglas más favorables relativas a la penalidad (menor intensidad de la pena como afectación de intereses del condenado), restringiendo la aplicación con efecto retroactivo de los nuevos arts. 463 a 465 bis del Código Penal solo a la segunda clase, y (ii) que esa restricción viola la consagración del principio de *lex mitior* como garantía constitucional por el art. 19 N° 3 inciso viii CPR. Si se concede al requirente que el principio de *lex mitior* tiene rango supralegal se abre la cuestión de hasta dónde el legislador puede establecer reglas que afirmen la preteractividad de la ley penal derogada. Pues, tal como se ha dicho (*supra*, sección 2.3) en el nivel supralegal el principio de *lex mitior* no opera formalmente, sino a la luz de sus fundamentos: si hay razones de peso para sostener que el cambio legal no desautoriza la medida de merecimiento y/o necesidad de pena expresada en la legislación que ya no se encuentra vigente, entonces el legislador puede legítimamente disponer la aplicación incondicionadamente preteractiva de la ley penal que estuvo vigente al momento de los hechos. Implícitamente el requirente reconoce esta posibilidad, al invocar como argumento el derecho a la igualdad ante la ley. En sus propias palabras:

[L]a disposición impugnada viola el principio de igualdad ante la ley, establecido en el art. 19 N° 2 de la Constitución política de la República. Así, con la aplicación del artículo Duodécimo Transitorio de la Ley 20720 tendremos personas que serán perseguidas por una ley donde se contemplan figuras denominadas “presunciones”, y donde se consideren elementos de los tipos penales que a otras no se le podrán considerar, ya que estarán para ellas derechamente derogadas, porque los nuevos tipos penales no reflejan las conductas consideradas en la ley.⁵¹

Si lo afirmado por el requirente fuera efectivo respecto de todos los hechos de la causa en la cual el Ministerio Público pretende aplicar las normas punitivas del Libro IV CCo, derogadas por la Ley 20.720, no podría negarse la corrección de su

⁵¹ Capítulo V, N° 24) del escrito, a fojas 18.

planteamiento. En la medida en que se pretenda aplicar el art. 12-t para impedir la aplicación con efecto retroactivo de las normas punitivas establecidas por la Ley 20.720 que despenalizan comportamientos que eran punibles bajo la antigua regulación, y que ese impedimento no se funde en razones que demuestren la perduración, aun bajo la Ley 20.720, de la medida de merecimiento y/o necesidad de pena que correspondía a la antigua regulación, en esa misma medida el art. 12-t infringe el principio de proporcionalidad y con ello el fundamento del principio de *lex mitior* cuya consagración se atribuya a la CPR.

El problema del requerimiento es que va mucho más allá de ese planteamiento, pues sostiene que la entrada en vigencia de la Ley 20.720 hace inaplicable en abstracto y por completo a la antigua regulación. Eso genera un defecto en su planteamiento, pues llevado de esa idea el requerimiento no demuestra la corrección de su afirmación respecto de cada uno de los cargos por el cual se formuló acusación bajo la antigua regulación concursal. De los cinco cargos formulados el requerimiento solo examina dos, como “ejemplos”: el que corresponde al art. 219 N° 4 (quiebra culpable por omisión de solicitar la declaración de quiebra) y el que corresponde al art. 220 N° 16 (quiebra fraudulenta por ejecución dolosa de una acción que disminuya el activo o aumente el pasivo).⁵² Respecto del primer cargo el requirente invoca dos argumentos que son irrelevantes para demostrar el carácter más favorable de la nueva regulación: que la disposición ha sido expresamente derogada y que la antigua institución de la cesación de pagos no tiene equivalente en la nueva regulación. Lo primero no tiene importancia alguna para determinar cuál de las dos regulaciones es más favorable y lo segundo solo puede hacer eventualmente desfavorable a la nueva regulación, porque por definición toda cesación de pagos fijaba judicialmente un plazo para el pasado igual o inferior al plazo de dos años establecido por la nueva regulación. Respecto del segundo cargo el requirente se limita a aseverar que “[e]n la nueva ley se elimina toda figura residual e indeterminada, estableciéndose, tipos concretos, con elementos objetivos y subjetivos, claros y detalladamente determinados”.⁵³ Dejando de lado cuán correcta sea esta apreciación tan laudatoria de la nueva regulación, es evidente que el argumento resulta insuficiente, pues no demuestra que los hechos por los cuales se acusa bajo el art. 220 N° 16 no sean subsumibles en alguna de las nuevas normas punitivas, en particular, en el nuevo art. 463 CP. O sea, el requerimiento no demuestra ante el TC que la aplicación preteractiva de la antigua regulación sea desfavorable para los intereses del acusado en comparación con los efectos que produciría la aplicación con efecto retroactivo de la nueva regulación. Eso hace a su petición carente de fundamento en sus propios términos.

La insuficiencia del requerimiento procede de sus presupuestos. La primera tesis del requerimiento es que la declaración de inaplicabilidad del art. 12-t -único efecto posible de la sentencia del TC que acogiera el requerimiento- produciría como consecuencia una aplicación “integral” de la Ley 20.720 en vez de la

⁵² Capítulo V, N° 26) del escrito, a fojas 20.

⁵³ *Ibidem*.

aplicación “restringida, arbitraria y parcial” dispuesta por el art. 12-t.⁵⁴ Esta es una inferencia parcialmente correcta. La consecuencia que produciría la declaración de inaplicabilidad del art. 12-t –o sea, del derecho transitorio especial– no sería más que la aplicabilidad del art. 18 CP –o sea, del derecho intertemporal general–. Conforme al art. 18 inciso segundo CP la Ley 20.720 debe ser aplicable con efecto retroactivo si y solo si se demuestra su calidad de ley posterior más favorable. Esa demostración es la que el requerimiento no solo no provee, sino que además considera falazmente demostrada. Pues su segunda tesis es que la aplicación integral de la Ley 20.720 produciría a su vez como consecuencia –en el proceso penal respectivo– “el necesario sobreseimiento definitivo”.⁵⁵ Y la razón que da en tal sentido el requirente es en verdad desconcertante: el sobreseimiento definitivo sería “necesario”...”por haber sido derogadas las conductas típicas concursales de la Ley 18.175 (Libro IV del Código de Comercio)”.⁵⁶ Esto no puede concederse. La derogación expresa de una norma punitiva plantea respecto de los hechos previos a su derogación el problema del derecho intertemporal penal, esto es, si aplicar preteractivamente la ley penal derogada o aplicar con efecto retroactivo la nueva ley penal. Por sí sola la derogación nada dice acerca de cuál sea la ley penal aplicable.

¿Cómo explicar esa segunda inferencia? Una explicación plausible es que ella se debe a puras consideraciones retóricas, pues al fin y al cabo no es asunto de competencia del TC declarar cuál sea la ley penal aplicable al caso. Otra explicación es que ella corresponde a un error genuino del requirente, que obedece a una extraña manera de asumir la doctrina de Cousiño de la subsistencia material de la ley formalmente derogada, medida por su congruencia con la nueva ley (*supra*, sección 2.2). Es claro que el requirente considera que la nueva regulación implica un cambio profundo del modelo regulativo del régimen concursal y de los delitos concursales. En sus palabras, las nuevas normas tuvieron por finalidad “cambiar no solo la estructura de la normativa de quiebras, sino sus cimientos conceptuales, esenciales, fundantes y constitutivos”.⁵⁷ El requerimiento aplica esta caracterización a la nueva regulación penal constatando la gran variedad e importancia de las diferencias existentes entre el modelo tradicional de regulación de la insolvencia punible y el nuevo modelo regulativo.⁵⁸ De esa constatación el requirente deduce la existencia de una suerte de inconmensurabilidad entre la

⁵⁴ Capítulo VI, N° 2) del escrito, a fojas 25.

⁵⁵ Capítulo VI, N° 2) del escrito, a fojas 26.

⁵⁶ Capítulo VI, N° 3) del escrito, a fojas 26.

⁵⁷ Capítulo V, N° 3) del escrito, a fojas 9.

⁵⁸ Así, el establecimiento de nuevos tipos penales en el Código Penal, elevación de rangos de tipicidad (*sic*), eliminación de las presunciones, de la antijuridicidad de algunas conductas, de elementos del tipo objetivo, elevación de requisitos del tipo subjetivo, (Capítulo V, N° 12 del escrito, a fojas 14); la eliminación de la distinción entre quiebra culpable y fraudulenta y de la cesación de pagos, y el establecimiento de tres tipos penales para el deudor, (Capítulo V, N° 13 del escrito, a fojas 15); y, finalmente, la mayor especificidad de las penas en relación con los tipos (Capítulo V, N° 15 del escrito, a fojas 15).

antigua y la nueva regulación que hace a esta inaplicable a los hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia. En sus palabras:

“[E]n general, como se ha dicho, ha cambiado la base conceptual de estos delitos, por lo que se puede afirmar sin duda alguna que, (sic) los “delitos de quiebra”, en la óptica de la Ley 18.175 (incorporada en el Libro IV del Código de Comercio), han sido eliminados y en el caso concreto, (sic) aquellas conductas atribuidas al acusado (recurrente en estos autos) –en la forma expuesta en la acusación– han dejado de ser antijurídicas. Si en lo formal, (sic) la nueva ley, en su artículo 344, deroga expresamente la ley 18.175 y por cierto los artículos 219 y 220 de dicha Ley, donde se contemplaban los tipos penales referidos a la quiebra, en la esencial los nuevos tipos penales –como se observa de un simple análisis– son sustancialmente distintos a los que existían hasta antes de esta ley.⁵⁹
(...)

Los actuales tipos penales son diversos, de nomenclatura distinta, y por mucha fuerza que se utilice, no es posible adecuar las conductas que se atribuye a nuestro defendido, a dichos nuevos tipos penales descritos por el legislador.⁶⁰

Este es un razonamiento falaz. Una cosa es que sea difícil correlacionar algunas (varias) descripciones de la antigua regulación con las descripciones de la nueva regulación. Eso es efectivo. Otra cosa, completamente distinta, es que los hechos acaecidos bajo la antigua regulación no puedan ser sometidos a un ejercicio de calificación bajo la nueva regulación. Esto es manifiestamente falso. Y todo lo que requiere el derecho intertemporal es ese ejercicio de calificación provisoria. Aparte de su orientación marcadamente retórica, la confusión del requirente proviene de su errada idea de que la Ley 20.720 habría derogado “los delitos” de la antigua regulación. Lo derogado y lo vigente no son delitos, sino normas. Y por más que sea difícil conmensurar algunas formulaciones de normas antiguas con las nuevas formulaciones de normas, todas las formulaciones –tanto las antiguas como las nuevas– pueden ser examinadas por un juez letrado como posibles esquemas de subsunción de los hechos imputados al acusado. No siendo los hechos subsumibles bajo la antigua regulación, restan impunes; no siéndolo bajo la nueva, devienen impunes. Siendo subsumibles bajo ambas, se debe examinar en concreto las penalidades y demás consecuencias adversas a los intereses del acusado.

Respecto de este punto el requirente también aduce la existencia de una suerte de inconmensurabilidad. Del hecho que la antigua regulación estableciera

⁵⁹ Capítulo V, N° 12 del escrito, a fojas 14.

⁶⁰ Capítulo V, N° 14 del escrito, a fojas 15.

dos penas y la nueva establezca para cada uno de los supuestos de hecho su pena específica, el requirente infiere la imposibilidad de aplicar la nueva regulación a los hechos imputados al acusado. En sus propias palabras:

Entonces valga la pena preguntarse cuál pena se aplicará en definitiva, ya que si se pretende juzgar por analogía o subsumir unos tipos penales en otros, sabemos que la ley antigua sanciona con una misma pena 12 conductas (quiebra culpable) y con la misma pena otras 16 conductas (quiebra fraudulenta), en cambio la nueva ley tiene sanciones específicas y además rebajadas en grado. Simplemente no será posible, ya que los elementos del tipo objetivo y subjetivo de las conductas han variado, y por consiguiente las antiguas conductas han dejado de ser antijurídicas.⁶¹

La falta de fundamento del argumento relativo a la comparación de penalidades es manifiesta: para responder a la pregunta que se plantea basta con identificar la pena asociada por la ley a cada supuesto de hecho en una y otra regulación, y su comparación es fácil pues todas son formuladas mediante las definiciones regulativas del Libro Primero del Código Penal. Esa comparación no requiere una generalización por analogía ni la subsunción de un supuesto de hecho en otro supuesto de hecho. La afirmación es tan manifiestamente infundada que el requirente tiene que reintroducir el argumento de la imposibilidad de aplicar la nueva regulación a los hechos imputados al acusado. Por cierto, el argumento es ahora reintroducido con una conjetura inobjetable bajo el principio de *lex mitior*: si esos hechos son atípicos bajo la nueva regulación, entonces procede la declaración de su impunidad, ya sea mediante el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria. Pero eso es precisamente lo que debe demostrarse respecto de cada uno de los cinco cargos por los cuales fue acusado –o al menos respecto de alguno de ellos–; y esa es la demostración que el requerimiento cree poder eludir con su falaz teoría de la inconmensurabilidad.

4.3. El debate acerca de la admisibilidad del requerimiento

Por resolución de 18 de junio de 2014 el TC acogió a tramitación el requerimiento, concedió la suspensión del procedimiento y confirió traslado al Ministerio Público (en adelante “MP”) y al querellante particular (en adelante “QP”) para resolver acerca de su admisibilidad.

En su escrito⁶² el MP objetó la admisibilidad del requerimiento sosteniendo que este solicitaba un pronunciamiento acerca de la ley penal aplicable a los hechos

⁶¹ Capítulo V, Número 15, a fojas 15.

⁶² “Se hace parte/Evacúa traslado/Designa abogados patrocinantes”: fojas 187-193.

del caso, materia ajena a la competencia del TC.⁶³ Es totalmente correcto sostener que la decisión respecto de la ley aplicable en cuanto al tiempo es un asunto de competencia del tribunal del fondo y no del TC. Pero es también completamente irrelevante para el caso: el requirente no solicitó del TC un pronunciamiento acerca del derecho aplicable en cuanto al tiempo, sino acerca de un criterio de aplicabilidad temporal especial –el art. 12-t–, que impugnó por estimarlo contrario a los principios constitucionales del derecho intertemporal penal.⁶⁴

Los argumentos del QP⁶⁵ para oponerse a la admisibilidad del requerimiento fueron algo más lejos de la tesis del MP, que también compartió.⁶⁶ Aparte de consideraciones procedimentales, el querellante particular ofreció los siguientes argumentos:

(i) Que la Ley 20.720 no habría perseguido por finalidad despenalizar los comportamientos constitutivos de delitos concursales bajo la antigua regulación, ni menos suprimir su regulación penal, sino modernizar dicha regulación, por lo cual “no existe en el caso una conducta (...) que antes fuera desaprobada y actualmente no”.⁶⁷ Este argumento incurre en el mismo error del requirente de pretender resolver la cuestión del carácter más favorable de la Ley 20.720 en un nivel abstracto de comparación –una resonancia de la doctrina Cousiño–. Eso lo lleva a hacer una afirmación tan temeraria como la del requirente, pero de signo opuesto: así como el requirente sostuvo que las nuevas normas punitivas resultaban inaplicables a hechos típicos bajo la antigua regulación, el QP sostiene que todos esos hechos siguen siendo típicos bajo la nueva regulación. Tal como arriba se expuso (*supra*, sección 5) el examen comparativo demuestra la falsedad de ambas afirmaciones.

(ii) Que la inaplicabilidad del art. 12-t afectaría la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, porque dejaría en la indefinición legal el juzgamiento de los hechos previos a la entrada en vigencia de la Ley 20.720 e introduciría una diferencia arbitraria de trato entre las personas ya juzgadas antes de su entrada en vigencia y las personas que no alcanzaron a serlo, por hechos igualmente cometidos con anterioridad.⁶⁸ Olvida el QP que el efecto de la inaplicabilidad del art. 12-t es la aplicabilidad plena del art. 18 CP, que resuelve sus dos

⁶³ Fojas 189-192.

⁶⁴ Tiene razón el Ministerio Público cuando observa (i) que en su conclusión el requirente menciona la aplicación integral de la Ley 20.720 al desarrollar las consecuencias que se deducirían de declararse inaplicable el art. 12-t y (ii) que la afirmación de esas consecuencias no es materia de la competencia del TC. Pero esa parte del requerimiento debe entenderse como demostración -insuficiente, en todo caso- de la incidencia que tiene la aplicación del art. 12-t en la causa. El hecho es que la petición concreta del requerimiento al TC consiste simplemente en que declare inaplicable por inconstitucional el art. 12-t. Indudablemente, esa es una materia de competencia del TC.

⁶⁵ “Evacúa traslado”: fojas 194-201.

⁶⁶ Fojas 196-197.

⁶⁷ Fojas 198.

⁶⁸ Fojas 198-199.

preocupaciones: en sus incisos primero y segundo determina qué ley aplicar y en su inciso tercero ordena la revisión de las sentencias ejecutoriadas para adecuarlas a la nueva ley más favorable.

(iii) Que a la lógica de los artículos transitorios es aplicable el fundamento de la preteractividad de las leyes temporales, consistente en ellas carecerían de sentido si no se las aplicara con posterioridad el término de su vigencia. Ello, porque el art. 12-t se limita a mantener vigentes ciertos tipos penales de la ley anterior.⁶⁹ Ciertamente, lo que pretende una regla especial de preteractividad es producir un efecto equivalente al que la doctrina y la jurisprudencia reconocen a las leyes temporales. Pero precisamente lo que requiere la regla especial de preteractividad es demostrar que posee un fundamento equivalente al de la doctrina de las leyes temporales. Ese fundamento no se encuentra en una consideración de eficacia de las leyes temporales, como usualmente se sostiene y el requirente asume, sino en el hecho de que las leyes temporales son en rigor leyes especiales: las circunstancias excepcionales en cuyo contexto fueron cometidos los hechos por ellas sancionados hacen que éstos revistan una mayor gravedad y esa consideración no pierde su relevancia porque hayan terminado esas circunstancias. Eso es precisamente lo que el legislador no fue capaz de identificar como fundamento del art. 12-t cuando fue originalmente propuesto como regla especial de preteractividad incondicionada.⁷⁰ En otras palabras, las leyes temporales soportan el *test* de razonabilidad del trato desigual que debe satisfacer toda regla especial; el art. 12-t, entendido como regla especial de preteractividad incondicionada, no. Invocar la doctrina de leyes temporales para legitimar el art. 12-t no es cubrir un flanco, sino ponerlo de manifiesto.

En un escrito de téngase presente⁷¹ el requirente se refirió exclusivamente al argumento del MP, también como argumento del querellante, insistiendo en la relevancia constitucional del fundamento de su petición.

Por resolución de 10 de julio de 2014 el TC declaró admisible el requerimiento, sin fundamentar su decisión, y por resolución de 17 de julio de 2014 confirió un plazo de 20 días al MP y al QP para formular observaciones y presentar antecedentes.

4.4. El planteamiento del Ministerio Público

Evacuando el traslado conferido,⁷² el MP negó la existencia de un conflicto de relevancia constitucional entre el art. 12-t y la CPR. Sin comprometerse con alguna teoría definida acerca de la consagración constitucional del principio de *lex mitior*, el MP sostuvo que el derecho transitorio de la Ley 20.720 debe entenderse como

⁶⁹ Fojas 200, citando a Enrique Cury.

⁷⁰ Véase la discusión en el Senado, *supra*, sección 3.

⁷¹ “Se tenga presente”: fojas 202-208.

⁷² “Evacúa traslado”: fojas 222-241.

una reproducción de las reglas del derecho intertemporal penal consagrado en el art. 18 CP. Esto es, que la remisión expresa que efectúa el art. 12-t al art. 18 CP en lo referido a “las normas relativas a la pena” no se restringe a las reglas sobre naturaleza, cuantía y determinación de la consecuencia jurídica, sino que “cubre, lógicamente, todos los ámbitos abarcados por este último [i.e., el art. 18 CP], esto es una ley posterior que exima al hecho de toda pena o establezca una pena menos rigurosa”.⁷³ A juicio del MP esta interpretación amplia de la remisión del art. 12-t al art. 18 CP se justifica en consideración al cambio experimentado por la regla en el segundo trámite constitucional, que se tradujo finalmente en una formulación coincidente con el art. 1° transitorio de la Ley 20.000.⁷⁴

La interpretación del derecho transitorio de la Ley 20.720 que efectuó el MP coincide con la interpretación ofrecida aquí como correcta (*supra*, sección 3), que hace al art. 12-t una regla redundante en nivel de referencia de las disposiciones del derecho intertemporal penal chileno. Paradójicamente esta interpretación equivale a conceder en parte al requirente la inaplicabilidad del art. 12-t, pues en sus resultados lo que sostiene es que el derecho intertemporal que gobierna el caso es el general, establecido en el art. 18 CP. En parte, sin embargo, la aplicabilidad del art. 12-t, aun sistemáticamente redundante, permite contener las consecuencias que el requirente pretende deducir falazmente de su inaplicabilidad. Tal como se verá más adelante (sección 6.1) uno de los sentidos pragmáticos que puede atribuirse al art. 12-t consiste en neutralizar las consecuencias disfuncionales de la doctrina Cousiño, asegurando formalmente la preteractividad de la antigua regulación, para el caso que la nueva sea desfavorable. Eso basta para demostrar que de la derogación de la antigua regulación nada se deduce respecto de su aplicabilidad –como erradamente pretende el requirente, haciéndose eco de la doctrina Cousiño–, y que para justificar la aplicación con efecto retroactivo de las nuevas normas punitivas establecidas por la Ley 20.720 hay que demostrar su carácter más favorable en concreto, sin que sea suficiente una comparación abstracta, como erradamente pretende el requirente también en un eco de la doctrina Cousiño.

4.5. El planteamiento del querellante particular

Evacuando el traslado conferido⁷⁵ el QP insiste en la naturaleza meramente legal de la controversia y ratifica los argumentos de fondo ofrecidos con ocasión de la discusión acerca de la admisibilidad del recurso. También expresa compartir los argumentos del MP. Pero agrega dos nuevos argumentos, orientados a justificar la interpretación del art. 12-t como regla especial de preteractividad incondicionada y a legitimar semejante regla frente al principio de *lex mitior*.

⁷³ Fojas 231.

⁷⁴ Fojas 232-237 (al respecto, *supra*, sección 3),

⁷⁵ “Evacúa traslado”: fojas 242-249.

En primer lugar sostiene que el legislador quiso sustituir íntegramente el “régimen normativo” referido a la materia concursal y a la vez no despenalizar las conductas punibles bajo el antiguo régimen. Obviamente, la única manera de satisfacer ambas finalidades de política legislativa es una regla transitoria que asegure incondicionadamente la preteractividad de la antigua regulación. Como se vio antes (*supra*, sección 3), esta es una descripción plausible de la voluntad del legislador, por lo menos en lo que respecta al Senado. Pero ese es precisamente el problema constitucional de la regla así concebida, que respecto de algunas conductas pretende mantener su punibilidad conforme a normas derogadas y al mismo tiempo declarar conforme a sus nuevas reglas que esas conductas no merecen ni necesitan pena. Incurrir en esa contradicción es un problema bajo el principio de proporcionalidad y bajo el derecho a la igualdad ante la ley. Por eso, insistir en que el art. 12-t una regla que establece una excepción al principio de *lex mitior* y pretender que esa excepción se justifica por la magnitud del cambio legal introducido no es una buena defensa frente al requerimiento sino más bien una rendición.

En segundo lugar el QP ofrece como argumento la tesis de que el art. 12-t reforzaría un derecho a la aplicación, incluso preteractiva, de la ley penal vigente al momento del hecho. En sus palabras:

Para concluir, sostenemos que la inaplicabilidad del artículo duodécimo transitorio de la Ley 20.720 en el caso concreto, (sic) afecta garantías que nos han sido prescritas constitucionalmente, principalmente nuestra Garantía de Igualdad ante la Ley (contenida en los artículos 1 y 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado) y nuestra garantía de Certeza Jurídica (prescrita en el N° 26 del artículo 19 de la Carta Magna), toda vez que fuimos víctima de delitos de una alta penalidad con anterioridad a la promulgación y publicación de la Ley 20.720, bajo un marco regulatorio determinado y sobre la base de una tipología específica que, en el evento de declararse la inaplicabilidad solicitado (sic) por el requirente, no habría cabida posible a su aplicación concreta, con lo que nuestros derechos objetivos y las expectativas jurídico-procesales puestas en la investigación llevada adelante por el Ministerio Público y puesta en conocimiento de la judicatura penal, simplemente podrían desvanecerse, amparándose el imputado (requirente en estos autos), en algún vacío, en supuesta falta de regulación o simplemente en la diferencia del sistema de un (sic) y otro cuerpo normativo; en definitiva, nuestros derechos y expectativas, (sic) pasarían a ser un simple *recuerdo* de ellos.⁷⁶

⁷⁶ Fojas 248 (las cursivas son del original).

Este es un argumento extraño. Dejando de lado que el art. 19 N° 26 CPR no garantiza la “certeza jurídica” en general –menos aun respecto de normas punitivas–, la primera impresión que causa este pasaje es que el QP pareciera sostener que las víctimas tienen un derecho constitucional a la punición de los responsables por el delito conforme a la ley vigente al momento del hecho. Eso es falso. En primer lugar, el imperativo de aplicación de la ley vigente al momento del hecho es un criterio de aplicabilidad de rango legal, no constitucional. En segundo lugar, incluso si se estima que el art. 19 N° 3 inciso viii CPR ha consagrado ese imperativo junto a la garantía de *lex praevia* al transcribir en el texto constitucional la fórmula del inciso primero del art. 18 CP, es manifiesto que la propia CPR autoriza expresamente en ese mismo precepto la aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable, o sea, declara explícitamente que el principio de *lex mitior* no viola el principio de legalidad. Por eso, los incisos segundo y tercero del art. 18 CP no pueden ser considerados como inconstitucionales, que sería la consecuencia obligada de aceptarse la tesis del QP.

Descartada esa primera impresión, pareciera que el QP considera que la aplicación preteractiva de la antigua regulación depende del art. 12-t. O sea, pareciera conceder al requirente que su inaplicabilidad por inconstitucionalidad implicaría necesariamente la impunidad de los intervinientes en hechos previos a la entrada en vigencia de la Ley 20.720. Esto último también es falso. Declarado inaplicable el art. 12-t cobra plena aplicabilidad el art. 18 CP, que en su inciso primero establece como primera regla la aplicación de la ley vigente al momento del hecho. Por cierto, conforme a la doctrina Cousiño se generaría controversia y por lo mismo incertidumbre acerca de si la ley derogada formalmente sigue materialmente vigente. Previsiblemente, el QP quiere evitar esa controversia y la incertidumbre de sus resultados. Pero en ningún caso eso lo exime de la consideración de las nuevas normas punitivas establecidas por la Ley 20.720, como el pretende al final del pasaje. Porque incluso asegurada la preteractividad de la antigua regulación contra la doctrina Cousiño, conforme al principio de *lex mitior* ella se encuentra sujeta a la condición de que la nueva regulación no sea más favorable. Si esta lo es, debe ser aplicada con efecto retroactivo, haciendo de la expectativa del querellante lo que efectivamente es: una mera expectativa.

5. La sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional dejó la causa en estado de acuerdo el 21 de octubre de 2014 y dio a conocer su sentencia el 1° de octubre de 2015. La sentencia consta de una opinión de mayoría (“OM”), una prevención y una opinión disidente (“OD”). La OM rechazó el recurso. Ella fue redactada por el suplente de ministro, Christian Suárez Crothers, y suscrita además por 5 ministros.⁷⁷ La prevención fue

⁷⁷ Carlos Carmona Santander (Presidente), Marisol Peña Torres, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, María Luisa Brahm.

suscrita por 2 ministros⁷⁸ y se hizo respecto de dos grupos de considerandos relacionados con presupuestos constitucionales generales, es decir, no relativos al derecho penal intertemporal ni al derecho penal concursal. La OD fue redactada por el ministro Juan José Romero Guzmán y suscrita además por el ministro Hernán Vodanovic Schnake.

Lo más notable de esta sentencia es que los efectos prácticos de la afirmación de la constitucionalidad del art. 12-t tal como son concebidos por la OM resultan idénticos a los efectos prácticos que habría tenido su declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Eso es así, porque la OM interpreta del art. 12-t de un modo tal que su aplicación al caso no altera las reglas del derecho intertemporal establecidas por el art. 18 CP. Según el TC el derecho transitorio de la Ley 20.720 es redundante respecto del derecho intertemporal penal general chileno. Esta es la tesis inaceptable para la OD, que insiste en advertir una diferencia entre ambos regímenes y considerar por esa razón que el derecho transitorio de la Ley 20.720 viola las reglas de derecho intertemporal penal chileno de rango constitucional. Tanto la OM como en la OD llevan al mismo resultado: el cambio legal introducido por la Ley 20.720 está sujeto a las reglas del derecho intertemporal penal establecidas en el art. 18 CP.

En una apreciación general, considero que en sus resultados la tesis correcta es la sostenida por la OM, pero que su desarrollo en la sentencia no es consistente. Eso se debe a que la OM no toma claramente las decisiones conceptuales y sistemáticas que exige la fundamentación de su conclusión, sino que prefiere acoger todos los planteamientos concebibles acerca de las relaciones entre el principio de *lex mitior* y el principio de legalidad, así como entre la Constitución y el derecho intertemporal penal de rango legal. En una palabra, lo quiere todo. Eso contrasta con la OD, cuya tesis profundamente errada es expuesta de modo consistente. Por eso se trata de una opinión peligrosa para el desarrollo de la cultura jurídica chilena y el desenvolvimiento futuro de la legislación democrática. Aplicando una vez más la metodología de exasperación del efecto contramayoritario de las reglas constitucionales, la OD pretende que la Constitución bloquee de modo políticamente intolerable el margen de decisión del legislador en relación con la futura regulación del derecho intertemporal penal de rango legal y el tratamiento en el derecho transitorio de los hechos acaecidos bajo la vigencia de la ley derogada, impidiéndole todo reforzamiento de su preteractividad. Este bloqueo se basa en el error de comprensión del principio de *lex mitior* antes descrito. Por eso es indispensable ponerlo una vez más en evidencia.

Con el fin de dar cuenta del mejor modo posible de la sentencia del TC procederé del siguiente modo. Primero (5.1) analizaré las premisas compartidas por la OM y la OD en relación con el rango constitucional del derecho intertemporal penal, para luego (5.2) analizar las diferencias entre una y otra en

⁷⁸ María Luisa Brahm e Iván Aróstica Maldonado.

relación con la misma cuestión. Posteriormente analizaré (5.3) el criterio compartido por la OM y la OD en relación con las consecuencias de la transformación del procedimiento concursal para el derecho intertemporal penal, para luego analizar (5.4) las diferencias entre una y otra en relación con el sentido y efectos prácticos del art. 12-t.

5.1. El marco conceptual y regulativo común: el rango constitucional del principio de *lex mitior*.

Tanto la OM como la OD sostienen que el principio de *lex mitior* tiene rango constitucional en el derecho chileno.

La OM identifica primero la consagración del principio en el derecho internacional de los derechos humanos sosteniendo además que en este contexto “forma parte del principio de legalidad penal o *nullum crimen, nulla poena sine lege*” (c. 37°). Eso la lleva a analizar este otro principio, de la mano de una breve exposición de Claus Kieß en la Enciclopedia de Derecho Internacional Público del Instituto Max Planck (c. 37°-40°).⁷⁹ En relación con los hechos del caso, este análisis es impertinente: el art. 12-t no infringe garantía concreta alguna derivada de ese principio.⁸⁰ También es impertinente en relación con el artículo citado como su fuente: Kieß limita las relaciones entre el principio de legalidad y el principio de *lex mitior* a la constatación de que este no contradice la garantía de *lex praevia*.⁸¹ De hecho, la misma OM finaliza su análisis del principio de legalidad observando que la aplicación retroactiva de la ley más favorable es una “garantía de excepción” al principio de legalidad derivada del “imperativo de razonabilidad” (c. 40°).

La OM sostiene también que el principio de *lex mitior* sería una manifestación del principio *in dubio pro reo* (c. 40°) o también principio *pro reo*, citando el c. 29° de la STC 79-89.⁸² Esto es incorrecto. En primer lugar, contra el uso extendido en la práctica forense chilena, es indispensable señalar que no existe un principio *pro reo*. Si existiera, el derecho penal sería ilegítimo, pues es manifiestamente un derecho *adversum reo*. Lo que sí existe es el principio *in dubio pro reo*, es decir, una regla que justifica la preferencia por la decisión favorable al interés del imputado o acusado en caso de duda. El principal contexto de su aplicación es la valoración de la prueba en juicio: existiendo duda razonable acerca de la concurrencia de algún presupuesto de la punibilidad debe absolverse. Entre

⁷⁹ KREB (2010).

⁸⁰ No se trata de una norma punitiva, por lo que no puede violar directamente el principio de legalidad. Pero tampoco lo viola indirectamente: la norma no impone ni autoriza la aplicación retroactiva de normas punitivas desfavorables (satisface la garantía de *lex praevia*), no impone ni autoriza la aplicación de normas punitivas no convencionales (satisface la garantía de *lex scripta*), no impone ni autoriza la aplicación por analogía de normas punitivas o con extensión de su alcance más allá de su sentido literal posible (garantía de *lex stricta*), ni hace indeterminado o excesivamente vago el sentido y alcance de normas punitivas (garantía de *lex certa*).

⁸¹ KREB (2010), número marginal 27.

⁸² *Supra*, nota 2.

nosotros su consagración se encuentra en el art. 340 del Código Procesal Penal. También puede entenderse como una concreción de este principio la regla de interpretación de la ley denominada en la cultura jurídica estadounidense como “*rule of lenity*”. De acuerdo a esta regla, cuando una cuestión interpretativa no puede decidirse fundadamente conforme a los cánones generales de interpretación corresponde optar por la interpretación más favorable al imputado o acusado. Pero el principio de *lex mitior* no es una concreción del principio *in dubio pro reo*, pues no presupone una situación de duda. Es un criterio de aplicabilidad temporal de la ley penal y no una regla de distribución del riesgo de error judicial ni una regla residual de decisión interpretativa. De hecho, la misma OM observa que el principio *in dubio pro reo* es una manifestación del principio de inocencia como una regla o juicio de valoración de la prueba (c. 57º, citando STC 739/2007).

Aparte de un eventual argumento de incorporación del derecho interamericano e internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional chileno –que no es desarrollado en la OM–, la razón esgrimida tanto por la OM como por la OD para afirmar que el principio de *lex mitior* tiene rango constitucional es su consagración en el actual art. 19 N° 3 inciso viii CPR. La OM afirma que esta disposición incorporó “la retroactividad benigna” al texto de la Constitución, y cita en apoyo de su afirmación la sesión 112ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, de 8 de abril de 1975. La OD va mucho más allá, sosteniendo en base al mismo antecedente que “el artículo 18 del Código Penal refleja el sentido y alcance del artículo 19, N° 3º, inciso octavo, de la Constitución” (c. 11º *in fine*). Esta prueba histórica del argumento teleológico es expresiva de una liviandad en la apreciación de los antecedentes que resulta escandalosa en cualquier cultura judicial seria.

Lo que la OM y la OD sostienen es que el principio de *lex mitior* no solo obliga al juez a aplicar con efecto retroactivo la ley más favorable posterior a la comisión del delito sino que prohíbe al legislador alterar esa obligación para el juez. No hay una sola constancia en las actas de la sesión 112ª de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que demuestre que esa haya sido la finalidad de la nueva redacción del precepto constitucional. El precepto del proyecto sobre el cual giró la discusión de la comisión disponía lo siguiente:

En las causas criminales la sentencia deberá, además, fundarse en ley promulgada antes del hecho que originó el proceso.

La redacción de la disposición consistía obviamente en una adecuación de la fórmula tradicional en la historia constitucional chilena, con la importante diferencia de que no se refería a la sentencia condenatoria. Con ello aumentaba el conocido problema de discordancia entre la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal, sin distinciones, y la retroactividad de la ley más favorable impuesta por el inciso segundo del art. 18 CP. Así lo hizo ver a la

comisión Miguel Schweitzer en esa sesión. Sergio Diez propuso “convertir el artículo 18 del Código Penal en una disposición constitucional”. La proposición no suscitó apoyo en ese momento. Inmediatamente a continuación Enrique Ortúzar intervino del siguiente modo:

El señor ORTUZAR (Presidente) cree que sería conveniente, de acuerdo con la observación hecha por el señor Schweitzer, modificar un poco el inciso final del artículo en debate, porque es evidente que podría sostenerse, el día de mañana, la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 18 del Código Penal.

No está de más observar que el problema identificado por la comisión es la tensión entre el inciso segundo del art. 18 CP y la prohibición constitucional. El objetivo del cambio de redacción que se estima necesario consiste en alterar el alcance irrestricto de la prohibición constitucional para que no se pueda sostener en el futuro que la consagración legal del principio de *lex mitior* es inconstitucional. Esto se predica incluso de la intervención de Sergio Diez: la incorporación del art. 18 CP al texto de la Constitución, que obviamente produciría el efecto afirmado por la OM y la OD, se entiende como un remedio a la objeción de inconstitucionalidad del principio de *lex mitior*.

Miguel Schweitzer recomendó restringir el precepto constitucional a las sentencias condenatorias. Jorge Ovalle observó que en ese caso subsistiría el problema para las leyes más favorables en lo que respecta a la naturaleza o cuantía de la pena. Schweitzer concedió el punto e introdujo el problema de la mención a la promulgación de la ley en lugar de su entrada en vigencia. Más adelante Enrique Ortúzar retomó la cuestión observando al respecto:

Cree, además, que el precepto merece un mayor estudio porque estima que no resuelve definitivamente el problema que plantea este inciso, el agregar la palabra “condenatoria”, ya que como bien lo sugería el señor Ovalle puede ocurrir que, en realidad, sea condenatoria pero a una pena menor.

Una vez más se puede apreciar que el problema que la comisión considera necesario resolver es la eventual impugnación de la constitucionalidad de la consagración con rango legal del principio de *lex mitior* en el inciso segundo del art. 18 CP.

Enrique Evans intervino observando que la opinión dominante en la doctrina chilena acerca de la compatibilidad entre la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal y la regla legal que dispone la retroactividad benigna bastaba para justificar la mantención de la redacción tal cual como se la consignaba en el proyecto. No obstante, continuó, “si se quiere prevenir cualquier dificultad

posterior en torno al problema específico de la irretroactividad (...) se podría elevar a la categoría de precepto constitucional la disposición del artículo 18 del Código Penal”. Obsérvese que la proposición de Evans no es formulada para prohibir al legislador alterar la obligación que para el juez se deriva del inciso segundo del art. 18 CP. Por el contrario, se la formula siempre como un medio para el logro de la finalidad de evitar la inconstitucionalidad del inciso segundo del art. 18 CP. Tras manifestar su conformidad los demás comisionados, Enrique Ortúzar resumió el consenso logrado en la siguiente propuesta:

El señor ORTUZAR (Presidente) señala que si le parece a la Comisión, entonces, se mantendría el inciso final del número tres en los mismo términos en que fue aprobado, facultando a la Mesa para que, con la asesoría del profesor Schweitzer, introduzca en este precepto, dándoles categoría constitucional, los conceptos del artículo 18 del Código Penal, relativos a la retroactividad de la ley penal cuando exima de toda pena o cuando rebaja la pena.

Como se puede apreciar, al final de la sesión 112^a prevaleció la propuesta original de Sergio Diez. Como también se puede apreciar, el acuerdo manifiesta una tensión: la constitucionalización del principio de *lex mitior* produce efectos que la comisión no se representó como finalidad de su decisión. Esta es la cita consignada por la OM (c. 50^o) y la OD (c. 11^o) como argumento concluyente en favor de su tesis. Es decir, ambas opiniones consideran que esta constancia expresa el sentido y alcance del art. 19 N^o 3 inciso viii.

Eso es falso.

Al inicio de la sesión 113^a, de 10 de abril de 1975, Enrique Ortúzar dio cuenta del precepto redactado por la mesa en ejecución del acuerdo adoptado en la sesión anterior. Ese precepto era del siguiente tenor:

En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

El precepto originó un intenso debate que puso de manifiesto la variedad de cuestiones problemáticas involucradas en la adopción en la Constitución de una regla semejante a los dos primeros incisos del art. 18 CP. Como resultado de ese debate se decidió agregar la frase “o el cumplimiento del fallo”, para reconocer la primacía del principio de *lex mitior* sobre el efecto de cosa juzgada. Pero la discusión puso de manifiesto que la aplicación del principio de *lex mitior* suscitaba

cuestiones sobre las cuales no había unanimidad de pareceres en la comisión. Frente a esa situación Jaime Guzmán intervino del siguiente modo:

El señor GUZMAN insiste en que no corresponde a la Constitución consagrar un precepto tan preciso sobre ese particular, ya que ello es materia de ley. Lo que corresponde, simplemente, es agregar una frase que le abra al legislador esta posibilidad. Porque, de acuerdo con la nueva redacción que se le está dando al precepto, podría entenderse que una disposición semejante a la del artículo 18 del Código Penal es inconstitucional. Entiende que lo que se pretende es, simplemente, abrir al legislador la posibilidad de que reglamente esta disposición. Pero le parece que una redacción tan detallada y extensa para este precepto es completamente innecesaria en la Constitución.

Ante esta intervención, Enrique Ortúzar propuso una nueva redacción en los siguientes términos:

En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al reo.

Jaime Guzmán sugirió cambiar la expresión “la nueva ley” por “una nueva ley”, atendido a que su establecimiento era una mera eventualidad. Con esa redacción se declaró aprobada la idea, encomendándose a la mesa pulir su redacción. Este es el precepto del cual procede el actual art. 19 N° 3 inciso viii CPR (originariamente, inciso vii) y la intervención de Jaime Guzmán es su fundamento.

Así, pues, el examen del acta de la sesión sesión 113^a permite apreciar que en virtud del acuerdo alcanzado en la sesión previa la mesa redactó un precepto comprensivo de dos incisos, cada uno de ellos equivalente a los incisos primero y segundo del Código Penal. Que ese precepto fue revisado y ese acuerdo fue revocado. Que finalmente la comisión reconoció que para lograr la finalidad que ella perseguía -eliminar del texto constitucional las posibles objeciones de inconstitucionalidad de los incisos segundo y tercero del art. 18 CP- bastaba con autorizar al legislador a establecer en el nivel legal el principio de *lex mitior*. Esto implica hacer una diferencia ente la garantía de *lex praevia*, que debe tener rango constitucional además de legal –como era tradicional en el derecho chileno– y el principio de *lex mitior*, al que basta con otorgar rango legal y autorizar constitucionalmente su existencia con ese rango.

En consecuencia, es evidente en primer lugar que la comisión nunca se representó como problema constitucional una eventual modificación del principio

de *lex mitior* por el legislador. Eso hace una diferencia esencial con la garantía de *lex praevia*, que debe su consagración constitucional a esa precisa consideración: impedir que el legislador ordene la aplicación retroactiva de leyes penales desfavorables.

En segundo lugar, es evidente que el precepto aprobado por la comisión en la sesión 113^a prescindió de incorporar el inciso segundo del art. 18 CP en el texto constitucional. En vez de ello hizo en el precepto tomado del inciso primero del art. 18 CP el cambio mínimo requerido para resolver el problema que había preocupado a la comisión. Pues con la nueva redacción del precepto ya no cabe duda de que el inciso segundo del art. 18 CP establece una regla que no contraviene la Constitución. Tal como lo sugirió Jaime Guzmán, el precepto constitucional así redactado no reproduce el principio legal de *lex mitior* sino que se limita autorizar su existencia como principio de rango legal, dejando al legislador la decisión de establecerlo y regularlo en detalle. Este es el acuerdo a que se llegó en la comisión y que explica en sentido y alcance del art. 19 N° 3 inciso viii (originariamente, inciso vii).

La sentencia del TC se basa por lo tanto en una afirmación manifiestamente falsa. La OM omite el examen de la discusión de la comisión en la sesión 113^a y en virtud de esa omisión atribuye al precepto constitucional el sentido de una idea regulativa que la comisión abandonó. La OD se permite afirmar incluso que “existe evidencia no controvertida” en apoyo de su pretendida identificación del precepto constitucional con el art. 18 CP.

En todo caso, negar que la Constitución establezca expresamente el principio de *lex mitior* no implica sostener que sea imposible fundar en el orden constitucional un principio restrictivo de la prerrogativa de decisión del legislador en materia de derecho intertemporal penal coincidente con el núcleo de dicho principio. La incorporación en el orden constitucional de los derechos consagrados en las convenciones interamericana e internacional sobre derechos humanos representa una vía en ese sentido. Su fundamentación en el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad es la otra vía. Por esta razón, tal como se sostuvo antes, la cuestión relevante del derecho constitucional chileno no radica en reconocer al principio de *lex mitior* rango supralegal o desconocérselo, sino en cuáles son las consecuencias de ese reconocimiento. Eso depende de cómo se lo entienda. Este es el aspecto en que difieren radicalmente la OM y la OD.

5.2. Las diferencias en la apreciación del alcance del principio constitucional de *lex mitior*

La OD ofrece una comprensión del principio constitucional de *lex mitior* que afortunadamente el TC no hizo suya. Dada su tesis básica, la OD entiende que no hay diferencia alguna entre el modo como los incisos segundo y tercero del art. 18 CP obligan al juez y el modo como el art. 19 N° 3 inciso viii obliga al legislador.

Naturalmente las obligaciones son distintas en su contenido. El principio legal de *lex mitior* obliga al juez a aplicar retroactivamente la ley más favorable posterior al hecho. El principio constitucional de *lex mitior* prohíbe al legislador alterar la obligación impuesta por el principio legal de *lex mitior*. Pero el modo es idéntico: ambos principios obligan a sus destinatarios como una regla binaria: si los hechos acaecidos antes de la entrada en vigencia de una nueva ley reciben un tratamiento más favorable en ella, esa nueva ley debe ser aplicada a esos hechos retroactivamente. En los términos de la propia OD, el legislador puede cambiar las leyes penales con efectos desfavorables o favorables, pero:

lo que no puede hacer el legislador es establecer que los imputados que no han sido condenados carecen de la posibilidad de beneficiarse en toda la magnitud permitida por la regla constitucional (c. 6° in fine)

Dado que el sentido de la regla constitucional se encuentra expresado en el art. 18 CP, se tiene que el legislador no puede establecer una regla que restrinja en medida alguna la magnitud del beneficio otorgado por el art. 18 CP. Dejando de lado ciertas inconsistencias⁸³ es claro que solo alguien que desconozca o no entienda la doctrina penal relativa al principio de *lex mitior* puede hacer esa afirmación. Pues para esa doctrina existe al menos un caso en que manifiestamente el legislador establece que los imputados por delitos cometidos bajo la vigencia de una ley no se beneficien del cambio legislativo favorable. Ese es el caso de las leyes temporales. Quien comete un delito sancionado por una ley temporal debe ser juzgado y condenado conforme a esa ley, aunque ya no se encuentre vigente al momento de la sentencia y la ley vigente con posterioridad sea más favorable. En otras palabras, las leyes temporales tienen aplicabilidad preteractiva a pesar de ser desfavorables en comparación con la ley vigente al momento de la sentencia. ¿Pretende la OD que las leyes temporales son inconstitucionales? ¿O pretende que su constitucionalidad queda asegurada por el hecho de que ellas forman parte de la doctrina establecida acerca del art. 18 CP?

El caso de las leyes temporales no queda explicado con la observación de que las normas generales que recobran su aplicabilidad al terminar la vigencia de las leyes temporales no han sido “promulgadas” con posterioridad a los hechos, por lo que no quedarían cubiertas por el imperativo del inciso segundo del art. 18 CP. Las leyes temporales son una institución extendida en el derecho comparado, por lo que su fundamento no se debe a un resquicio formal. Tampoco queda suficientemente explicado con la observación usual de que la eficacia de las leyes temporales exige ese trato excepcional. Porque habría que demostrar que la eficacia de esas leyes tiene más peso que un principio legitimatorio de la potestad

⁸³ La OD describe la regla constitucional como una norma que permite un beneficio, en circunstancias que supuestamente lo haría imperativo. Al mismo tiempo, limita el universo de titulares de esa garantía constitucional a imputados no condenados, lo que contradice el inciso tercero del art. 18 CP.

punitiva del Estado. La importancia del caso de las leyes temporales es que pone de manifiesto el fundamento del principio de *lex mitior* y también que ese fundamento admite por necesidad conceptual la posibilidad de que el legislador establezca legítimamente la preteractividad de la ley vigente al momento del hecho aunque sea desfavorable comparada con la ley vigente al momento de la sentencia. Ese fundamento se encuentra en tres consideraciones: (i) la atribución a la ley del carácter de medida la valoración del merecimiento y necesidad de pena de ciertos comportamientos, (ii) la sujeción al tribunal a la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad y (iii) la prohibición al legislador y al juez de dar un trato discriminatorio a las personas. Si la ley vigente al momento de la sentencia declara que un comportamiento ya no merece ni necesita una pena tan severa, o pena alguna, el tribunal no puede aplicar la medida expresada en la ley derogada porque la nueva medida la declara excesiva. El propio legislador puede no obstante declarar que la nueva medida de valoración no abarca los hechos cometidos en el pasado o el juez entender que ello se encuentra implícito en el cambio legal. Ninguno de ellos puede, sin embargo declararlo o entenderlo sin razones que justifiquen esa diferencia de valoración. La justificación de esa diferencia es inherente a la institución de la ley temporal: ellas rigen durante un lapso determinado atendidas las circunstancias especiales que rodean la comisión de los delitos durante ese lapso y que justifican una valoración más intensa de su merecimiento o necesidad de pena. Terminadas esas circunstancias los delitos que se cometan en el futuro ya no tendrán esa gravedad particular, pero los delitos cometidos en el pasado durante dichas circunstancias siguen teniéndola. Por eso la ley aplicable es la ley vigente al momento de su comisión, aunque su aplicación preteractiva la haga comparativamente desfavorable.

Esto significa que el legislador puede hacer una diferencia entre el tratamiento más favorable que decide dar en adelante a una clase de comportamientos y el tratamiento desfavorable que se daba en el pasado a esa clase de comportamientos, si justifica que esa diferencia se basa en la mayor gravedad que tenían dichos comportamientos en el pasado atendidas circunstancias que han cambiado, pero que si volvieran a darse justificarían ese mismo tratamiento más severo. Un buen ejemplo de esa situación se encuentra en un artículo escrito por la académica danesa Trine Baumbach, comentando el caso *Scoppola v. Italy* N° 2.⁸⁴ Siguiendo una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, durante el *apartheid* de Sudáfrica estuvo vigente en Dinamarca desde 1977 una ley que hacía punible el transporte o comercio de armas con dicho país. Un autor de ese delito logró evadir la jurisdicción danesa refugiándose en Sudáfrica, desde donde nunca fue extraditado. En mayo de 1994, atendido el cambio de circunstancias en Sudáfrica la ONU puso término el embargo de armas y fue derogada la ley danesa. Dinamarca logró finalmente la extradición del autor del delito y este solicitó su absolución invocando el principio de *lex mitior* conforme al art. 3(1) del Código Penal danés. Esa norma, que en rigor dispone por regla

⁸⁴ “The Notion of Criminal Penalty and the *Lex Mitior* Principle in the *Scoppola v. Italy* Case”, 80 *Nordic Journal of International Law* (2011), 125–142.

general la aplicación retroactiva de la ley penal vigente al momento de la sentencia siempre que no sea desfavorable en comparación con la ley penal vigente al momento del hecho, excluye esa retroactividad cuando la derogación de la ley vigente al momento del hecho se debe a circunstancias ajenas e irrelevantes para la culpabilidad.⁸⁵ Los tribunales daneses rechazaron la petición de absolución basados en esta cláusula. Un principio absoluto de *lex mitior*, sostiene Baumbach, obligaría sin embargo a dictar sentencia absolutoria, lo que le parece absurdo.

El precepto danés expresa de modo invertido el fundamento del principio de *lex mitior*, esto es, que la nueva ley tenga el sentido de medida de valoración de la falta de merecimiento y/o necesidad de pena de los hechos cometidos en el pasado. La función del art. 18 CP consiste en atribuir como regla general ese sentido a todo cambio legal penal más favorable. Es decir, declara que toda derogación o término de vigencia de leyes penales que se traduce en un cambio favorable al destinatario de la reacción punitiva del Estado en principio implica una abolición de las leyes derogadas o cuya vigencia ha terminado. La doctrina de las leyes temporales es un caso en que se considera que no quedan abolidas ciertas leyes a pesar del término de su vigencia. Sin duda que el legislador puede declarar en otros casos que la derogación no implica abolición. En el caso de la ley danesa, por ejemplo, la ley derogatoria de la prohibición penal de comercio o transporte de armas con el *apartheid*, pudo haber dispuesto expresamente la aplicación preteractiva de la ley derogada para asegurar el castigo de los responsables de delitos pendientes de condena. Lo que el legislador no puede bajo los fundamentos del principio de *lex mitior* es establecer una nueva medida de valoración del merecimiento y necesidad de pena basada en criterios de política criminal que son igualmente pertinentes como valoración de hechos pasados y al mismo tiempo negar la aplicación retroactiva de la nueva valoración. A la luz de los fundamentos del principio de *lex mitior* eso implicaría establecer una diferencia arbitraria. Por eso, bajo el principio constitucional de *lex mitior* la prueba definitiva de lo que el legislador puede o no puede válidamente disponer como derecho transitorio especial es el derecho a la igualdad ante la ley.

Esto es lo que el TC afirma en la OM cuando basa el principio de *lex mitior* en el principio de razonabilidad (c. 40°), distingue entre el “amplio margen de regulación” que deja el principio constitucional de *lex mitior* al legislador (c. 46°) y el “margen de apreciación mucho más reducido” que deja al juez el principio legal de *lex mitior* (c. 47°). Especialmente relevante es su apreciación certera de que para el legislador como destinatario el principio de *lex mitior* tiene el sentido de “una prohibición de doble estándar, en cuanto le es prohibido establecer diferencias arbitrarias” (c. 45°). De aquí deduce el TC que dentro de su margen de apreciación el legislador está limitado por un deber de justificación del trato diferenciado que establezca (c. 47°). En estas consideraciones se encuentran los elementos que requiere el desarrollo futuro de la dogmática constitucional y penal

⁸⁵Op. cit. p. 140.

sobre el principio constitucional de *lex mitior* como elemento integrante del derecho intertemporal penal chileno.

Sin embargo, ninguna de esas consideraciones supera la condición de *obiter dicta*. Pues la decisión del TC no se basó en estimar que la Ley 20.720 introdujo diferencias justificadas en el tratamiento de los delitos concursales, sino que no introdujo diferencia alguna. Allí se encuentra la segunda discrepancia entre la OM y la OD. Antes de examinarla conviene analizar una importante concordancia en su apreciación del cambio del derecho penal concursal chileno.

5.3. La premisa común en la aplicación del principio de *lex mitior* al cambio del derecho penal concursal chileno

Como se expuso antes (*supra*, sección 4.2) el requirente sostuvo ante el TC que la magnitud del cambio legal introducido por la Ley 20.720 en el derecho concursal chileno implicaba la inaplicabilidad de todas las normas penales derogadas conforme al art. 18 CP. Dado que los tipos penales previstos por la nueva ley contemplan elementos que no pueden ser satisfechos por los hechos acaecidos con anterioridad a la transformación de los procedimientos concursales (dictación de resoluciones, posesión de calidades institucionales) ni las normas derogadas pueden ser aplicadas preteractivamente, ni las nuevas pueden ser aplicadas retroactivamente. En su opinión, solo el art. 12-t sostiene la preteractividad de la ley derogada y por eso es inconstitucional. Por eso la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 12-t acarrearía a su juicio el sobreseimiento, absolución o sustitución de sentencia condenatoria respecto de todos los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.720.

Esta concepción del derecho intertemporal chileno no fue refrendada ni por la OM ni por la OD. Ambas asumen que el derecho intertemporal chileno exige una comparación del sistema jurídico del caso bajo una y otra legislación, es decir, una comparación en concreto de los posibles estados jurídicos aplicables al caso. Esto lo dice expresamente la OM (c. 66° y 70°). La OD también lo explicita (c. 8°) y además lo aplica en su examen concreto del art. 219 N° 4CCo L IV (c. 9° y 10°). Este común denominador entre la OM y la OD es de la mayor importancia, pues ofrece para el futuro las bases sistemáticas para la formulación del derecho intertemporal penal chileno. Esas bases se encuentran en dos enunciados:

- (i) el cambio legislativo, esto es, el término de vigencia de una regulación penal y el comienzo de vigencia de otra, no implica por sí mismo ningún criterio de aplicabilidad temporal: ni la regulación derogada pierde necesariamente su aplicabilidad a los hechos acaecidos antes del cambio, ni la nueva regulación es necesariamente (in)aplicable a ellos, y
- (ii) la identificación de la ley aplicable conforme al derecho intertemporal penal legal (el art. 18 CP) siempre depende de una comparación en concreto del total estado jurídico aplicable al caso en cada regulación.

Además de estos dos enunciados la OM acoge en su análisis del problema todos los elementos conceptuales requeridos para el desarrollo doctrinario del derecho intertemporal penal. Así, distingue conceptualmente entre vigencia y aplicabilidad (c. 22°, 28° y 29°) y advierte que la aplicabilidad se rige por reglas y principios que forman el derecho intertemporal (c. 28°). También distingue entre la ultratractividad como la –inadmisible– aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su derogación y la preteractividad, esto es, la –eventualmente admisible– aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos antes de su derogación (c. 33°) y correctamente califica el caso ante el TC como uno en que se impugna la preteractividad de la ley derogada (c. 34°). Afirma asimismo que la preteractividad de la ley derogada es una obviedad sistemática cuando la nueva ley es desfavorable (c. 53°), que esa obviedad ha sido perturbada por la adopción judicial de la doctrina elaborada por Luis Cousiño sobre la base de la confusión entre vigencia y aplicabilidad (c. 55° y 55°). Finalmente entiende al derecho transitorio como un régimen especial de aplicabilidad temporal (c. 51° y 52°). Todo eso coincide con lo sostenido en la primera parte de este trabajo.

5.4. Las diferencias en la interpretación del art. 12° transitorio de la Ley 20.720

La diferencia central entre la OM y la OD se refiere a la interpretación que ellas hacen del art. 12-t. La OM hace suya la interpretación del MP (*supra*, sección 4.4): la remisión que el art. 12-t hace al art. 18 CP no se extiende solo a la determinación legal de la pena sino también a la configuración legal del comportamiento constitutivo de delito (c. 61°-65°). El fundamento de su apreciación se encuentra en la historia fidedigna del establecimiento del art. 12-t, esto es, en la modificación por la Cámara de Diputados del precepto aprobado por el Senado (*supra*, sección 3). El vínculo establecido por esa decisión de la Cámara entre la Ley 20.720 y la Ley 20.000 es reconducido por la OM al origen de la regla en la Ley 19.366, donde la remisión al art. 18 CP no tenía restricciones ni siquiera aparentes en el tenor literal de la disposición (art. 54: *supra*, sección 3).

La OD discrepa de esta interpretación y sostiene que el art. 12-t tiene un efecto práctico consistente en limitar la posibilidad de aplicar los incisos segundo y tercero del art. 18 CP en toda su extensión, porque los restringe a la sola consideración del cambio de la penalidad de los hechos. En otras palabras, a su juicio el art. 12-t excluye del imperativo de aplicación con efecto retroactivo las leyes más favorables que hayan cambiado la punibilidad de los hechos, despenalizándolos. En apoyo de su interpretación, la OM da dos razones:

En primer lugar ofrece un argumento teleológico. Lo transcribo:

La solución adoptada por la Comisión de Constitución de la Cámara, que dio origen a la normativa impugnada en autos, fue agregar al artículo transitorio la frase “sin perjuicio de las

normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”, con el fin de explicitar la excepción al principio de ley penal más favorable y así, 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 publicación de esta ley.*”(p. 2377).⁸⁶

Esta es una cita tergiversada. La OD sostiene que el pasaje que ella transcribe, tomado de la página 2377 de la *Historia de la Ley 20720*, correspondería al fundamento dado por la Comisión para la inclusión de la frase “sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal”. Eso es falso.

Lo que se consigna en la página 2377 de esos antecedentes es el texto de la nueva oración segunda del art. 12-t, que se agregó continuación del punto aparte del precepto aprobado por el Senado (“[l]as disposiciones penales contempladas en la presente ley solo se aplicarán a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia”), el cual pasó a ser un punto seguido. Esa segunda oración—denominada “párrafo” por la Comisión—, que es idéntica a la actualmente vigente, era del siguiente tenor:

“En consecuencia, el artículo 38 y el Título XIII del Libro IV del Código de Comercio quedarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en su 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.”⁸⁷

En otras palabras, en su contexto la frase “sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal” no explicita una excepción al principio de *lex mitior*, sino todo lo contrario: explicita una excepción al imperativo de aplicación preteractiva (“quedarán vigentes”) del art. 38 y el Título XIII del Libro IV del Código de Comercio establecido por la primera oración (la aprobada por el Senado).

En segundo lugar la OD sostiene que es contrario a toda lógica interpretativa sostener que una disposición es redundante. La razón que invoca la OD es falsa e irrelevante: dice que la lógica interpretativa exige atribuir sentido y utilidad práctica a “una disposición legal cuya génesis fue el resultado de una larga

⁸⁶ C. 13° párrafo 3, las cursivas y el entrecomillado interno son del original.

⁸⁷ HL 20720 p. 2.377.

discusión y reflexión” (c. 14°). Es falsa porque la discusión de la que surgió la regla en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados consta de menos de 300 palabras (una plana distribuida entre dos hojas). Es irrelevante porque la extensión o complejidad de una deliberación nada prueba acerca de la consistencia de la decisión en que ella concluye. La auténtica razón que podría esgrimirse es el principio básico de hermenéutica legal y contractual que prohíbe atribuir a las disposiciones y cláusulas un sentido que las priva de todo efecto (a eso alude la OD en su c. 15°). En este caso, sin embargo, ese principio hermenéutico se enfrentaba a la regla de interpretación que prefiere el sentido que evita la antinomia con una norma de rango superior (interpretación conforme a la Constitución). El argumento de la OD es el epítome de la hipocresía metodológica: asigna a un precepto “sentido y utilidad práctica” por consideración a la voluntad del legislador para declararlo inaplicable por inconstitucional precisamente en atención a ese sentido.

La controversia entre la OM y la OD no agota sin embargo todas las posibilidades de interpretación del art. 12-t. Como inmediatamente se expondrá (sección 6.1) es posible conceder a la OM que el art. 12-t efectúa una remisión sin limitaciones al art. 18 CP y al mismo tiempo reconocerle un sentido pragmático no redundante.

6. Conclusiones

6.1. Sentido y función del art. 12° transitorio de la Ley 20.720

El sentido que la STC 2673 atribuye al art. 12-t, y que cabe extender al art. 1° transitorio de la Ley 20.000 y en el futuro a todas las reglas de derecho transitorio que adopten esta misma estructura, es coherente. Cuando el derecho transitorio se remite al principio de *lex mitior* (art. 18 CP) para determinar la aplicabilidad de “las normas relativas a la pena” se está refiriendo también a la a la determinación de la punibilidad del hecho. Eso es así porque las normas que despenalizan comportamientos –la despenalización está dada por la conjunción entre la norma derogatoria y las nuevas normas punitivas– son normas máximamente relativas a la pena. Cualquier otra consideración sería absurda.

Desde el punto de vista de las relaciones entre el imperativo de aplicación preteractiva de la ley derogada y el imperativo de aplicación con efecto retroactivo de la ley posterior más favorable la interpretación que la STC 2673 hace de la remisión al art 18 CP por la regla de derecho transitorio hace a esa regla redundante: es una regla que afirma la preteractividad de la ley derogada (igual que el inciso primero del art. 18 CP) salvo que la ley posterior sea más favorable (igual que los incisos primero y segundo del art. 18 CP). La regla puede no obstante tener efectos prácticos en el nivel de referencia de las controversias interpretativas que rodean la aplicación del art 18 CP. En particular, la regla es útil y tiene sentido

práctico como neutralización de la doctrina Cousiño. Ello, en dos aspectos importantes.

En primer lugar, el art. 12-t provee un fundamento normativo explícito para la preteractividad de las normas punitivas derogadas por la Ley 20.720. Desde un punto de vista pragmático la función del art. 12-t se encuentra en la compensación de la doctrina extendida en la Corte Suprema que ignora la regla existente en el art. 18 inciso primero CP y que por eso exige constatación de la vigencia material de la ley derogada mediante su continuidad en la ley vigente con posterioridad. El art. 12-t dispone de modo expreso exactamente lo que desde la posición que defiende este trabajo dispone el art. 18: que la ley derogada que estaba vigente al momento del hecho es la ley aplicable a menos que sea más favorable la ley posterior. Para quien interpreta al art. 18 inciso primero CP en el sentido aquí defendido esa función es redundante; pero dada la confusión o controversia acerca del estatus de la ley penal derogada esa función es pragmáticamente relevante. Por cierto, este efecto práctico del art 12-t no está exento del control de constitucionalidad conforme a la comprensión que la OM y la OD tienen del sentido del art. 19 N° 3 inciso viii CPR: ¿es la doctrina Cousiño parte integrante del art. 18 CP? La OM -con razón- lo niega; la OD ignora el problema. El hecho de negar la corrección de la doctrina Cousiño ciertamente apoya la consideración del art. 12-t como una regla redundante en el nivel de referencia de la legislación según la interpretación de la OM. Pero eso no excluye que el legislador, advirtiendo la influencia de la doctrina Cousiño en los tribunales de justicia, decida neutralizarla mediante el establecimiento de una regla que establezca expresamente la preteractividad de las normas punitivas derogadas, sin perjuicio de la preponderancia del principio de *lex mitior*.⁸⁸

En segundo lugar el art. 12-t puede ser entendido como una regla interpretativa del sentido del cambio legislativo introducido por la Ley 20.720. Esta función práctica es relevante tanto en el contexto de las consideraciones abstractas exigidas por la doctrina Cousiño como en el contexto de las consideraciones concretas exigidas por el principio de *lex mitior*. Lo primero que el art. 12-t declara como regla interpretativa es que la sustitución de la antigua regulación penal -dos delitos y sus sendos catálogos de presunciones- por la nueva regulación penal -un grupo de pocos delitos independientes entre sí- no implica una declaración de discontinuidad entre ellas tal que las haga inconmensurables. Además, como se dijo al inicio la Ley 20.720 no solo cambio la regulación penal sino toda la regulación concursal del derecho chileno, introduciendo diferencias terminológicas, conceptuales e institucionales. Así, por ejemplo, los procedimientos de quiebra y convenio judicial preventivo pasaron a ser procedimientos de liquidación y reorganización, el síndico pasó a ser liquidador o veedor y la resolución que declaraba la fecha de cesación de pagos fue sustituida

⁸⁸ El problema de esta técnica de neutralización legislativa de la doctrina Cousiño es la consecuencia *a contrario sensu*: ¿debe entenderse que tácitamente la autoriza cuando no establece una regla de derecho transitorio como el art. 12-t?

por una regla legal. El art. 12-t puede ser entendido también como una regla interpretativa que declara la equivalencia o conmensurabilidad de esos términos, conceptos y contextos institucionales, de modo que la nueva regulación no desautoriza por la magnitud del cambio que introduce la declaración de merecimiento y/o necesidad de pena expresada por las normas punitivas derogadas.

Naturalmente, esta función del art. 12-t como regla interpretativa debe ser verosímil, es decir, el examen comparativo de las normas derogadas con las nuevas normas debe corroborar esa conmensurabilidad. Esa es una prueba que el art. 12-t pasa: basta con leer, por ejemplo, las reglas establecidas los arts. 346, 347, 348, 349, 350, 351 y 352 de la Ley 20720 que sustituyen las referencias a la quiebra en los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimiento Civil, Orgánico de Tribunales, del Trabajo, Tributario y de Minería, respectivamente, por referencias al procedimiento concursal de liquidación. Sin duda que habría sido preferible una regla expresa en el derecho transitorio de la Ley 20.720 que estableciera esta equivalencia también para efectos de la calificación jurídico-penal de los hechos previos y posteriores a su entrada en vigencia. Pero su ausencia puede ser compensada atribuyendo ese sentido a la distinción que el art. 12-t formula entre hecho y pena para efectos de la aplicación retroactiva de la Ley 20.720 conforme al principio de *lex mitior*: los hechos punibles que en su momento se relacionaban con la declaración y/o el juicio de quiebra, el convenio judicial preventivo, el síndico o la cesación de pagos siguen siendo punibles, atendida su equivalencia con los hechos punibles relacionados con los términos, conceptos e instituciones de la nueva regulación, sin perjuicio de aplicárseles la nueva penalidad, si es que resulta favorable. Este sentido de la regla resulta enteramente consistente con el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad ante la ley. Porque los nuevos términos, conceptos e instituciones no conllevan por sí solos una nueva medida de valoración del merecimiento o necesidad de pena de los hechos ilícitos cometidos bajo la vigencia de la antigua regulación.

Por último, existe la posibilidad de asignar al art. 12-t el sentido de una regla de valoración diferenciada de los hechos cometidos bajo la vigencia del Libro IV del CCo y los hechos cometidos bajo la vigencia de la nueva regulación concursal. Esto, en un sentido análogo a la valoración diferenciada que subyace a la institución de las leyes temporales. El mejor ejemplo es precisamente uno de los invocados por la OD para demostrar la discontinuidad entre las normas punitivas derogadas y las nuevas normas punitivas: la presunción de quiebra culpable por omisión del deudor de solicitar su propia quiebra (art. 219 N° 4 Libro IV CCo). En el nuevo procedimiento de liquidación esa es una obligación irrelevante. ¿Implica eso una nueva valoración del merecimiento y/o necesidad de penal de la infracción de esa obligación en el antiguo procedimiento de quiebra? La regla del art. 18 inciso segundo impone al juez el deber de considerar que la despenalización del incumplimiento de esa obligación tiene *prima facie* esa connotación: declara la irrelevancia de esa norma punitiva. ¿Puede atribuirse al art. 12-t el sentido de derrotar esa consideración? Esta es una pregunta distinta a la cuestión de si el

legislador puede válidamente expresar esa valoración diferenciada bajo la prohibición de discriminación derivada del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 CPR). Esta segunda pregunta surge como cuestión de constitucionalidad recién una vez que se atribuye al art. 12-t ese sentido, es decir, después que se responde afirmativamente la primera pregunta.

En principio no es descartable que pueda atribuirse ese sentido a una regla de derecho transitorio que establece la preteractividad de la ley penal derogada. Pero para ello es indispensable identificar alguna razón que justifique esa pretensión regulativa. Eso requiere claridad de propósitos en el legislador. Pero el legislador chileno carece casi por completo de claridad de propósitos en lo que concierne al sentido y función del derecho transitorio penal que establece. En ausencia de esas razones no puede atribuirse a una simple regla de aplicación preteractiva explícitamente subordinada al principio de *lex mitior* el sentido de declarar la improcedencia de los fundamentos de ese principio respecto de los hechos que ordena juzgar conforme a la ley derogada.

6.2. El derecho intertemporal penal chileno de rango supralegal

Tal como Ulises en el Canto XII de la *Odissea*, el principio de *lex mitior* se enfrenta en el derecho comparado a dos monstruos. El absorbente monstruo Caribdis se encuentra en la completa irrelevancia del principio de *lex mitior* en el nivel constitucional, es decir, la facultad irrestricta del legislador para establecer la aplicación preteractiva de la ley penal derogada pese al cambio legal que en concreto es favorable al destinatario de la reacción punitiva. Los Estados Unidos ofrecen un ejemplo escalofriante de Caribdis: pese a la derogación de la pena de muerte se sigue pretendiendo condenar a esa pena a los autores de hechos cometidos con anterioridad a su derogación.⁸⁹ La STC 2673 elimina a ese monstruo del derecho chileno. Esa es su primera virtud: siguiendo el consejo de Circe a Ulises el TC se aparta de Caribdis.

El aullante monstruo Escila se encuentra en la completa equiparación del principio de *lex mitior* a la garantía de *lex praevia* derivada del principio de legalidad, es decir, la ausencia total de facultad del legislador para establecer la aplicación preteractiva de la ley penal derogada pese al cambio legal que en abstracto sería favorable al destinatario de la reacción punitiva. Así como el legislador carece de facultad para declarar que los hechos pasados merecían o necesitaban la pena que establece después de su comisión (lo prohíbe la garantía de *lex praevia*), así también -según Escila- carece de facultad para declarar que los hechos pasados no son alcanzados por la eliminación o atenuación de la pena que establece después de su comisión. Este es el monstruo que asoma su cabeza en Europa después de *Scoppola v. Italy* N° 2. Este es el monstruo que anida en la concepción irreflexiva de la favorabilidad mantenida por un sector de la doctrina y la jurisprudencia chilenas. Este es el monstruo que la OD de la STC 2673 sostiene que la Constitución de

⁸⁹ WESTEN(2015), pp. 167-213.

1980 habría implantado en Chile. Escila es el monstruo que la OM de la STC 2673 no pudo eliminar del todo.

El error fundamental de la STC 2673, compartido por la OM y la OD, es la idea de la constitucionalización del inciso segundo del art. 18 CP. La razón que la STC 2673 ofrece como fundamento de esa idea es escandalosamente falsa: cita en su apoyo un acuerdo de la comisión redactora del precepto que fue revocado por esa comisión. El texto del art. 19 N° 3 inciso viii (originariamente, inciso vii) no proviene del acuerdo citado por el TC sino del acuerdo opuesto, adoptado después de revocar el anterior. Si el TC hubiera considerado los antecedentes de la historia fidedigna del precepto constitucional con el rigor requerido por un estándar básico de seriedad profesional habría eliminado a Escila del derecho chileno: a la luz de esos antecedentes se concluye que el art. 19 N° 3 inciso viii no impone al legislador el principio de *lex mitior* sino que simplemente lo autoriza para establecerlo en como principio de rango legal. Lamentablemente la negligencia del TC está destinada a producir un impacto: la inercia en la profesión jurídica augura que la falsa lectura del TC valdrá entre nosotros como afirmación verdadera del sentido del precepto constitucional.

A menos que la falsa idea del TC sea desmentida con la lectura de la sesión 113^a de la comisión que redactó el precepto, la pregunta que se entenderá planteada por la STC 2673 es cuál de las dos opiniones resulta más consistente con la idea que ambas comparten. Medidas por el estándar de la consistencia la OD se impone sobre la OM, pues ofrece una lectura del precepto constitucional mucho más cercana a la lectura del precepto legal que supuestamente recoge. Como la OD lo advierte, hay un salto lógico en la OM cuando por una parte afirma que el art. 18 CP es el fundamento de la consagración constitucional del principio de *lex mitior* y por otra parte sostiene que el legislador no está tan rigurosamente obligado por la Constitución a respetar la aplicación con efecto retroactivo de la ley posterior más favorable como lo está el juez por la ley. Esta equiparación entre el deber impuesto por el principio de *lex mitior* al juez y el deber que pesa sobre el legislador es el corazón de Escila. El rechazo de esa equiparación por la OM es la segunda virtud de la STC 2673. Pues si algo es claro en esta sentencia es que el TC no deduce de la constitucionalización del principio de *lex mitior* un desconocimiento de la prerrogativa de decisión del legislador democrático para el tratamiento de los hechos cometidos con anterioridad al cambio legal tan radical como el que postula la OD. Es ese dato elemental se encuentra el núcleo de la resistencia a Escila. El problema es que sus bases son precarias.

Hay dos escenarios para el futuro en que la doctrina de la STC 2673, esto es, la concepción del principio constitucional de *lex mitior* desarrollada por la OM, será puesta a prueba.

El primero es el representado por el establecimiento de nuevas reglas de derecho transitorio que vayan más allá de la afirmación de la aplicación preteractiva de la ley derogada salvo que la ley posterior sea más favorable. Si el

legislador afirmara un deber categórico de aplicar preteractivamente la ley derogada, es decir, sin condicionar su aplicación preteractiva al principio de *lex mitior*, se pondría a prueba el reconocimiento del margen de legítima prerrogativa de determinación que la STC 2673 afirma. Requerida la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ese precepto legal el TC tendría que explicitar la relación entre el principio de *lex mitior* y el derecho a la igualdad ante la ley y evaluar el peso de las razones justificatorias del tratamiento punitivo diferenciado introducido por esa decisión del legislador.

El segundo escenario es el representado por una futura reforma del Código Penal o del derecho intertemporal penal. La doctrina de la OD hace inmodificable el art. 18 CP sin reforma previa o simultánea del art. 19 N° 3 inciso viii CPR. Está por verse qué pueda modificar válidamente el legislador del art. 18 CP conforme a la STC 2673. Es claro que el núcleo del principio de *lex mitior* debe ser respetado bajo la actual CPR: el futuro derecho intertemporal penal chileno no puede consistir simplemente en el inciso primero del art. 18 CP, como lo hace el derecho intertemporal penal federal estadounidense. Si un futuro CP chileno prescindiera del inciso segundo del actual art. 18 CP una interpretación conforme a la Constitución tendría que entender incorporada la excepción de la ley posterior más favorable al principio de aplicación de la ley vigente al momento del hecho. Pero aun conservándose ese núcleo hay al menos tres preguntas importantes relacionadas con la consagración del principio de *lex mitior* en una futura regulación del derecho intertemporal penal chileno: (i) ¿puede el legislador sustituir la referencia a la promulgación de la ley posterior más favorable por la exigencia de su entrada en vigencia como condición de su aplicación con efecto retroactivo? (ii) ¿puede el legislador excluir del principio de *lex mitior* a las leyes intermedias, esto es, las leyes posteriores al hecho y derogadas antes de su aplicación por el tribunal? (iii) ¿puede el legislador hacer prevalecer el efecto de cosa juzgada sobre el principio de *lex mitior*, es decir, prescindir de los incisos tercero y cuarto del actual art. 18 CP?

El examen del principio de *lex mitior* a la luz de sus fundamentos conduce a la conclusión de que la respuesta correcta a las tres interrogantes es la afirmativa.⁹⁰ Pero este no es el lugar para desarrollarlo. Aquí basta con observar que la STC 2673 ofrece una concepción del principio constitucional de *lex mitior* que hace posible realizar ese examen navegando entre Escila y Caribdis. Esa es su gran virtud. Lamentablemente no asegura suficientemente que Escila no termine devorando a los navegantes. En este sentido la STC 2673 representa una oportunidad perdida.

⁹⁰ Las tres decisiones podrían también ser adoptadas por el legislador en el contexto del derecho transitorio. Basta con pensar en un caso como el de la Ley 19.450 (D.O. 18.03.1996), que durante su vacancia legal fue reconocida como un error y modificada antes de entrar en vigencia, para advertir la pertinencia de esas decisiones como parte del derecho transitorio que regule la entrada en vigencia de la ley modificada durante su vacancia legal. Eso sí, en el contexto del derecho transitorio se generaría un problema de igualdad ante la ley que no se produciría en el contexto de la reforma del derecho intertemporal penal.

BIBLIOGRAFÍA:

- ❖ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (1999): “La aplicación de la ley penal derogada”, *Revista del Abogado* (17), Colegio de Abogados, Santiago, pp. 10 y ss.
- _____ (2000a): “Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (18), pp. 227 y ss.
- _____ (2000b) “La aplicación de la ley penal más favorable”, *Revista Jurídica UPR* (69), pp. 29 y ss.
- _____ (2014) “La preteractividad de la ley penal”, en: Alex van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal*, (Santiago, Legal Publishing/Thompson Reuters) pp. 163 y ss.
- ❖ Biblioteca del Congreso Nacional (2005): *Historia de la Ley N° 20.000 - Sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*.
- ❖ BOHLANDER, Michael (2011): “Retrospectivereductions in the severity of substantive criminal law: The *lex mitior* principle and the impact of Scoppola v Italy No. 2”, *Criminal law review* (8), pp. 627 y ss.
- ❖ COUSIÑO MACIVER, Luis (1975): *Derecho Penal Chileno* (Santiago. Editorial Jurídica de Chile).
- ❖ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 361, Sesión 27, en 4 de junio de 2013, en: HL/20720, p. 1711.
- ❖ HALE, Mathew: *History of the Pleas of the Crown*, 1680.
- ❖ JAKOBS, Günther (1995): *Derecho Penal: Parte General: fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid, Marcial Pons). 1113 pp.
- ❖ KREB, Claus (2010): “Nulla poena nullum crimen sine lege”, en: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* www.mpepil.com (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press).
- ❖ LEVITT, Albert (1923): “Repeal of Penal Statutes and Effect on Pending Prosecutions”, *American Bar Association Journal*, (9-11) pp. 715yss.
- ❖ MEZGER, Edmund (1949): *Strafrecht – Ein Lehrbuch*, 3a ed. (Berlin y München: Duncker&Humbolt). 528 pp.
- ❖ *80 Nordic Journal of International Law* (2011): The Notion of Criminal Penalty and the *Lex Mitior* Principle in the *Scoppola v. Italy Case*”, 125–142.
- ❖ Oficio de Ley a la Cámara de Diputados, de 04.06.2013, en: HL/20720, p. 1913.
- ❖ POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre (2002): “Comentario a los artículos 18 a 49”, en: Sergio Politoff Lifschitz, Luis Ortiz Quiroga (Eds.) *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile) pp. 268-269.
- ❖ WESTEN, Peter K. (2015): “*Lex Mitior*: Converse of Ex Post Facto and Window into Criminal Desert?”, *New Criminal Law Review* (18-2), p. 167-213.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS:

- ❖ Ley 20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Diario Oficial, 9 de enero de 2014.
- ❖ Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central. Diario Oficial, 10 de octubre de 1989.
- ❖ DS N° 471, de 1977, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción (comercio de exportación e importación y operaciones de cambios internacionales). Diario Oficial, 29 de noviembre de 1977.
- ❖ Ley 19.696, establece el Código Procesal Penal. Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.
- ❖ Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial, 15 de octubre de 1999.

- ❖ Ley 19.665, reforma el Código Orgánico de Tribunales. Diario Oficial, 9 de marzo de 2000.
- ❖ Ley 19.806, normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Diario Oficial, 31 de mayo de 2002.
- ❖ Código de Bustamante. Convención de Derecho Internacional Privado, La Habana, 20 de febrero de 1928.
- ❖ Ley 15.231, fija el texto definitivo y refundido de la ley de organización y atribuciones de los juzgados de Policía Local. Diario Oficial, 8 de agosto de 1963.
- ❖ Ley 18.287, establece procedimiento ante los Juzgados de Policía Local. Diario Oficial, 7 de febrero de 1984.
- ❖ Ley 18.290, Ley de Tránsito. Diario Oficial, 7 de febrero de 1984.
- ❖ Constitución de 1828. Promulgada el 8 de agosto de 1828.
- ❖ Constitución de 1833. Diario Oficial, 25 de mayo de 1833.
- ❖ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Firmado en 1950.
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Firmado en 1966. Decreto 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Diario Oficial 29 de abril de 1989.
- ❖ Ley 20.000, sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito e estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.
- ❖ Código de Justicia Militar. Diario Oficial, 19 de diciembre de 1944.
- ❖ Código Aeronáutico. Diario Oficial, 8 d febrero de 1990.
- ❖ DFL 30/2004 Ordenanza de Aduanas. Diario Oficial, 18 de octubre de 2004.
- ❖ Ley 19.738, normas para combatir la evasión tributaria. Diario Oficial, 19 de junio de 2001.
- ❖ Ley 19.223, tipifica figuras penales relativas a la informática. Diario Oficial, 7 de junio de 1993.
- ❖ Ley 19.450 (D.O. 18.03.1996), sustituye escalas de multas que señala y modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, la Ley N° 18.287 y el Decreto Ley N° 645, de 1925. Diario Oficial, 18 de marzo de 1996.

JURISPRUDENCIA NACIONAL CITADA:

- ❖ Corte Suprema c/Pazo de Armas (1987): 13 de agosto de 1987, Rol N° 25.390, en: 345 Fallos del Mes (1987), p. 530-532.
- ❖ Corte Suprema c/Errázuriz Talavera y otros (1991): 17 de junio de 1991, Rol N° 28.479, en: 391 Fallos del Mes (1991) p. 219-223
- ❖ Corte Suprema c/Schalchli Melo (2001): 11 de noviembre de 2002, Rol N° 3862-2001, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=143189&CRR_IdDocumento=52386
- ❖ Corte Suprema c/Ortega Merino, sentencia de 5 de enero de 2004, Rol N° 3143-2002, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=176657&CRR_IdDocumento=74465
- ❖ Corte Suprema c/Muñoz Alfaro, sentencia de 31 de agosto de 2004, Rol N° 3107-2002, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=176402&CRR_IdDocumento=74300

- ❖ Corte Suprema c/Labarca Abarca y otro, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Rol N° 3890-2002, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=182256&CRR_IdDocumento=78232
- ❖ Corte Suprema c/King Vilensky, sentencia de 8 de octubre de 2008, Rol N° 2420-2008, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=512892&CRR_IdDocumento=297923
- ❖ Corte Suprema c/Guerrero Hernández y otros, sentencia de 13 de mayo de 2008, 5292-2007, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=472366&CRR_IdDocumento=271103
- ❖ Corte Suprema c/Lehmann Wolfenson, sentencia de 3 de diciembre de 2009, 8006-2008, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=924368&CRR_IdDocumento=569514
- ❖ Corte Suprema c/contra King Vilensky (2008): 8 de octubre de 2008, Rol N° 2420-2008, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=512892&CRR_IdDocumento=297923
- ❖ Corte Suprema c/Valenzuela Grandón (2008): 18 de noviembre de 2008, Rol N° 2980-2008, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=518563&CRR_IdDocumento=301675
- ❖ Corte Suprema c/Yáñez Vargas (2009): 17 de diciembre de 2009, Rol N° 4887-2009, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=623526&CRR_IdDocumento=369779
- ❖ Corte Suprema c/Vasallo Schanni (2009): 16 de agosto de 2010, Rol N° 8938-2009, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=662299&CRR_IdDocumento=396206
- ❖ Corte Suprema: Reclamación de Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A contra TDLC (2012): 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, en página electrónica del Poder Judicial
http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=1&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=1117175&CRR_IdDocumento=708582
- ❖ Tribunal Constitucional, Rol N° 2673-2014-INA, de 1 de octubre de 2015. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Roberto Fredes Besoain respecto del artículo 12 transitorio de la ley 20.720 en los autos criminales de que conoce el 8° Juzgado de Garantía de Santiago bajo el RIT N° 199-2009, RUC 0910000486-8. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

- ❖ Tribunal Constitucional, Rol N° 78-1989, de 20 de septiembre de 1989. Control de constitucionalidad respecto del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Banco Central. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=534>.
- ❖ Tribunal Constitucional, Rol N° 797-2007-INA, de 24 de enero de 2008. Requerimiento de la Juez presidente de la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción para un pronunciamiento y decisión respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad del art. 450, inciso 1° del Código Penal, en la causa RUC 0600608856-0, RIT N° 110-2007. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.
- ❖ Tribunal Constitucional, Rol N° 825-2007-INA, de 6 de marzo de 2008. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juez Presidente de la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, respecto del art. 450, inciso 1°, del Código Penal en relación al artículo 19, N°3 de la Constitución política de la República, en la causa RUC 0700007912-4, RIT N° 159-2007. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.
- ❖ Tribunal Constitucional, Rol N° 829-2007-INA, de 6 de marzo de 2008. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juez Presidente de la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, respecto del art. 450, inciso 1°, del Código Penal en relación al artículo 19, N°3 de la Constitución Política de la República, en la causa RUC 0600911246-2, RIT N° 164-2007. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.