

Santiago, veintisiete de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El día 7 de junio de 2016, el señor Cristián Roberto Peña Rojas, representado por el abogado don Claudio Fierro Morales, de la Defensoría Penal Pública, dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, que Establece Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad; y, del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, en autos relacionados con el proceso penal RIT 9382-2015, RUC 1510029145-K, seguido ante el Juzgado de Garantía de Concepción y, bajo el RIT 294-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna.

El texto de los preceptos legales impugnados dispone:

"Ley N° 18.216.

Título Preliminar.

Artículo 1º.- *La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:*

- a) *Remisión condicional.*
- b) *Reclusión parcial.*
- c) *Libertad vigilada.*
- d) *Libertad vigilada intensiva.*
- e) *Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*
- f) *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley Nº17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley Nº17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.

En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley Nº 20.000.

Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.

Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.

Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33."

"Ley Nº 17.798.

Artículo 17 B.- Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del

artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.”.

Síntesis de la gestión pendiente.

La gestión judicial en que incide el presente requerimiento, según el actor señala, se sigue en su contra ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción y consiste en una causa penal por el presunto delito contemplado en el artículo 9º, inciso primero de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, esto es, porte ilegal de arma de fuego. Comenta que con fecha 24 de agosto de 2015, se efectuó una audiencia de control de detención, oportunidad en la que el Ministerio Público formalizó investigación en su contra, disponiendo el sentenciador penal la medida cautelar de arresto domiciliario total.

En dicha actuación procesal, el persecutor público expuso que el requirente, el día 25 de agosto del mismo año, habría sido sorprendido por efectivos policiales portando un arma de fuego sin autorización, así como diversas municiones, sin las correspondientes autorizaciones expedidas por autoridad pública.

Por estos hechos el Ministerio Público incoó acusación, solicitando la imposición (por el delito de porte ilegal de arma de fuego) de la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, comiso del arma y costas, no reconociendo en el libelo acusatorio circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Posteriormente, dictándose por el Juzgado de Garantía de Concepción, auto de apertura de juicio oral, los antecedentes fueron derivados al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la misma ciudad, judicatura ante la cual se encuentra pendiente la realización de la audiencia de estilo y que representa la gestión pendiente de estos autos constitucionales.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

Conforme expone el actor, las normas respecto de las cuales se solicita la declaración de inaplicabilidad, contravienen, en la gestión pendiente descrita, los artículos 1º; y, 19, numerales 2º y 3º, inciso sexto, todos de la Constitución Política, así como 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, en tanto se estaría en presencia de una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, careciendo ésta de fundamentos razonables y objetivos, tornándose inidónea para alcanzar la finalidad prevista por el legislador.

Para razonar en derecho lo anterior, el requirente comienza reseñando los antecedentes que tuvo en consideración el legislador al momento de introducir modificaciones a los cuerpos legales que contienen los preceptos reprochados.

Así, en primer término, señala que la reforma generada por la Ley N° 20.603 a la Ley N° 18.216, de Penas Sustitutivas a la Pena Privativa de Libertad, trató el retomar el impulso original del legislador de este cuerpo, esto es, la reinserción social de las personas condenadas, introduciendo modificaciones en que se resumen en la idea original de la pena, con nuevas modalidades de cumplimiento de ésta, más modernas en pos del fin, último de la sanción. No obstante ello, de forma posterior a esta modificación, la Ley N° 20.813, excluyó algunos de los tipos penales contemplados en la Ley N° 17.798, de Control de Armas, como el previsto en el artículo 9°, de la posibilidad de optar a las penas sustitutivas que contempla la ley N° 18.216, como la que permite al condenado acceder a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

De esta forma, las personas condenadas por el delito del artículo 9° de la Ley de Control de Armas, son excluidas de toda pena sustitutiva, aun cuando, como sucede con el actor, expone, no tenga antecedentes penales pretéritos. Así, la aplicación del artículo 1°, inciso segundo de la Ley N° 18.216 en la gestión pendiente, se tornaría incoherente con el resto del articulado de dicho cuerpo, en que sí se descarta de toda pena sustitutiva al condenado reincidente, cuestión irracional, en tanto no constan en la historia de la ley las razones o fundamentos para haber legislado de esta forma.

A su turno, la modificación introducida por la Ley N° 20.813 a la Ley N° 17.798, de Control de Armas, en cuanto el nuevo artículo 17 B establece que, entre otras reglas, el juez penal no deba tomar consideración los artículos 65 a 69 del Código Penal, determinando la cuantía de la pena dentro de los límites legales, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes

y agravantes, y a la mayor o menos extensión del mal producido por el delito, limita el arbitrario judicial, imposibilitando la determinación de la pena justa al caso concreto, pero no implicó, al igual que la anterior norma cuestionada, ningún debate de fondo en el seno del legislativo al momento de introducir la reforma en comento, no constando los antecedentes para su justificación, salvo opiniones doctrinarias entregadas por invitados al debate parlamentario.

Luego, enunciando razones constitucionales para sustentar su pretensión, el actor comienza por explicar cómo se produce una contravención, primero, a los artículos 1° y 19, numeral 2°, de la Constitución Política, así como a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, a los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su respecto, el actor explica que los preceptos reprochados generan una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar. El tipo penal por el cual fue acusado el actor, comenta, tiene como bien jurídico protegido el orden público, figura estructurada como de peligro abstracto, existiendo en la legislación nacional diversos delitos que comparten dicha estructura dogmática, pero sólo las personas, como el requirente, acusadas y eventualmente condenadas por la mayoría de los ilícitos contemplados en la Ley de Control de Armas, se ven excluidos de optar a penas sustitutivas previstas en la Ley N° 18.216.

Así, favoreciéndole la atenuante de irreprochable conducta anterior, establecida en el artículo 11, numeral 6° del Código Penal, y no concurrir en la especie, agravante alguna, el tribunal de fondo estaría obligado a imponer la pena en el *mínimum*, esto es, tres años y un día a cuatro años de presidio menor en su grado máximo,

más, la enunciada atenuante no tendrá dicho efecto que establece la regla del artículo 67 del cuerpo punitivo, toda vez que, por aplicación del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, se ha dispuesto denegar la aplicación de dicha regla de determinación penal, no pudiendo, tampoco, por la concesión de otras eventuales atenuantes, realizar rebajas bajo el marco abstracto mínimo, calificar la minorante como muy calificada, conforme lo permite el artículo 68 bis del Código Penal o, en su caso, compensar racionalmente las diversas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que pudieran presentarse. En todos estos casos, cumpliendo el actor con los requisitos para optar a pena sustitutiva, en tanto no ostenta anotaciones penales pretéritas, la disposición reprochada del artículo 1°, inciso segundo de la Ley N° 18.216, le denegará al juez la posibilidad de su eventual concesión, cuestión que califica, también, como un trato diferenciado con los condenados por otros delitos que, de igual forma, atentan contra el bien jurídico orden público, como sucede respecto a los casos que enuncia, contemplados en la Ley N° 20.000.

Esta diferencia de trato carecería de fundamentos razonables y objetivos, tornándose así en discriminatoria, sin criterios identificables y aceptados en un Estado de Derecho que permitan que ello ocurra, lo que es revelado por la ausencia de debate parlamentario en la tramitación legislativa de las dos reformas que introdujeron los preceptos reprochados en nuestra legislación.

De la misma forma, las diferencias de trato que significan las normas en cuestión, contrastadas con la Constitución Política, no son idóneas para alcanzar la finalidad que ha previsto el legislador. El actor comenta que 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, en que esta última, conforme los fines del constituyente, puede ser resocializadora de la persona, esto es, lograr con la sanción la rehabilitación del autor; o, buscando la prevención general, intimidar en la comisión de delito en la población con una pena.

A este respecto, el requirente señala que, a nivel comparado, es la reinserción social el fin primordial entregado a las penas. Si bien no es reconocido explícitamente en la Constitución chilena, ello puede entenderse incorporado en nuestro ordenamiento ya que, en virtud del artículo 5º, inciso segundo del Texto Fundamental, es aplicable en nuestro país la disposición del artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra dicho fin a la sanción penal, cuestión que se enlaza con lo prescrito en el artículo 1º de la Carta Política, en tanto sólo la reinserción social es compatible con la idea de dignidad humana y con una concepción del Estado en que éste se encuentre al servicio de la persona humana, valores reconocidos por el constituyente.

En segundo término, el requirente sostiene que, conforme el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto de la Constitución Política, las normas reprochadas contravienen el derecho de toda persona a obtener igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, que la Carta Fundamental mandató al legislador, al delegar a éste establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

En esta formulación, el actor sostiene que no resulta cumplida dicha finalidad si el juez penal ve cercenada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia conforme las características de cada caso y del sujeto penalmente responsable.

En apoyo en doctrina, el requirente comenta que la individualización judicial de la pena no sólo, en sentido estricto, debe contemplar las reglas que establece la ley para su determinación, sino que también su eventual sustitución por una medida en el medio libre, de aquellas previstas, precisamente, en la Ley N° 18.216. Es la proporcionalidad, como garantía de un racional y justo procedimiento la que asegura que el juez no se vea limitado en su actuar de justo teniendo presente las particularidades del caso concreto, tanto en el *quantum* de la pena a decretar, como la posible concesión de penas sustitutivas.

De esta forma, la rigidez legal que los preceptos reprochados establecen, atenta contra la proporcionalidad como cálculo en el proceso de ponderación de aplicación de pena, generando un resultado contrario a la garantía constitucional en comento.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento.

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 14 de junio de 2016, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 5 de julio de 2016, resolución rolante a fojas 118.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fue evacuada presentación por el Ministerio Público, instando por el total rechazo del requerimiento de autos.

Observaciones del Ministerio Público.

Con fecha 22 de julio de 2016, a fojas 130, el Fiscal Nacional don Jorge Abbott Charme, en representación del Ministerio Público, realizó observaciones de fondo al requerimiento, solicitando su completo rechazo.

En su presentación, el persecutor penal público divide sus alegaciones en dos apartados, uno por cada norma reprochada.

Así, respecto a la impugnación formulada al artículo 17 B de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, sostiene que la comparación que el actor establece del carácter de delito de peligro abstracto del tipo penal contemplado en el artículo 9° del cuerpo legal en comento, con otros ilícitos, no es satisfactoria. Conforme enuncia, el punto de comparación trazado -la categoría dogmática en cuestión- abarca una pluralidad de delitos que se satisfacen con la puesta en peligro del bien jurídico o su lesión, pero que, no todos, se cobijan bajo el "orden público".

El modelo seguido por el legislador en la Ley de Control de Armas, luego de la modificación de la Ley N° 20.813 ya se encontraría establecido en la Ley N° 18.290, de Tránsito, en que el artículo 196 bis deniega tomar en consideración las reglas de establecimiento de penas del Código Penal, para imponer un conjunto de directrices para determinarla en este tipo de ilícitos. Si bien, agrega, es un modelo no idéntico, se busca igual fin, esto es, obtener una pena que no sea mayor ni menor al marco fijado por la ley, con las excepciones del caso.

La razonabilidad y objetividad de esta política debe juzgarse, agrega el señor Fiscal Nacional, desde el conjunto de ilícitos sujetos a una mecánica similar para la determinación de las penas, en un estado de modificación de diversos cuerpos legales, por lo que la norma reprochada no puede atacar la igualdad ante la ley,

ni generar, en el caso de autos, una discriminación arbitraria.

Unido a lo anterior, el persecutor penal público sostiene que las alegaciones formuladas por el requirente, en torno a que se presentaría un mecanismo discriminatorio de determinación de penas, no son formuladas desde el texto constitucional, ya que la crítica se enmarca en la ejecución de la sanción.

Finalmente, hace presente que la determinación de delitos y penas es materia de ley, por lo que son los organismos legisladores los encargados de establecer, en cada ilícito, la sanción conforme a su naturaleza. Al juzgador, a su turno, le corresponde, bajo parámetros predefinidos, aplicar la sanción concreta, cumpliendo con las garantías constitucionales, pero, la ley puede, no contrariando la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos, imponer sanciones más severas, utilizando, como en las normas reprochadas, un mecanismo alternativo al mero incremento de la pena, asegurando que ésta se fije dentro de los marcos que la propia ley señala.

En segundo término, en lo concerniente a la alegación efectuada al artículo 1º, inciso segundo de la Ley N° 18.216, el señor Fiscal Nacional hace presente que no sólo el ilícito del artículo 9º de la Ley de Control de Armas, por el cual se encuentra acusado el requirente, está excluido dentro del catálogo de delitos excluidos de la eventual concesión de penas sustitutivas que contempla dicha ley, sino que también se encuentran fuera de dicha posibilidad un nutrido grupo de otros delitos, tanto del Código Penal como de otros cuerpos normativos, por lo que la argumentación de una desigualdad de trato debe ser desestimada, así como la desproporcionalidad que ésta implicaría, ya que cada vez que el legislador aumenta o disminuye exigencias para acceder a una pena sustitutiva

lo realiza en el ámbito de su competencia, con un fin lícito, esto es, aumentar la severidad de las sanciones.

Finalmente, respecto a las alegaciones en torno a los fines de la pena, que serían denegados en su faz resocializadora conforme la norma que se reprocha, el Ministerio Público sostiene que dicha discusión se debe enmarcar en un ámbito diverso, ajeno al conflicto llamado a ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

Vista de la causa y acuerdo.

Con fecha 3 de noviembre de 2016 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la Defensoría Penal Pública, el abogado don Claudio Fierro Morales y, por el Ministerio Público, el abogado don Hernán Ferrera Leiva. A su turno, en Sesión de Pleno de igual fecha, se adoptó acuerdo de rigor.

CONSIDERACIÓN PREVIA RESPECTO A LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA.

Traídos los autos en relación, y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo de estilo, obteniéndose resultados diversos respecto de las dos normas impugnadas por la parte requirente.

Por lo anterior, para una exposición ordenada de las motivaciones para acoger y rechazar, según sea el caso, se seguirá la siguiente estructura:

PRIMERA PARTE: impugnación al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216.

A.1. Consideraciones por acoger (**fallo**), con redacción del Ministro señor Nelson Pozo Silva. [pág. 14].

A.2. Consideraciones por acoger (**voto particular**), con redacción del Ministro señor Juan José Romero Guzmán. [pág. 43].

B. Consideraciones por rechazar (**disidencia**), con redacción de los Ministros señores Gonzalo García Pino (cc. 1º a 23º) y Domingo Hernández Emparanza (cc. 24º a 29º). [pág. 45].

SEGUNDA PARTE: impugnación al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798.

A.1. Consideraciones por rechazar (**fallo**), con redacción del Ministro señor Gonzalo García Pino. [pág. 65].

A.2. Consideraciones por rechazar (**voto particular**), con redacción del Ministro señor Juan José Romero Guzmán. [pág. 83].

B. Consideraciones por acoger (**disidencia**), con redacción del Ministro señor Nelson Pozo Silva. [pág. 95].

PRIMERA PARTE.

**IMPUGNACIÓN AL ARTÍCULO 1º, INCISO SEGUNDO, DE LA
LEY N° 18.216.**

A.1. CONSIDERACIONES POR ACOGER (FALLO).

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva (redactor) y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger el requerimiento de fojas 1, en relación a la norma del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

CONSIDERANDO,

I.- DILEMA CONSTITUCIONAL.

PRIMERO. Que en lo sustancial el cuestionamiento ante esta Magistratura se basa en dos conflictos jurídico-constitucionales, que son: en primer lugar, si resulta razonable la exclusión de normas de determinación e individualización de la pena, y la opción de sustituirlas en los delitos imputados al requirente, configurando en dicho caso un trato diferenciado que implica una carencia de razonabilidad, cuestión que establece la primera norma reprochada, contenida en el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216. Y, en segundo término, si se atenta contra el principio de proporcionalidad de la pena, como efecto de la restricción que tienen los jueces para aplicar una gradualización de la misma, como también en su cometido jurisdiccional de determinación e individualización, dada

la imposibilidad que el marco que establece al sentenciador penal, el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, norma también reprochada en estos autos;

II.- CONSIDERACIONES GENERALES. *IUS PUNIENDI* Y SU APLICABILIDAD.

SEGUNDO: Que, desde un punto de vista lógico-jurídico, en cuanto existe un hecho social y político que lleva el nombre de **pena**, éste se concibe regulado por normas jurídicas positivas, es decir, sometido, al imperio del derecho objetivo (derecho penal) y por ello como contenido de una relación jurídica o como objeto de un derecho subjetivo, verdadero y propio, formando parte de la ciencia del derecho penal, entendida en su más estricto y exacto sentido.

El derecho subjetivo, cuyo objeto es la pena, es precisamente un derecho subjetivo de castigar (***Ius Puniendi***). La existencia de un derecho de punir resulta reconocida en la dogmática y en el ordenamiento jurídico positivo (Ley y Constitución). Este derecho de punir ha sido entendido como propio de una función social que corresponde no sólo al Estado, sino a la sociedad, concebida como un órgano exclusivamente actuante, por medio de aquélla, para la defensa de la propia existencia contra los hechos dañosos de los sujetos que cometen ilícitos, llegando a definirse por **Arturo Rocco** el ***ius puniendi*** como "la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objetivo punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas".

Sin embargo, en el derecho positivo la dignidad de persona, la cualidad, es decir, de sujeto de derecho de todo hombre como tal, es de donde deriva no sólo la

imposibilidad de un derecho de punir como derecho absoluto del Estado sobre la persona del imputado, sino que además la exigencia de que se deba respetar la personalidad del sujeto y, por ser objeto de un derecho de punir, no por ello perder su cualidad de sujeto;

TERCERO: La pena, considerada objetivamente, como elemento de la ley penal es sanción jurídica puesta al servicio de la observancia de la norma jurídica (precepto legal); que mirada respecto de la acción humana contraria al precepto del derecho penal objetivo (delito), se representa como consecuencia jurídica (o efecto jurídico) de la acción misma (causa jurídica, hecho jurídico) y conlleva una relación entre el Estado y el imputado.

El derecho subjetivo de punir -como todo otro derecho subjetivo público del Estado- corresponde a una función pública (función punitiva), implica la necesidad de que la función misma sea cumplida e importa por lo tanto el deber de ejercer el derecho que para ella ha sido constituido (**Arturo Rocco**, Cinco estudios sobre derecho penal, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008, p. 11 y siguiente);

CUARTO: Que no siendo un tema pacífico, la pena es un fenómeno complejo que encierra diversas dimensiones con base en factores como el tipo de delitos o de delincuente, pero al final sigue siendo necesario establecer por qué o para qué sigue existiendo una institución como la pena. En efecto, las teorías mixtas o de unión, o bien eluden la respuesta o, al final, tienen que sincerarse y ofrecerla. La cuestión, en definitiva deriva en cuál es la teoría de la pena que combina mejor los criterios de justicia y merecimiento con las consecuencias que hacen que la pena siga siendo necesaria. El dilema es la prevención o la retribución, o ambas combinadas.

Sin embargo, "en un derecho penal democrático, es conveniente dilucidar, si pretendemos realmente tratar a quienes cometen delitos todavía como miembros plenos de la comunidad política (como nuestros conciudadanos), y sobre si esto puede, en verdad, requerirse en relación con todos los delitos y todos los delincuentes. Espero, sin embargo, haber dicho lo suficiente para mostrar por qué deberíamos aspirar a un derecho plenamente inclusivo, que sea un verdadero derecho penal para ciudadanos" (Sobre el castigo, **Antony Duff**, Siglo XXI Editores, Argentina, 2015, p. 69);

III.- PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI.

QUINTO: Que, son principios limitadores del *ius puniendi* los siguientes: principio de legalidad, principio de exclusiva protección de bienes penales o de ofensividad, principio de intervención mínima o *ultima ratio*, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, principio de responsabilidad subjetiva y principio de humanidad.

Sin entrar al contenido material de cada uno de estos limitadores de la pena, cabe concebir que a partir de la dignidad humana cuya base tiene reconocimiento constitucional especial respecto de las sanciones penales en carta fundamentales y textos internacionales, el artículo 19°, N°1°, inciso tercero, de la Constitución Política de la República establece el derecho a la vida y contempla expresamente que la pena de muerte sólo puede establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado, junto a la prohibición expresa de la aplicación de todo apremio ilegítimo;

SEXTO: Que, además, de la proscripción genérica de todo apremio ilegítimo expresada en el artículo 19°, N°1°, de la Carta Fundamental, se destacan la referencia expresa a la tortura de la Convención contra la tortura y

el delito que la castiga, tipificado en el artículo 150 A del Código Penal. Por su parte el artículo 19, N°7°, letras g) y h) de la Carta Magna nacional contempla otros límites más específicos. No puede imponerse la pena de confiscación de bienes, salvo el comiso (artículo 31 del Código Penal) en los casos establecidos sólo por ley. Con excepción de su aplicación en situaciones fácticas de asociaciones ilícitas. Tampoco puede aplicarse como pena la privación de derechos previsionales.

Existen, además, diversas garantías procesales que repercuten en la imposición de penas, como son el artículo 19, N°3°, inciso sexto, de la Constitución que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. Además de este principio se destacan los derechos del imputado al tenor del artículo 93°, letra h), del Código Procesal Penal (no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, también, se prohíben ciertos métodos de investigación, por expresa disposición del artículo 195 del mismo código procedimental penal;

SÉPTIMO: Que, de esta manera, la invocación del requirente en su libelo de inaplicabilidad se sustenta en los principios de proporcionalidad, igualdad ante la ley, de responsabilidad penal objetiva y de discrecionalidad legal del sentenciador en el proceso de determinación e individualización de la pena en el caso concreto;

IV. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

OCTAVO: Que se ha señalado que "la idea del principio de proporcionalidad se encuentra determinada, en cuanto a su expresión en el sistema penal, en la matriz de la prohibición de exceso, que se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal al daño social causado por el hecho (concepto vinculado

al bien jurídico lesionado o amenazado) y de **la pena** impuesta en concreto a la medida de culpabilidad del hechor (**Sergio Politoff Lifschitz**, Derecho Penal, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p.20)";

NOVENO: Que esta judicatura ha entendido al respecto: **VIGESIMOSEGUNDO:** Que el principio de proporcionalidad, también conocido como **"máxima de razonabilidad"** o **"principio de prohibición de exceso"**, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.

Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios o subjuicios diferentes: el de **idoneidad** (o adecuación), el de **necesidad** (indispensabilidad o intervención mínima) y el de **proporcionalidad en sentido estricto** (o mandato de ponderación).

Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (**juicio de idoneidad**). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (**juicio de necesidad**). Por último, a la proporcionalidad en sentido estricto se la percibe como un mandato de ponderación. Es el caso cuando existen principios en pugna, en el evento de que la ley de colisión exija que se ponderen los

intereses en juego. En conclusión, debe asumirse que determinadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego." (STC Rol N° 2744);

DÉCIMO: Que, si bien la mera relación en términos de correspondencia entre delito y pena apunta a la proporcionalidad en sentido estricto, no es menos cierto que la sanción penal es la forma de reacción del Estado, con un sello proporcional al hecho injusto cometido y al grado de reprochabilidad que le corresponde al sujeto activo o agente. La pena en su esencia debe ser proporcional al injusto culpable (delito).

La legitimidad de la coacción estatal está construida sobre la base de la proporcionalidad o adecuación axiológica de la conexión de medio a fin que se da entre el arresto como medida de apremio, por una parte, y la finalidad perseguida con éste, por otra. Esta Magistratura ha expresado que no basta con una adecuación formal de la medida, pues "...el actual pronunciamiento de inaplicabilidad obliga al Tribunal Constitucional a examinar cuidadosamente las circunstancias precisas de la gestión en que el precepto legal impugnado ha de recibir aplicación, a fin de decidir su conformidad con la Ley Suprema" (Rol N°1145-08, de 17 de marzo de 2009, c.35);

UNDÉCIMO: Que el juicio de adecuación o idoneidad es el punto de partida de un examen sobre la proporcionalidad de la injerencia.

"Que el juicio de proporcionalidad en un sentido estricto trata de identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada, test de daño, en relación con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida, test de interés público" (STC Rol N°2153-11).

Además, "(...) se requiere un fundamento fuerte y verosímil, tema que necesariamente el sistema jurídico y el subsistema procesal penal se encargan de resaltar, al estimar que los principios que sustentan las medidas cautelares son: el de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y de proporcionalidad. La congruencia de cómo estos postulados esenciales al nuevo proceso penal se conjugan, se presenta en la presencia de tres subprincipios: a) El de adecuación o idoneidad de los medios; b) El de necesidad y c) Proporcionalidad en sentido restrictivo. Los tres operan copulativamente, esto es, que para los efectos que se requiera su concurrencia, deben asistir en forma conjunta. El primero se refiere a la adecuación de los medios respecto del o de los fines a conseguir, lo que excluye cualquier medio que no sea conducente al fin legítimo perseguido. De esta manera, cualquier norma jurídica restrictiva debe ser idónea a la finalidad constitucional que se busca concretar; si la norma contraviene fines o valores expresos implícitos en el texto constitucional, será inconstitucional e ilegítima.

El subprincipio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho y no sea posible de ser sustituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. En el fondo la exigibilidad es que la norma jurídica emanada del legislador sea imprescindible para asegurar la vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico constitucional, debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa posible, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las

ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de la medida versus los resultados que serán alcanzados, en otras palabras, ponderar las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados." (Sentencia Corte Suprema, de 4 de agosto de 2009, Rol 5043-2009);

V.- PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

DUODÉCIMO: Que, asimismo, sobre la culpabilidad éste órgano se ha pronunciado de manera reiterada en orden a qué significa, al expresar: "DECIMOQUINTO: Que, siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional, el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, al decir que **"la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal"**, está consolidando el principio de **"dignidad humana"**, en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión **"Principio de Culpabilidad"** pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuestos de **la pena**, que pueda "culpase" a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, sólo es "culpable" quien no es "inocente", y la enervación de la "presunción de inocencia" - una garantía constitucional fundamental proclamada en el artículo 19, N° 3°, incisos octavo y final, de la Constitución - requiere la prueba de la "culpabilidad" del imputado, que en este sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En Derecho Penal material el principio de culpabilidad tiene un sentido más restringido, puesto que no se refiere a la

necesidad de la lesión típica, pero en su sentido amplio comprende diversas exigencias que condicionan la posibilidad de "culpar" a alguien de dicha lesión. (**Santiago Mir Puig**, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 3011, págs.125-126) (STC roles N°s 2744 y STC 2954).

En resumen, "el principio de culpabilidad" tiene un alcance limitador, en la dirección de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten "culpar", esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto de delito" (STC Rol N° 2744; STC Rol N° 2953 y STC Rol N° 2954);

DECIMOTERCERO: Que, la doctrina ha explicitado: "lo que prohíbe el principio constitucional -de culpabilidad- es que el legislador se adelante a presumir de derecho la responsabilidad y con ello impida al imputado o procesado demostrar su inocencia por los medios de prueba que le franquea la ley, y que, consecuentemente, se altere el peso de la prueba, liberándose de ésta al autor, de modo que se convierta en incontrarrestable el juicio de reproche que supone la declaración de culpabilidad" (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 160).

Por otro lado, el principio de culpabilidad establece un límite -un máximo y un mínimo- para la imposición de la pena. En resumen, la culpabilidad es base y límite, y con arreglo a tal límite el juez es el único que puede imponer una pena si el autor del injusto es un agente culpable o en sentido contrario: es inocente. El grado de culpabilidad, adosado a la lesividad de la conducta, reflejado en el marco penal dentro del cual el juez se mueve luego de establecer la

responsabilidad penal al seleccionar la cuantía exacta de la pena (**determinación legal y judicial de la pena**);

VI.- INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

DECIMOCUARTO: Que la individualización de la pena es la última fase a considerar en la determinación judicial de la sanción, teniendo gran aplicación en la elección del grado y quantum de la pena, donde el artículo 69 del Código Penal señala dos criterios que debe considerar el juez para decidir la extensión exacta dentro de un grado de la pena. La disposición en comento considera una mayor o menor extensión del mal producido por el delito y agrega, nuevamente, las circunstancias atenuantes y agravantes que han de incidir en la pena final;

DECIMOQUINTO: Que, en efecto, las dudas surgen respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes, pues en general en la consideración del mal causado se ponderan los efectos accesorios al injusto, como el perjuicio ocasionado a la víctima o a los herederos. También puede surgir la duda sobre una posible infracción al "*non bis in ídem*", en aquellos casos en que la vulneración afecta un mismo hecho o elemento relacionado con el mismo, produciendo como efecto el agravamiento de la pena. Otro factor de incidencia dice relación con el *quantum* de la pena, afectándose en cierto sentido el fundamento y sentido de la misma, sobre todo en los aspectos de merecimiento y necesidad de la sanción.

En la doctrina española **Santiago Mir Puig**, habla de los principios limitadores del *ius puniendi* y de la pena en particular, al establecer que el principio de proporcionalidad es el verdadero límite constitucional, del cual derivan principios como la protección exclusiva de bienes jurídicos como objetivo constitucionalmente legítimo, la idoneidad de la intervención penal, la necesidad de la intervención penal, la proporcionalidad

en sentido estricto, el principio de culpabilidad, el principio de humanidad y el principio de resocialización;

DECIMOSEXTO: Que el principio de resocialización lo funda el autor citado -Mir Puig- en los siguientes términos: "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados". Este criterio es compatible con prevenciones generales y especiales, tal como lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional español en diversas sentencias (SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 24 de febrero; 150/1991, de 4 de julio, y la Sentencia del Pleno del TC 120/2000, de 10 de mayo);

VII.- PRINCIPIOS LIMITADORES DE LA PENA.

DECIMOSÉPTIMO: Que, como se señaló, resultan limitadores de la pena los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes penales o de ofensividad, de intervención mínima o *ultima ratio*, de proporcionalidad, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva y de humanidad. En resumen, estos principios rescatan dos grandes pilares en materia de teoría de la pena que son los **principios de merecimiento y necesidad de la pena**. Se entiende por principio de legalidad la imposición de pena sustentada únicamente en una ley previa que establezca la sanción, constituyendo una garantía constitucional (artículo 19º, Nº 3º, incisos séptimo y octavo, de la Constitución), que constituye un límite para el legislador y el juzgador. El alcance de este principio es que el Principio de Legalidad, básico en el ordenamiento jurídico penal, garantiza que sólo la ley, de alcance general y abstracto, puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito, estableciendo a la vez la pena que le corresponde al infractor, instituyéndose al efecto el principio de

"nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali" que, como garantía penal, se consagra en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19°, N° 3°, inciso séptimo, al definir que: "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...", máxima que la doctrina unánimemente refiere tanto a la descripción típica del hecho ilícito como a la sanción que de manera estricta se señale al respecto de un determinado ilícito, para evitar, por supuesto, tanto la interpretación extensiva del precepto como asimismo utilizar la analogía; (...)" (SCS de 20 de abril de 2005, Rol 5990-2004).

El "principio de ofensividad" o de "exclusiva protección de bienes penales" se explica como la intervención del Derecho Penal frente a conductas especialmente lesivas o dañosas, que perturban o alteran en forma grave ciertas situaciones valoradas por ser fundamentales a la convivencia social. La lesividad surge con la realización de un injusto penal, esto es ante una conducta típica y antijurídica.

El "principio de intervención mínima" o "última ratio" implica por su parte, que la utilización de la herramienta penal actúa en subsidio, cuando las demás sanciones fallen. La pena procede cuando no existan otras sanciones adecuadas y siempre que la pena sea necesaria para preservar el orden social.

El "principio de proporcionalidad" en relación a la sanción penal, una de las formas de reacción del Estado ante el delito, debe ser proporcional al hecho injusto cometido y el grado de reprochabilidad que le cabe al agente se expresa en que la pena ha de ser proporcional al injusto culpable.

El "principio de culpabilidad" es vinculante a la regla del necesario juicio de reproche que cabe realizar al autor del injusto, en cuanto es posible imputarle personalmente tal conducta como suya. Sin perjuicio de

que se discuten su configuración y exigencias, se entiende en general que supone una capacidad suficiente para comprender el carácter ilícito de su conducta y determinarse conforme a tal comprensión, y que en concreto se haya determinado a infringir la norma, que le era exigible cumplir.

Por su lado, el "principio de responsabilidad subjetiva" exige un nexo subjetivo entre el autor y su conducta, que prohíbe la responsabilidad objetiva en materia penal. El vínculo entre culpabilidad y responsabilidad objetiva implica afirmar si un sujeto es culpable o inocente, por lo tanto es un juicio subjetivo, en cuanto se dirige al sujeto por su integración subjetiva, al examinar capacidades y condiciones personales que permiten la atribución total del hecho como propio. La imputación personal se deriva de este juicio de culpabilidad o reproche, el cual incorpora por naturaleza elementos subjetivos.

Por último, el "**principio de humanidad**" significa que la **dignidad humana** impone límites a la acción del Estado, lo cual proviene de la consideración del sujeto receptor, normalmente la persona humana, a la cual se impone una sanción. Aun los sujetos condenados a una pena tienen derechos que han de respetarse. Su base constitucional está en el artículo 19, N° 1°, inciso tercero, de la Carta Fundamental (definiciones bosquejadas a partir del libro "Manual práctico de aplicación de la pena", autores Tatiana Vargas Pinto en colaboración de Rodrigo Guerra Espinosa, Edit. Thomson Reuters, 2014, p. 28 y ss.);

DECIMOCTAVO: Que ha dicho este Tribunal: "Que afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de

que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19, N°1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano." (Tatiana Vargas Pinto, op. cit. p.29);

DECIMONOVENO: Que en la doctrina nacional Juan Bustos Ramírez ha insinuado la necesidad -siguiendo en esto a Franco Bricola- de que el delito sea "idóneo para ofender un valor constitucionalmente significativo, y por ello está amenazado por una pena proporcionada también a la significación del valor tutelado y estructuralmente caracterizado por el teleologismo atribuido a la sanción penal". De esta forma, el ilícito penal surge justamente a través de la compleja normativa constitucional que se refiere a la materia penal. Dentro de la cual hay que considerar que para la Constitución, la libertad personal tiene un valor preeminente y, por lo tanto, cualquier limitación a ella ha de considerarse como *extrema ratio*. En consecuencia, la sanción penal sólo puede adoptarse si el bien lesionado por la acción criminal tiene un valor semejante al sacrificado, esto es, la libertad personal; en otros términos, esto implica que el ilícito penal ha de concretarse en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante." (Juan Bustos Ramírez, Introducción al derecho penal, Edit. Ediar-ConoSur Ltda., Chile, 1989, p. 203);

VIGÉSIMO: Que, por su parte, Bricola explica que la norma constitucional resulta significativa para la

caracterización del delito como hecho lesivo de un valor constitucional relevante, lo cual implica que la ley penal no puede crear intereses, ellos están ya previstos en la Constitución; por otra parte, la pena, en cuanto **reeducativa**, ha de entenderse en el sentido que debe producir o reactivar en el sujeto la sensibilidad hacia los valores constitucionales, y de ahí que éste haya de poder continuar en el goce de todos sus derechos constitucionales, con excepción de aquellos que necesariamente deban ser afectados para posibilitar la ejecución de la pena. Además, hay una consecuencia limitativa respecto del legislador penal, en el sentido que no puede adoptar sanciones sino sólo para hechos lesivos de valores constitucionales. (**Franco Bricola**, Teoría general del delito, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p.18 y ss.);

VIII.- FIN DE LA REINSERCIÓN DE TODA PENA. EL PRINCIPIO HUMANITARIO.

VIGESIMOPRIMERO: Que el Estado Democrático justifica la intervención penal en la medida que la pena cumpla sus fines tales como la retribución, prevención general positiva, resocialización, etc.

Las penas alternativas tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, su reinserción social y no reincidencia.

No se trata de un "beneficio" otorgado al condenado, sino de una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad, pudiendo ser revocada en el evento de ser incumplida.

La Ley N° 20.603 reforzó el carácter punitivo de las medidas establecidas en la Ley N° 18.216, eliminando su

denominación de alternativas para denominarlas **"penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad"**.

En dicho sentido, la morfología, disciplina que estudia las palabras desde la perspectiva de sus formas y su formación, como un componente particular en el sistema lingüístico, o facultades del lenguaje, nos lleva necesariamente a establecer que el vocablo **"sustituir"** según el Diccionario de la Lengua, al cual debemos remitirnos de acuerdo con el precepto del artículo 20 del Código Civil, y en la acepción que interesa a la materia, significa *"poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa"*. De esta manera el hecho de la utilización en la Ley N° 18.216, en su epígrafe de la oración **"ESTABLECE PENAS QUE INDICA COMO SUSTITUTIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD,** nomenclatura además consignada en el N° 1 del artículo 1°, de la Ley N°20.603, publicada en el Diario Oficial de 27 de junio de 2012, que modificó el concepto de medidas **"alternativas"** por **"sustitutivas"**, obviamente debe ser comprensivo de la noción de que estamos en presencia de una nueva manera o forma de penalización;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, a su turno, la modificación introducida por la Ley N° 20.813 constituye un sistema regresivo en relación a los objetivos de reinserción social y rehabilitación perseguidos por la Ley N° 20.603, sin mediar ningún estudio acerca de los resultados de esta ley en vigencia desde diciembre de 2013. (**Rodrigo Cerda San Martín,** Segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia N°20.931, Edit. Librotecnia, 2016, Santiago de Chile);

VIGESIMOTERCERO: Que el artículo 1° de la Constitución se extiende sin duda a la persona condenada, quien goza de los mismos derechos que las demás personas, con excepción de aquellos de los cuales fue privada

mediante la sentencia condenatoria. El poder del Estado tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La aplicación de las penas sustitutivas no es sinónimo de impunidad. Tienen el **carácter de pena**, con una intensidad importante como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva.

Este tipo de pena favorece la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas.

El *ius puniendi* y las penas privativas de libertad están reservados para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia (carácter fragmentario del Derecho Penal).

Lo anterior limita al legislador en el uso de las penas de privación de libertad de manera desmedida;

VIGESIMOCUARTO: Que no es posible compartir el criterio de los autores nacionales Matus y Ramírez en el sentido de que “la pena privativa de libertad de todos modos funciona en la realidad y está concebida normativamente como una medida de aseguramiento del condenado, incapacitándole para volver a cometer personalmente delitos por un tiempo determinado en el medio libre, mediante su exclusión de la vida social” (Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del Derecho penal positivo, **Jean Piere Matus** y **María Cecilia Ramírez**, Edit. Thomson Reuters, 2015, Tercera Edición, Santiago de Chile, p. 315), puesto que, en virtud del “principio de proporcionalidad”, la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de

reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena.

Históricamente los sistemas de prisión no han sido capaces de lograr la rehabilitación de las personas sujetas a régimen carcelario. Las penas sustitutivas en cambio, constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública;

VIGESIMOQUINTO: Que el "humanismo (**Principio de Humanidad**) como corriente que intenta preservar las cualidades esenciales del hombre ha dejado su huella mucho más allá del marco penitenciario y ha inspirado numerosos pasajes de los modelos contemporáneos de la política criminal. La desaparición de las penas corporales, de la cadena perpetua y de la pena capital, así como los límites máximos de la duración de las penas y la paulatina disminución de éstas responde esencialmente a razones humanitarias" (**Borja Mapelli Caffarena**, Las consecuencias jurídicas del delito, Ed. Thomson y Civitas, Cuarta Edición, Navarra, España, 2005, p. 41), por lo que debe vincularse con el **principio pro hominis** que informa todo el sistema constitucional chileno, asentado en el respeto de la dignidad humana: asimismo, en relación con el problema de los límites en la aplicación de la sanción penal existe la posibilidad de excederse y cuando es el Estado quien tiene la potestad del ius puniendi, deben evitarse los excesos;

VIGESIMOSEXTO: Que la pena es básicamente privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, impuesta por el Estado en respuesta a la conducta delictiva.

Estas medidas no buscan infligir el mal por sí mismo, cualquiera sea su fin o función, sino que se busca otro efecto distinto del mero sufrimiento, básicamente la

seguridad, la corrección de conductas y un orden en determinado ámbito de la organización social, limitados por principios, valores y conductas que restringen la opción de privar de libertad a un ser humano, a menos que sea estrictamente necesario.

IX.- DISCRECIONALIDAD RELATIVA DEL LEGISLADOR EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS.

VIGESIMOSÉPTIMO: Que es una circunstancia pacífica que el legislador tiene discrecionalidad para determinar penas, en la medida que respete los límites que le fija para ese procedimiento la misma Carta Fundamental. Es así, que el Código Penal regula los tipos de pena, su clasificación y su aplicación, además de asignar penas a los delitos que configura (STC Rol N°1328-09, c.13). Sin embargo, es una discrecionalidad relativa, que el propio constituyente a través de la pena como institución jurídica, para el Derecho chileno cabe proponer en un sentido de: "pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuesta según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme al individuo que esta declara responsable de un delito. El contenido coactivo de la pena reside en una pérdida o limitación de bienes jurídicos." (**José Luis Guzmán Dalbora**, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p.41);

VIGESIMOCTAVO: Que, el enfoque desde la perspectiva vulneratoria de bienes jurídicos por la sanción punitiva implica -de manera funcional- la caracterización e individualización de la pena, lo cual conlleva fijar parámetros o delimitaciones dentro del propio sistema penal chileno que aparecen representadas por la igualdad ante la ley llevada al terreno de las penas. De este modo, el precepto constitucional del artículo 19°, N°2° impide cualquier discriminación política y jurídica entre

los individuos. Se ha de procurar, pues, que el precepto constitucional sobre la igualdad llegue hasta sus últimas y obligadas consecuencias, para que las puniciones sean irrogadas de guisa que sus efectos iguallen también a los hombres según sus disímiles condicionalidades empíricas, especialmente las que atañen a su sexo, edad y medios económicos. (**Guzmán Dalbora, José Luis**, op.cit., p.49).

Por su parte, el artículo 19°, N°3°, de la Constitución Política señala que la pena ha de estar concebida para regir las ocurrencias delictuosas anteriores a la fecha de publicación de la ley, salvo que ésta innove en un sentido benigno la punición hasta ella vigente, en cuyo caso deberá ser aplicada con efecto retroactivo. En la determinación concreta por el juez al que por lo mismo apremia a dejar un campo **que le permita graduarlas y establecer su modalidad de cumplimiento**, de acuerdo con la precisa gravedad objetiva y subjetiva del delito sometido a su cognición. De esta manera cabe sostener que la **garantía de legalidad en la ejecución**, conlleva que los requerimientos constitucionales no vulneren por parte del legislador la falta de una "relativa discrecionalidad" por el órgano ejecutor de las penas, en otras palabras que el sentenciador requiere de la presencia de un margen de individualización de la pena en la determinación concreta del castigo.

También, está presente el principio de personalidad o de individualidad, cuyo contenido fija como exigencia, la exclusión de formas aberrantes de imputación y que opere la responsabilidad objetiva. En relación a la individualidad de las penas el precitado técnico de ese principio relevante, por demás de consagración constitucional, es su presencia en el de dignidad humana. De darse esta hipótesis, la "personalidad humana" sería en realidad degradada a mero medio para un fin social, degradación inadmisible en un sistema constitucional

basado en el reconocimiento de los derechos inviolables del hombre y del ciudadano;

VIGESIMONOVENO: Que, igualmente, en concordancia con el principio de proporcionalidad cabe observar que el Código Penal chileno, en su redacción original, estaba embebido de un equilibrio entre pena y gravedad del delito en particular, en una armonía axiológica, lo cual en lo concerniente a la judicatura, su efecto aparece en la determinación de la pena por los jueces, concretando, ajustando y aplicando a la peculiaridad de un caso criminal la previsión penal que la ley señala en abstracto para todos los de la misma categoría delictuosa, lo cual no puede ser en aras de una mayor punición romper el equilibrio lógico y racional que establece el sistema de penas estatuido en el propio Código Penal, pues en caso contrario se vulneraría el mandato constitucional de la proporcionalidad en el caso concreto, con la eliminación de aquellas facultades propias del sentenciador en la individualización de la pena;

TRIGÉSIMO: Que, en el caso concreto, la limitación que imponen los preceptos del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N°18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, incumple el principio de igualdad ante la ley, así como el principio de legalidad penal, consagrados constitucionalmente;

TRIGESIMOPRIMERO: Que los principios de dignidad, igualdad y proporcionalidad que consagra nuestro sistema constitucional, exigen del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y constituye entonces un deber del legislador velar, tanto por la protección de la sociedad en general como los derechos de los infractores, mediante la imposición de penas razonables, idóneas y

proporcionales, a objeto de obtener su reinserción social, que, en el caso concreto, así como permitan la aplicación de una pena justa que no renuncie a su objetivo esencial de propender tanto a la prevención general del delito como a su prevención particular, objetivos que no se vislumbran en el cumplimiento efectivo de una pena de restricción total de la libertad de una persona que no tiene antecedentes penales y cuyas posibilidades de reinserción se verán más bien dificultadas con la aplicación al caso concreto de las normas denunciadas.

De esta forma, solo se aviene con los derechos esenciales del requirente, la imposición de una sanción que efectivamente propenda a su resocialización, menos lesiva de su dignidad humana y que equilibra las funciones y objetivos de las penas;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, asimismo, "el Estado de derecho constitucional crea ciertamente una racionalidad legislativa en su plano más elevado, la Constitución, pero, como hemos visto, ella repercute escasamente sobre el legislador, ejerciendo sus efectos especialmente en la aplicación del derecho, con el fenómeno de la judicialización. Aún a riesgo de repetir algo de lo ya señalado; conviene recordar que la consolidación del positivismo jurídico sentó las bases de una determinada manera de acercarse científicamente al derecho penal: hay que partir del derecho puesto, del derecho ya dado, mientras que la creación del derecho se deja en manos de un legislador a que en buena medida no se le plantean exigencias de racionalidad, exigencias que se reconducen a la aplicación del derecho. La doctrina penal reacciona a esta situación de manera defensiva, no cuestionando la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino intentando contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del derecho, lo que implica dedicarse a

racionalizar el derecho ya existente, considerado intocable.” (José Luis Diez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, Edit. Trotta, Madrid, 2013, p.101);

TRIGESIMOTERCERO: Que, por último, reafirma el pensamiento anterior la noción de “la racionalidad pragmática, la que tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica (fines de la pena) a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance correspondiente de la decisión legislativa. Ello implica, en el ámbito jurídico penal, asegurar lo más posible una respuesta positiva a una serie de exigencias mutuamente entrelazadas planteadas a la norma: que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser cumplidos, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la aplicación coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa; la pregunta se extiende desde la persecución policial hasta la ejecución de la sanción pasando por la activación de la administración de justicia.” (Diez Repollés, José Luis, op.cit.p.95);

X.- CONTEXTO CONSTITUCIONAL.

TRIGESIMOCUARTO: Que a partir de la década del ochenta del siglo pasado y a raíz de un pronunciamiento del Consejo Constitucional francés (decisión de 22 de julio de 1997) y tratándose de la aplicación de un principio constitucional de no retroactividad, se expresa sobre la legitimidad de las penas, ante lo cual el juez constitucional afirma que “la apreciación de esta culpabilidad no puede, en conformidad al principio de la no retroactividad de la ley penal más severa, ser efectuada más que en observancia de la legislación vigente a la fecha de los hechos”. En efecto, el Consejo

Constitucional proclama que "el legislador está por tanto claramente, en la especie, sujeto al respeto del principio de la no retroactividad tratándose de leyes penales más severas. Está, por el contrario, invitado a aplicar el principio de retroactividad cuando se trata de leyes penales más favorables (Revista chilena de Derecho, Vol.26/Nº2, abril/junio 1999, La constitucionalización del Derecho penal y del Procedimiento penal. Hacia un derecho constitucional penal, Louis Favoreu, p.219-322);

TRIGESIMOQUINTO: Que, la conjunción del derecho constitucional y el derecho penal, en una búsqueda por parte de la jurisprudencia de los tribunales judiciales auxilia con numerosos casos, una dinámica de desarrollo, tanto en Alemania e Italia, en un sentido que el derecho constitucional penal se vincula a aspectos normativos, a modo de ejemplo en la citada no retroactividad de las leyes penales más severas, en la aplicación inmediata de leyes penales más favorables: la retroactividad in mitius, la proporcionalidad y necesidad de las penas, la presunción de inocencia, la igualdad ante la ley penal, la libertad individual, los controles y verificaciones de identidad y las pesquisas domiciliarias y registro, como en muchas otras materias. Sin embargo, en cuanto al valor constitucional del principio de la individualización de las penas, principio fundamental reconocido por las leyes de la República no pueden obviarse, tomando en consideración que el propio constituyente estableció la legalidad de las penas en el artículo 19, Nº3º, incisos octavo y noveno, de la Carta Fundamental, precepto que lleva implícito en congruencia con el artículo 76 constitucional el rol individualizador de la pena funcional operada por el juez natural;

TRIGESIMOSEXTO: Que ante el fenómeno de la constitucionalización del derecho penal, interpretar los preceptos constitucionales a partir de criterios

sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales, dando especial relevancia, en particular a la referencia al bien jurídico-penal, permite concebir el objeto de protección concreto de cada uno de los preceptos en relación con el bien jurídico protegido, y en materia de pena se requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. La punición sólo es posible cuando la necesidad de la pena dice relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena;

XI. MOTIVACIONES PARA ACOGER LA PRIMERA IMPUGNACIÓN.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que la individualización judicial de la pena es la adecuación de ésta a las condiciones del sujeto sobre quien recae, por estimarse que sólo de esa forma puede la pena, como entidad, cumplir su finalidad reeducadora y correctiva.

No debemos olvidar que el legislador realiza un juicio de valor-disvalor sobre el derecho ofendido. En cambio, la individualización judicial, por su parte, consiste en adecuar la pena a cada figura delictiva básica, y después la mitiga o agrava según la racionalización o compensación racional prevista en los artículos 65 a 69 del Código Penal;

TRIGESIMOCTAVO: Que, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, los criterios de individualización de la pena deben someterse también a un juicio de proporcionalidad en concreto, es decir, determinar si la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro del marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Se trata, por tanto, de la apreciación de las circunstancias

concretas que permiten considerar la gravedad del hecho delictivo y, por tanto, aplicar la pena conforme a esta gravedad. La pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito completo que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado;

TRIGESIMONOVENO: Que, en el caso concreto, y sin perjuicio de la legitimidad del fin perseguido, las restricciones impuestas para la determinación de la pena no sólo no guardan proporción con el fin perseguido, sino que, igualmente, nada señala o explícita que dicha medida restrictiva favorezca directamente la seguridad ciudadana, esto es, la protección de los derechos fundamentales de las personas, a través de acciones preventivas y represivas de la criminalidad;

CUADRAGÉSIMO: Que el establecimiento del sistema de penas aplicables luego de acreditarse el hecho punible y la participación del imputado, no puede estar separado del sistema penal general, en tanto ambos forman parte del *ius puniendi* estatal. Esto quiere decir que el Derecho penal no tiene una teoría de la pena que le sea propia, aunque parezca asombroso. A veces la pide prestada al Derecho administrativo y en otras ocasiones al Derecho civil, sin perjuicio de combinaciones que por lo general llevan a producir un discurso penal que se identifica con el discurso de coerción tutelar;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que en nuestro país se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el *ius puniendi* estatal, sino que también proscribe el uso abusivo de la potestad punitiva;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, en el mismo sentido, cabe considerar que el fin de la pena al castigar estos ilícitos es el uso del arma, o a lo menos que exista un peligro real e inminente que dicho uso implicará una

vulneración de un bien jurídico protegido o un peligro concreto de que dicho uso este asociado a la comisión de un ilícito, circunstancias todas ellas que llevan a que a partir de la historia fidedigna de la ley impliquen, en criterio de alguno de nosotros, un elemento gravitante en la punibilidad de la acción;

CUADRAGESIMOTERCERO: Que es del caso, ponderar que el principio de humanidad, derivado de la dignidad humana, es un presupuesto del principio de proporcionalidad, y este último permite concretar las consecuencias de aquella en relación con las penas asociadas a la comisión de un delito. Es más, tanto el reconocimiento o aceptación social de tales principios, expresión del carácter democrático del Estado, además de contribuir a su fundamentación, comporta que su vigencia y afirmación simbólica desplieguen un efecto preventivo general de carácter positivo y, tengan un significado utilitarista, además del fundamento axiológico de los principios antes referidos;

CUADRAGESIMOCUARTO: Que en relación a la resocialización como un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento, a partir del propio artículo 1º de la Constitución al establecer el principio de la dignidad de la persona, también, en segundo término no pueden excluirse los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventiva general. Criterio que recoge la opinión de Claus Roxin. (Tratado de Derecho Penal, 4 Edición, Madrid, 2006, §3, nm 41);

CUADRAGESIMOQUINTO: Que por su parte en el ámbito de la suspensión de la ejecución y prevención de la pena como limitación significativa de su eficacia preventiva general, en la medida en que limita la expresión del

desvalor que la mayoría atribuye al delito cometido y la correspondiente afirmación de los valores y principios que se asocian al Derecho penal de un estado de derecho, la inexistencia de un riesgo claro y significativo, tanto de su reiteración como de una efectiva afectación de bienes jurídicos, lleva aparejado la infracción al principio de proporcionalidad. No obstante lo razonado, la relevancia de la gravedad del delito cometido tiene un efecto concomitante o confluyente con la determinación de la duración de la pena, y la necesidad de valorar también este dato al decidir sobre la suspensión de su ejecución;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que la ausencia de peligrosidad criminal del sujeto pasará a ser relevante para determinar las condiciones de cumplimiento de la pena, obviamente de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penitenciaria respectiva. Por ello, resulta indispensable asociar los efectos criminógenos a la ejecución de la pena, en principio, el saldo preventivo global de las distintas alternativas y, en su caso, el principio de proporcionalidad que justificará la suspensión;

XII. CONCLUSIONES.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que, refleja un tema de relevancia constitucional el análisis que se ha efectuado sobre la entidad, naturaleza y modalidad que ha adquirido la sustitución de una pena original por otra en el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en la medida que dicha disposición legal restringe considerablemente la operación de la individualización de la pena por parte del sentenciador, produciendo la conjunción de dos enunciados, uno de los cuales es la negación del otro, generándose una contradicción que vía interpretación no resulta posible obviar, razón por la cual debe **acogerse** la posición expuesta por la requirente, sólo en lo que refiere a la **primera**

impugnación formulada, en la forma que se señala en la parte resolutive de esta sentencia.

SE DECIDE:

I. QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE EN LA GESTIÓN PENDIENTE, EL ARTÍCULO 1º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 18.216.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 51, OFICIÁNDOSE AL EFECTO.

A.2. CONSIDERACIONES POR ACOGER (VOTO PARTICULAR).

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán también estuvo por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, en lo que respecta al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, pero sólo por las consideraciones que se exponen a continuación:

1º. Que, siguiendo lo razonado por este Tribunal Constitucional en las STC Roles N°s 2995, 3053, 3127, 3149, 3172, 3173, 3174, 3177, 3185, 3187 y 3198, la exclusión total del delito de los beneficios de la Ley 18.216, vulnera el estándar de racionalidad y justicia garantizado en los artículos 19, N°s 3º (inciso sexto) y 2º de la Constitución.

2°. Que, una manifestación de dicho estándar es el principio de proporcionalidad de las penas, en virtud del cual la severidad de éstas debe estar relacionada con la gravedad del delito y/o de la conducta delictiva.

En las sentencias ya enunciadas, esta Magistratura estimó que cualquiera sea el medio que el legislador utilice para incrementar la punición de una conducta delictiva, éste no puede prescindir de la gravedad del delito expresado a través del quantum de la pena. En efecto, lo que determina la gravedad de un ilícito no es la naturaleza del delito. Dicho parámetro es una medida sólo intuitiva para apreciar qué tan grave es éste. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es el quantum de la pena.

3°. Que, en consecuencia, siguiendo esa línea argumental, dicho parámetro tiene sustento en la Constitución, así como en el Código Penal y en la misma Ley N°18.216. Ilustrativo de lo primero son aquellas disposiciones constitucionales que establecen efectos negativos mayores (como ocurre con la suspensión del derecho de sufragio o la pérdida de la ciudadanía) cuando la pena en abstracto sobrepasa el umbral de "pena aflictiva", es decir, condenas privativas de libertad desde tres años y un día en adelante. El Código Penal también reconoce expresamente que "*(l)os delitos, atendida su gravedad, se dividen crímenes, simples delitos y faltas (...)*" (Artículo 3°, en relación con el 21), lo cual, en último término, se traduce en un quantum o tiempo de duración de la pena en abstracto (artículo 56). Y, a mayor abundamiento, la misma Ley N°18.216 distingue la procedencia de diferentes penas sustitutivas recurriendo, como criterio ineludible, al quantum de la pena concreta (reflejo, a su vez, de la pena abstracta ajustada - en términos simples - por el grado de culpabilidad del responsable). No se trata de una

proporcionalidad matemática (algo inviable), pero sí de un escalonamiento de rangos en que es posible distinguir un patrón general de proporcionalidad.

4°. Que, así, del examen cuantitativo en virtud del cual se compara el delito atribuido al requirente con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad es posible advertir una sustancial desproporción. En efecto, el quantum de su penalidad abstracta y concreta es muy menor en consideración a los otros, lo que configura una situación de irracionalidad y desproporción incompatible con la Constitución.

B.1. CONSIDERACIONES POR RECHAZAR (DISIDENCIA).

Los Ministros señor Carlos Carmona Santander (Presidente), señora Marisol Peña Torres y, señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido, en cuanto a la impugnación formulada al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, por las siguientes consideraciones:

1°. Que, la primera norma impugnada por la requirente, acogida por el voto de mayoría, dispone lo siguiente:

"Artículo 1º de la Ley N° 18.216.- "La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.

d) *Libertad vigilada intensiva.*

e) *Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*

f) *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley Nº17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley Nº17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.”;

I. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

2º. Que, en relación con el impedimento de acceso a las penas sustitutivas sostendremos los siguientes criterios interpretativos. Primero, la política criminal la fija el legislador dentro de los límites constitucionales. Segundo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas. Tercero, el control de armas es una finalidad reconocida en la Constitución en el ámbito de la seguridad pública. Cuarto, no existe en nuestro ordenamiento un derecho subjetivo de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva. Quinto, no se puede impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal y sexto, no hay un juicio de igualdad o un trato discriminatorio propiamente tal;

II. LA INTERDICCIÓN DE LA PENA SUSTITUTIVA.

1. La política criminal la fija el legislador dentro de los límites de la Constitución.

3°. Que la determinación de la política criminal es una materia de competencia del legislador, no sólo por cuestiones formales, ya que está atribuida directamente por la Constitución a éste, como una de las materias de ley, tanto en la determinación de las reglas penales como procesales penales (artículo 63, numeral 3°, de la Constitución). Sino que también por cuestiones sustantivas ya que la intervención del legislador es el mecanismo de garantía normativa que permitió salir de la discrecionalidad administrativa en la configuración del injusto punitivo en una sociedad;

4°. Que, por lo mismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el establecimiento de penas y sus modalidades es competencia del legislador, y que a esta Magistratura solo le compete "cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano." (STC 786 c. 30°);

5°. Que, en esa línea, el legislador tiene libertad para proteger los bienes jurídicos que estime convenientes, teniendo alguno de estos bienes reconocimiento constitucional y otros de libre determinación normativa. Así, por ejemplo, puede lograr dichas garantías jurídicas de protección estableciendo

"penas principales, penas accesorias, penas penales junto a sanciones administrativas o consecuencias no penales derivadas o anudadas a una pena penal." (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2402, considerando 23°);

6°. Que dentro de esa libertad limitada por normas constitucionales, el legislador puede proteger bienes jurídicos de peligro abstracto que revelen un principio de lesividad que lo justifique y que debe ser resuelto por el juez de fondo. Es así como en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 739 se sostuvo que "las limitaciones impuestas por el derecho penal a los derechos esenciales derivan de su necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes. No se establecen para castigar la mera desobediencia del ordenamiento jurídico, sino que deben ser idóneas para la finalidad de protección referida.

El principio de la lesividad - que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política - deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad." (c. 15°). Sin embargo, la protección del orden y la seguridad públicos constituye un bien jurídico de carácter colectivo, cuya abstracción dificulta su prueba.

En la sociedad contemporánea dicho bien es reconocido como un valor esencial para la estabilidad del régimen democrático y condición insoslayable del progreso económico y social, lo que justifica sancionar su transgresión en etapas preliminares del desarrollo del delito. Su importancia se insinúa en cuanto las Bases de la Institucionalidad, establecidas en el Capítulo I de la Constitución, imponen al Estado el deber de resguardar la

seguridad nacional y dar protección a la población, y se refrenda por la prohibición taxativa de las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. [...] Que la aplicación irrestricta de la tesis esbozada en el considerando décimo quinto, puede invalidar la norma que sanciona un delito como el de asociación ilícita - por ser de peligro abstracto - y conducir paradójicamente a desproteger bienes jurídicos de suyo importantes para la sociedad y el orden constitucional. Por el contrario, interpretar el precepto guiándose por la presunción de legitimidad que emana de los actos del legislador, concordándola con los principios y valores constitucionales, parece razonable y coherente con la protección del orden público y el recto ejercicio del derecho de asociación que la Constitución consagra. (c. 16° y 17°);

7°. Que bajo este criterio, al Tribunal Constitucional le han parecido plausibles variadas decisiones sobre política criminal. Así, por ejemplo, pronunciándose sobre la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, que en delitos contra la propiedad equipara las penas del delito consumado a los delitos en grado de tentativa y frustrado, afirmó que “[s]in perjuicio de la importancia de la participación que les cabe a las instituciones jurisdiccionales en la aplicación de sus medidas, el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces, a excepción de la flexibilidad que la propia ley les otorgue para la fijación de las penas en cada caso concreto. Desde luego, la primacía del legislador para establecer la política criminal está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho positivo nacional e internacional. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como las condiciones de dignidad en que los condenados deben

cumplir sus penas, representan fronteras nítidas dentro de las cuales se puede mover el establecimiento de la política criminal en cualquier país o comunidad civilizada. Dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos. Así, puede justificarse la equiparidad de penas entre grados distintos de delitos, cumpliéndose con las exigencias de la legislación constitucional y penal cuyo análisis es materia de autos." (Rol N° 825 c. 9°, en el mismo sentido STC roles N°s 797 y 1328);

8°. Que, cabe en consecuencia, delimitar las fronteras constitucionales de la política criminal. Tal como lo ha indicado esta Magistratura, el legislador tiene primacía en la creación de política criminal, sujeto a algunos límites constitucionales. En primer lugar el respeto a la dignidad humana (art. 1) y a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales (art. 5), asimismo, la prohibición de todo apremio ilegítimo (art. 19 N° 1), el derecho a defensa jurídica y a ser asistido por un abogado defensor (art. 19 N° 3°, inciso 2° y 4°), el derecho a ser juzgado por un tribunal establecido por la ley (art. 19 N° 3°, inciso 5°), el derecho a una investigación y a un procedimiento racional y justo (art. 19 N° 3°, inciso 6°). Se prohíbe además la presunción de la responsabilidad penal (art. 19 N° 3°, inciso 7°), las penas deben haber sido establecidas por ley con anterioridad a la perpetración del delito, a menos que favorezca al afectado (art. 19 N° 3°, inciso 8°), y ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella (art. 19 N° 3°, inciso final). A esto puede agregarse que las medidas de allanamiento del hogar y las comunicaciones sólo pueden

prescribirse por ley (art. 19 N° 5°), que la privación de libertad procede sólo en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes (art. 19 N° 7°, letra b), que el arresto sólo procede por orden de funcionario expresamente facultado por la ley (art. 19 N° 7°, letra c), que nadie puede ser detenido sino en su casa o en lugares públicos destinados al efecto (art. 19 N° 7°, letra d). Del mismo modo, la libertad del imputado procede a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad (art. 19 N° 7°, letra e), en las causas criminales no se puede obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio (art. 19 N° 7°, letra f), no puede imponerse la pena de confiscación (art. 19 N° 7°, letra g), ni la pérdida de derechos previsionales (art. 19 N° 7°, letra h). Todos estos derechos y libertades, en el marco de su regulación no pueden ser afectados en su esencia (artículo 19, numeral 26° de la Constitución). Asimismo, la propia Constitución ordena penalizar el terrorismo (art. 9°) e impide ejercer derechos políticos a los que han sido condenados a pena aflictiva (arts. 16 y 17);

2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas.

9°. Que, sostuvimos -en el apartado anterior- que los límites de la política criminal estatal se fundan en el principio de la dignidad humana, en el consecuente humanitarismo penal, en el deber de promoción y respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sea que sean establecidos por la Constitución (artículos 19, numerales 1°, 7° y 26° de la Constitución) como por los tratados internacionales que estén vigentes

y ratificados en Chile. Por lo mismo, cabe examinar estas consideraciones en el orden externo;

10°. Que a nadie escapa la idea de que la privación de libertad constituye una de las medidas más gravosas que puede sufrir una persona. No solo por la privación de libertad misma sino que por la estigmatización que viene añadida a las penas penales y que, habitualmente, no está presente en las sanciones administrativas. Por lo mismo, los tratados internacionales establecen criterios objetivos, obligaciones estatales y finalidades de sentido a la pena de privación de libertad;

11°. Que en esa perspectiva el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", y del mismo modo, el número 3 del mismo artículo prescribe que "[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados." Por otro lado, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.";

12°. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que "[l]as sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita". Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones

descritas son contrarias a la "finalidad esencial" de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, "la reforma y la readaptación social de los condenados". Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas." (Caso Lori Berenson Mejía con Perú, 25 de noviembre de 2004, párr. 101);

13°. Que esta preocupación por la privación de libertad ha implicado que la comunidad internacional ponga el acento en las alternativas al cumplimiento de las penas sobre la base de criterios sustitutivos de la misma. En esa línea, respecto a las penas alternativas o sustitutivas, el sistema universal de derechos humanos ha reconocido las "Normas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad", mejor conocidas como Reglas de Tokio, establecen que "las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención" (regla 2.6). Asimismo, que "la introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la Ley" (regla 3.1). Y, por último, que "la selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas" (regla 3.2);

14°. Que para el sistema regional de derechos humanos están los Principios y Prácticas sobre Personas Privadas de Libertad en donde se especifican el uso de medidas alternativas o sustitutivas de la libertad en el punto III.4 bajo las siguientes consideraciones:

"4. Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad. Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos deberán

incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en la materia. Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia”;

15°. Que, podemos colegir que en este ámbito internacional de los derechos humanos, existe un reconocimiento de finalidades de la prisión, reclusión o privación de libertad de la que carece nuestro texto constitucional. Sin embargo, a objeto de configurar obligaciones en la imposición de penas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad se encarga de precisar elementos externos a la decisión estatal. Por una parte, sugiere actuar ciñéndose al principio de intervención mínima siendo resorte estatal definir el tipo de delitos que concluye en penas efectivas de cárcel y los que no. Por otro lado, que la determinación sobre la decisión privativa de libertad se base en criterios objetivos u objetivables que se refieran al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas. Finalmente, se propicia la disponibilidad de recursos para esta materia. En síntesis, no se deriva ningún derecho subjetivo a penas alternativas o sustitutivas de la libertad, sino que hay una identificación convencional de obligaciones estatales orientadas al desarrollo de finalidades que abarcan un conjunto amplio de titularidades (víctimas, victimarios, familias y la sociedad en general). En consecuencia, no se puede sostener un tipo de garantía a favor de los

condenados en causas penales a un derecho subjetivo a todo evento sobre una pena sustitutiva;

3. No existe un derecho constitucional de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva.

16°. Que las medidas alternativas a la prisión son aquellas que por su naturaleza "se caracterizan por ser otorgadas directamente por el delito cometido, las que generalmente se asignan en casos de delitos leves, por ejemplo, en la pena de multa en los casos en que se propone como sanción única sin que se haga referencia alguna a la pena privativa de libertad." [De la Jara, Daniela (2014): "Las medidas alternativas a la prisión en el contexto de un Estado Democrático de Derecho", Tesis de Grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 54]. En cambio, las penas sustitutivas son aquellas "que se caracterizan por reemplazar la pena privativa de libertad por otra pena bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y, que generalmente se contemplan para delitos que conllevan penas cortas de prisión, como por ejemplo, los casos de libertad vigilada y la remisión condicional de la pena." [Jara, Daniela, ob. cit., p. 54]. La creación de este tipo de medidas se funda en la visión deslegitimada de la pena privativa de libertad, y "pretende reducir el ámbito de actuación del sistema penal, y reforzar otras ramas del ordenamiento jurídico con el objeto de despojar a la pena privativa de libertad de su supremacía en el elenco de penas, desplazando el castigo corporal en pos de otros elementos que con mayor pertinencia permiten la construcción de verdaderas soluciones a los conflictos penales, como son: la prevención, la coacción y la restitución" [Jara, Daniela, ob. cit., p. 51-52]. En consecuencia, es perfectamente plausible que el legislador, basado en la imposición de

nuevas condiciones, pueda desalentar el uso de armas de fuego como prerrequisito para la concesión de una pena sustitutiva;

17°. Que, en síntesis, **la Constitución no establece un derecho subjetivo a una pena sustitutiva ya que no reconoce, ni siquiera, finalidades para las penas privativas de libertad.** Incluso emana de su concepción un cierto retribucionismo al advertir que "ningún delito se castigará..." (artículo 19, numeral 8°, inciso octavo de la Constitución). En tal sentido, el recurso al auxilio de la norma internacional de derechos humanos nos advierte que tales consideraciones punitivas deben servir a un propósito de "readaptación social" o "reforma" (artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Estas finalidades, en el marco del principio interpretativo pro - reo, admiten un conjunto de obligaciones estatales pero no pueden fundar un derecho individual y fundamental a alterar la condena mediante un régimen más benigno de penas sustitutivas;

18°. Que más allá que se pueda reprochar esta posición de una cierta falta de humanitarismo, lo cierto es que es responsabilidad del juez constitucional apreciar la Constitución en su conjunto, en lo adverso y en lo favorable. Esta apreciación, por lo demás, no constituye una posición que no haya sido adoptada por otros tribunales. Es más, constituye la tesis vigente del Tribunal Constitucional español, por ejemplo. Una explicación de esta tesis se refiere justamente al valor de la interpretación de mandatos constitucionales que España tiene y que Chile carece relativos a las finalidades de las penas definidas en el artículo 25.2 de la Constitución Española ("Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán

consistir en trabajos forzados.”) El Tribunal español “ha declarado que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (ATC 15/1984). Y ha admitido que puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes penales y penitenciarias (STC 75/1998, FJ 29), pero que ni la reinserción ni la reeducación pueden considerarse en cada caso concreto una condición de legitimidad de la pena (STC 35/1994, FJ 2)” (Fossas Espadaler, Enric (2015), “Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional”, en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 103, enero-abril, p. 312);

19°. Que la finalidad constitucional de la pena es una óptica para enjuiciar el artículo primero, inciso segundo, de la Ley N° 18.216. Como ya lo dijimos, esta finalidad no está expresamente establecida en nuestro ordenamiento, ni en el rango constitucional ni legal. De algunas expresiones constitucionales como “castigo”, no se puede interpretar que la Constitución restrinja la finalidad de la pena únicamente a la retribución. El artículo 1° de la Constitución de la República establece la dignidad humana como base de la institucionalidad, y este principio obliga al tratamiento de cada ser humano como un fin en sí mismo, y no como un medio, lo que trasciende por cierto la aplicación de sanciones penales. Como ha establecido el Tribunal Constitucional español, “el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del

Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella." (STCE 150/1991, FJ. 4). Bajo esta consideración, y en concordancia con principios penales como el de culpabilidad, las penas deben aplicarse individualmente, en atención a las circunstancias del caso concreto. Por el contrario, las penas no pueden determinarse a priori y en abstracto, usando su severidad para fines de política criminal que instrumentalizan al condenado, o que consideren sólo sus características personales sin atender a su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, si bien el legislador puede establecer por sí mismo una finalidad de la pena que no está expresamente en el texto constitucional, esta finalidad no puede vulnerar la dignidad humana. Esta finalidad debe ser acorde, además, con los tratados internacionales suscritos por Chile, que indican que es la readaptación el fin último de la sanción penal;

4. No se puede impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal.

20°. Que nadie duda que el ordenamiento penal chileno, fundado en un Código Penal de 1874, con sucesivas modificaciones, más la incorporación de delitos establecidos en leyes especiales, no constituye un modelo cartesiano de determinación de valoraciones equilibradas de bienes jurídicos. Por lo demás, una configuración abstracta y jerárquica de estos valores iría doblemente en contra de lo que es el derecho hoy en día. Primero, porque las valoraciones sociales son evolutivas y la sanción de las mismas sigue la suerte de aquéllas. No es razonable predeterminar una escala y salvo algunas consideraciones generales, careceríamos de un patrón que las ordenase. Y, en segundo lugar, porque no sólo el

derecho es evolutivo sino porque no es razonable partir de criterios de protección de bienes jurídicos definitivos sino que prima facie, esto es, relativos a un contexto, a casos y a delimitación de bienes jurídicos encontrados en la esfera penal. Por tanto, no basta con constatar la desarmonía del sistema penal para poder proceder a declarar inaplicable determinados aspectos de política criminal que lo único que buscan es que la voluntad del legislador prevalezca. Parece claro que no resulta razonable cuestionar la norma que impide cumplir una pena sustitutiva sin impugnar la que origina la privación de libertad;

21°. Que el suprimir las penas sustitutivas para determinados delitos es constitucional, puesto que al negar las penas sustitutivas, en algunos casos, el legislador impone la aplicación de las penas efectivas integralmente consideradas en el marco penal. Con ello abre un enjuiciamiento general de las penas sobre la base de la realidad y no de la potencialidad del marco penal. El mandato del legislador es establecer "siempre las garantías" de un procedimiento y una investigación racional y justo. La interdicción de penas sustitutivas, en línea de principio, tiene racionalidad. Primero, porque es una facultad del legislador reestimar el cumplimiento efectivo de una pena. Si la legislación penal obedece a valoraciones de la sociedad, poner el acento en el cumplimiento efectivo es un deber del legislador. En segundo lugar, es racional porque si los delitos tienen determinadas penas, las medidas dirigidas a su aplicación real lo que hacen es centrar el debate en la pena y no en su modalidad de ejecución. Del mismo modo, suprimir estas modalidades de ejecución satisface el principio de legalidad de las penas, pues sólo limita la discrecionalidad del juez y obliga a aplicar la pena determinada por la ley;

22°. Que, por último, hay un aspecto que vincula estrechamente la determinación de la pena de su ejecución. Puede haber diferencias entre los órganos que fijan la pena, los que individualizan la sanción y los que la ejecutan en definitiva. Sin embargo, como advierte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Casos Drozd y Janousek c. Francia y España, de 26 de junio de 1992), las medidas de ejecución deben guardar una estricta relación entre los hechos que justificaron la pena y la medida de ejecución;

5. No hay un juicio de igualdad o un trato discriminatorio propiamente tal.

23°. Que suprimir las penas sustitutivas en algunos delitos no es discriminatorio. Las alegaciones de la requirente, respecto de la desigualdad arbitraria de trato entre los acusados por delitos de control de armas en comparación con los acusados por otros delitos, no tienen asidero. En primer lugar, porque la requirente no planteó correctamente un test de igualdad, que permitiera ponderar situaciones comparables. Son los requirentes quienes deben demostrar la diferenciación, y explicar el baremo con el que se compara. En segundo lugar, la invitación del actor es a que el Tribunal Constitucional compare todas las consecuencias penales de una serie amplia de delitos que supuestamente protegen bienes jurídicos similares, obligando a examinar la totalidad del sistema penal. En tercer lugar, el requirente no se hace cargo de que es la Constitución la que prohíbe expresamente la posesión de armas, y en tal sentido, los delitos que sancionan conductas contrarias al control de armas no están en la misma situación que delitos que protegen otros bienes jurídicos. El legislador puede establecer un tratamiento distinto, justamente fundado en que la Constitución lo mandata al control y

supervigilancia de las armas, lo que admite sanciones de diversa naturaleza, incluyendo la exclusión de penas sustitutivas. Se trata de finalidades constitucionalmente legítimas para la adopción de este tipo de medidas.

III. LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR POR EL EFECTO RETRIBUTIVO DE LA PENA.

24°. Que, tal como se tuvo en consideración en el voto disidente emitido en el rol N° 2983-16, con respecto a ilícitos penales contemplados en la ley del Tránsito, de donde por lo demás se extrajo la idea matriz de la limitación para la aplicación de penas alternativas en materia de ilícitos penales de control de armas, *inter alia*, cabe poner de manifiesto desde luego que, el requerimiento centra su reproche en este punto en la desigualdad e irracionalidad desproporcional que implicaría esa restricción legal, toda vez que no atendería a los efectos criminógenos paradójales asociados a la ejecución efectiva de una pena corta o de mediana duración, privativa de libertad, contradiciendo la reciente política legislativa que inspiró la reforma materializada en virtud de la ley 20.603, que modificó la ley 18.216, precisamente en el sentido de orientar al sistema chileno hacia la ejecución de las penas en libertad, por medio de la sujeción del responsable a control de la autoridad y a medidas resocializadoras de efectivo cumplimiento. Lo cual sería en materia de control de armas más severo y desproporcionado aún, puesto que se dispone ejecutar la pena completa, y no sólo la suspensión de la pena alternativa por el plazo de un año, como ocurre en materia de tránsito;

25°. Que, en verdad, es sabido que las ciencias penales reconocen que suelen producirse efectos paradójales con la ejecución efectiva de penas cortas,

vale decir, que en vez de cumplirse los fines de la pena, en especial los preventivo-especiales o resocializadores, el condenado profundiza su conducta socialmente disfuncional, de marginalización, pauperización y estigmatización conducente a la exclusión social, para el autor y su grupo familiar. Dicho fenómeno, en criminología, se ha denominado "**labeling**" (etiquetamiento), caracterizado porque "Como causas de la desviación secundaria son válidas las rotulaciones sociales que siguen a la desviación primaria [...la que pudo estar motivada en las más diversas razones...]. Como Becker, Lemert supone que por las adjudicaciones estereotipantes de roles, que siguen como sanciones y a las sanciones, se reduce el espacio para el accionar, lo que lleva consecuentemente a la desviación secundaria...'. Junto a las presiones materiales...es sobre todo esta discrepancia entre la autodefinición y la definición ajena con poder de sanción, cuya solución es finalmente buscada en la reorganización del yo sobre la base de un *rol desviado* y, en ciertas circunstancias, en el contexto social de una cultura desviada.'" (Cfr. LAMNEK, Siegfried, Teorías de la criminalidad: una confrontación crítica, México, Siglo XXI, 1987, p.63. Lo señalado entre corchetes es nuestro);

26°. Que, no obstante ser conscientes de lo expuesto, ese efecto penal paradójico no necesariamente se producirá en concreto, dependiendo sobre todo de las condiciones del régimen penitenciario -en especial, de segregación interna- bajo las cuales la pena impuesta se ejecute. Ello haría posible un efecto disuasivo y preventivo especial. Pero, más importante que todo lo anterior, es el hecho que la sociedad en su conjunto, por medio de los canales institucionales parlamentarios y judiciales respectivos, tiene derecho a ejercer el *ius puniendi* de modo tal que se priorice el efecto

retributivo, que no es otra cosa que la reafirmación enfática y vigorosa de los valores fundamentales transgredidos por el autor, por sobre los efectos preventivos, generales o especiales. En este punto, no existe una respuesta única, petrificada, respecto de la forma de ecualizar la cuestión de la naturaleza y fines de la pena. Mucho menos ella tendrá una sola respuesta constitucional. En tanto no se transgredan derechos humanos fundamentales -lo que en el caso concreto no acontece-, el Estado puede, mediante la reacción penal institucionalizada, priorizar o anteponer el efecto retributivo de la pena, particularmente cuando se trata de la lesa transgresión a los valores más caros para la convivencia socialmente organizada, como son la vida de las personas y de sus familias, expuestas a ser victimizadas por conductas intolerables según las ideas vigentes, consideradas de la máxima seriedad;

27°. Que, en el caso de los delitos de peligro abstracto, se trata de una técnica legislativa que acude a un grado tal de formalización de la prohibición transgredida por la conducta del autor, que en realidad se distancia de la afectación concreta del bien jurídico de protección, mediante su efectiva lesión o exposición al riesgo. Lo cual, en principio, se hace con el fin de anticipar la punibilidad de conductas de riesgo indiscriminado para una pluralidad considerable de personas, sobre todo por razones probatorias y de eficacia de la reacción penal, puesto que de otro modo, según la conocida expresión, "el derecho penal llegaría siempre tarde" (después de la lesión, tal vez irreparable). En la difícil decisión político-criminal, hay muchos criterios de que deben tenerse en consideración. Pero uno de ellos es fundamental: la certeza de que las medidas penales operan realmente, es condición de su eficacia;

28°. Que, los riesgos de exceso en esta materia, pueden corregirse acercando la tipicidad de los delitos de peligro abstracto a la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales, tanto en la labor de interpretación funcional a la subsunción de la acción del autor -de competencia del Tribunal penal de la instancia-, como en el control constitucional de su ejercicio. Lo que también vale para la decisión sobre la ejecución de la pena. En ese orden de ideas, entendido así el delito de peligro abstracto de infracción a la ley de control de armas, se aleja el espectro de despotismo del delito de mera prohibición y el tipo encarna en valores de umbral más bajo, socialmente dominantes, lo que repercute también en la decisión legislativa de ejecución efectiva de la pena asociada. Así, cabe considerar en el caso concreto que, tal como lo demuestran los antecedentes de la gestión sublite, no se trató solo de una infracción meramente formal (peligro abstracto), sino que la conducta desplegada por el autor de las infracciones, en concreto, expuso o lesionó otros bienes jurídicos de protección primarios. El derecho a portar armas no es un derecho subjetivo público oponible por cada persona al Estado, sino una facultad que sólo puede ejercerse por aquellos que actúen dentro de los límites estrictos previstos por el legislador, precisamente en función de la protección de los aludidos valores fundamentales, asumiendo las responsabilidades consiguientes. En el caso que tales normas se transgredan con repercusión concreta en esos bienes jurídicos, por lesión o peligro, corresponde estimar proporcionada la decisión legislativa, en el sentido de hacer ejecutable efectivamente la totalidad de la pena impuesta en concreto.

SEGUNDA PARTE.

IMPUGNACIÓN AL ARTÍCULO 17 B, INCISO SEGUNDO,
DE LA LEY N° 17.798.

A.1. CONSIDERACIONES POR RECHAZAR (FALLO).

Los Ministros señor Carlos Carmona Santander (Presidente), señora Marisol Peña Torres y, señores Gonzalo García Pino (redactor) y Domingo Hernández Emparanza, estuvieron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, en lo que respecta al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, por las consideraciones que se exponen a continuación:

CONSIDERANDO,

I. LA NORMA IMPUGNADA.

PRIMERO: Que la segunda disposición impugnada en estos autos constitucionales, (en la parte ennegrecida) dispone:

"Artículo 17 B. Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el

delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.”;

II. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO EN LA SEGUNDA IMPUGNACIÓN.

SEGUNDO: Que el requirente que impugna el recién anotado precepto legal, plantea dos cuestiones de constitucionalidad y convencionalidad que, estando vinculadas, admiten tratamientos diferentes. Por una parte, se reprocha que esta norma impida un derecho a la pena sustitutiva especificada en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, cuestión ya desarrollada latamente en la primera parte de esta sentencia. Y, por otra parte, **el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, impediría una determinación judicial de la pena como un ejercicio de auténtica ponderación de las circunstancias aplicables a los casos concretos, problemática que será abordada en los considerandos siguientes;**

TERCERO: Que, el requirente centra su impugnación en el hecho de que la aplicación del anotado precepto, implicaría una vulneración de las normas constitucionales de los artículos 1°; y, 19 numerales 2° y 3° de la Constitución, así como de los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal sentido, estima que hay una afectación de la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación, así como una infracción al principio de proporcionalidad en la estimación de la pena y sus beneficios. Hay que recordar que lo que dispuso el legislador mediante la Ley N° 20.813, junto a impedir la aplicación de penas sustitutivas en un conjunto

específico de delitos, fue reducir la discrecionalidad judicial en la individualización de la pena, buscando que las penas legales se aproximen a las penas que efectivamente se deben imponer;

CUARTO: Que valga explicitar, como criterio adicional de identificación del conflicto constitucional, que el requirente no estimó infringido el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución, en circunstancias que expresa que se estiman vulnerados diversos preceptos convencionales del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe constatar que el referido artículo 5°, inciso segundo, cumple una función constitucional de desarrollar la estructura de apertura y conexión entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No existiendo una habilitación competencial directa para la aplicación del control de convencionalidad, la aplicación del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos permite pronunciarse en esta sede constitucional, en la medida que se reproche la infracción al aludido artículo 5° inciso segundo de la Constitución. Lo anterior, no impide, por cierto, que la segunda parte de esta sentencia, en lo que respecta a la impugnación del artículo 17 B, inciso segundo de la Ley N° 17.798, extienda su argumentación a un examen de normas y criterios provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según identificaremos;

III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

QUINTO: Que en relación con la restricción de la discrecionalidad judicial sostendremos los siguientes criterios. Primero, que la Constitución reconoce como bien jurídico al control de armas para la protección de la seguridad pública. Luego, que hay que distinguir entre

la determinación legal de la pena en relación con la individualización judicial de la misma. En tercer lugar, que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal permiten ajustar la necesidad de una pena con la intensidad de la misma. En cuarto término, que no hay una disminución del juicio de culpabilidad judicial ni afectación del principio de dignidad personal. En quinto lugar, que no hay infracción al principio de proporcionalidad ni a la igualdad y que hay límites en sede constitucional para realizar el examen de proporcionalidad propio del juez penal. Finalmente, hay que distinguir entre determinación de la pena y ejecución de la pena;

SEXTO: Que, el **control de armas es un bien jurídico constitucional reconocido para la protección de la seguridad pública.**

Así, la Ley N° 20.813 publicada en el Diario Oficial de 6 de Febrero de 2015, se inició por moción parlamentaria, y se enmarcó en un plan de seguridad ciudadana destinado a mejorar el sistema de control de armas y prevenir el uso de armas de fuego en hechos delictuales. La modificación del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216 y del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, obedeció a la intención de "que las personas que cometen los delitos considerados en los artículos 8°, 9°, 10°, 13, 14 y 14 D, o que sean autores de ilícitos comunes utilizando armas de fuego que portan o poseen ilegalmente, imponen, en esos casos, un riesgo evidente a todo el resto de la colectividad, aumentando también el peligro a que se ven expuestas las víctimas de los delitos comunes. Agregando que, por ello, el referido artículo 17 B establece una regla de adición material de sanciones y un sistema especial de determinación de penas, que impide que el juez aplique menos del mínimo establecido por el legislador para el delito cometido. En

el mismo tenor, se sostuvo que "[e]so viene a terminar con una práctica asentada en los tribunales: la de estimar que el arma de fuego es un mero medio para la comisión del delito, por lo que no corresponde sancionar como un ilícito independiente el porte ilegal de arma empleada ni agravar la pena del delito base por el uso de arma de fuego. La regla que se plantea permitirá en la práctica la acumulación de penas, haciendo mucho más gravosa la comisión de un delito usando arma de fuego." (Historia de la Ley N° 20.813, Discusión de Sala del Senado, p. 522);

SÉPTIMO: Que la historia de la ley, en el marco de la libertad del legislador para establecer una política criminal, puede tener mayor o menor vinculación con finalidades establecidas en la Constitución. Así como la punición del homicidio se basa en la protección del derecho a la vida, o las estafas o el robo se fundan en el derecho de propiedad, el secuestro en la libertad personal, en este caso se trata de impugnar un medio comisivo y transversal de múltiples delitos, el cual está reconocido expresamente en un precepto constitucional. En tal sentido, el ordenamiento constitucional se refiere solamente a dos modalidades instrumentales para la realización de determinados delitos: uno es la asociación ilícita (artículo 19, numeral 7°, literal g) de la Constitución) y el otro, es el control de las armas (artículo 103 de la Constitución). En otras materias, el legislador penal funda la protección de bienes jurídicos en dimensiones indirectamente cauteladas por el ordenamiento constitucional, tales como el libre mercado, la libre competencia o la libertad contractual. Por tanto, el legislador tiene un doble vínculo con bienes jurídicos penales establecidos en la Constitución. Por una parte, se debe al ordenamiento constitucional a objeto de cumplir fielmente sus mandatos genéricos. Y, por otra parte, tiene mayor fundamento para sustentar la

protección penal de determinados bienes jurídicos;

OCTAVO: Que el artículo 103 de la Constitución dispone que:

"[N]inguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

Una ley determinará el Ministerio o los órganos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control";

NOVENO: Que esta norma constitucional tiene un fundamento indirecto en la propia legislación de control de armas (Ley N° 17.798) cuyo origen fue una moción parlamentaria del H. Senador Juan de Dios Carmona en 1972, a raíz de atentados subversivos que ocasionaron la muerte de un ex Vicepresidente de la República y de un Comandante en Jefe del Ejército, entre otras personas. El antiguo artículo 92 de la Constitución contenía una norma idéntica a la del primer inciso y tenía por objeto evidenciar la tesis acerca del monopolio de la fuerza en manos del Estado privándola del todo a privados (sea individual como en grupo u organización). Con ello, no existe en nuestro ordenamiento constitucional una libertad de porte, posesión o tenencia sin una autorización estatal expresa;

DÉCIMO: Que, sin embargo, la Ley de Reforma Constitucional N° 20.503, de 27 de abril de 2011, innovó en los medios de control y fiscalización de esta finalidad constitucional. Los objetivos de la reforma constitucional eran muy claros: "dar sustento constitucional a la labor de Carabineros de Chile en el

ámbito del control y supervigilancia de armas y permitir al legislador entregar el control de armas a más de una Secretaría de Estado u órganos dependientes de ellas" (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.503, p. 15). Con ello consolidó una doble evolución institucional. Primero, porque refleja un tránsito desde el control de la subversión a una dimensión de las políticas públicas de control de armas propiamente delictivas de la organización criminal común pero con un poder de fuego creciente. Por lo mismo, en segundo lugar, hay una modificación de los actores institucionales que participan en dicho control. Se bifurcan los Ministerios encargados de la defensa nacional (artículo 101 inciso primero de la Constitución) y de la seguridad pública (artículo 101 inciso segundo de la Constitución). Y se amplían los mecanismos de fiscalización para la participación de Carabineros de Chile en el mismo. Con ello, podemos advertir que el artículo 103 de la Constitución se inserta en la tarea constitucional de "dar protección a la población" (artículo 1° inciso quinto de la Constitución) e insertar el control de armas en la garantía del "orden público y la seguridad pública interior" (artículo 101 inciso segundo de la Constitución);

UNDÉCIMO: Que el artículo 103 aludido, aunque parezca obvio decirlo, es un precepto constitucional y no una norma penal. Por tanto, no regula la tipicidad de las conductas de "posesión" y "tenencia" de armas bajo una regla de autorización estatal previa, dejando libre el "porte" de armas. Una interpretación de esta naturaleza subvertiría la reflexión constitucional y dejaría sin sentido todo el artículo 103 de la Constitución. Por tanto, es una norma que atribuye una finalidad constitucional y refleja un marco de competencias para su obtención;

DUODÉCIMO: Que, analizado así, la normativa impugnada constituye un mecanismo coherente con el mandato constitucional respecto de que no hay excepciones a la expresión "ninguna persona" puede poseer o tener armas al margen de una autorización legalmente obtenida. Lo anterior, facilita los mecanismos de control, objetiviza la fiscalización de Carabineros de Chile y consigna que el uso o la amenaza de uso de armas de fuego no constituyan un medio legítimo más allá de las excepciones reguladas para el ámbito de la caza y el deporte;

DECIMOTERCERO: Que esta finalidad constitucional no implica una mera preocupación del legislador en un sentido puramente abstracto. Los datos de la entidad encargada del control de armas, la Dirección General de Movilización Nacional, lo ratifican plenamente como una preocupación creciente y que exige políticas específicas para contener el efecto del uso de las armas de fuego. El cuadro que permite explicar mejor esta evolución es el relativo al número de armas extraviadas, robadas o hurtadas puesto que uno de los propósitos explícitos es impedir la transferencia de armas desde una posesión o tenencia lícita a porte, tenencia o posesión ilícita. Es así como en el Informe Estadístico de la DGMN de julio de 2016 se reflejan los resultados que se incluyen integralmente en la siguiente tabla:

TABLA 1.4.1: NÚMERO DE ARMAS EXTRAVIADAS O ROBADAS Y SUS RESPECTIVOS ACUMULADOS DESDE 2005 HASTA JULIO DE 2016*

Año	Extraviadas	Extraviadas Acumuladas	Robadas/ Hurtadas (1)	Robadas/ Hurtadas Acumuladas
2005	783	7.903	1.122	4.149
2006	347	8.250	1.226	5.375
2007	324	8.574	1.197	6.572
2008	1.244	9.818	1.338	7.910
2009	1.291	11.109	1.207	9.117
2010	642	11.751	880	9.997
2011	835	12.586	1.084	11.081
2012	923	13.509	1.011	12.092
2013	1.369	14.878	1.232	13.324
2014	1.942	16.820	1.560	14.884
2015	2.263	19.083	1.667	16.551
2016*	1.117	20.200	873	17.424

(1) En 2016 las armas hurtadas comenzaron a ser diferenciadas de las robadas y hasta julio suman 54.

Fuente: DGMN.

DECIMOCUARTO: Que podemos advertir que el volumen de armas robadas o hurtadas constituye el universo más relevante de esta transferencia de propósitos lícitos a ilícitos. Y allí resulta claro que se trata de un fenómeno en ascenso, puesto que en menos de diez años se triplicaron los robos y hurtos de armas de fuego inscritas legalmente. Por tanto, el objetivo del legislador que penaliza los delitos cometidos mediante el uso o amenaza de uso de armas de fuego está en la base de un problema real de seguridad pública;

DECIMOQUINTO: Que, por tanto, las normas impugnadas se inscriben dentro de una norma constitucional que les otorga un amparo genérico y coherente que respalda la estrategia de control de armas que impulsa el legislador a partir de la Ley N° 20.813;

IV. LA EXPLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.

DECIMOSEXTO: Que, en detalle, hay que **analizar la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798**. Este precepto efectivamente modifica el régimen general de determinación de la pena, obligando al juez a graduar la pena en concreto dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el legislador, salvo algunas excepciones como la disminución de la pena por grado de ejecución del delito, o la aplicación de la eximente incompleta. En principio, como ha establecido el Tribunal Constitucional, el legislador tiene primacía para efectuar decisiones de política criminal (STC 825), si se mantiene dentro de los límites constitucionales de la pena (prohibición de apremios ilegítimos, confiscación, tratos inhumanos y degradantes);

DECIMOSÉPTIMO: Que el artículo 17 B de la Ley de Control de Armas implica una modificación de las reglas legales de determinación de la pena, rigidizándolas, bajo las siguientes características: Primero, se aplica a un conjunto tasado de delitos y cuasidelitos que implican uso de armas. Esos delitos son los del artículo 8°, 9°, 10°, 13, 14 y 14 D de la Ley N° 17.798. En segundo lugar, reemplaza los criterios legales de determinación de la pena de los artículos 65 a 69 del Código Penal por otros criterios que describe. En tal sentido, aunque parezca obvio reiterarlo, reglas legales reemplazan otras. En tercer lugar, restringe la individualización judicial de la pena a la cuantía que determina el legislador en la esfera de sus límites. En cuarto lugar, la restricción no implica eliminar el juicio de culpabilidad basado en circunstancias agravantes o atenuantes de la misma. Todas ellas se aplican, pero moduladamente dentro del marco penal. En quinto término, la determinación de la cuantía de la pena, junto al examen de atenuantes y agravantes,

se aplicará dependiendo la mayor o menor entidad del mal producido por el delito o cuasidelito. En sexto lugar, estas restricciones no operan en caso de delitos frustrados, tentativas, complicidad, encubrimiento, media prescripción, participación de menores de edad junto a mayores de edad y en el caso de eximentes incompletas, según lo desarrollan los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal;

Así, hay que distinguir entre la determinación legal de la pena en relación con la individualización judicial de la pena.

1. El precepto impugnado restringe el marco del tipo penal y no la individualización judicial de la pena a aplicar.

DECIMOCTAVO: Que los artículos 65 a 68 del Código Penal norman la determinación legal de la pena. Si bien el precepto impugnado limita la determinación de ésta, lo que restringe más exactamente es el marco penal y no la individualización judicial de la misma [Mañalich, Juan Pablo (2009): "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", Informe en Derecho disponible en la Biblioteca de la Defensoría Penal Pública, pp. 6 y ss.]. Estas reglas obligan al juez a modificar el marco legal de la pena, para luego, en virtud del artículo 69 del Código Penal determinar la cuantía exacta de la pena en atención a las circunstancias atenuantes y agravantes y al mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En este caso, el legislador modifica la determinación de la pena que está bajo su competencia, y deja a resguardo la individualización judicial, sólo que dentro de límites más restringidos. De este modo, si bien en la práctica se aplicará una pena más severa, no puede concluirse que

este giro de política criminal sea inconstitucional. El juez aún está facultado de aplicar las circunstancias agravantes y atenuantes del caso concreto, en relación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad que siempre ha aplicado;

2. Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal permiten ajustar la necesidad de una pena con la intensidad de la misma.

DECIMONOVENO: Que el fundamento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal reside en su capacidad de cumplir una doble función general para la pena e individual para la responsabilidad del infractor. La responsabilidad penal debe ser concebida como "la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, que se traduce en un estado de sometimiento a que queda sujeto un individuo frente a la potestad sancionatoria estatal y que se materializa en la imposición de una pena. Desde un punto de vista valorativo, la responsabilidad penal, así definida, se basa en tres pilares fundamentales: desvalor de acción, desvalor de resultado y necesidad de pena" [Rodríguez Collao, Luis (2011): «Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias", en Revista de Derecho PUCV, Vol. XXXVI, primer semestre, pp. 397-428, p. 425]. Por otro lado, las circunstancias modificatorias pueden definirse como "aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto" [Rodríguez Collao, op. cit., p. 407]. "Se trata, en efecto, de circunstancias que la ley selecciona como indicadores (cuantitativos) del concreto grado de merecimiento y necesidad de pena de cara a determinadas

particularidades del hecho delictivo juzgado. Es decir, se trata de circunstancias que contribuyen a realizar la exigencia de que la pena impuesta sea "una pena que tenga carácter legal", pero que al mismo tiempo sea "adecuada a la individualidad del caso concreto". [Mañalich, Juan Pablo (2009): "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", Informe en Derecho disponible en la Biblioteca de la Defensoría Penal Pública, p. 13]. Las circunstancias modificatorias permiten, en definitiva, que el juez aplique una pena proporcionada y acorde con la culpabilidad del sujeto y con la necesidad de pena;

3. No hay una disminución del juicio de culpabilidad judicial ni afectación del principio de dignidad personal.

VIGÉSIMO: Que la restricción de las reglas de determinación de la pena constituye una señal de identidad de nuestro sistema penal. Desde siempre el modelo penal chileno ha entregado al legislador el deber de fijar delitos, penas, modalidades de ejecución así como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en el conocido juicio de culpabilidad. En Chile, antes y después del régimen procesal penal, existe un ámbito judicial restringido para la individualización de la pena, no siendo resorte del juez realizar una interpretación libre de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad así como de definir la penalidad individual. Todas ellas, eximentes, atenuantes y agravantes corresponden a un régimen tasado legalmente, siendo los preceptos impugnados parte de la misma manera en que el legislador ha procedido a realizar las valoraciones punitivas de los bienes jurídicos a proteger;

VIGESIMOPRIMERO: Que, además, los períodos para realizar la ponderación de la culpabilidad se deducen directamente de la actual regulación de los artículos 339 y 340 del Código Procesal Penal que se refieren a la deliberación y la convicción necesaria para declarar la culpabilidad de una persona imputada en un delito más allá de toda duda razonable. Con posterioridad, en la audiencia sobre la decisión o condena se abre debate sobre los factores relevantes para la determinación y el cumplimiento de la pena pudiendo abrirse un debate sobre tales circunstancias y factores (artículo 343 del Código Procesal Penal);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en consecuencia, al poder realizar una ponderación más acotada de eximentes, atenuantes y agravantes, el juez individualiza una pena sin afectar el principio de culpabilidad. Lo anterior, porque no hay ninguna de estas circunstancias modificatorias de la responsabilidad que no pueda tasar. Con ello, respeta el principio de dignidad humana (artículo 1º, inciso 1º, de la Constitución), que está en la base del principio de culpabilidad. Otra cuestión diferente es que el *quantum* de la pena resultante le impida o permita acceder a una pena sustitutiva;

4. No hay infracción al principio de proporcionalidad ni a la igualdad.

VIGESIMOTERCERO: Que no se infringe la igualdad ante la ley ni el principio de proporcionalidad. Tal como se mencionó anteriormente, el requirente no planteó un test de igualdad que permita a este Tribunal comparar las penas y las normas legales que permiten determinar la pena, utilizando como estándar otro grupo de delitos. El Tribunal Constitucional no puede sustituir al legislador en la elaboración de una política criminal. Asimismo, no se puede aplicar como único parámetro constitucional,

pues esto implica evaluar situaciones fácticas del caso concreto en que este tribunal no tiene competencia, ni puede sustituir la función del juez del fondo;

VIGESIMOCUARTO: Que las medidas que modifican la individualización judicial de la pena tienen por objeto permitir la aplicación de las sanciones que realmente configuró el legislador, siendo idóneas a ese propósito. Esta idoneidad debe verificarse en el marco de las finalidades constitucionalmente legítimas que lo permiten, siendo el control de armas una razón constitucional habilitante para aproximar las penas potenciales a las reales. Asimismo, resulta indispensable contrastar con los otros mecanismos, en la evaluación de los medios mismos para obtener este resultado, en función del juicio de necesidad, en orden a impedir una escalada de incremento de las penas. La tendencia del legislador a ampliar el marco penal controvierte de manera severa todo un esquema de valoración de los bienes jurídicos, prima facie, que resultan protegidos por el sistema penal. Por lo mismo, el recurrir a modalidades que tienen por objeto aplicar las penas ya existentes, sin perjuicio de ajustes sobre las mismas, permite un esquema de racionalización de su efectividad. Finalmente, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el juez constitucional debe ponderar los bienes jurídicos y derechos en juego, según las circunstancias del caso concreto, y determinar si el sacrificio de los intereses individuales guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés estatal a salvaguardar [González-Cuellar, Nicolás (1990): Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal (Madrid, Editorial Colex), p. 225]" (Voto disidente Rol 292, considerandos 64 y 77);

VIGESIMOQUINTO: Que dentro de estas consideraciones, el sacrificio de derechos que iría directamente dirigido

a la afectación de culpabilidad dañando la dignidad humana, esto es, culpando a gente inocente por una interpretación mecanicista de la ley, es una tesis que no podemos compartir. El juicio de culpabilidad se ha de realizar con libertad judicial y las normas impugnadas lo permiten. La dimensión precisa de cada uno de los casos sólo puede verificarse en la afectación del caso concreto;

5. Que hay que distinguir entre determinación de la pena y ejecución de la pena.

VIGESIMOSEXTO: Que, finalmente, el artículo 19 numeral 3° de la Constitución, establece una serie de limitaciones precisas al legislador en cuando al establecimiento de penas, y en este sentido es clave la diferenciación entre una sanción penal y otro tipo de medidas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el concepto de pena es autónomo, y que el Tribunal es libre para ir más allá de las apariencias y analizar el significado de una sanción. De este modo, una sanción penal se caracteriza porque se impone por una ofensa criminal, habrá que tomar en cuenta su naturaleza y propósito, su caracterización bajo el ordenamiento nacional, los procedimientos involucrados en su aplicación e implementación y su severidad (Caso Welch v. United Kingdom, 9 de febrero 1995, párr. 27). Por lo mismo, hay que examinar el modo en que se individualiza la pena propiamente tal, puesto que es probable que rijan principios diferentes. Lo anterior, es esencial porque la diferencia entre la determinación de la pena y su ejecución puede llevar, en este último caso, a alterarse con posterioridad los supuestos que llevaron a una persona a que perdiera su libertad, y que le permitan recuperarla. Son regímenes que admiten diferenciación

puesto que el modo de cumplimiento afecta su misma ejecución;

V. EL CASO CONCRETO.

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, el requirente de estos autos ha sido acusado por el Ministerio Público como autor del delito contemplado en el artículo 9°, inciso primero de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, esto es, porte ilegal de arma de fuego, encontrándose pendiente la audiencia de juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, dada la suspensión del procedimiento decretada por esta Magistratura;

VIGESIMOCTAVO: Que, tal como se ha argumentado, la aplicación del precepto cuestionado, contenido en el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, no genera una diferenciación arbitraria y no es infringido el debido proceso. No se trata de una aplicación que genere efectos inconstitucionales, pues se resguarda la determinación judicial de la pena y la consideración amplia de atenuantes, agravantes y eximentes de responsabilidad que puede hacer el juez penal conforme a los hechos, las pruebas rendidas y la interpretación legal de las normas pertinentes;

VIGESIMONOVENO: Que, como se expuso, la gestión pendiente es un proceso penal sobre un ilícito previsto y sancionado en la Ley de Control de Armas. En dicho caso, tampoco se produce una diferencia discriminatoria ni se vulnera el debido proceso, ya que toda consideración respecto de circunstancias eximentes o exculpantes, serán de competencia del juez del fondo, y no se limitan por la aplicación del precepto cuestionado de que trata el artículo 17 B de la Ley N° 17.798;

TRIGÉSIMO: Que, así, será la magistratura penal competente, la llamada a interpretar y aplicar las normas

penales y procesales, y establecer una pena proporcional a la culpabilidad. Del mismo modo, dicha judicatura determinará si la conducta es típica, antijurídica y culpable.

La aplicación de la disposición impugnada limita, por cierto, el marco legal de determinación de la pena, pero resguarda un ámbito de dicho ejercicio por el juez, en que es compatible con la Constitución;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, por estas consideraciones, será rechazada la **segunda impugnación** planteada por la requirente, en lo que respecta al **artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798.**

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, EN AQUELLO REFERIDO AL ARTÍCULO 17 B, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798.
- II. QUE, EN ESTE APARTADO, NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA DEDUCIR SU ACCIÓN.

A.2. CONSIDERACIONES POR RECHAZAR (VOTO PARTICULAR).

Los Ministros señor Juan José Romero Guzmán (redactor), señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, también estuvieron por **rechazar** el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, en lo que respecta al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, **pero sólo por las consideraciones que se exponen a continuación:**

1°. PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO. Que el artículo 17 B de la Ley N° 17.798 expresa, en su inciso primero (no objetado) que “[l]as penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”. A su vez, en el inciso segundo del mencionado precepto, que es el que específicamente se impugna en la presente acción de inaplicabilidad, dispone que “[p]ara determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103

del Código Penal, en la ley N° 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena”;

2°. Que, para comenzar, conviene señalar que esta disposición se enmarca en la aspiración general del legislador por endurecer la respuesta punitiva del Estado para delitos establecidos la Ley de Control de Armas. Este deseo de mayor severidad puede obedecer a distintos propósitos e intentar alcanzarse por medio de diferentes mecanismos.

Respecto de lo primero, el legislador puede querer aumentar las penas respecto de delitos cuya gravedad así lo ameritaría, como ocurrió con la modificación que dio origen al precepto legal impugnado.

En cuanto a los mecanismos, el legislador ha utilizado distintas vías para aumentar la severidad punitiva asociada a las infracciones a la Ley de Control de Armas. Una de ellas es la exclusión total de ciertos delitos a la posibilidad de aplicación de la ley que establece penas sustitutivas a las de privación de libertad, lo que, en algunos casos, ha sido declarado incompatible con la Constitución. Otro mecanismo escogido por el legislador ha consistido, en lo medular, en modificar ciertas normas reguladoras de la etapa de individualización de penas, con el objeto de asegurar que la sanción que se aplique al caso concreto no sobrepase el límite o rango (inferior o superior) establecido en la ley. Este es el caso del precepto legal cuya constitucionalidad se analiza.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la existencia de distintos mecanismos para aumentar la severidad de la respuesta punitiva ante ciertos delitos no significa, en general, que las distintas vías legales que escoja el legislador sean equivalentes de

cara a la Constitución Política de la República. Es evidente que para lograr el propósito aludido, la vía más efectiva, directa, transparente y, eventualmente, menos riesgosa desde el punto de vista constitucional es el aumento del quantum de la pena asignada por la ley al delito;

3°. OBJECCIÓN CONSTITUCIONAL EN QUE SE FUNDA EL REQUERIMIENTO. Que, con el objetivo de explicar de manera sintética, clara y coherente la fundamentación del requirente, se puede sostener que, en lo esencial, la acción de inaplicabilidad alega que: (i) la aplicación del precepto legal impugnado consagraría una diferencia de trato al modificar, para un tipo particular de delitos (y que corresponde a una parte muy reducida del conjunto total contemplado por nuestro ordenamiento jurídico), el régimen general de determinación judicial de penas del Código Penal; (ii) la clasificación a que da lugar la norma objetada y que confina a ciertos delitos a estar regidos por reglas excepcionales es arbitraria ya que no obedecería a un propósito que la justifique suficientemente; y (iii) la nueva regla perjudicaría de manera desmedida o desproporcionada al requirente, incumpliendo con los mínimos estándares exigibles en un Estado de Derecho respetuoso del debido proceso. En consecuencia, según el requirente, se infringirían, fundamentalmente, los artículos 19, N°s 2° (inciso segundo) y 3° (inciso sexto) de la Constitución, así como otras disposiciones accesorias o dependientes de los principios generales de igualdad ante la ley y de proporcionalidad (racionalidad y justicia procesal);

4°. EXISTENCIA DE UNA DIFERENCIA DE TRATO. LA CLASIFICACIÓN PODRÍA REFLEJAR EL INICIO DE UN PROCESO DE CAMBIO MÁS INTEGRAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL. Que, efectivamente, la ley hace una diferencia, estableciendo una regla que se aparta de la regulación legal, todavía

común o general del Código Penal (1875), el cual, como todo intento codificador, aspiraba a concentrar en un solo cuerpo normativo la legislación penal vigente en Chile. No obstante, el sistema penal chileno ha ido experimentando una paulatina "decodificación" con la aparición de diversos preceptos penales contenidos en otros cuerpos normativos. Lo que se quiere puntualizar es que no debiera exagerarse el carácter excepcional de la regla comprendida en el precepto legal impugnado. Al respecto hay que tener presente, como consideración general, que esto es reflejo de la progresiva dispersión de normas penales en leyes que no forman parte del Código Penal. Por otra parte, también hay que tener en cuenta, como consideración particular, que en el último tiempo se han dictado varias leyes con disposiciones similares a la objetada en autos, tales como el nuevo artículo 196 Bis de la Ley del Tránsito (2014), el nuevo artículo 449 del Código Penal referido a los delitos contra la propiedad (2016) y el nuevo delito de colusión en el ámbito de la Libre Competencia (2016). Asimismo, los artículos 20 a 26 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (2005) contemplan reglas para la determinación judicial de sanciones que también se aparta de las reglas que sobre la materia contempla el Código Penal. Al final, no puede descartarse que estándares legales que al comienzo tienen un carácter excepcional, luego pasen a transformarse en la regla general. A veces, para concretar reformas sistémicas e integrales se requiere de modificaciones específicas previas.

Lo anterior no implica desconocer, sin embargo, que la modificación asistemática y de alcance particular de diversas reglas del Código Penal (a diferencia de reformas de carácter integral) eleva el riesgo de que se incurra en situaciones incompatibles con la Constitución, en especial en lo concerniente a las diferenciaciones que se generan;

5°. LA DIFERENCIACIÓN SÍ OBEDECE A UN PROPÓSITO QUE CONSTITUYE UNA JUSTIFICACIÓN SUFICIENTE. Que el requirente sostiene que la modificación legal que dio lugar a la norma impugnada no fue precedida de un debate de fondo durante su tramitación legislativa, salvo opiniones doctrinarias entregadas por invitados al debate de estilo.

Al respecto, sólo cabe consignar que la modificación sí responde a un propósito, el que consiste, en general, en incrementar la severidad punitiva de delitos asociados a la Ley de Control de Armas y, en particular, en restringir la aplicación de ciertas reglas que regulan el efecto de circunstancias atenuantes y agravantes en el quantum de la pena singularizada luego de la ponderación judicial pertinente. En efecto, luego de escuchar las sugerencias de académicos invitados a exponer durante el desarrollo del proceso legislativo (lo que, en general, constituye una práctica usual y positiva), el legislador consideró que la disposición impugnada eliminaría el riesgo de que, por el peso modificadorio que tienen las circunstancias atenuantes en sí mismas y en relación a las agravantes, la pena concreta a la que se condenare al infractor sea inferior al quantum mínimo de la pena que la ley le atribuye al delito. Así, de esta manera, y sin afectar la libertad del juez para ponderar diversas circunstancias para determinar la pena justa, la norma cuestionada garantizaría un piso y un techo congruente con el mínimo y máximo del rango de la pena privativa de libertad asignada por ley al delito.

Evidentemente, la ley penal debe tener una razón de ser y ésta debe ser legítima, para lo cual la historia legislativa puede ser un antecedente útil para su identificación. Lo cierto es que la modificación cuestionada no carece de motivación. De hecho, en el requerimiento se reconoce la existencia de "objetivos

claros". Lo que en el fondo se critica por el requirente es que la Ley N° 20.603, la cual reforzó el objetivo de la reinserción social que inspiró la Ley N° 18.216, fue sustentada por una fundamentación de mayor solidez y fruto de una discusión legislativa más profunda que la de la ley modificatoria que estableció la disposición impugnada.

En suma, se podrá discutir la bondad de este cambio de orientación, pero, de haber problemas de constitucionalidad (los que en nuestra opinión no existen respecto de este artículo en particular, a diferencia del primero de los preceptos objetados) éstos no parecen provenir de una supuesta ausencia de racionalidad en la justificación proporcionada;

6°. LA NUEVA REGLA TIENE UN EFECTO RELATIVAMENTE NEUTRO Y UN IMPACTO DE UNA MAGNITUD MENOR Y ACOTADA. LA NORMA NO VULNERA EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y ES COMPATIBLE CON UN ESTÁNDAR DE RACIONALIDAD Y JUSTICIA. Que, para evitar juicios de generalidad excesiva que puedan dar lugar a exageraciones, es útil relativizar el supuesto efecto de un mayor endurecimiento punitivo de la modificación bajo análisis.

En efecto, resulta importante destacar lo siguiente: a) desde la perspectiva de la extensión o grado de amplitud de los aspectos modificados por la nueva regla, la diferencia entre la regla impugnada y la general de común aplicación es de una magnitud menor; b) la nueva regla puede dar lugar a penas privativas de libertad más perjudiciales (debido a un efecto más limitado de las atenuantes), pero, también, a sanciones más beneficiosas (ya que limita -aunque en menor medida) el eventual efecto perjudicial de las agravantes); y c) el precepto impugnado amplía la libertad del juez para poder ponderar o "compensar" las circunstancias atenuantes y/o agravantes que, eventualmente, concurren. Así, de esta

manera, se maximiza la potencialidad de ajustar con un mayor nivel de precisión la pena justa para el caso concreto;

7°. Que, con respecto a lo afirmado en "a)", debe tenerse presente que la regla cuestionada se enmarca sólo en la fase de individualización judicial de la pena y, respecto de ésta, sólo en un aspecto acotado de este proceso de determinación concreta de la pena a cada caso en particular. Hay que recordar que la pena final dispuesta por el juez a ser cumplida por el condenado tiene su origen en un proceso de tres fases que comienza con la fijación por el legislador de la pena abstracta y que sigue con la etapa de individualización judicial del quantum sancionatorio específico merecido por el infractor, para finalizar con la determinación de la pena final a ser cumplida por el hechor.

Obviamente, podría ser clara y evidente la existencia de un aumento de la severidad punitiva si directamente se elevara el límite inferior o "piso" y superior o "techo" del rango de penalidad atribuido por ley al tipo delictivo. Sin embargo, esto no ocurre en el caso del precepto impugnado, el cual opera en una fase con una menor incidencia relativa en términos de rigurosidad punitiva;

8°. Que, en seguida, en lo concerniente a lo aseverado en "b)", es posible afirmar que la regla contenida en el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, tiene un efecto relativamente neutro y, por ende, no representa un agravio (o al menos uno de magnitud significativa) que tenga la potencialidad de infringir la Constitución. En efecto, la aseveración de que el precepto objetado podría tener, hipotéticamente, un efecto menos beneficioso o más gravoso desde el punto de vista punitivo, sólo puede esgrimirse recurriendo, por un lado, a sobredimensionar el hecho cierto de que -de

acuerdo a nuestro sistema- las atenuantes tienen un efecto un poco más intenso que las agravantes y, por el otro, como elemento de apoyo, asumiendo un supuesto difícil de probar más allá de una apreciación intuitiva, esto es, sostener que la práctica judicial ha sido "benevolente" en la aplicación de las penas;

9°. Que, por último, en lo referente a "c)", y desde una perspectiva distinta a la del piso o techo del quantum de la pena privativa de libertad que podría resultar de la aplicación de las nuevas reglas, debe destacarse que el nivel de libertad del juez para ponderar las distintas circunstancias atenuantes y agravantes es mayor que con el sistema antiguo. En este sentido, la posibilidad para afinar o ajustar con precisión la pena justa al caso particular se incrementa.

De hecho, la fórmula utilizada replica la norma más importante que bajo el régimen común tiene el juez para ajustar con un mayor grado de flexibilidad y, por ende, de precisión, la pena justa al caso concreto. La regla de compensación racional de atenuantes y agravantes, como también se la conoce, dispone que el juez determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

La mayor amplitud y flexibilidad que la regla legal impugnada otorga al juez para ponderar o balancear las circunstancias atenuantes y agravantes que se presenten es indesmentible si se tiene en cuenta la situación que existe, al día de hoy, como regla general. La siguiente cita puede ser ilustrativa de lo recién comentado: "Con un marcado recelo histórico de la función judicial, el legislador señala al juez, en forma expresa, cuáles son las circunstancias que le permitirán aumentar o disminuir la penalidad aplicable al caso concreto; luego le indica la forma cómo deberá valorarlas y, en fin, determina los

efectos de tales circunstancias en la pena. Todo ello con carácter imperativo: el juez deberá estarse a las reglas que le impone el legislador. Es importante señalar que las circunstancias modificatorias deben obligatoriamente ser tomadas en consideración para aumentar o disminuir la pena. En este sentido, el juez podrá dar por concurrente o no una determinada circunstancia, pero si ocurre una de ellas, no está autorizado para ponderar si le da aplicación o no" (Ortiz, Luis y Arévalo, Javier: Las Consecuencias Jurídicas del Delito. Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 363). En consecuencia, y tal como lo resalta otro autor, "[e]l resultado de todo esto es un procedimiento engorroso e inelástico, a cuyo interior es imposible o muy difícil para los jueces apreciar las peculiaridades más finas del caso, que, sin embargo, muchas veces influyen sustancialmente sobre la magnitud de la culpabilidad del acusado [...] de esta manera el proceso de individualización es tosco, y la pena que se impone, una pura consecuencia de cálculos mecánicamente efectuados" (Cury, Enrique: Derecho Penal - Parte general-. Ediciones UC, 10ª edición, 2011, p.760);

10°. Que, por último, y por las razones precedentemente expuestas, debemos enfatizar que este Tribunal no comparte el argumento de la parte requirente consistente en que se violentaría el principio de culpabilidad al impedir que la judicatura evalúe todos los antecedentes fácticos y personales para la aplicación de la sanción penal, vulnerando, así, el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 19, N° 3°, de la Constitución. Por el contrario, el efecto tiende a ser el opuesto y lo hace dentro de un margen o rango que, aunque es más estrecho, tiene la holgura suficiente para realizar de manera el ejercicio de graduación;

11°. ARGUMENTOS EN QUE NO SE FUNDA LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL PRECEPTO IMPUGNADO. A) Acerca del

argumento de la competencia exclusiva del legislador en estas materias. Que, un primer argumento del Ministerio Público plantea que, dado que la determinación de delitos y penas es materia de reserva legal (por lo dispuesto en el artículo 63 y 19, N° 3° de la Constitución), lo que habilitaría a que por ley se pueda elegir, de acuerdo a las consideraciones de mérito que el legislador estime del caso, a elegir cómo ha de aumentarse la severidad del tratamiento penal que se brinda a ciertos delitos.

De forma complementaria, el mencionado organismo argumenta, en segundo lugar, que el hecho que este Tribunal (STC Rol N° 3081) haya declarado como materia de ley simple (y no de ley orgánica constitucional) una norma similar referida a la modificación del artículo 449 del Código Penal, demostraría que una regla como la impugnada no alteraría las atribuciones de los jueces para aplicar la pena y, por ende, sería constitucional;

12°. Que este primer argumento general en virtud del cual se aspira a minimizar el control de constitucionalidad (material) de leyes penales debe rechazarse. Haciéndonos cargos, brevemente, de la primera variante argumentativa, esto es, aquella referida a la reserva legal, cabe hacer presente que el sentido del principio de legalidad penal radica, fundamentalmente, en el mayor grado de legitimidad social y certidumbre en el establecimiento de la más enérgica manifestación jurídica de la sociedad respecto de uno de sus integrantes. Por lo tanto, consideramos que concluir que la observancia de un resguardo constitucional dirigido a proteger a las personas constituye una validación de su constitucionalidad es equivocado.

En lo concerniente a la segunda variante argumentativa, la cual (equivocadamente) le atribuye a la calificación de ley simple (y no de ley orgánica constitucional) un efecto confirmatorio de la

constitucionalidad de la disposición controlada, debe precisarse que dicho tipo de declaración no tiene el efecto jurídico pretendido. En efecto, cuando este Tribunal declara que una disposición contenida en un proyecto de ley sometido a control preventivo (previsto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución) no tiene el carácter propio de una ley orgánica constitucional, lo que está significando es que no se pronunciará sobre su constitucionalidad.

En definitiva, el reconocer la existencia de un margen de discrecionalidad o espacio de flexibilidad relativamente importante del legislador para regular materias penales no significa que la normativa legal de carácter penal se encuentre inmune, ni mucho menos, a un control de constitucionalidad que pueda, eventualmente, constatar una vulneración a la Carta Fundamental. Tanto es así, que el primero de los preceptos legales impugnados (el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216) será declarado inconstitucional en su aplicación concreta;

13°. B) Acerca del argumento basado en el artículo 103 de la Constitución. Que, en segundo lugar, debe advertirse que la legitimidad constitucional de esta norma legal no deriva del artículo 103 de la Constitución. Cabe referirse a dicha norma debido a que es la única disposición constitucional que hace mención al control de armas. No obstante, lo que en ésta se dice no permite sostener que los delitos asociados al control de armas revisten una gravedad mayor que otros debido a que existiría un bien jurídico de especial protección constitucional.

Tal como se ha manifestado respecto del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, la medida más adecuada, clara y objetiva de la gravedad de un ilícito penal radica en el quantum de la pena establecida por el

legislador. Si nos atenemos a dicho criterio es fácil darse cuenta que los delitos asociados al control de armas a los cuales se les aplica la regla legal bajo análisis son de muy diversa gravedad. Igualmente, de más está decir que si nos guiamos por la duración de la sanción privativa de libertad (quantum abstracto de la pena) existen muchos otros delitos a los cuales el legislador les ha atribuido una gravedad mayor. Por lo tanto, no resulta pertinente justificar un supuesto endurecimiento punitivo fundado en una igualmente supuesta mayor gravedad de este tipo de delitos por el solo hecho de tratarse de un "bien jurídico" o interés social mencionado en la Constitución.

Otra posibilidad interpretativa de la mencionada norma constitucional, también poco convincente, en nuestra opinión, podría consistir en sostener que se le estaría otorgando al legislador un mayor espacio de discrecionalidad o flexibilidad que el que tendrían en lo concerniente a otros delitos de distinta naturaleza. Si se examina con detención el artículo 103 de la Constitución no puede colegirse nada parecido a una interpretación como la señalada. En efecto, y como consecuencia lógica del monopolio de la fuerza reconocido por la Carta Fundamental a las Fuerzas armadas y Carabineros, únicos "cuerpos armados" (artículo 102, inciso segundo), el artículo 103 dispone, en su inciso primero, que debe existir un régimen de autorización previa, regulado por una ley de quórum calificado, para que una persona, grupo u organización pueda tener o poseer armas u otros elementos similares, agregando, en su inciso segundo, que será materia de ley la determinación de los órganos públicos que deben encargarse de la supervigilancia, control y fiscalización de dicho régimen regulatorio.

Por otra parte, no parece razonable considerar que un supuesto mayor espacio de discrecionalidad legislativa en esta materia podría implicar una regla de excepción o atenuación respecto de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas en su artículo 19, en especial aquellos numerales que establecen límites a la actividad legislativa y que alcanzan materias de índole penal, como ocurre, por ejemplo, con los números 2° y 3° del mencionado artículo;

14°. CONCLUSIÓN. Que, por las consideraciones expuestas precedentemente, se puede concluir que la aplicación en la gestión judicial pendiente del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798 no resulta contraria a la Carta Fundamental.

B. CONSIDERACIONES POR ACOGER (DISIDENCIA).

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Nelson Pozo Silva (redactor) y José Ignacio Vásquez Márquez estuvieron por **acoger** el requerimiento deducido a fojas 1, en lo que respecta al **artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N°17.798**, sobre Control de Armas, por las siguientes motivaciones y fundamentos:

1°. Que, al establecer una forma de determinación de las penas radicalmente distinta u omisiva de la forma prevista por el legislador en el Código penal, sin que se justifique con los fines del Derecho penal y con los elementos o esquemas del delito, los cuales conforman un sistema especial, se hace asimétrico dicho modelo, en el sentido que los autores de delitos de igual o mayor intensidad o gravedad, tales como homicidios, apremios ilegítimos y violaciones, pueden acceder a rebajas de grados en la determinación de las penas. En cambio, los sujetos activos de los delitos contra la Ley de Control

de Armas, resultan excluidos per se, lo que implica una vulneración al principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 19°, N°2°, de la Constitución Política;

2°. Que el derecho a la libertad aparece consagrado en el artículo 1° de la Constitución, reforzado además por el artículo 19°, N° 7°, del mismo compendio constitucional, en el sentido que cada prohibición de ésta significa la pérdida de una parcela de libertad, de tal forma que en un sistema que reconoce al individuo un valor intrínseco, cualquier privación de libertad debe obedecer siempre al principio de proporcionalidad y al cumplimiento de un fin legítimo. El medio empleado para su procedencia - privación o ausencia de la garantía - debe ser apropiado al fin que se pretende conseguir; el menos gravoso y eficaz; la afectación de la libertad personal debe ser proporcional y razonable en relación con el fin de resguardar la seguridad ciudadana que se busca proteger;

3°. Que, en la actualidad, ante la presencia de un Derecho penal moderno, la fase de determinación legal de la pena corresponde al legislador y se realiza a nivel abstracto, en tanto que la fase de determinación concreta o **individualización judicial de la pena atañe al juez**, en base a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y de acuerdo a las formas o calidades de participación como autor, cómplice o encubridor. En un Estado de Derecho, la individualización judicial de la pena corresponde por definición al Poder Judicial. Desconocer lo anterior limita las facultades y atribuciones exclusivas que constitucionalmente corresponden a la judicatura, reconocidas en los artículos 76° y siguientes de la Constitución;

4°. Que, del mismo modo, la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad. La determinación de la pena

depende de diversos factores, tales como la mayor o menor gravedad del injusto y el mayor o menor grado de culpabilidad del actor, así como de las consideraciones de prevención general o especial. No podemos obviar que la culpabilidad es la medida de la pena. Si bien se debe partir de la base del injusto para determinar la culpabilidad y, posteriormente, imponer una pena, no puede sancionarse de manera más grave por el solo hecho de ser el ilícito de mayor gravedad. Todo lo anterior, en atención a que la reprochabilidad social se vincula a un sujeto, que se califica como persona humana, al cual no se le puede desconocer derechos aun a posteriori de haber sido condenado;

5°. Que, en atención a lo expuesto, estos disidentes estuvieron por declarar inaplicable el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N°17.798, solo en cuanto: *"el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena"*.

Redactaron la sentencia los señores Ministros que se señalan a continuación:

Primera parte, impugnación al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216.

A.1. Consideraciones por acoger (**fallo**), el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

A.2. Consideraciones por acoger (**voto particular**), el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

B. Consideraciones por rechazar (**disidencia**), con redacción de los Ministros señores Gonzalo García Pino (cc. 1º a 23º) y Domingo Hernández Emparanza (cc. 24º a 28º).

Segunda parte, impugnación al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley Nº 17.798.

A.1. Consideraciones por rechazar (**fallo**), el Ministro señor Gonzalo García Pino.

A.2. Consideraciones por rechazar (**voto particular**), el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

B. Consideraciones por acoger (**disidencia**), el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3095-16-INA.

Sr. Carmona

Sra. Peña

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, por la Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.