



0000001
UNO



Requirente: JHON JAIRO CASTILLO VALAREZO

Normas Impugnadas: Artículo 449 del Código Penal

Ruc: 1900097073-8

Rit: 512-2019

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, actualmente en conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique bajo ROL N° 337-2019 Penal

Gestión Pendiente: Recurso de Nulidad con Apelación en Subsidio

Imputado Privado de Libertad: Sí, desde 25 de Enero de 2019

EN LO PRINCIPAL: Deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **EN EL PRIMER OTROSI:** Acompaña documentos que indica. **SEGUNDO OTROSI:** Solicita suspensión del procedimiento. **EN EL TERCER OTROSI:** Acredita personería. **EN EL CUARTO OTROSI:** Señala forma de notificación.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CLAUDIO ALEJANDRO FIERRO MORALES, domiciliado para estos efectos en Alameda Bernardo O'Higgins 1449, piso 8, Santiago, actuando en representación según se acreditará de don **JHON JAIRO CASTILLO VALAREZO**, cédula nacional de identidad N° 14.862.564-6, para estos efectos del mismo domicilio, a VS. Excma., con respeto digo:

Que, en la representación que invisto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra del **artículo 449 del Código Penal**, por cuanto la aplicación concreta de este precepto legal en el proceso penal **RUC N° 1900097073-8, RIT N° 512-2019** del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, actualmente en conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, bajo ROL N° 337-2019 Penal**, seguido en contra de **JHON JAIRO CASTILLO VALAREZO** por el presunto delito de robo en lugar habitado contemplado en el artículo 440 número 1 en relación al artículo 432 del Código Penal, infringe los artículos 1° y 19, numerales 2° y 3°, de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

I.- BREVE SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

1.- Mi representado fue formalizado con fecha 25 de enero de 2019, por un presunto delito de robo en lugar habitado, decretando el Juzgado de Garantía de Iquique en aquella oportunidad la medida cautelar de prisión preventiva en su contra, y fijando un plazo de investigación de 60 días.

2.- Con fecha 26 de junio de 2019, el Ministerio Público formuló acusación en contra de mi representado en virtud de los siguientes hechos: *“El día 25 de enero del año 2019, aproximadamente a las 05:20 de la madrugada, en circunstancias que Fernando Gaete Astorga se encontraba al interior de su domicilio ubicado en pasaje Salitrera San Jorge Nro. 2949-A, durmiendo, a este lugar llegó el acusado Jhon Castillo quien mediante el escalamiento de un cierre perimetral de aproximadamente 02 metros de altura accedió hasta el 2do piso del inmueble ingresando por una ventana. Encontrándose en el interior, ingresando por esta vía no destinada al efecto, procedió a sustraer un teléfono celular que la víctima mantenía cargando en una de las dependencias, así como también sustrajo una caja parlante marca JBL de color blanco y naranja, y una billetera de color negro y amarillo con el logo de Mickey, especies de propiedad del afectado; con estas especies en su poder el acusado Castillo Valarezo salía del inmueble descendiendo por el mismo cierre perimetral por donde había accedido, siendo sorprendido por personal de carabineros situación que se procede a la detención y a la recuperación de las especies sustraídas, reconocidas por la víctima”.*

A juicio del ente persecutor, los hechos precedentemente descritos constituían el **delito de robo en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 número 1 del Código Penal** en grado de ejecución **frustrado**, atribuyéndose a mi representado participación en calidad de **autor** directo e inmediato en dicho ilícito.

Además, se solicitó por parte del Ministerio Público la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios público, y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y el pago de las costas de la causa, haciendo presente que **concurría en beneficio de mi representado la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal consagrada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.**

3.- Por sentencia definitiva de fecha 02 de octubre de 2019, el **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique condenó a mi representado, sin costas, a la pena de CINCO AÑOS Y UN DIA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como **autor del delito de robo con intimidación en grado de ejecución consumado**.

4.- El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal rechaza la solicitud del a defensa en cuanto reconocer aminorante de responsabilidad del artículo 11 número 9 en atención a que este fue sorprendido en flagrancia por parte de funcionarios policiales, por lo que su declaración asumiendo su responsabilidad en nada obsta para la determinación de condena, pese que el mismo fallo recurrido en el considerando Noveno (sobre la participación de usuario) establece que, en conjunto de la declaración del usuario y la prueba rendida en juicio oral se pudo arribar a veredicto condenatorio. Bajo esa razón la **defensa presenta recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho**, ya que al cumplir con los requisitos que describe la causal aminorante como tal, debe ser decretada. La defensa se fundó, inclusive, en un fallo de la misma Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, donde se reconoce la atenuante de responsabilidad del artículo 11 número 9 cuando una persona, incluso, admite su responsabilidad en una audiencia de procedimiento simplificado, sin declarar más allá siquiera que su propia admisión. Se solicitó entonces reconocimiento de esa circunstancia aminorante la cual, al sumarse al hecho de ser inaplicable lo establecido en el artículo 449 del Código Penal, puede rebajar la pena en un grado y así obtener una condena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo con posibilidad de cumplimiento a través de pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva.

5.- Adicionalmente, en subsidio la defensa apeló solicitando la pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva ya que, de reconocerse atenuante de responsabilidad 11 N° 9 con la ya reconocida aminorante del artículo 11 N° 6 y la inaplicabilidad del artículo 449 en relación a los delitos cuyo desarrollo es imperfecto, eventualmente nuestro representado es candidato cierto a pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva.

6.- Actualmente, la causa se encuentra en conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique bajo ROL N° 337-2019 Penal, mediante un recurso de nulidad y apelación en subsidio, ingresado el 15 de Octubre de 2019.

II.-PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

a) **Inciso 1º del artículo 449 del Código Penal, que establece el denominado “marco rígido” en la determinación de pena de los delitos que señala**

El referido precepto es una norma jurídica de rango legal, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N° 4 de la Ley N° 17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

Asimismo, aunque se solicita la inaplicabilidad de un inciso de un artículo, ello no es óbice para la declaración de inaplicabilidad porque se trata de una parte de un enunciado normativo que sin duda constituye un precepto, en el sentido de ser una unidad lingüística que establece las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas.

III.- CARÁCTER DECISIVO DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA

En la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad es muy probable que el precepto legal impugnado sea aplicado. En efecto, mi representado fue acusado y condenado por el delito de robo en lugar habitado frustrado, contemplado en el inciso primero del artículo 440 número 1 en relación al artículo 432 del Código Penal, siendo alegada por parte de la defensa la atenuante de responsabilidad del artículo 11 número 9 del mismo cuerpo normativo mediante la interposición de un recurso de nulidad. Sin embargo, en el caso de que esta gestión pendiente sea acogida, igualmente se arribará a una sentencia de carácter condenatorio y, en tal caso, por efecto del artículo 449 del citado cuerpo legal, el juez penal no podrá aplicar en toda su extensión la facultad de individualización de la pena y por lo tanto deberá desenvolverse dentro del marco rígido de la misma que para este caso sería presidio mayor en su grado mínimo, sin poder disminuir en grados dicho marco ni siquiera existiendo dos circunstancias atenuantes, como lo ha tenido por acreditado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, de manera que no podrá accederse, por ejemplo, a la pena sustitutiva de Libertad Vigilada Intensiva. La norma jurídica cuya inaplicabilidad se busca tendría aplicación también y con efectos aún más

perjudiciales en el evento de que no se acoja el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, puesto que en tal caso derechamente no se podrá acceder a ninguna pena sustitutiva de las contempladas en la Ley 18.216.

IV.- EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL

Actualmente, la causa se encuentra en estado de tramitación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, toda vez que se ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha 02 de octubre de 2019, encontrándose pendiente la vista de la causa del mencionado recurso, sin tener aún fecha exacta fijada para tales efectos, y siendo la defensora titular de la causa la abogada PILAR CONSTANZA SANDOVAL BELMAR.

V.- EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO NO HA SIDO DECLARADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO.

VI.- FUNDAMENTO PLAUSIBLE.

A.- NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE TRATADOS INTERNACIONALES QUE SERÁN INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO DEL INCISO 1° DEL ARTÍCULO 449 DEL CÓDIGO PENAL.

A.1.- Normas constitucionales y de tratados internacionales ratificados por la República que consagran el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley:

1.- Artículo 1° de la Constitución Política de la República

La igualdad es reconocida como valor constitucional básico en el inciso 1° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Lo que reconoce la Carta Fundamental,

en términos simples pero no menos potentes, es que todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; que ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y en derechos. Como señala Humberto Nogueira: “(...) *interpretada en sentido finalista y sistemático, la igualdad importa el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones, todo lo cual exige una coherencia interna del ordenamiento jurídico*”¹.

La igualdad, considerada por la Carta Fundamental como un valor constitucional, constituye sin duda una opción ético-social básica que el Estado debe propugnar y concretar. Constituye un objetivo fundamental para el Constituyente y prioritario para la sociedad. De allí que la igualdad, categorizada por el Código Político como un valor de tal entidad, presida el ordenamiento constitucional y los principios técnicos-jurídicos operativos, a través de los cuales se realizan los valores².

Cabe agregar que la igualdad no sólo se vincula con los derechos fundamentales, sino que su aplicación se expande por todo el ordenamiento jurídico en su estructura objetiva completa, expresando un canon general de coherencia. En efecto, la naturaleza jurídica del principio de igualdad ante la ley lo tipifica como una regla de interpretación aplicable, de manera general y sin excepciones, a todo el ordenamiento jurídico, a la par que sirve de sostén o soporte al derecho público subjetivo consistente en no ser objeto de tratos discriminatorios, como se analizará más adelante³.

2.- Artículo 19 N° 2 de la Constitución.

En el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República se establece:

“La Constitución asegura a todas las personas... 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Uno de los principios en que se cristaliza el valor constitucional de la *igualdad* es el de *no discriminación*. Tal valor es desarrollado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, el que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley: “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. Este principio impone al legislador y a cualquier

¹ Al respecto Mario Verdugo Marinkovic y otros, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, páginas 108 y ss.

² *Ibidem*.

³ Fernández, M. A. *Op. Cit.*, p. 41.

autoridad la obligación de no establecer diferencias en forma irracional, arbitraria e injusta. En palabras simples: la igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de razas, ideológicas, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal⁴.

Ahora bien, aun cuando la igualdad ante la ley no consagra una de carácter absoluta, de todas formas supone una distinción razonable, siendo la **razonabilidad** el cartabón o estándar en virtud del cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. De esta forma lo ha resuelto esta Magistratura al expresar que: *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”*⁵.

De esta manera, para que un tratamiento desigual sea considerado discriminatorio, depende del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual⁶, o, en palabras del Tribunal Constitucional alemán: *“cuando para la diferenciación legal no sea posible encontrar (...) una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”*⁷.

Por tanto, existirá un tratamiento discriminatorio **cuando el trato desigual adolezca de razonabilidad, es decir, cuando sea susceptible de ser calificado de arbitrario**, debiendo esta Magistratura determinar si se está en presencia de una diferencia o igualación razonables o ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato.

⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 25-11-1970, R.D.J., t. 67, sec. 1ra. P. 530, citada por Humberto Nogueira en *Op. Cit.* p. 215.

⁵ Considerando 19º Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20-12-2007. En el mismo sentido STC 1254, c. 46, STC 1399, c. 12, STC 1732, c. 49, STC 1812, c. 26, STC 1951, c. 15, STC 1988, c. 64, STC 2014, c. 9, STC 2259, c. 27, STC 2386, c. 13, STC 2438, c. 28, STC 2489, c. 18)

⁶ Fernández, M.A., *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Jurídica Conosur, p. 53.

⁷ Citado por Fernández G., M.A., *Op. Cit.*, p 54.

3.- Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: *“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Por su parte, el artículo 26 del mismo tratado señala: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Con relación a este tema, el Comité de Derechos Humanos –órgano de supervisión del Pacto- ha señalado que *“la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”*. Y agrega, *“el artículo 26 declara que todas las personas con iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley...A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio”*. Por último, indica el Comité que *“no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”*.⁸

4.- Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.1 establece: *“Obligación de Respetar los Derechos... 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social,*

⁸ Observación General N° 18. No discriminación (37° período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Y señala en su artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental⁹ del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA. La Corte Interamericana, por su parte, sostuvo que: "La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos"¹⁰. Y agregó, que "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos"¹¹.

Por otro lado, de la definición de discriminación, los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente. La distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma¹². Es por ello que la Corte ha establecido, al igual como lo han hecho otros organismos y tribunales internacionales¹³, que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana"¹⁴. En este sentido, la Corte advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"¹⁵, pues existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe el principio de no discriminación. Al respecto, la Corte estableció que "no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia

⁹ CIDH, Caso 11.625, Informe N° 4/01, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, publicado en OEA/Ser./L/V/II.111 Doc. 20 Rev., 16 abril de 2001, párr.36.

¹⁰ Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

¹¹ Ibid., párr. 88.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47.

¹³ El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha señalado que: "Una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no reviste el carácter de discriminación prohibida en los términos del artículo 26." CDH, *Caso Broeks contra los Países Bajos*, Communication No. 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987, Informe del Comité de Derechos Humanos 1987, Doc. de la ONU A/42/40, Anexo VIII.B, 139; y *Zwaan-de Vries contra los Países Bajos*, Communication No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), (1987), párr. 12.5. Corte EDH, *Caso Willis v. Reino Unido*, Communication No. 36042/97, sentencia del 11 de junio de 2002, párr. 39; *Caso Wessels- Bergervoet v. Los Países Bajos*, Comunicación No. 34462/97, sentencia del 4 de junio de 2002, párr. 42; *Caso Petrovic v. Austria*, sentencia del 27 de marzo de 1998, Reports 1998-II, párr. 30; *Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*, Fondo, 23 de Julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párr. 34, entre otros.

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 55.

¹⁵ Ídem.

de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”¹⁶.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que una distinción es permisible cuando concurren dos elementos: 1) el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo, y 2) existe una relación razonable entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido.

En síntesis, para identificar un trato discriminatorio, por lo tanto, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables y que las distinciones de tratamiento sean contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas y que no guarden una conexión proporcional entre las distinciones y los objetivos de la norma.

A.2.- Normas constitucionales que consagran el principio de proporcionalidad en el marco de un procedimiento racional y justo.

El principio de proporcionalidad y, especialmente, el principio de proporcionalidad de las penas, se puede reconocer en nuestro ordenamiento constitucional, como garantía del derecho a un procedimiento racional y justo establecido en el inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. En efecto, el principio de proporcionalidad de las penas, definido como adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita¹⁷, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Esta disposición asegura a todas las personas: “*La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”, y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral¹⁸.

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 57.

¹⁷ Según Mir Puig este principio significa “que la gravedad de la pena debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente”, Introducción a las Bases del Derecho Penal, Segunda Edición, ED. IBdef, 2003, p. 141.

¹⁸ En este mismo sentido, Aldunate Lizana, E., Derechos Fundamentales, Legal Publishing, 2008, páginas 205 y 206.

Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho: “El principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones (...), ha de determinar la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos”¹⁹.

En el ámbito de determinación de la pena, la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena. Esto colisiona con un criterio de rigidez legal al que los jueces pudieran estar sometidos. Como se explicará, en el caso sub lite, de aplicarse el precepto impugnado, el tribunal de fondo verá severamente limitada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional proceso, pues la norma cuestionada, viene en limitar severamente la capacidad de aplicar el derecho, en particular las normas de determinación de pena, de manera que impiden al Juez imponer una pena (castigo) que no exceda el límite del mal causado, ni signifique una forma de discriminación en relación con delitos de igual o mayor gravedad.

B.- LA FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA EN EL CASO CONCRETO, INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DE TRATADO ANTES REFERIDAS

B.1.- El precepto legal impugnado infringe los artículos 1º y 19 N° 2 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

Del análisis efectuado por parte de este Excelentísimo Tribunal acerca del concepto de *razonabilidad*²⁰, como ya hemos enunciado anteriormente, el “test de igualdad” comprende los siguientes elementos:

- *Que se esté ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.*
- *Que tal diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos.*

¹⁹ SCS Rol N° 5019-2006.

²⁰ STC 784, c. 19. En el mismo sentido STC 1138, c. 24, STC 1140, c. 19, STC 1340, c. 30, STC 1365, c. 29. STC 1133, c. 17. En el mismo sentido STC 1217, c. 3, STC 1399, cc. 13 a 15, STC 1988, cc. 65 a 67.

- *Que tal diferencia adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.*

Al tenor de estos elementos, a continuación se explicará la forma en que el precepto legal impugnado infringe en este caso concreto los artículos 1° y 19 N° 2 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

B.1.1.- *En este caso se está ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.*

El tipo penal por el que fue formalizado, acusado y condenado mi representado es de carácter pluriofensivo, toda vez que el bien jurídico protegido está constituido por la vida, salud y seguridad de las personas, así como por la propiedad o patrimonio; y dicha figura está estructurada como delito de resultado, es decir, debe producirse un hecho que haga cumplir lo señalado en el tipo penal para su configuración.

En nuestra legislación existen varias figuras penales que teniendo igual o mayor pena asignada en abstracto que el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, permiten al juez de igual forma la aplicación de las reglas generales de determinación de pena establecidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal; y eventualmente se pueden sancionar con penas sustitutivas, citando en forma ilustrativa los delitos de lesiones gravísimas (art. 397 N° 1 del Código Penal) y de homicidio simple frustrado (art. 391 N° 2 del Código Penal).

No obstante lo anterior, aun cuando estas figuras penales comparten bienes jurídicos idénticos (la salud o integridad física y la vida, respectivamente) y similar penalidad con los delitos consignados en el artículo 449 del Código Penal, sólo los autores de estos últimos, entre los que se contempla el de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, no pueden beneficiarse de las reglas de determinación de pena establecidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, ni acceder eventualmente en virtud de su aplicación a las penas sustitutivas que contempla la Ley 18.216, todo ello por expreso mandato de la norma jurídica cuya inaplicabilidad se solicita.

Lo anterior configura claramente ***una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar***, e incluso respecto de personas que, en la

lógica de la legislación, cometieron delitos aún más graves, debido a que las penas asociadas a ellos pueden llegar a ser de mayor intensidad.

A mayor abundamiento, como se ha indicado, actualmente mi representado no registra condenas anteriores por crimen, simple delito o falta, y tampoco es reincidente en el delito que se le imputa, lo que normalmente en nuestro ordenamiento genera varios efectos jurídicos, que en este caso serían anulados por el precepto legal impugnado. En efecto, conforme a lo señalado, respecto de mi defendido se reconoció la circunstancia atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior, que ponderada junto a la circunstancia atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos cuyo reconocimiento se busca mediante la interposición del recurso de nulidad, le permitiría al tribunal, mediante la aplicación de las reglas de determinación de pena establecidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, bajar en uno o dos grados el mínimo de la pena señalada por ley al delito, llegando así incluso a presidio menor en su grado medio, lo que a su turno haría procedente la aplicación de las penas sustitutivas de la Ley 18.216. Todo este análisis se vuelve imposible por la aplicación del marco rígido que establece el artículo 449 del Código Penal, situación absolutamente distinta a lo previsto para delitos de igual o mayor gravedad como los que se han citado, y personas en la misma situación jurídica de irreprochable conducta anterior.

B.1.2.- En el caso sub lite la diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos.

Como se expusiera, nuestro Tribunal Constitucional, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se muestran de acuerdo en que *“no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos”*²¹. Dicho de otra forma, la distinción es discriminatoria solo cuando *“carece de justificación objetiva y razonable”*²².

Pues bien, la aplicación del precepto legal impugnado consolida en el caso concreto una situación de evidente arbitrariedad, pues se desconocen los fundamentos razonables y objetivos que tuvo el legislador para que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, habiendo a mi representado por el delito previsto en el número 1° del artículo 440 del Código Penal, no hubiere podido aplicar las reglas de determinación de

²¹ Observación General N° 18. No discriminación (37° período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

²² Ídem.

pena establecidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, permitiéndole de esta forma optar por las penas sustitutivas que contempla la Ley 18.216.

Así las cosas, no existe una razón reconocida como relevante, razonable y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado como propio de un Estado democrático de derecho, que permita tener como tolerable la distinción que en la práctica se efectúa. De tal modo, el trato desigual antes denunciado, deviene en arbitrario pues se trata al final del día de una diferenciación o distinción que aparece *“como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual (...)”*²³.

B.1.3.- Las diferencias denunciadas adolecen de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.

En el ámbito penal el requisito de *idoneidad* exige que tanto el injusto como la consecuencia jurídica sean aptos para alcanzar la protección del bien jurídico o los fines de la pena. De esta forma, no solo deberá afirmarse la idoneidad respecto de la conducta prohibida, sino que también respecto de la pena con que se quiere evitar su realización. Esto significa que se debe evaluar el efecto que tiene la sanción establecida por la ley penal en los objetivos que atribuye a la pena el propio constituyente. Así, una Constitución que pone como punto central de la pena “la resocialización” de la persona, determinará que la evaluación de *idoneidad* se refiere especialmente a la aptitud de la pena para lograr la rehabilitación del autor. En cambio, una Carta orientada a asignar a la pena un fin social como la prevención general, determinará que tal evaluación se refiera a la aptitud de la pena para intimidar a la población.

A nivel comparado y en el derecho internacional, la reinserción social es el fin primordial de la ejecución de las penas. Así se verifica en la legislación alemana (§2 Ley de Ejecución de Penas); la legislación española (art.25.2 Constitución española y 1 Ley orgánica general penitenciaria); la legislación argentina (art.1 Ley de ejecución de la pena privativa de libertad); la legislación brasilera (art.1 Ley de Ejecución penal); y en la legislación de la República del Salvador (art.2 Ley Penitenciaria). Por su parte, a nivel del derecho internacional se aprecia también en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (arts. 58 y 65); y en el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (art.10 III 1).

En nuestro sistema, aun cuando nuestra Constitución no reconoce expresamente “la reinserción social del penado” como una finalidad de la pena, la

²³ Evans de la Cuadra, E: *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, pág. 125.

misma se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento. Por lo pronto, la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestra legislación en virtud del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, señala en su artículo 5.6 que *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*.

Asimismo, la prevalencia de esta finalidad sobre otros fines reconocidos a las penas, como la prevención general, se desprende del inciso 1º del artículo 1º de la Constitución, que reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y con mayor claridad del inciso 4º de dicho artículo, que expresa: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Lo anterior, porque sólo la reinserción social como fin primordial de la ejecución de las penas es compatible con la dignidad de la persona humana y con la concepción de un Estado que está al servicio de la misma. En efecto, como señala Zaffaroni, fines o funciones de la pena como la prevención general negativa, asumen una función utilitaria, libre de toda consideración ética, ***“la lógica de la disuasión intimidatoria propone una clara utilización de una persona como medio o instrumento empleado por el estado para sus fines propios: la persona humana desaparece, reducida a un medio al servicio de los fines estatales”***²⁴.

El precepto legal impugnado tendría la finalidad, si se va a establecer un sistema especial de determinación de la pena que desplaza el consignado en los artículos 65 a 69 del Código Penal, de impedir que el condenado pueda rebajar de manera sustancial la cuantía de su pena y por tanto optar a la sustitución de una pena privativa de libertad. Por tanto, el objetivo del precepto legal cuestionado es uno solo, esto es, evitar que el autor del delito previsto en el número 1º del artículo 440 del Código Penal pueda cumplir la pena fuera de un recinto penitenciario, y otorgarle así a la pena asignada a esta figura una función primordialmente de prevención general negativa.

Sin duda que esta finalidad no es *idónea* en un sistema como el nuestro que, como se dijo, consagra a la *“la reinserción social del penado”* como la función primordial de la pena. En efecto, el fundamento del sistema de penas sustitutivas instaurado por la Ley N° 20.603, que entró a regir poco tiempo antes de la vigencia de la Ley N° 20.813, fue el *“consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas*

²⁴ Zaffaroni, R. Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Ed. Ediar, 2002, páginas 57 y ss.

condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”, porque “existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción (...)”.

Por todo lo señalado, la aplicación del precepto legal impugnado al caso concreto no logra pasar con éxito el test de igualdad ya que la diferencia de trato en perjuicio de mi representado no se funda en criterios razonables y objetivos, consolidándose de este modo una infracción a los artículos 1° y 19 N° 2° de la Carta Fundamental; a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y a los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley, situación que debe ser remediada por este Excelentísimo Tribunal Constitucional declarando inaplicable el precepto legal cuestionado en la gestión pendiente.

B.2.- El precepto legal impugnado infringe el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en cuanto al principio de proporcionalidad en el marco de un procedimiento racional y justo:

Está fuera de toda duda que no resulta justo y racional un proceso en que el tribunal vea severamente limitada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable. En el mismo sentido, a la individualización judicial de la pena deben añadirse las reglas que permitan bajo ciertas circunstancias sustituir la pena privativa de libertad por una medida en el medio libre, es decir, deben considerarse las normas contempladas en la Ley N° 18.216.

De esta forma, el principio de proporcionalidad como garantía de un procedimiento racional y justo, asegura que el juez no sea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, tanto en relación con la determinación del *quantum* de la pena como respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas. Esta aseveración entra en directa colisión con cualquier criterio de rigidez legal que limite al juez para tales efectos, y es lo que ocurre precisamente en el caso sub lite, pues, de aplicarse el precepto legal impugnado, ajustándose estrictamente a la norma cuestionada, el juez de fondo de la gestión pendiente verá severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional procedimiento, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

De este modo, el inciso 1° del artículo 449 del Código Penal, al consolidar perentoriamente la rigidez legal señalada, colisiona con lo dispuesto en el inciso 6° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que exige al legislador “*establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

Por todo lo señalado, la aplicación del precepto legal impugnado al caso concreto consolidará una infracción al artículo 19, numeral 3° de la Carta Fundamental, que ampara el derecho a un proceso justo y racional, situación que debe ser remediada por este Excelentísimo Tribunal Constitucional declarando inaplicable el precepto legal cuestionado en la gestión pendiente.

VII.- COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.

Sin embargo, “el mérito del acto impugnado” no puede inhibir al Tribunal Constitucional, sin reemplazar la voluntad del legislador, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la aplicación de ley en el caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales. Así lo ha señalado el mismo Tribunal en la STC Rol N° 541-06: “*Que, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación. La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.*”

La pregunta clave, entonces, radica en saber quién determina si la decisión que llevó a instaurar el precepto legal impugnado, mediante el cual se le ha conferido un tratamiento diverso a mí representado en el ejercicio de su libertad, en el caso concreto, es arbitraria o contraria a la garantía de un procedimiento justo y racional. La respuesta es que aquello corresponde, en principio, al autor de la norma. Pero, requerido el Tribunal Constitucional para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado, procede que se superpongan las valoraciones de la Constitución y que el Tribunal asuma la defensa de la Carta Fundamental, o sea, de los derechos esenciales de las personas, incluso respecto de la ley, la que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional. Así lo señala la doctrina extranjera, la cual va más allá, pues asume -y en la práctica que no puede ser de otra manera- que las valoraciones de la Constitución son también de los tribunales, y por el control concentrado que prima en nuestro sistema, una tarea privativa el Tribunal Constitucional.²⁵

POR TANTO,

Conforme lo disponen los artículos 1º, 5º inciso segundo, 19 números 2 y 3; y 92 y siguientes de la Constitución Política de la República; artículos 1.1, y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; y demás antecedentes que he expuesto y que se acompañan,

PIDO A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente en causa **RUC N° 1900097073-8, RIT N° 512-2019** del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique**, actualmente en conocimiento de la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique bajo ROL N° 337-2019 Penal**, seguido en contra de don **JHON JAIRO CASTILLO VALAREZO** por el presunto delito de robo en lugar habitado contemplado en el número 1º del artículo 440 del Código Penal, admitirlo a tramitación y declarar en definitiva **que el artículo 449 inciso 1º del Código Penal no será aplicable** en la causa pendiente ya individualizada por cuanto su aplicación al caso concreto infringe los artículos 1º y 19 números 2 y 3 de la Constitución Política de la República; los artículos 1.1, y 24 de la Convención

²⁵ Fernández, M.A., *Op. Cit.*, p. 75

Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PRIMER OTROSI: Pido a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- **Certificado de Patrocinio y Poder**
- 2.- **Certificado de Gestión Pendiente**
- 3.- **Sentencia Definitiva de fecha 02 de octubre de 2019, resuelta por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique**
- 5.- **Recurso de nulidad interpuesto por la defensa, con fecha 12 de octubre de 2019**
- 4.-**Extracto Filiación y Antecedentes**

SEGUNDO OTROSI: De conformidad con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dada la **inminente posibilidad que se verifique la vista del recurso de nulidad interpuesto, desconociendo actualmente la fecha exacta en que se llevará a cabo,** y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicitamos a S.S. Excma. **decretar la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.**

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Excma., tener presente que en virtud de las facultades que nos otorgan en el mandato judicial que se acompaña en el N° 1 del primer otrosí del presente libelo y, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión asumiremos el patrocinio y comparecencia en los presentes autos, fijando domicilio en Av. Bernardo O'Higgins 1449 Torre 1 Piso 8, Santiago.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Excma., practicar las notificaciones que se pudieren dictar en esta causa a las siguientes direcciones de correo electrónico: cfierro@dpp.cl y ucorte@dpp.cl