

“CONCIENCIA JURÍDICA DEL PUEBLO” Y RESERVA DE LEY (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

Comentario de José Ángel Fernández Cruz

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil nueve.

VISTOS:

Con fecha treinta de julio de dos mil ocho, la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso ha remitido el oficio N° 1600/2008, por el cual pone en conocimiento del Tribunal Constitucional que en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08, se ha ordenado remitir requerimiento de inaplicabilidad respecto de los antecedentes que en dicha causa obran en contra de Franco Mariano Arancibia Tognia, en relación con la aplicación del artículo 137 del DFL N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos. Actualmente dicho precepto corresponde al artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La norma impugnada dispone:

“Artículo 215.— El que sustrajere energía eléctrica, directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal.

En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 451 del Código”.

El auto motivado expone que en la respectiva audiencia la Fiscalía sostuvo la siguiente acusación: desde marzo de 2005 a junio de 2007 el imputado sustrajo, mediante conexión fraudulenta al tendido eléctrico público, un total de 9.594 kilowatts, avaluados en \$ 811.773, lo que constituiría el delito de hurto de energía eléctrica del artículo 137 del DFL N° 1 de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, pidiendo condenarlo a la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio. El abogado defensor señaló, por su parte, que el ilícito no cumple con las exigencias que el Constituyente y el Legislador han establecido para la procedencia de la responsabilidad penal, ya que el decreto con fuerza de ley al que se hace mención y en el cual estaría contenida la figura penal imputada es una fuente del derecho no apta para establecer delitos y penas. A su vez, la Fiscalía expuso que la Ley General de Servicios Eléctricos fue dictada conforme a la normativa vigente el año 1959 y es una ley que regula materia de ley, lo que nunca se ha discutido, y la figura penal de su artículo 137 cumple con todas las exigencias respectivas.

Por los antecedentes reseñados, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso explica que le asaltan fundadas y razonables dudas respecto a la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en la tipificación de la norma impugnada que podría vulnerar el principio de reserva legal del artículo 19 Nº 3º de la Constitución en caso de aplicarse al caso concreto, por lo que formula el presente requerimiento para que este Tribunal resuelva sobre la posible inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición impugnada.

Con fecha 5 de agosto de 2008, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró la admisibilidad del requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los antecedentes al Pleno para su substanciación.

Con fecha 22 de agosto de 2008, el Fiscal Nacional del Ministerio Público se hace parte evacuando el traslado que le fue conferido. Después de reseñar el requerimiento formulado, expone una cuestión previa, que dice relación con la naturaleza de la consulta o requerimiento planteado. Indica que la facultad de declarar inaplicable un precepto legal es excepcional. Adicionalmente, estima que cuando el requerimiento implica un reclamo esencialmente abstracto que dice relación con un supuesto vicio que podría afectar a la norma respecto de cualquier proceso, no se estaría en presencia de un requerimiento de inaplicabilidad propiamente tal y menos si la norma impugnada corresponde a un artículo contenido en un decreto con fuerza de ley, norma respecto de la cual la Constitución estableció un sistema distinto de control de constitucionalidad, de acuerdo al artículo 93 Nº 4º de la Carta. De esta forma, el Constituyente entregó al Contralor General de la República el control primario de la legalidad y constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, dejando al Tribunal Constitucional la facultad de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad promovidas por el Presidente de la República o por alguna de las Cámaras o una parte de éstas, no pudiendo ser planteada la inconstitucionalidad de este tipo de normas por la vía de un requerimiento de inaplicabilidad, ya que no se trata de un reclamo aplicado a un caso concreto, sino que es un reclamo de naturaleza abstracta que dice relación con un eventual defecto de origen de la norma.

Seguidamente indica el Ministerio Público que al incluir el delito de hurto de energía eléctrica en el artículo 137 del DFL Nº 1 de 1982, el Poder Ejecutivo no excedió las facultades conferidas por la Ley Nº 18.091, la que autorizó para “revisar y modificar las demás disposiciones legales que digan relación con la energía eléctrica, su producción, distribución y concesiones” (artículo 11). En efecto, al incluir las figuras típicas de los artículos 135 y siguientes de ese cuerpo legal no estableció el delito de hurto de energía eléctrica, pues se limitó a sistematizar las normas legales anteriores que lo configuraban. El hurto de energía eléctrica se contemplaba en idénticos términos en el artículo 168 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 4 de 1959, publicado en el Diario Oficial de 31 de agosto de 1959, que fijó el texto definitivo de la Ley General de Servicios Eléctricos, y se consagraba, también en términos similares, en el artículo 146 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 244 de 1931, siendo ésta la norma que introduce por primera vez esta figura típica en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo anterior, considera que se debe desechar cualquier duda respecto al supuesto uso excesivo de la delegación de facultades legislativas por parte del Presidente de la República, ya que la norma impugnada

—artículo 137 del DFL N° 1 de 1982— no estableció ningún delito sino que reubicó una norma contenida en el artículo 168 del DFL N° 4 de 1959, la que no es motivo de impugnación en este requerimiento.

Añade el Ministerio Público que el principio de reserva legal —que se supone infringido— procura que nadie sea sorprendido con la dictación de una norma que sanciona un hecho que se cometió con anterioridad y que todos los ciudadanos sepan con claridad cuáles son las conductas que se sancionan y cuál la pena que arriesgan. Señala que respecto del hurto de energía eléctrica no se puede alegar que resulte una sorpresa del Ejecutivo a espaldas de los legisladores, ya que esa figura penal ha estado presente casi 80 años en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido de común utilización y reconocida por el Poder Legislativo al tramitarse el proyecto de ley que establecía una amnistía a los infractores de la norma. Tal proyecto se presentó en noviembre de 1992, sin que ninguno de los parlamentarios haya cuestionado la legalidad o constitucionalidad del delito a amnistiar, aunque posteriormente el proyecto fuera rechazado por razones de mérito y oportunidad. Así, no se observa cómo un ciudadano pudiera sentirse afectado por la existencia de una norma en supuesta contravención al principio de legalidad, considerando la variada legislación que históricamente ha regulado tales materias. Por tanto, los decretos con fuerza de ley y su vigencia en el régimen de la Constitución de 1980 no permiten fundar este requerimiento de inaplicabilidad, lo que constituye una razón para su rechazo.

Con fecha 27 de agosto último, la Defensoría Penal Pública formuló sus observaciones al requerimiento señalando que, debido a que la definición del delito de hurto contenida en el Código Penal no abarca la apropiación de fluidos eléctricos, se estimó necesario establecer una regulación específica al efecto, de tal forma que fue contemplado como delito específico en el artículo 168 del DFL N° 4 del Ministerio de Minería, de 1959, en virtud de la ley delegatoria N° 13.305. Tal regulación estuvo también sometida a los mismos reparos de constitucionalidad que la norma actualmente impugnada, cuestión que quedó zanjada en 1970, tras la reforma de la Constitución de 1925, que especificó qué materias podían ser delegadas por el Legislativo al Ejecutivo, entre las que no se encontraba la creación de normas penales. En tales circunstancias, el DFL N° 4 de 1959 fue derogado taxativa, orgánica y completamente el año 1982 por el artículo 140 del DFL de Servicios Eléctricos.

La Defensoría Penal explica que el artículo 11 de la Ley N° 18.091 señaló que el Presidente de la República tendría facultades para establecer las bases, procedimientos y normas a que deberían ajustarse las tarifas máximas que podrían cobrar las empresas eléctricas de servicio público, como asimismo para revisar y modificar las disposiciones legales referentes a energía eléctrica, su producción, distribución y concesiones. Así se facultó al Presidente de la República a dictar el DFL de Servicios Eléctricos, constituyéndose éste en un texto articulado de regulación orgánica de la materia, como lo indica el artículo 140 del citado DFL, que dispone: “deróganse todas las disposiciones legales que traten sobre las materias contenidas en la presente ley, derogándose asimismo todas las disposiciones reglamentarias que le sean contrarias o incompatibles”. Se estableció en su artículo 137 el delito de hurto de energía eléctrica, que describe las conductas

consideradas ilícitas y establece para su penalidad las consecuencias contempladas en el Código Penal para el delito de hurto —artículos 432 y 446—. Las facultades que expresa y determinadamente fueron delegadas al Ejecutivo por la Ley Nº 18.091 no contemplan las necesarias para establecer normas de carácter penal, sino que sólo facultades de carácter económico y administrativo. Sin embargo, el decreto con fuerza de ley respectivo abarcó materias no contempladas en la ley delegatoria, regulándose en el mismo ilícitos penales, tales como el hurto de energía eléctrica. De esta forma, el Presidente de la República se atribuyó facultades no conferidas en la ley, lo que de acuerdo al artículo 7º de la Constitución daría lugar a la nulidad de pleno derecho de las normas dictadas en semejante contravención.

Respecto a la constitucionalidad de la regulación del hurto de energía eléctrica, la Defensoría Penal señala que se infringen con ella los artículos 19, Nº 3º, y 63 de la Constitución, ya que se vulnera el principio de estricta reserva legal en materia penal y se invade indebidamente el ámbito de competencia exclusivo del legislador; se infringen asimismo los artículos 7º y 64 de la Constitución porque el Presidente de la República se atribuyó una competencia que no le fue conferida, ya que no fue expresamente delegada por el Legislativo; y además adolece de defecto de legalidad, toda vez que el ejercicio extralimitado de las facultades delegadas infringió la ley delegatoria.

Expresa la Defensoría que un decreto con fuerza de ley no puede ser fuente de delitos ni penas porque ello supone una infracción al principio de legalidad que consagra el artículo 19 Nº 3º de la Constitución. Al respecto indica que el principio de legalidad cumple una función preventiva del derecho penal, como el principio de culpabilidad, en la medida que sólo puede llevarse a cabo un reproche penal cuando existe conciencia de antijuridicidad. La ley es una garantía en la medida que impide la arbitrariedad en la intervención punitiva del Estado. En un Estado democrático de derecho la reacción punitiva del Estado sólo es legítima cuando las normas penales emanan del Parlamento. Este principio de legalidad contempla tres exigencias: a) prohibición de retroactividad de la ley penal; b) la fuente normativa de delitos y penas debe ser una ley emanada del Poder Legislativo; y c) determinación o tipicidad de la conducta sancionada, lo que excluye las leyes penales en blanco, todo lo cual es confirmado con la cita de diversa doctrina al respecto, concluyendo que los decretos con fuerza de ley no pueden ser fuentes de delitos ni penas.

Además, señala que la Constitución no permite que los DFL sean fuentes de delitos y penas. En efecto, según el inciso segundo del artículo 64 de la Carta, el Presidente de la República no puede ser autorizado para dictar decretos con fuerza de ley que se extiendan a materias que estén reguladas o comprendidas en las garantías constitucionales, lo que confirma lo señalado en torno a que se impide la delegación de facultades legislativas para crear delitos y penas. Para evitar que la delegación de facultades afecte fundamentos básicos de la convivencia social, la Constitución establece restricciones formales y sustantivas, de tal forma que si el Legislador o el Ejecutivo se exceden, tal delegación se vuelve inconstitucional. Por lo demás, la Carta añade que la delegación debe ser otorgada de manera expresa y determinada. Cuando un decreto con fuerza de ley excede el ámbito de lo permitido por la ley delegatoria, pasa a ser una norma ilegal

e inconstitucional, esto es, una norma *ultra vires*. El exceso en relación a lo delegado constituye una infracción directa a los artículos 63 y 64 de la Constitución, ya que invade el ámbito de competencia del Legislador y no cumple con los requisitos constitucionales, por lo que el DFL que excede el ámbito autorizado por el legislador no sólo es ilegal sino que también inconstitucional.

Explica la Defensoría que la Ley N° 18.091 facultó al Ejecutivo para dictar normas de carácter económico y no para establecer tipos penales, por lo que el DFL comentado es inconstitucional en la medida que excede la delegación, ya que la Constitución no le ha reconocido facultad legislativa autónoma al Presidente. Lo anterior ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en los fallos pronunciados en los roles 392-2003 y 394-2003.

Posteriormente cita variada jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual se estima que el delito de hurto de energía eléctrica no se encontraría tipificado legalmente, ya que habría una extralimitación constitucional y legal por parte del Ejecutivo, agregando que el respectivo DFL no constituye una refundición de otros cuerpos legales sino que implica la dictación de toda una nueva normativa, que derogó expresa y orgánicamente toda la legislación anterior en esta materia.

Con fecha 28 de octubre de 2008, el representante de CHILQUINTA ENERGIA S.A., en condición de víctima del delito de hurto de energía eléctrica de que trata la causa que originó este requerimiento, formuló sus observaciones solicitando su rechazo. Indica que los decretos con fuerza de ley encuentran su origen ya en la Constitución de 1833, la que permitía la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, debiendo señalarse expresamente las facultades que se concedían y fijando el tiempo de duración para el ejercicio de las atribuciones conferidas. Aquella Carta Fundamental fue objeto de numerosas reformas, una de las cuales suprimió la delegación de facultades legislativas en el Presidente de la República.

Explica CHILQUINTA que la Constitución de 1925 no contempló la legislación delegada; sin embargo, se fueron dictando en la práctica leyes de facultades extraordinarias que delegaban atribuciones legislativas y por ende se expidieron decretos con fuerza de ley, lo que dio origen a una costumbre constitucional, desarrollada al margen de la Carta Fundamental. Actualmente la legislación contempla una serie de decretos con fuerza de ley que regulan materias comprendidas en las garantías constitucionales, los cuales, de acuerdo a los artículos 64 y 99 de la Constitución, fueron tomados de razón por la Contraloría General de la República, sin representar su inconstitucionalidad. Tampoco se cuestionó la constitucionalidad del artículo 137 del DFL N° 1, de 1982, impugnado, de acuerdo al entonces artículo 82 de la Constitución, como tampoco lo fue el vigente artículo 215 del DFL N° 4, de 2006, de acuerdo al artículo 93 de la Constitución.

Relata que el delito de hurto de energía eléctrica es una derivación específica, en el ámbito de la prestación de un servicio público, del hurto, tipificado en los artículos 432, 446 y siguientes del Código Penal. Su historia legislativa se remonta al Decreto Ley N° 252, de 1925, en el que se encuentra la fuente de las posteriores regulaciones de la actividad económica eléctrica. Posteriormente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 244, de 1931, segunda Ley General de Servicios Eléctricos, dictado previa delegación de

facultades por la Ley Nº 4.945, hizo explícito el hurto de energía eléctrica contemplando una norma que sancionaba esa conducta típica. A su vez, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 4, de 1959, tercera Ley General de Servicios Eléctricos, expedido previa delegación de facultades por la Ley Nº 13.305, en idénticas condiciones a las anteriores, contemplaba y sancionaba el hurto de energía eléctrica. Después el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 1982, dictado en mérito de la delegación de facultades concedida por la Ley Nº 18.091, repite en forma idéntica la norma existente desde el año 1931, no habiendo sido objeto de reparos de constitucionalidad al momento de su dictación ni posteriormente. En la actualidad, la Ley General de Servicios Eléctricos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 4, de 2006, dictado previa delegación de atribuciones por la Ley Nº 20.018, consagra el delito de hurto de energía eléctrica sin modificaciones. La ley delegatoria no fue objetada en su constitucionalidad ni representado su decreto promulgatorio por la Contraloría General de la República.

Al referirse a la naturaleza jurídica del hurto de energía eléctrica, explica que quien lo comete se apropia de una cosa mueble ajena y, dado que las concesionarias se financian con el pago de sus clientes, quien rebaja el costo de la energía que consume, lo hace contra la voluntad del dueño de esa energía. Además, este hurto constituye un injusto enriquecimiento de quien incurre en el ilícito, en desmedro del derecho del concesionario a recibir el justo y entero precio por ese bien. En el caso concreto de autos, el imputado por este delito facilitaba la energía hurtada a terceros y, en atención a que las coincidencias de esta figura con el hurto son absolutas, no puede sostenerse una infracción a los incisos séptimo y octavo del Nº 3º del artículo 19 de la Constitución. Señala además que es cierto que el fundamento esencial del principio de legalidad descansa en que la decisión de sancionar una conducta sea adoptada por el legislador, como lo fue la de sancionar el hurto en el artículo 432 del Código Penal, por lo que no ha sido el Ejecutivo quien ha creado la figura penal del hurto de energía eléctrica, ya que el núcleo de esa conducta, así como la pena aplicable siempre han estado previstos en la ley.

Explica asimismo que de acuerdo a los parámetros explícitos definidos por este Tribunal Constitucional, la norma impugnada no produce ni podría producir una infracción constitucional. En efecto, el carácter concreto del control de constitucionalidad reconocido por esta Magistratura hace que cobren especial relevancia los antecedentes y características del caso concreto, ya que determinarán en definitiva si de la aplicación del precepto se sigue o no un resultado inconstitucional. De este modo, la norma impugnada no produciría ningún efecto concreto relevante ya que el imputado ha sido condenado en dos causas previas, por lo que no podrá aducir una conducta anterior irreprochable, atendido lo cual la eventual sentencia no dañará antecedentes limpios sino que agregará una nueva condena. Además, ya que el imputado se encuentra privado de libertad, el impacto de la actual causa sobre su libertad es algo relativo y discutible. De esta forma, es deber del control concreto apreciar exactamente este tipo de antecedentes al dar una determinada dimensión interpretativa a la Constitución. Lo anterior demuestra que el hurto de energía eléctrica viene tipificado en forma específica desde hace más de 75 años, establecido por vía de decretos con fuerza de ley, siendo una derivación del delito de hurto que contempla el Código Penal.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 6 de noviembre de 2008 se procedió a la vista de la causa, oyéndose a los abogados Pablo Campos Muñoz por el Ministerio Público, Felipe Caballero Brun por la Defensoría Penal Pública, en representación del imputado Franco Mariano Arancibia Tognia, y Eugenio Evans Espiñera en representación de CHILQUINTA ENERGIA S.A.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIÓN DE FONDO SOMETIDA A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

PRIMERO. Que la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, según se indica en la parte petitoria del requerimiento de autos, ha solicitado que este Tribunal Constitucional, en razón de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental, declare la inaplicabilidad del artículo 137 del DFL N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, actual artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08, en atención a que la aplicación del mencionado artículo podría vulnerar el principio de reserva legal del artículo 19 N° 3° de la Constitución.

SEGUNDO. Que la Constitución dispone que el Tribunal resuelva la materia indicada en el considerando precedente en cuanto sea requerido por el juez o las partes en el asunto en que el precepto pueda recibir aplicación y que una de las Salas del Tribunal haya resuelto que se verifica la existencia de una gestión pendiente, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación se encuentre razonablemente fundada y se cumplan los demás requisitos legales.

II. ATRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA CONOCER LA MATERIA QUE SE SOMETE A SU CONSIDERACIÓN

TERCERO. Que, por su parte, el Fiscal Nacional del Ministerio Público expuso una cuestión previa, que dice relación con la naturaleza de la consulta o requerimiento planteado, estimando que el auto motivado implica en este caso un reclamo esencialmente abstracto, al invocarse un supuesto vicio que podría afectar a la norma respecto de cualquier proceso, por lo que no se estaría en presencia de un requerimiento de inaplicabilidad propiamente tal y menos si la norma impugnada corresponde a un artículo contenido en un decreto con fuerza de ley, disposición respecto de la cual la Constitución estableció un sistema distinto de control de constitucionalidad, de acuerdo al artículo 93 N° 4° de la Carta. Argumenta que el constituyente entregó al Contralor General de la República el control primario de la legalidad y

constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, dejando al Tribunal Constitucional únicamente la facultad de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad promovidas por el Presidente de la República o por alguna de las Cámaras o una parte de éstas. Consecuentemente, sostiene que la inconstitucionalidad de este tipo de normas no puede ser planteada mediante un requerimiento de inaplicabilidad, ya que no se trata de un reclamo aplicado a un caso concreto, sino que es de naturaleza abstracta, que dice relación con un eventual defecto de origen de la norma.

CUARTO. Que de la línea argumental antes reseñada se deducen dos objeciones de diversa naturaleza, que este Tribunal resolverá en forma separada y en un sentido inverso al formulado, tal es, primero, si los decretos con fuerza de ley puedan ser objeto de una acción de inaplicabilidad de acuerdo al artículo 93, Nº 6º, de la Constitución y, en caso de ser tal, si puede demandarse además la inconstitucionalidad de una disposición contemplada en un decreto con fuerza de ley, fundada en una trasgresión formal a la Ley Fundamental.

QUINTO. Que para resolver el primer argumento en que se funda la cuestión previa planteada, este Tribunal tiene presente que en su sentencia recaída en los Roles Nºs. 392, 393 y 394 (acumulados) ya resolvió favorablemente su competencia para conocer de los decretos con fuerza de ley, cuando éstos exceden o contravienen la ley delegatoria o son inconstitucionales, sea a requerimiento del Presidente de la República, de alguna de las Cámaras o de la cuarta parte de los Senadores o Diputados en ejercicio, no obstante lo que resuelva la Contraloría General de la República de acuerdo al artículo 99 de la Carta Magna, fundado ello en la desigualdad que implicaría una interpretación diversa.

SEXTO. Que, en igual sentido, no puede sostenerse que esté vedado a las personas recurrir de inaplicabilidad respecto de una disposición contemplada en un decreto con fuerza de ley, por el hecho de que el constituyente específicamente contemplara el numeral 4º del artículo 93 de la Constitución. Para llegar a esta conclusión, se ha tenido presente que la creación de este Tribunal, durante la vigencia de la Constitución de 1925, se originó en la voluntad de consagrar un órgano que resguardara la supremacía de la Carta Magna, velando por el adecuado ejercicio de la soberanía por parte de las autoridades, así como por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, aspectos que estuvieron igualmente presentes en la Comisión de Estudio que redactó la Constitución de 1980 y que se reiteraron en la Reforma Constitucional de 2005, la que acrecentó las atribuciones de este órgano jurisdiccional.

SÉPTIMO. Que uno de los fundamentos para traspasar la acción de inaplicabilidad de la H. Corte Suprema a este Tribunal, supremo guardián de la Constitución y no perteneciente al Poder Judicial, fue concentrar en este especialísimo órgano el control de constitucionalidad, ampliando su ámbito de competencia y permitiendo, además, que la cuestión pudiera ser formulada tanto por las partes como por el juez que conoce el

asunto. A ello se unió, también, a manera de ejemplo, la nueva facultad de resolver, en virtud del artículo 93, N° 7°, de la Carta Fundamental, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable.

OCTAVO. Que si bien según el artículo 93 N° 6° de la Ley Fundamental, cuando se invoca una contravención a normas sustantivas, implica realizar un análisis concreto de las eventuales consecuencias contrarias a la Constitución que el precepto legal impugnado generará en la gestión judicial que se sigue, y de ahí entonces, que sus efectos se limitan a la causa o gestión de que se trata, cuando la inaplicabilidad se funda en un vicio formal o procedimental del precepto legal, el control de constitucionalidad comprende un estudio nomogenético, esto es, un análisis de la gestación y puesta en vigencia del precepto legal impugnado.

NOVENO. Que al aprobarse por el H. Senado el actual numeral sexto del artículo 93 de la Carta Magna, en primer trámite constitucional, se contenía una referencia expresa a que la declaración de inaplicabilidad, cuya atribución se traspasaba de la H. Corte Suprema al Tribunal Constitucional, procedía "*por motivo de forma o de fondo*", mención que fue eliminada por la H. Cámara de Diputados en el segundo trámite, a propuesta de su Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sin que se dejara testimonio del fundamento tenido a la vista para ello. Con todo, las expresiones vertidas por los parlamentarios que participaron en esta reforma a la Ley Fundamental durante la tramitación legislativa no dejan duda alguna de que su objetivo fue consolidar un sistema de control de constitucionalidad más amplio y concentrado que el existente, aumentando así las atribuciones de este Tribunal Constitucional sustancialmente.

DÉCIMO. Que, a la luz de lo antes indicado, este Tribunal no visualiza un fundamento normativo o histórico-jurídico que permita sostener que no procede solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal contemplado en un decreto con fuerza de ley, según el artículo 93, N° 6°, de la Constitución, sea por razones de fondo o de forma. Es más; por razones de certeza jurídica y protección de los derechos fundamentales, aplicando las normas constitucionales en su justa medida, no puede sino sostenerse que este órgano jurisdiccional puede y debe asumir un control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley cuando se vulneran las normas sustantivas que fundamentan su dictación, de acuerdo al artículo 93, N° 6°, de la Constitución. Por lo demás, este Tribunal en diversas causas anteriores ha conocido vicios de forma de normas pertenecientes a otro tipo de legislación irregular, como es el caso de los Decretos Leyes, sin que se cuestionara su competencia al respecto, como son los fallos recaídos en el artículo 116 del Código Tributario.

DECIMOPRIMERO. Que sobre el particular cabe tener además presente que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución, pues sus preceptos regulan su forma de actuar y limitan sus atribuciones, todo ello en resguardo de los derechos fundamentales de las personas y del principio fundante de nuestra sociedad

democrática, tal es que la soberanía reside esencialmente en la Nación. Por ello, de aceptarse una interpretación restrictiva que limitara la acción de inaplicabilidad sólo a cuestiones de fondo y no de forma, se estaría limitando el derecho de las personas de colaborar con la efectiva vigencia de la Constitución, vigilando a través de este Tribunal el cumplimiento pleno de la Carta Magna, y se podrían socavar importantes garantías constitucionales, como lo son las consagradas en los numerales 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución, que exigen que sean preceptos legales los que regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza.

III. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO IMPUGNADO POR CONTRAVENIR EL ARTÍCULO 19, N° 3°, DE LA CONSTITUCIÓN

DECIMOSEGUNDO. Que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso explica en su auto motivado que le asaltan fundadas y razonables dudas respecto a la existencia de un vicio de inconstitucionalidad en la tipificación del artículo 137 del DFL N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, actual artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, pues dicha norma podría vulnerar el principio de reserva legal del artículo 19 N° 3° de la Constitución, en caso de aplicarse al caso concreto. Por su parte, la Defensoría Penal señala que se infringen por dicha norma los artículos 19, N° 3°, y 63 de la Constitución, dado que un decreto con fuerza de ley no puede ser fuente de delitos ni penas porque ello supone una infracción al principio de legalidad; se afectan además los artículos 7° y 64 de la Constitución, pues el Presidente de la República se atribuyó una competencia que no le fue conferida, ya que no fue expresamente delegada por el Legislativo, adoleciendo asimismo de defecto de legalidad, toda vez que el ejercicio extralimitado de las facultades delegadas infringió la ley delegatoria.

DECIMOTERCERO. Que para resolver adecuadamente la cuestión de fondo sometida a la decisión de este Tribunal es necesario analizar los alcances del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución y el origen de los decretos con fuerza de ley y del precepto objetado, así como de la tipificación del ilícito consagrado.

DECIMOCUARTO. Que la garantía de la reserva legal en materia sancionatoria del artículo 19, N° 3°, de la Constitución comprende dos aspectos de diversa naturaleza. El uno, de carácter material, que demanda que exista una norma de rango legal (*lex scripta*) anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) que lo describa con indudable determinación (*lex certa*), y el otro, de tipo formal, que se refiere a la naturaleza de la norma misma, esto es, que se trate de un precepto legal aprobado por los poderes colegisladores. En ambos casos subyace, como ya lo ha declarado este Tribunal, la importancia de la

seguridad y certeza jurídica, “ya que asegura al hombre la facultad de actuar en sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 46, Considerando 18°).

DECIMOQUINTO. Que cabe tener presente que la Constitución de 1833 consagró en su artículo 36, N° 6°, la posibilidad de que el Congreso Nacional delegara al Presidente de la República facultades legislativas amplias por un tiempo determinado y con indicación expresa de las materias que se podrían abarcar, limitándose en el año 1874 esta facultad de delegación para ser ejercida sólo en situaciones de emergencia política y únicamente respecto de determinadas materias. Con posterioridad, al elaborarse la Constitución de 1925 y a pesar de la petición del Presidente Arturo Alessandri Palma de conservar esta institución (Actas de la Subcomisión, pág. 502), la misma no fue incorporada en el nuevo texto fundamental, lo que no fue obstáculo para que, a manera de ejemplo, entre los años 1925 y 1964 en más de veinticinco oportunidades el Congreso Nacional delegara atribuciones legislativas al Presidente de la República (Cfr. Carlos Andrade Geywitz, Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1971, pág. 478). Si bien la doctrina jurídica de la época cuestionó esta práctica constitucional, dichos cuerpos normativos regularon materias complejas y de alta relevancia social, generaron derechos y deberes para las personas, y los tribunales de la República les otorgaron plena validez jurídica, siendo consideradas incluso fuente válida de Derecho Penal. Así es como a la luz de la relevancia de los decretos con fuerza de ley, el constituyente finalmente reconoció la práctica constitucional en la reforma constitucional de 1970 y los reguló en el artículo 44 N° 15°, no cuestionándose normativamente la subsistencia de los cuerpos dictados con anterioridad a dicha modificación.

DECIMOSEXTO. Que la actual Constitución recogió la experiencia nacional respecto de esta materia, reglamentando en el artículo 64 latamente la facultad del Presidente de la República de solicitar al Congreso Nacional autorización para dictar decretos con fuerza de ley.

DECIMOSÉPTIMO. Que nada señaló la Constitución, sin embargo, respecto de los decretos con fuerza de ley dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta Magna y que pudieran comprender las materias que el artículo 64 de la Ley Fundamental excluye de tal delegación, tal como sí lo realizó, a manera de ejemplo, en lo referente la vigencia de las leyes que contemplaran la pena de muerte, los derechos mineros, la gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, los asuntos que debían ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado o en cuanto a los preceptos legales que hubieren reglado materias no comprendidas en el artículo 63, en las Disposiciones Transitorias de la Constitución.

DECIMOCTAVO. Que, sin embargo, un análisis más detallado del artículo 64 de la Constitución permite constatar que la norma en cuestión regula la dictación de nuevas

leyes delegatorias y de nuevos decretos con fuerza de ley, esto es, efectúa una ordenación hacia el futuro, pues se refiere a la eventual autorización que el Presidente de la República recaba al Congreso Nacional para dictar decretos con fuerza de ley, las que a contar de la entrada en vigencia de la Constitución no pueden extenderse a las materias taxativamente indicadas en el precepto antes indicado.

DECIMONOVENO. Que toda interpretación constitucional debe tender, por una parte, al máximo respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio favor *libertatis*, derivado de que éstos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio.

VIGESIMO. Que este Tribunal, considerando la larga tradición histórica de los decretos con fuerza de ley dictados durante la vigencia de la Constitución de 1925, antes de su constitucionalización en la Ley Nº 17.398, de Reforma Constitucional de 9 de enero de 1971, sostiene que las disposiciones contempladas en dichos cuerpos normativos dictados con anterioridad a la Constitución de 1980 no contradicen necesariamente la misma y siguen vigentes, no obstante comprender materias que de acuerdo al nuevo texto fundamental no pueden ser reguladas sino mediante normas legales, mientras no lesionen los derechos y libertades fundamentales que ésta reconoce en sus aspectos materiales o concretos. Ello, pues aceptar una tesis contraria conllevaría indudables perjuicios al sistema jurídico y consecuentemente a la paz social, al cuestionarse *per se* relevantes materias reguladas en el pasado mediante decretos con fuerza de ley, otorgándole en materias formales o sustantivas a la actual Constitución un carácter retroactivo.

VIGESIMOPRIMERO. Que el artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, tiene su origen en el artículo 146 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 244, de 15 de mayo de 1931, el cual fue dictado por el Presidente de la República en virtud de las facultades extraordinarias concedidas en virtud de la Ley Nº 4.945, esto es, surge durante los difíciles primeros años de vigencia de la Constitución de 1925. Dicho artículo establecía: “*El que sustrajere energía o corriente eléctrica, directa o indirectamente, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal. En los casos de reiteración se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 454 del mismo Código*”.

Con posterioridad, el Decreto con Fuerza de Ley Nº 4, del Ministerio del Interior, de 1959, Ley General de Servicios Eléctricos, reguló nuevamente esta materia en el artículo 168, de la siguiente manera: “*El que sustrajere energía o corriente eléctrica, directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal. En los casos de reiteración se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 451 del mismo Código*”. El citado precepto modificó el anterior en los aspectos que subrayamos, para una mejor comprensión.

Finalmente, la Ley N° 18.091, de fecha 30 de diciembre de 1981, facultó al Presidente de la República en su artículo 11 para, entre otras materias, “*revisar y modificar las demás disposiciones legales que digan relación con la energía eléctrica, su producción, distribución y concesiones*”, lo que conllevó la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, que consagró el artículo 137 con el siguiente tenor: “*El que sustrajere energía, directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal. En los casos de reiteración se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 451 del mismo Código*”.

VIGESIMOSEGUNDO. Que una simple comparación entre el artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, con el artículo 168 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del Ministerio del Interior, de 1959, Ley General de Servicios Eléctricos, permite establecer que entre ambas normas no existen diferencias relevantes en cuanto al tipo penal y que, en lo esencial, ambas describen la misma conducta ilícita. La única modificación consiste en que el artículo 215 del decreto con fuerza de ley recién citado eliminó la referencia a que la sustracción podía ser no sólo de energía, sino que igualmente de “*corriente eléctrica*”, toda vez que ello está comprendido igualmente en el concepto “energía”. En otras palabras, la norma en cuestión, salvo esta precisión semántica, en lo fundamental tiene su origen en una norma del año 1931, modificada en el año 1959, la cual ha producido innumerables efectos jurídicos, está incorporada en la conciencia jurídica del pueblo como asimismo validada por notables profesores y por la jurisprudencia (Cfr. Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, pág. 81).

VIGESIMOTERCERO. Que en el caso *sub lite* existe efectivamente una norma de rango legal, dictada con anterioridad al hecho ilícito, que replica una norma preconstitucional, a la cual se le ha realizado una leve alteración por parte de un órgano al cual no se le ha otorgado esta atribución constitucional, siendo ésta una situación a cuyo respecto este mismo Tribunal Constitucional, conociendo un requerimiento de inconstitucionalidad, ha declarado que un cambio formal, sea en cuanto a redacción, titulación, ubicación de preceptos u otros aspectos de similar naturaleza, antes de la reforma constitucional de 2005, era una materia vedada de acuerdo al antiguo artículo 61 de la Constitución (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 192, Considerando 7°).

VIGESIMOCUARTO. Que al resolver esta acción de inaplicabilidad este Tribunal Constitucional tiene nuevamente presente lo ya resuelto en sentencias anteriores, en cuanto a que de acuerdo a la actual acción de inaplicabilidad “lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad” (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 741, Considerando Décimo), como asimismo que “la decisión de esta Magistratura no está constreñida a

la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, (siendo) forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto *sublite*;" (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 810, Considerando Décimo).

VIGESIMOQUINTO. Que a la luz de lo anteriormente señalado es posible sostener que el artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, reprodujo una norma preconstitucional, que ha estado vigente por largos años, y que además introdujo, indebidamente, una modificación que no alcanzó a afectar en lo sustancial, en este caso particular y concreto, la seguridad jurídica del imputado que protege el principio de legalidad penal, sustento filosófico del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

VIGESIMOSEXTO. Con todo, este Tribunal no puede sino prevenir a los órganos colegisladores de la imperiosa necesidad de revisar la legislación delegada existente y de adoptar los máximos y prontos resguardos para que, en pos de una mayor exigencia de seguridad jurídica, se revisen eventuales intervenciones o modificaciones en los decretos con fuerza de ley preconstitucionales efectuadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, que puedan quedar al margen del límite máximo de una interpretación constitucional razonable y prudente, por afectarse derechos y libertades fundamentales.

Y VISTO:

Lo prescrito en los artículos 7°, 19, N° 3°, 63, 64 y 93, N° 6, de la Constitución Política de la República,

SE DECLARA que se rechaza el recurso de inaplicabilidad deducido a fojas 1, dejándose sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en estos autos.

Se previene que el **Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** no comparte el considerando 20° y concurre a lo resuelto teniendo especialmente presente que la disposición impugnada da cuenta de una conducta que se encuentra contenida en términos idénticos en nuestra legislación desde 1925, en términos tales que el Presidente de la República, a través de la facultad delegada, no ha creado un nuevo tipo penal, tal como se consigna en los considerandos 21° y 22° del presente fallo.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, quien estuvo por acoger el requerimiento formulado por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso y declarar que resulta contrario a la Constitución aplicar el artículo 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, que actualmente corresponde al artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del

año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, a Franco Mariano Arancibia Tognia, en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08, actualmente ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

Tiene presente para ello los motivos siguientes:

1. Que el caso concreto de estos autos consiste en decidir si, no obstante que la Constitución prohíbe que una materia comprendida en las garantías constitucionales sea regulada por un decreto con fuerza de ley —y siendo el establecimiento de los delitos y de las consecuencias que sufren sus responsables una materia comprendida en las garantías constitucionales—, resulta o no contrario a la Constitución que se aplique a Franco Mariano Arancibia Tognia un decreto con fuerza de ley que establece y sanciona un delito, y sea acusado y eventualmente condenado por dicho delito, establecido y tipificado en un decreto con fuerza de ley.

2. Que, en efecto, el precepto legal cuestionado en estos autos es el artículo 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, cuyo texto actual corresponde al artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que tipifica y señala la sanción del delito conocido como “hurto de energía eléctrica”.

3. Que el inciso primero del artículo 64 de la Constitución dispone: *“El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley”*. De manera que los decretos que dicte el Presidente de la República, concedida que sea dicha autorización y ejercida dentro del término constitucional, tienen valor y fuerza de ley, es decir son leyes. Por ello, este disidente no hace cuestión aquí de la jerarquía normativa de estas disposiciones, que considera irrelevante en la decisión de este asunto, pues estima que, para estos efectos, debe aceptarse que son leyes.

4. Que, por lo dicho, debe precisar que estos cuerpos normativos son leyes únicamente en aquellas materias y dentro de los términos en que válidamente pueden serlo, pues los incisos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo 64 de la Constitución establecen los límites de esta potestad legislativa delegada del Presidente de la República.

5. Que, en lo que interesa a esta causa, el inciso segundo del citado artículo confina la autorización que puede otorgarse al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley, en cuanto ésta *“no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado”*.

6. Que, en consecuencia, a juicio de este disidente la aplicación del precepto legal cuestionado en estos autos en el proceso criminal individualizado, en cuanto establece

un delito asociado a una pena, materias que están indiscutiblemente comprendidas en las garantías constitucionales, irremisiblemente resulta contraria a la Constitución, por el solo hecho de estar contenido en un decreto con fuerza de ley.

7. Que, para afirmar esta conclusión, este disidente tiene especialmente presente que el precepto legal fue dictado en 1982, cuando, conforme a la letra b) de la Disposición Transitoria Vigésimaprimera de la Constitución, el artículo 61, que corresponde al actual artículo 64, tenía plena vigencia.

8. Que la conclusión es la misma para este disidente, aun si se acepta que el delito contemplado en el precepto legal convicto es anterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1980, por la vía de consentir en que el núcleo central de la conducta penada fue establecido cuando la restricción para hacerlo en un decreto con fuerza de ley aún no existía.

9. Que la afirmación que acaba de hacerse descansa en la constatación de los siguientes hechos de relevancia en la interpretación constitucional:

i) La Constitución de 1980, junto con innovar en cuanto a la regulación de los decretos con fuerza de ley, innovó en otros asuntos tanto o más cruciales que éste: a) estableció que las leyes sólo podrían recaer en un catálogo taxativo de materias que señaló, y no, como antes, sobre cualquier materia que abordara el Congreso, aun cuando para su regulación la Constitución anterior no exigiera una ley; b) dispuso que, de dichas materias, algunas de ellas debían necesariamente ser objeto de leyes aprobadas con quórum especial, que llamaría leyes de quórum calificado y leyes orgánicas constitucionales, de manera que, en el futuro, habría unas nuevas leyes, las de quórum calificado y las orgánicas constitucionales, que regularían ciertas materias consideradas más importantes; las demás serían leyes ordinarias o comunes y se harían cargo de las restantes materias, y c) prohibió que los tributos estuvieran afectos a un destino determinado, como los numerosos que existían, creados por múltiples leyes que establecían impuestos de afectación.

ii) Por la profundidad de estas reformas, y por la simple mecánica jurídica de la jerarquía de las normas y de la sucesión de las leyes en el tiempo, era previsible que, tras la entrada en vigor de la nueva Constitución, fuera cuestionada la vigencia o la validez de las leyes que regulaban materias que ya no eran materia de ley, o que lo hacían sobre asuntos que ahora debían estar regulados por leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado o, finalmente, que dejarían de ser válidos los impuestos de afectación.

iii) El Constituyente de 1980 previó disposiciones transitorias que abordaban la situación recién descrita. Dichas normas transitorias establecieron que, no obstante las nuevas reglas: a) se entendería que las leyes que estaban en vigor sobre materias que conforme a la nueva Constitución debían ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplían estos requisitos y que seguirían aplicándose en lo que no fueran contrarias a la nueva Constitución, mientras no se dictaran los nuevos cuerpos legales; b) que no obstante la facultad que ahora tendría el Presidente de la República para regular por decreto cualquier materia que no estuviese expresamente

incluida en el catálogo limitado de materias de reserva legal, mantendrían su vigencia los preceptos legales que a la fecha de promulgación de la nueva Constitución hubieren reglado materias no comprendidas en el artículo 63, mientras ellas no fueran expresamente derogadas por ley, y c) que sin perjuicio de la prohibición que se establecía de crear tributos de afectación, mantendrían su vigencia las disposiciones legales que hubiesen establecido tributos de afectación a un destino determinado, mientras no fuesen expresamente derogadas.

iv) En contraste con la cuidadosa normativa transitoria recién reseñada, la Constitución no contempló norma transitoria alguna que permitiera, después de su entrada en vigor, atribuir valor constitucional a los preceptos legales que, contenidos en decretos con fuerza de ley, regularan materias prohibidas a esta especial clase de legislación por expresas normas de la Constitución.

10. Que, en una ocasión anterior (Rol 552), enfrentado a una situación similar, pero atinente al derecho de propiedad y, en especial, a los derechos que aseguró la Constitución de 1980 al propietario expropiado, sostuvimos, junto otros ministros de este Tribunal, lo siguiente:

“Sexto.— Que los preceptos constitucionales, salvo que la propia Ley Fundamental disponga otra cosa en su articulado, rigen in actum desde la fecha de su publicación o desde la fecha que la misma señale para su entrada en vigencia, siendo éste un principio fundamental de derecho público.

Así lo demuestran, por lo demás, las disposiciones transitorias de la Constitución Política, las cuales han tenido que señalar expresamente que una situación surgida con anterioridad a las nuevas disposiciones constitucionales que son inconciliables con ella, seguirá regida por las normas anteriores o por normas especiales. Tal ocurre, a vía de ejemplo, con las concesiones mineras constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución, con la nacionalización de la gran minería del cobre y las empresas consideradas como tal, y con los tributos afectos a un destino determinado, materias a las que se refieren las normas contenidas en las disposiciones transitorias segunda, tercera y sexta, respectivamente;

Séptimo.— Que, en cambio, en materia de expropiaciones, la Constitución Política de 1980 no incluyó en su articulado transitorio disposición alguna relativa a las expropiaciones iniciadas y no concluidas íntegramente, o cuyo pago estuviere pendiente, antes de su entrada en vigencia, a las cuales, por consiguiente, desde la fecha en que la Carta Fundamental entró a regir son plenamente aplicables las garantías constitucionales sobre expropiaciones contenidas en la normativa sobre el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución;

Octavo.— Que esta situación contrasta con la que existiera durante la vigencia del Acta Constitucional N° 3, de 1976, “De los derechos y deberes constitucionales”, la cual, en su artículo 1°, N° 16, contempló una nueva normativa constitucional sobre derecho de propiedad y expropiaciones, en reemplazo de la que existiera hasta 1976 y que había surgido de las sucesivas reformas sufridas por la Carta de 1925 en su artículo 10 N° 10 sobre

derecho de propiedad. En dicha Acta Constitucional, el artículo 3° transitorio, inciso segundo, dispuso que “Las expropiaciones acordadas antes de entrar en vigor la presente Acta, continuarán rigiéndose, hasta su total perfeccionamiento y pago de las indemnizaciones correspondientes, por las disposiciones vigentes a la fecha de promulgación de esta Acta Constitucional”;

Noveno.— Que, por consiguiente, ha de estimarse que todas las garantías relativas a la expropiación contenidas en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, desde que ésta entrara a regir, lo que ocurrió el 11 de marzo de 1981, son plenamente aplicables a toda expropiación que en adelante se acordare, pero también a toda expropiación que, como dijera en su momento el Acta Constitucional N° 3, de 1976, no se hubiese perfeccionado en su totalidad o no se hubiera pagado la indemnización correspondiente. De ahí que las garantías incluidas en los incisos tercero, cuarto y quinto del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, y que aseguran el derecho a ser indemnizado siempre por el daño patrimonial efectivamente causado, que establecen que la indemnización debe ser pagada en dinero efectivo al contado a menos que el expropiado preste su acuerdo para otra forma de pago y que exigen el pago previo del total de la indemnización que se hubiere acordado o determinado provisionalmente para tomar posesión material del bien expropiado, son aplicables a toda expropiación que no hubiere concluido o cuya indemnización no se hubiere pagado a la fecha de entrar en vigencia las normas de la Carta Fundamental, lo que ocurrió el 11 de marzo de 1981;

Décimo.— Que, conforme a lo expuesto, la legislación existente sobre expropiaciones a la fecha en que entró a regir la Constitución Política de 1980, como asimismo la que se haya dictado con posterioridad, debe ser analizada en su constitucionalidad a la luz de las disposiciones contenidas en ella y no a las que hayan existido con anterioridad...”.

11. Que, en este caso, en que se encuentran comprometidos derechos fundamentales de tanta entidad como la libertad personal y la igualdad ante la justicia de una persona acusada de un delito que, reconocidamente, está tipificado en un decreto con fuerza de ley, no divisa este disidente motivos para cambiar de parecer.

12. Que, por los motivos expuestos, voto por declarar que resulta contrario a la Constitución aplicar el artículo 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, que actualmente corresponde al artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, a Franco Mariano Arancibia Tognia, en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08, actualmente ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso.

Redactó la sentencia el abogado integrante señor Teodoro Ribera Neumann, en tanto que la prevención y la disidencia, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1.191-2008-INA.

Se certifica que el Ministro señor Jorge Correa Sutil y el abogado integrante señor Teodoro Ribera Neumann concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firman por haber cesado en sus respectivos cargos.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y el abogado integrante señor Teodoro Ribera Neumann. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.

COMENTARIO

El TC acude, en primer lugar, a la hora de fundamentar la constitucionalidad del precepto *in comento*, a la regla general sobre de la vigencia o validez temporal de la Constitución (*tempus regis actum*). A pesar de que el delito de hurto de energía eléctrica que conoce el presente recurso de inaplicabilidad estaba regulado por un DFL promulgado con posterioridad a la CPR de 1980, el TC entiende que esta norma sólo se limitó a *recoger* la misma figura penal tipificada con anterioridad por los DFL de 1931 y 1959. De esta manera, a efectos de su control constitucional debe entenderse como una DFL, y por, tanto sometida, a la jurisprudencia del propio Tribunal sobre estas normas. Lo contrario, significaría otorgar un carácter retroactivo a las normas constitucionales (Considerando Vigésimo).

El TC parece entender la reserva de ley exclusivamente como una cuestión de competencia y, por tanto, la regla general sobre la vigencia temporal puede extenderse a las normas penales sustantivas preconstitucionales. Por el contrario, entiendo que el DFL de 1982 puso bajo la vigencia directa de la Constitución el delito de hurto de energía eléctrica, vulnerándose, por tanto, el principio de reserva de ley. El mandato de *lex scripta* también debe entenderse como cuestión de jerarquía en la medida de que pueda afectar a derechos o garantías constitucionales. Con independencia de si estamos ante una invalidez sobrevinida (y, por tanto, la regla general de irretroactividad quedaría intacta) o ante la aplicación del principio de retroactividad, en ambos casos, la reserva de ley debe aplicarse a normas penales preconstitucionales. El carácter especialmente aflictivo del derecho penal, la jerarquía constitucional en la protección y garantías fundamentales y una interpretación coherente con el propio texto constitucional¹ fundamentan la aplicación de artículos 19 y 64 CPR al delito de hurto de fluido eléctrico.²

¹ En este sentido, debe tenerse presente que la CPR recoge expresamente el mandato de *lex certa*.

² Un análisis sobre la aplicación y fundamentación retroactiva de las normas constitucionales, véase: Huerta Ochoa, C., *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 569-594.

Como complemento a la anterior fundamentación, el TC alude a la tradición histórica impuesta de facto en algunos períodos constitucionales. El presente comentario no puede dejar pasar por alto lo expresado en el considerando vigesimosegundo *in fine*:

“En otras palabras, la norma en cuestión, salvo esta precisión semántica, en lo fundamental tiene su origen en una norma del año 1931, modificada en el año 1959, la cual ha producido innumerables efectos jurídicos, está incorporada en la conciencia jurídica del pueblo como asimismo validada por notables profesores y por la jurisprudencia (Cfr. Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo I, pág. 81)”.

Sin perjuicio, de la pertinencia de utilizar el término “conciencia jurídica del pueblo”, que inevitablemente nos trae a la memoria épocas oscuras de la primera mitad del siglo XX, para fundamentar la constitucionalidad de una norma promulgada en una dictadura militar, resulta sorprendente e inaceptable esta argumentación. El Estado de derecho constitucional se fundamenta, precisamente, en la superación de la tradición a la hora de legitimar sus decisiones y, en especial, las leyes. Esta tradición histórica se verifica a juicio del TC con una supuesta ausencia de crítica sobre la utilización del decreto con fuerza de ley como fuente de tipificación de delitos y penas. Esta afirmación resulta, cuando menos, matizable. Así, la Defensoría Penal Pública pone expresamente en conocimiento del TC una “variada jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que entiende el delito de hurto de energía eléctrica derogado por la CPR. En el ámbito dogmático tampoco la crítica se encuentra ausente, tildando esta tradición histórica como anacrónica.³

El tercer argumento de fondo del fallo radica en la afirmación de que esta norma cumple con la exigencia de seguridad jurídica (Consideración vigesimoquinta). Aquí se evidencia una errónea y parcial comprensión del principio de legalidad. El mandato de reserva legal no encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica sino en los principios de soberanía democrática y de división de poderes. Es opinión común que el principio responde, desde su formulación originaria por los ilustrados, al principio político de la división de poderes, principio garantizador del consenso sobre el contrato social: sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas (definir delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas). En definitiva, el principio de reserva de ley no radica tanto en una exigencia de seguridad sobre el ámbito de libertad que “concede” el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como en una exigencia de legitimación de esa decisión sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general. Como ya advirtió Bricola, el reglamento también ofrece esa seguridad o certeza y, por tanto, la identificación entre el fundamento de la reserva absoluta de ley con la exigencia de seguridad jurídica conduce a una devaluación del carácter absoluto del mandato de *lex*

³ Cury, E. *Derecho penal. Parte General*, pp. 170-171; Politoff/Matus/ Ramírez, *Derecho penal. Parte general*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 95.

scripta.⁴ La invasión del DFL en materia de derechos fundamentales y libertades públicas conculca la voluntad de los constituyentes de evitar su limitación por una minoría, en este caso, el Ejecutivo, mediatizado por su función social de reprimir la criminalidad. Por tanto, esta perversión del sistema de fuentes sólo puede ser evitada por el Tribunal Constitucional.⁵

El último argumento esgrimido por el TC alude a consideraciones empíricas. Así, manifiesta que la eventual declaración de inconstitucional “conllevaría indudables perjuicios al sistema jurídico y consecuentemente a la paz social”. Sin perjuicio de la legitimidad del TC para considerar aspectos fácticos en sus decisiones, uno no llega a atisbar los graves perjuicios a la paz social que conllevaría la declaración de inconstitucionalidad de este precepto. Pero, en todo caso, si tenemos presente la implicación de importantes corporaciones industriales, podemos aventurar que el legislador imprimirá la misma *velocidad legislativa* aplicada a las sucesivas reformas de la falta hurto.

Como conclusión a este sucinto comentario, debemos interpretar este fallo a la luz de la escasa jurisprudencia constitucional en materia penal. El resultado no puede ser más desolador. Así el TC en recientes pronunciamientos ha reconocido una amplia libertad al legislador en materia político criminal, sólo limitada por el principio de legalidad y dignidad de la persona.⁶ Se puede afirmar que el TC se ha decantado por una concepción clásica como criterio orientador en el control constitucional de las leyes penales, concepción que tuvo como referencia el contexto histórico del Antiguo Régimen, criticado por la ausencia de seguridad jurídica, el carácter indigno de sus penas y, en el tema que nos ocupa, por la arbitrariedad derivada de la concepción absoluta del poder punitivo. Ahora bien, esta orientación esencialmente formal y restrictiva en el control constitucional de las leyes penales se ve conculcada por la presente sentencia: ni siquiera el principio de legalidad penal, a juicio del TC, se encuentra plenamente protegido por nuestra CPR. Por último, hay que decir que esta crítica debe extenderse tanto a nuestras Cámaras legislativas por haber reincidido en la tipificación de esta figura a través de un DFL como a la Contraloría General de la República por haberse abstenido de objetar la inconstitucionalidad de la norma.

⁴ Bricola, F. “Legalità e crisi: l’art. 25 comma secondo della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ‘70”, en *La questione criminale*, 1980, p. 184. Citado por: Arroyo Zapatero, L., “Principio de legalidad y reserva de ley”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Año 3, núm. 8, p. 13.

⁵ Arroyo Zapatero, L., “Principio de legalidad...”, *cit.*, p. 15.

⁶ Entre las más recientes, véanse: STC de 8 de marzo de 2008, rol N° 825 y STC rol N° 1.328-09-INA.

