



Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha 12 de diciembre de 2016, Christian Alberto Urueña, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, así como del artículo 9°, en relación con el artículo 2°, ambos de la Ley N° 17.798, para que surta efectos en el proceso penal causa RUC 1500366742-9, RIT 168-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, en actual tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 3863-2016.

Síntesis de la gestión pendiente.

En relación con la gestión judicial en que incide el requerimiento, el actor refiere que se siguió en su contra, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, causa penal por delito de porte ilegal arma de fuego y de municiones, siendo condenado por dicho a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

A dicha decisión, interpuso recurso de nulidad para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, cuya vista se encuentra suspendida por decisión de esta Magistratura, dando origen a la gestión pendiente de estos autos.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

El actor sostiene que el precepto impugnado contraviene en primer término, el artículo 1° de la Constitución Política, norma que establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, fijando un punto de partida para inspirar la regulación



de las relaciones sociales entre las personas integrantes de la sociedad como consecuencia del pacto social. Así, al establecer que todas las personas son iguales, se excluyen las discriminaciones de todo tipo.

Agrega que el derecho de igualdad es analizado doctrinariamente como valor, principio y regla, siendo, bajo este último elemento, donde se produce la subsunción del caso concreto. En uno de sus niveles se encuentra la igualdad ante la ley, que no sólo abarca la norma vigente ya incorporada al ordenamiento jurídico, sino que deviene en un mandato a todos los órganos del Estado. De esta forma, el legislador debe dictar leyes que no generen discriminaciones entre las personas.

Lo anterior se enlaza con la segunda norma constitucional que el actor estima infringida, esto es, el artículo 19, numeral 2° constitucional, en la medida en que se afecta el derecho de igualdad ante la ley, dado que no hay impedimento a que existan leyes que efectúen diferencias, pero éstas deben partir de la base de encontrarse en situaciones fácticas distintas.

Por lo expresado, el valor de la igualdad consagrado en el artículo 1° de la Carta Fundamental se concreta, en materia de derechos fundamentales, en el precepto del artículo 19, numeral 2° constitucional, sienta arbitrario e irracional lo que carece de fundamento y es injusto. Si las personas se encuentran en una misma situación, no puede existir un trato diverso, pero, si están en distintas situaciones, las diferencias tienen asidero, por lo que, siguiendo la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, no puede legislarse a favor o en desmedro de determinados sujetos, atendiendo a impertinentes razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología y otros atributos estrictamente individuales, cobrando fuerza el principio de isonomía en el tratamiento legal, por medio del cual debe dispensarse



un trato igual a los efectivamente iguales y diferente a aquellos que no lo son.

Luego, agrega, la determinación relativa a si en un caso concreto existen diferencias de trato respecto de personas que se encuentran en situaciones diferentes, surge de la faz subjetiva del principio de igualdad, el que emana del carácter subjetivo de dicho derecho. Así, para efectuar una revisión concreta de la vulneración de la igualdad ante la ley, resulta necesario un nexo relacional entre las situaciones que son asimilables, lo que permite un juicio de igualdad, aplicando la fórmula *tertium comparationis*, traducida, citando doctrina, como indicar los supuestos de hecho con los que se ha de comparar aquél en que el recurrente se encuentra, a fin de verificar si ha existido o no la discriminación que es alegada.

El legislador, en el artículo 1º, inciso segundo de la Ley Nº 18.216, prohibió la concesión de penas sustitutivas a los autores de determinados delitos, como los contemplados en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142; 361; 362; 372 bis; 390; y, 391. Existe así una diferencia de trato, la que la actora analiza desde dos puntos de vista: en relación a la pena y, en lo que respecta a la naturaleza del delito.

Así, en primer término, señala que, tratándose el delito de porte ilegal de arma de fuego como un ilícito contra el orden público, de mera actividad, permanente y doloso, el legislador ha permitido que otros tipos penales, que ostentan idéntica naturaleza, sean objeto de las penas sustitutivas de que trata la Ley Nº 18.216, como la conducción en estado de ebriedad (peligro abstracto), el robo por sorpresa y los hurtos (mera actividad) o, la asociación ilícita (orden público), cuestión que ilustra la diferencia de trato respecto al delito materia de la acusación deducida contra el actor,



cuestión que genera un trato diferenciado entre personas que encuentran en situaciones análogas.

Agrega que dicha diferencia de trato no es razonable, en tanto no existe justificación o fundamentación de la diferencia que consagra el legislador. Revisando la historia del establecimiento de la Ley N° 20.813, que modificó de esta forma la Ley N° 18.216, no se evidencia discusión parlamentaria alguna para comprender la introducción de la oración que se impugna de inconstitucional en estos autos, cuestión conflictiva a la luz del proceso de justificación que, en materia argumentativa, debe existir. Apoyándose en doctrina a tal efecto, reseña que el justificar porqué se establece un hecho se relaciona con la razonabilidad del argumento, de la premisa o conclusión, que es lo que debe exigirse al legislador al momento de crear una ley. Lo anterior, estima, no sucede en la especie: no hay motivos ni justificaciones.

Por el contrario, existirían razones que evidenciarían la ausencia de razonabilidad objetiva de la decisión legislativa de excluir al delito ya enunciado de la posibilidad de optar a pena sustitutiva, en comparación con otros ilícitos.

Estas finalidades, comenta, no son lícitas. La primera, de la peligrosidad, es contraria a la idea de Estado de Derecho, en que se sancionan actos, que se contraponen a la idea Derecho penal de autor, lo que hermana con la prescripción del artículo 19, numeral 3°, inciso final de la Constitución Política, que establece que ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella. Así, lo sancionable es la conducta humana, con independencia de las características del sujeto activo o agente.

Finalmente, señala que la norma impugnada deviene en contraria a la Constitución Política, en el caso concreto



de autos, dado que no supera el examen de proporcionalidad, en tanto la pérdida de libertad de una persona sin antecedentes penales pretéritos, que ha estado socializada y no debe ser resocializada por ello, cede en demasía y de forma muy dañina frente a la protección del bien jurídico orden público.

Por estas consideraciones, solicita se acoja el requerimiento deducido a fojas 1, declarando inaplicable el precepto impugnado en la gestión pendiente.

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 20 de diciembre de 2016, a fojas 44, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 10 de enero de 2017, resolución rolante a fojas 105.

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 26 de enero de 2017, a fojas 117, el Ministerio Público, realizó observaciones de fondo al requerimiento, solicitando su rechazo.

En su presentación, hace presente que la regla que excluye a ciertos delitos de la Ley N° 17.798, en el ámbito de las penas sustitutivas, surgió en el contexto de la tramitación legislativa de la Ley N° 20.813, como



una indicación del señor Vicepresidente de la República. En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, consta, conforme fue expresado por el profesor Jean Pierre Matus, que debía modificarse la Ley N° 18.216, a efectos de entregar eficacia a las modificaciones a la Ley de Control de Armas, en estudio, ya que ello no tendría asidero en la eventualidad de que pudieran ser otorgadas penas sustitutivas, criterio compartido por la Comisión y propuesto al Poder Ejecutivo para la presentación de la indicación de estilo.

Con la modificación se buscó un modelo alternativo al aumento de las penas para incrementar la severidad del tratamiento penal de ciertos delitos, cuestión que es, argumenta el Ministerio Público, un fin constitucionalmente lícito.

La requirente, agrega, caracteriza el delito de la acusación como de mera actividad, doloso y de peligro, procediendo a una comparación con otros ilícitos de dicha naturaleza dogmática. La comparación debe sí trabarse con elementos que puedan razonablemente considerarse como "iguales" o "similares", cuestión que no se cumple en este caso.

En la perspectiva del principio de igualdad, la exclusión no abarca sólo al tipo penal materia de la acusación deducida en contra del requirente, sino que también a otros diversos contemplados en la Ley N° 17.798, así como a delitos del Código Penal, ni a personas con condenas previas en materia de drogas, con una preceptiva que imposibilita la concesión de penas sustitutivas en los casos en que se imponga una pena superior a cinco años y un día, con la excepción de la denominada pena mixta.

Así, la exclusión señalada en estos autos, se orienta a hacer más gravoso el tratamiento penal, sin



acudir al mero aumento de penas, abarcando un amplio grupo de ilícitos, cuyo número y naturaleza excluyen la presencia de una diferencia de trato arbitraria y contraria a la Constitución Política, que se denuncia en el requerimiento de fojas 1.

Por lo anterior, basar la argumentación en cuestiones sobre la igualdad, en comparación con otras figuras de peligro, no es satisfactorio, toda vez que en dicha categoría se encuentran presentes diversos ilícitos que se satisfacen con la puesta en peligro del bien jurídico, en contraposición a aquellos que exigen su lesión.

Finalmente, el Ministerio Público expone que las críticas dirigidas hacia los fines de la pena privativa de libertad deben efectuarse en nivel distintos a los que está llamado a resolver este Tribunal Constitucional, esto es, sin cuestionar su legitimidad desde la perspectiva de la Constitución Política y del principio de igualdad, sino que, por el contrario, desde su eficacia resocializadora.

Por las razones reseñadas, el requerimiento debe ser rechazado en todas sus partes.

Vista de la causa y acuerdo.

Con fecha 20 de abril de 2017 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la requirente, el abogado Ernesto Núñez Parra 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.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. ADVERTENCIA INICIAL. Todos los Ministros que están por acoger el requerimiento en lo referido al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, lo hacen en virtud de las mismas infracciones



constitucionales, pero entre ellos existen diferencias en cuanto a la orientación argumentativa utilizada. A continuación, se expone de manera resumida uno de los dos tipos de razonamiento, para, luego, desarrollar en extenso la otra fundamentación;

SEGUNDO. SÍNTESIS DE LA FUNDAMENTACIÓN ALTERNATIVA A LA UTILIZADA EN ESTE FALLO. Una primera línea argumentativa (desarrollada en la STC Rol N° 3062, mas no en este fallo) plantea, como elemento de juicio inicial, que el derecho a punir (o *ius puniendi*) no constituye un derecho absoluto del Estado sobre la persona del imputado. En tal sentido, y como consideración inicial, se sostiene que dicho derecho a punir corresponde no sólo al Estado, sino a la sociedad para la defensa de la propia existencia contra los hechos dañosos de los sujetos que cometen ilícitos. Se resalta que, a partir del valor fundamental de la dignidad humana, el cual tiene reconocimiento constitucional, se sustentan múltiples principios limitadores del *ius puniendi* que pueden reconocerse en diversos preceptos de la Carta Fundamental, tales como los artículos 19, N°s 1°, 2°, 3° y 7° (letras g y h), entre otros. Se destaca que detrás del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal se encuentra la idea de que las normas constitucionales deben interpretarse a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales.

Se afirma que, en consideración a diversos principios constitucionales, entre ellos el principio general de humanidad basado en el valor de la dignidad humana, y al hecho de que la pena es, básicamente, privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la



sociedad que infringió la ley. Por consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse sólo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. Lo anterior permite entender por qué el legislador no puede prescindir, al establecer las reglas de punición de delitos, de la finalidad de reinserción social de los condenados, lo que implica el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección de las víctimas.

Se destaca que la aplicación de las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad no es sinónimo de impunidad. De hecho, éstas tienen el carácter de pena y operan con una intensidad importante, como ocurre, por ejemplo, como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. 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".

De acuerdo a lo expuesto, se señala que 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. En



efecto, se recuerda que 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;

TERCERO. GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE. Que la acción de inaplicabilidad se ha interpuesto en el marco de un proceso penal seguido en contra del requirente en estos autos ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, en el cual fue condenado como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, tipificado en el artículo 9º de la Ley N° 17.798, de Control de Armas. La sanción aplicada por el Tribunal fue de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo (además de otras accesorias y del comiso del arma de fuego).

Contra esta sentencia la defensa del condenado ha interpuesto un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, el que constituye la gestión pendiente de la presente acción de inaplicabilidad.

CUARTO. NORMA LEGAL IMPUGNADA. Que el requirente impugnó el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, que "Establece Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad", el cual ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia. Dicho precepto legal excluye del beneficio o derecho a la sustitución de penas privativas de libertad a los delitos establecidos en la Ley de Control de Armas, entre ellos, el de porte ilegal de arma de fuego. De no existir la exclusión, el actor tendría derecho a la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena;

QUINTO. INTERROGANTE CONSTITUCIONAL RELEVANTE. Que, desde una dimensión aún general, lo que se discute



son los límites constitucionales a una mayor severidad de la reacción punitiva del Estado frente a conductas valoradas negativamente por parte de la sociedad, a través de la ley. En términos más específicos, la interrogante constitucional relevante consiste en determinar si ante conductas delictivas consideradas graves y respecto a las cuales se quiere incrementar su dureza punitiva, incurre o no la ley en una desproporción sustancial, vis a vis otros delitos o conductas delictivas, al excluir a los tipos penales contemplados en la Ley de Control de Armas (en este caso, el porte ilegal de arma de fuego) del beneficio general de sustitución de penas privativas de libertad;

SEXTO. *PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y REACCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.* Que es importante aclarar que cuando se habla del principio de proporcionalidad aplicado al ámbito constitucional, hay que hacer una serie de distinciones. La proporcionalidad, para efectos constitucionales, alude a cosas distintas. Una primera dimensión dice relación con el principio de proporcionalidad como herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional, para lo cual analizan total o parcialmente variables tales como, por ejemplo, la idoneidad o necesidad de una medida y/o clasificación legal en relación al fin buscado. Una segunda dimensión, a su vez, hace referencia al principio de proporcionalidad como prohibición de desproporción manifiesta en la determinación de las sanciones (en este caso, penales), la cual se mide en consideración a la gravedad del delito;

SÉPTIMO. Que esta segunda versión del principio de proporcionalidad tiene un rol esencialmente limitador. Y, en el sentido recién expuesto, la gravedad de la conducta pasa a ser un criterio de tolerabilidad constitucional en



base al cual contrastar (de modo relacional) soluciones legislativas incidentes en la determinación de las penas;

OCTAVO. Que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito.

Así, en cuanto a lo primero, la desproporción de una pena (o reacción punitiva) puede hacer referencia: (i) a la excesiva severidad de la pena en términos, por ejemplo, de su quantum legal (número de años de privación de libertad); (ii) a la excesiva dureza de la respuesta penal para ciertos delitos y, en último término, para el infractor, que puede surgir por las distinciones o clasificaciones que determinan la procedencia de la aplicación de penas sustitutivas, o al sustantivo incremento punitivo (y consiguiente menoscabo) que puede derivar de una categorización del tipo de penas sustitutivas significativamente desvinculada del criterio general de gravedad; y (iii) a la elevada rigurosidad punitiva a que puede dar lugar una intervención legal en las reglas de determinación judicial de la pena privativa de libertad aplicada al infractor;

NOVENO. Que, como puede apreciarse, la determinación de la pena es fruto de un proceso continuo en el tiempo, en que es posible distinguir tres grandes fases sucesivas: a) la determinación legal de la pena, consistente en la atribución a un delito de una pena de determinado quantum (pena abstracta), b) la determinación judicial de la pena privativa de libertad al caso concreto (pena concreta), y c) la determinación de la pena sustitutiva que ha de corresponderle (si procede).

En las tres fases interviene el legislador. De manera más intensa en la fase de determinación del



quantum de la pena (en este caso, de una privativa de libertad) y en la etapa de determinación de la procedencia y tipo de pena sustitutiva a aquella privativa de libertad a la que tiene derecho la persona condenada por un determinado delito.

Por último, cabe tener presente que la aplicación de los dos preceptos legales impugnados, esto es, del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216 y del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, se enmarcan en la tercera y segunda fase del proceso de determinación de la pena, respectivamente;

DÉCIMO. Que, luego de haberse explicado, para efecto de la aplicación del principio de proporcionalidad, la dimensión de la pena o reacción punitiva según la fase para su determinación, se hará referencia, a continuación, al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito. La importancia de esto último se funda, como ya se ha señalado, en que la proporcionalidad exigida (o, mejor dicho, la desproporción prohibida) se aprecia de la relación entre la pena (o respuesta punitiva, en su acepción más amplia) y la gravedad del delito.

De esta manera, para resolver si la ley que establece la procedencia y tipo de pena sustitutiva que ha de imponérsele al condenado por un delito cumple o no con la exigencia constitucional de proporcionalidad (de las penas) es menester identificar el parámetro específico que reflejará el estándar consistente en la gravedad del delito;

UNDÉCIMO. Que, como se explicará detalladamente más adelante, el quantum de la pena es el mejor reflejo de la gravedad del delito, salvo para aquellos casos en que la desproporción alegada es respecto de la pena que el legislador, en abstracto, le ha atribuido a un



determinado delito. La razón fundamental para considerar que el quantum de la pena es el parámetro representativo de la gravedad del delito radica en que es la medida más objetiva, directa y de mayor impacto para expresar el desvalor social de la conducta.

Por lo tanto, la reacción punitiva de carácter legal (consistente en la exclusión total de la posibilidad de que al condenado por el ya mencionado delito establecido en la Ley de Control de Armas se la aplique una pena sustitutiva) debe contrastarse con el número de años de privación de libertad con que está penado el delito (atribución legal abstracta de la pena a un delito).

Así, si el delito por el que se ha condenado al requirente tiene una pena con un quantum sustancialmente inferior al quantum de la pena de aquellos otros delitos también excluidos de la aplicación de sustitución de la pena, será posible concluir que la reacción punitiva que deriva del precepto legal objetado es manifiestamente desproporcionada en consideración a la gravedad del delito y, por lo tanto, vulnerará la prohibición constitucional de que la pena (o reacción punitiva) sea excesivamente desproporcionada;

DUODÉCIMO. Que, igualmente, el factor gravedad también debe estar presente en la fase de individualización judicial de la pena privativa de libertad que ha de imponerse al condenado. Las reglas legales dirigidas a los jueces para llevar a cabo este proceso de determinación concreta de penas (en estos casos, privativas de libertad) adoptan el parámetro de la gravedad, pero reflejado de una forma distinta. En esta fase, el protagonismo lo tiene el juez, quien debe realizar ejercicios de ponderación para, dentro de un marco legal, decidir la pena justa.



Aquí, la gravedad adopta parámetros distintos al del caso anterior. En efecto, para saber si las reglas legales que fijan el marco en el que ha de moverse el juez se desvían o no de manera significativa del límite orientador que proporciona el factor gravedad y, por lo tanto, vulneran o no estándares constitucionales generales de proporcionalidad y razonabilidad, debe atenderse al sub factor culpabilidad (gravedad "subjetiva") y, en menor grado, al sub factor daño (gravedad "objetiva"). No es ajeno a la doctrina jurídica el reconocimiento de que la culpabilidad y el daño son dos componentes claves del concepto de "gravedad" (Von Hirsch, Andrew: "Doing Justice: The Principle of Commensurate Deserts". En Hyman Gross and Andrew von Hirsch (eds), Sentencing, Oxford University Press, 1981, p.243).

Asimismo, la necesidad de que se constate la culpabilidad para responsabilizar penalmente a una persona es algo especialmente valorado por nuestra Constitución, tal como puede desprenderse de lo dispuesto en su artículo 19, N° 3°, inciso séptimo. Tanto es así, que dicho factor ha sido elevado a la categoría de principio autónomo (ver STC, Rol N° 2936, c. 9);

DECIMOTERCERO. Que con la exclusión de delitos contemplados en la Ley N° 17.798 (Ley de Control de Armas), en este caso el establecido en su artículo 9°, el legislador ha buscado aumentar la severidad de la reacción punitiva del Estado frente a la gravedad que conlleva el uso de armas de fuego y artefactos explosivos por vías alternativas al puro aumento de la duración de una sanción privativa de libertad. Sin perjuicio de lo anterior, lo relevante es 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, en este caso, a través del quantum o duración de la pena.

En el caso concreto, tal como se demostrará más adelante por medio de un análisis cuantitativo, se advierte una desproporción significativa de la respuesta punitiva del Estado si se compara el delito atribuido al requirente con el resto de los delitos excluidos del beneficio. En efecto, de aplicarse el precepto legal objetado, el que fuere condenado por la conducta delictiva consistente en portar ilegalmente un arma de fuego y por el cual se solicita la aplicación de una pena de cárcel de 3 años y un día, no tendrá derecho a que se le aplique una pena sustitutiva de la sanción privativa de libertad correspondiente, tal como ocurrió en el caso concreto;

DECIMOCUARTO. *EL QUANTUM DE LA PENA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA EVALUAR LA PROPORCIONALIDAD.* Que es posible desprender de la Constitución que el nivel de severidad de la respuesta punitiva del Estado ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho y, en último término, que el grado de dureza punitiva se ve reflejado, preferentemente, en el quantum de la pena, es decir, su tiempo de duración.

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 un tipo penal. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es, como se señaló, el *quantum* de la pena. Incluso más, dicho parámetro es uno que, por definición, es bastante "deferente" con el legislador (actitud que suele exigirse como indispensable por quienes son reacios a aceptar control de constitucionalidad en el ámbito penal);



DECIMOQUINTO. Sustento constitucional. Que puede entenderse que el criterio preferido por la Constitución para reflejar la gravedad es el quantum de la pena. Ilustrativo de lo anterior son aquellas disposiciones 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 que separa una pena aflictiva de una que no lo es. En dichos casos, el quantum de la pena (criterio principal en base al cual se clasifica el carácter aflictivo o no de una sanción) constituye una representación o medida de gravedad.

La Carta Fundamental, por ejemplo, establece efectos negativos mayores 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 (artículo 37, en relación con los artículos 3º y 21, todos del Código Penal). Así, de acuerdo a la Constitución, "[s]on ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva." (artículo 13), y el derecho de sufragio se suspende "hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva" (artículo 16, Nº 2). La calidad de ciudadano, además, se pierde por "condena a pena aflictiva" (artículo 17, Nº 2) y "[p]or condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva." (artículo 17, Nº 3). Tal es la gravedad asociada a dicho criterio que, como derivación de lo anterior, impacta en los requisitos de elegibilidad y causales de suspensión o cesación en cargos de elección popular (ver, por ejemplo, el artículo 60, inciso octavo);

DECIMOSEXTO. Sustento en legislación penal. Que, en armonía con lo precedentemente expuesto, el Código



Penal reconoce expresamente que "[l]os delitos, atendida su gravedad, se dividen crímenes, simples delitos y faltas (...)" (artículo 3º, 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). Así, por ejemplo, el Código Penal establece un umbral de cinco años de cárcel para calificar algunos delitos como "crímenes", y otros como "simples delitos";

DECIMOSÉPTIMO. Sustento en la ley de penas sustitutivas.

Que el mencionado criterio no sólo tiene sustento en la Constitución y en el Código Penal, como ya se señaló, sino también en la misma Ley Nº 18.216, la cual 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).

En efecto, los diferentes tipos de penas sustitutivas están graduadas en consideración, también, al *quantum* de la pena, como es posible apreciar del cuadro siguiente:

Cuadro Nº 1: Tipo y escalonamiento de penas sustitutivas de acuerdo al *quantum* de la pena concreta privativa de libertad.

Tipo de pena sustitutiva	Requisito de pena que impusiere la sentencia
Prestación de servicios en beneficio de la comunidad [art. 11º, a)]	Igual o inferior a 300 días
Remisión condicional [art. 4º, a)]	No excediere de 3 años
Reclusión parcial [art. 8º, a)]	No excediere de 3 años
Libertad vigilada [art. 15º, a)]	Superior a 2 años y no excediere de 3 años
Libertad vigilada intensiva [art. 15 bis, a)]	Superior a 3 años y no excediere de 5 años



El cuadro anterior da cuenta de un escalonamiento proporcional de diferentes penas sustitutivas de distinto rigor teniendo como criterio el quantum de la pena. La clasificación legal reflejada en estas cinco categorías proporcionalmente escalonadas, reconoce un umbral más allá del cual no es posible acceder a pena sustitutiva alguna, como ocurre si la persona es condenada a más de 5 años de cárcel.

Esta proporcionalidad entre la pena sustitutiva y la pena concreta privativa de libertad, también ha de cumplirse entre estas dos y la pena abstracta asignada por el legislador a los tipos penales. 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. El problema, tal como se demostrará más adelante, radica en que el legislador (en virtud de una modificación a la ley) excluyó a una familia de delitos (con penalidades diversas) del beneficio de sustitución de penas, alejándose notoriamente del patrón general de proporcionalidad comentado;

DECIMOCTAVO. EVALUACIÓN CUANTITATIVA SOBRE EL GRADO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. Que el delito del artículo 9º, inciso primero, de la ley N° 17.798 tiene una pena en abstracto de 3 años y un día hasta 5 años de cárcel, y está excluido de la aplicación de la ley N° 18.216. La comparación, en cuanto a la cuantía de la pena en abstracto, de dicho delito con el resto de los delitos excluidos de la posibilidad de penas sustitutivas, ilustra la existencia de un grado importante de desproporción en el tratamiento del delito por el que se condenó al requirente. En efecto, el mencionado delito del artículo 9º tiene una pena mucho más baja que el resto de los delitos excluidos del beneficio. Dicho de otra manera, el delito por el cual ha sido condenado el

requirente es de mucho menor gravedad que el resto de los delitos igualmente excluidos de la aplicación de la Ley N° 18.216, tal como se muestra en el cuadro que sigue:

Cuadro N° 2: Delitos excluidos a todo evento de la aplicación de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, agrupados por su penalidad en abstracto.

Delitos excluidos	Penas en abstracto	Tipo de delitos
Ley N° 17.798: 9 inciso segundo; 14 D inciso tercero, última frase; 14 D inciso final, párrafo segundo	541 días a 3 años	Porte o tenencia de armas de fuego del artículo 2° letras c) y e) / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario de bajo poder expansivo / Disparar injustificadamente un arma de fuego
Código Penal: 150A inciso cuarto Ley N° 17.798: 9 inciso primero; 10 inciso segundo, párrafo tercero; 14 D inciso tercero, penúltima frase; 14 D, inciso final, párrafo primero;	3 años y un día a 5 años	Porte o tenencia de armas o elementos del artículo 2° letras b) y d) / Fabricación y comercialización de artefactos incendiarios de bajo poder expansivo / Tortura para anular personalidad de la víctima / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario de bajo poder expansivo en lugares públicos o de utilidad pública / Disparar injustificadamente un arma de fuego a un lugar público o de utilidad pública
Ley N° 17.798: 8° inciso tercero; 13 inciso primero; 14 inciso primero;	3 años y un día a 10 años	Organización de milicias armadas con armas del artículo 2° / Tenencia de armas del artículo 3° inciso segundo o tercero / Porte de armas del artículo 3° inciso segundo o tercero
Código Penal: 150A inciso primero Ley N° 17.798: 10 inciso primero; 14 D inciso segundo	5 años y un día a 10 años	Tortura por funcionario público / Fabricación, importación, almacenamiento o comercio de armas del artículo 2° letras b) a d) / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario
Código Penal: 141, inciso tercero; 361 Ley N° 17.798: 10 inciso segundo, párrafo primero; 10 inciso tercero; 13 inciso segundo; 14 inciso segundo;	5 años y un día a 15 años	Secuestro para obtener rescate o arrancar decisiones / Violación / Fabricación o comercialización de elementos de los incisos primero a tercero del artículo 3° / Instalaciones destinadas a fabricación, armaduría o depósito de armamento / Tenencia de armas del artículo 3° inciso final / Porte de armas del artículo 3° inciso final
Código Penal: 362	5 años y un día a 20 años	Violación de menor de catorce años / Organización de milicias



<u>Ley N° 17.798:</u> 8° inciso primero		armadas con armas del artículo 3°
<u>Código Penal:</u> 150B N° 3; 391 N° 2 <u>Ley N° 17.798:</u> 14 D, inciso primero	10 años y un día a 15 años	Cuasidelito cometido por tortura / Homicidio simple / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario en lugares públicos o de utilidad pública
<u>Código Penal:</u> 141 inciso cuarto; 142 N° 2 <u>Ley N° 17.798:</u> 10 inciso segundo, párrafo segundo	10 años y un día a 20 años	Secuestro por más de quince días o con daño grave al secuestrado / Sustracción de menor de 18 años / Fabricación, importación, almacenamiento o comercio de armas del artículo 2° letra a) o artículo 3° inciso final
<u>Código Penal:</u> 142 N° 1; 150B N° 2; 391 N° 1	15 años y un día a presidio perpetuo simple	Sustracción de menores para obtener rescate, imponer condiciones... / Tortura con violación, abuso sexual o lesiones / Homicidio calificado
<u>Código Penal:</u> 141 inciso quinto; 150B N° 1; 390	15 años y un día a presidio perpetuo calificado	Secuestro con homicidio, violación o lesiones / Tortura con homicidio / Parricidio
<u>Código Penal:</u> 372 bis	Presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado	Violación con homicidio
Delitos del Código Penal	16	
Delitos de la Ley de Control de Armas	19	
Total de delitos excluidos	35	

* No se incluyen en este cuadro los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando armas, según lo dispuesto en la oración final del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, como tampoco las exclusiones por reincidencia (ley N° 20.000 y artículos 433, 436 y 440 del Código Penal).

Como es posible apreciar, los delitos excluidos tienen un umbral o penalidad mínima promedio de 7,24 años de cárcel, y una máxima promedio de 15,69 años. Para el cálculo anterior, respecto de los delitos que tienen asignada una pena de presidio perpetuo (los que contemplan las penas privativas de libertad de mayor duración, aunque indeterminadas en cuanto al número exacto de años), se utilizó como medida una pena única o no divisible equivalente a la que pudiera proceder en virtud de la correspondiente regla para la aplicación de



la libertad condicional. Por lo tanto, para el presidio perpetuo simple se consideró una pena única de 20 años, y para el calificado una de 40 años.

A su vez, y con el fin de minimizar las distorsiones que puede producir en el valor promedio la consideración de delitos con rangos de penalidad extremos, hemos identificado los grados de pena que más se repiten (o moda) en los delitos excluidos de la aplicación de la Ley N° 18.216. Esta medición muestra resultados similares. En efecto, la moda del umbral o penalidad mínima es de 5 años y 1 día de cárcel, y la máxima de 15 años y 1 día de pena privativa de libertad, como se ve en la segunda columna del cuadro siguiente:

Cuadro N° 3: Delitos excluidos a todo evento de la aplicación de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, agrupados por grados.

Grados	Todos los delitos excluidos (Código Penal + Ley 17.798)	Delitos excluidos sin considerar exclusiones de la Ley N° 17.798
541 días a 3 años	3 delitos	-
3 años y un día a 5 años	5 delitos	1 delito
3 años y un día a 10 años	3 delitos	-
5 años y un día a 10 años	3 delitos	1 delito
5 años y un día a 15 años	6 delitos	2 delitos
5 años y un día a 20 años	2 delitos	1 delito
10 años y un día a 15 años	3 delitos	2 delitos
10 años y un día a 20 años	3 delitos	2 delitos
15 años y un día a 20 años	-	-
15 años y un día a presidio perpetuo simple	3 delitos	3 delitos
15 años y un día a presidio perpetuo calificado	3 delitos	3 delitos
Presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado	1 delito	1 delito
Total de delitos	35	16



El cuadro anterior muestra, además, que de los 35 delitos excluidos de la aplicación de la Ley N° 18.216, 13 de ellos tienen un umbral o penalidad mínima de 10 años de cárcel. La cifra sube a 24 si se tiene como referencia los tipos penales con un umbral o penalidad mínima de 5 años y 1 día de cárcel. Los restantes 11 (de 35) tienen un umbral o penalidad mínima de 3 años y 1 día de cárcel, y son prácticamente todos ilícitos de la ley N° 17.798, sobre Control de Armas. Incluso, 3 de los 35 delitos excluidos del beneficio, es decir, menos del 9% del total, tienen un umbral o valor mínimo de pena de 541 días de cárcel.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, un ejercicio cuantitativo muy revelador es aquel que identifica la situación legal previa a la modificación del inciso segundo de la Ley N° 18.216 que excluyó a los delitos de la Ley de Control de Armas del beneficio de las penas sustitutivas, como se aprecia en la tercera columna del cuadro anterior.

En efecto, sin considerar los delitos excluidos de la Ley N° 17.798, de los 16 ilícitos del Código Penal excluidos de aplicación de penas sustitutivas a todo evento, 15 delitos (el 93,8%) tienen una penalidad que comienza, al menos, en 5 años y un día de cárcel. Y dentro de dicho marco, los delitos con penas desde 10 años de cárcel son 11 de los 16 ilícitos (un 68,75%).

Igualmente, si se atiende al valor promedio del umbral o piso del rango, así como del techo del mismo, es posible colegir, con aún más nitidez, la elevada magnitud de la desproporción en el trato legal respecto del tipo penal atribuido al requirente de autos. En efecto, el promedio de la penalidad mínima del rango asciende a 10,81 años de privación de libertad, y el valor promedio máximo del techo del rango a 22,19 años.



Finalmente, la misma constatación de significativa desproporción se verifica si se utiliza como criterio la cuantía concreta de la pena, luego del proceso de individualización llevado a cabo por el juez. Tal como se desprende del Cuadro N° 1, una de las reglas de mayor alcance que puede desprenderse de la Ley N° 18.216 es aquella que exige una condena menor a 5 años y 1 día para gozar del beneficio de libertad vigilada intensiva, la más severa de las penas sustitutivas;

DECIMONOVENO. ACERCA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES AL LEGISLADOR PENAL. Que un argumento recurrente utilizado para rechazar la posibilidad de incompatibilidad con la Constitución de preceptos legales ha sido sostener que el diseño de materias de índole penal pertenece a la esfera exclusiva del legislador. La consecuencia de este tipo de posturas es que este Tribunal sería incompetente para declarar la inaplicabilidad de normas legales, en especial las que establecen delitos y penas. Para este tipo de posiciones, todo sería un tema de política criminal de competencia exclusiva del legislador. No desconocemos que en este tipo de materias el legislador goza de un espacio de maniobra relativamente amplio, pero de ahí a asumir que la actividad legislativa penal está exenta de límites constitucionales es un contrasentido, en especial si se tiene en consideración la naturaleza de esta acción de inaplicabilidad, la cual está dirigida, precisamente, a controlar la constitucionalidad de las leyes en el caso concreto (ver el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Carta Fundamental).

Frente a la postura de deferencia radical al legislador en materias penales (usualmente englobadas bajo la moldeable expresión "política criminal") subyace una cierta reticencia al reconocimiento de límites formales y sustantivos encarnados en exigencias y



prohibiciones de alcance global y que nuestra Constitución reconoce en forma expresa o implícita. Principios tales como los de legalidad (y tipicidad), prohibición de doble valoración (*ne bis in ídem*), prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, prohibición de la autoincriminación, aplicación de la ley penal más favorable o, como resulta pertinente en este caso, el de prohibición de desproporción excesiva entre otros, constituyen límites que no pueden ser desconocidos;

VIGÉSIMO. Que es importante destacar que el estándar de proporcionalidad que este Tribunal estima se ha vulnerado no es uno particularmente estricto o exigente. De hecho, es posible verificar, a lo largo del fallo, que las referencias al principio de proporcionalidad se han efectuado aludiendo a calificativos que denotan que la prohibición de desproporción debe ser manifiesta, significativa, sustancial o excesiva, tal como este mismo Tribunal ha sugerido en la STC Rol N° 825, c. 22. No reviste inconveniente para sustentar la declaración de inaplicabilidad asumir que es un tanto inevitable la existencia de algún grado menor de desproporción en el tratamiento punitivo dispensado por el legislador, en especial desde una perspectiva más sistémica;

VIGÉSIMO PRIMERO. LA NORMA DEL ARTÍCULO 1º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 18.216, EN SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO, INFRINGE LA CONSTITUCIÓN. Que del examen cuantitativo realizado -lo cual permite mayores niveles de objetividad en las comparaciones que apreciaciones sólo cualitativas- es posible constatar un tratamiento legal manifiestamente desproporcionado. En efecto, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que existe una desproporción sustancial entre el delito de porte ilegal de arma de fuego y otros delitos de cara a la aplicación del beneficio de sustitución de penas. Por consiguiente, el delito de porte ilegal de arma de fuego establecido en



el artículo 9° de la Ley de Control de Armas no debiera encontrarse excluido de la aplicación de la ley de sustitución de penas.

Dicho de otro modo, por las consideraciones expuestas en este fallo se puede afirmar que el precepto legal impugnado consagra una exclusión que refleja la existencia de una manifiesta o excesiva desproporción en el instrumento utilizado por el legislador para el endurecimiento de la respuesta punitiva del Estado respecto del delito de porte ilegal de arma de fuego.

Esta exigencia de proporcionalidad y, en último término, de racionalidad y justicia, tiene recepción constitucional en dos derechos constitucionales: la racionalidad y justicia de los procedimientos, y la no discriminación arbitraria. Por lo mismo, las constataciones anteriores permiten concluir que la aplicación del precepto legal impugnado, en el proceso judicial en el cual ha de tener efecto la presente acción de inaplicabilidad, infringe los artículos 19, N° 3°, inciso sexto y 19, N° 2°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

VIGESIMO SEGUNDO. Que, respecto al ilícito tenido en el artículo 9°, inciso primero, de la Ley de Control de Armas, en lo referido a su configuración o tipicidad, y en el mismo sentido que ha sido razonado en las consideraciones previas, es claro que el legislador actúa dentro de su ámbito competencial a la hora de determinar los elementos del tipo, por lo cual no resulta pertinente a esta Magistratura pronunciarse sobre la tipificación o descripción de las figuras delictivas, siendo así rechazada la impugnación efectuada en lo que respecta a la recién anotada norma;

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 ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE LA INAPLICABILIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º, DE LA LEY N° 18.216.**
- II. **QUE, SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD, EN LO CONCERNIENTE A LA IMPUGNACIÓN FORMULADA AL ARTÍCULO 9º, EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 2º, AMBOS DE LA LEY N° 17.798.**
- III. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 44. OFÍCIESE.**

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas 1, en atención a las motivaciones que a continuación señalan:

1º. La parte requirente solicita la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216, en el proceso penal seguido en su contra ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que conoce del recurso de nulidad;

2º. Que, en relación con el impedimento de acceso a las penas sustitutivas sostendremos los siguientes criterios interpretativos. Primero, que las penas sustitutivas no operan automáticamente por el solo ejercicio de la ley. Segundo, la política criminal la fija el legislador dentro de los límites



constitucionales. Tercero, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas. 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. Finalmente, se aplicarán estos criterios en el caso concreto;

1. Las penas sustitutivas no operan automáticamente por el solo ejercicio de la ley.

3°. Que del examen del artículo primero de la ley en todos sus incisos, al margen del impugnado, manifiesta plenamente la idea de que se trata de una institución que no opera automáticamente por lo que define el legislador. Por el contrario, la imposición de una pena sustitutiva está sujeta al cumplimiento de variados requisitos (condenas previas, existencia de dos o más penas en la sentencia, remisiones a requisitos de otras leyes, etc.). En síntesis, se salvaguarda esta determinación como una facultad ("podrá sustituirse por el tribunal") del juez;

4°. Que la imposición de una pena sustitutiva, justamente por la evaluación de requisitos, supone que las condiciones de la alternatividad de su cumplimiento permanezcan durante todo su ejercicio. La tarea de un juez penal que impone penas condenatorias después de su plena convicción jurídica y moral al margen de toda duda razonable, también se traslada a su plena convicción en la imposición de una pena sustitutiva;

5°. Que la pena sustitutiva puede ser modificada por el juez, justamente porque se están satisfaciendo los requisitos para su otorgamiento (artículos 32 y 33 de la Ley N° 18.216) o porque se está vulnerando su



cumplimiento (artículo 25 de la Ley N° 18.216). Al carecer nuestro país de un procedimiento y una organización dedicada a la ejecución de las penas, la tarea de decidir, ejecutar y hacer cumplir esta decisión le sigue correspondiendo al juez competente;

6°. Que la imposición de penas sustitutivas asociadas a un supuesto derecho subjetivo a las mismas tiene un particular test que resolver. No se aplica a todos los delitos por la entidad de los delitos mismos (secuestros, sustracción de menores, torturas, violaciones, homicidios, parricidios o femicidios y diversas infracciones a los tipos penales más graves de la Ley de Control de Armas, entre otros). Y tampoco se aplica en función de las conductas previas del propio delincuente. Por tanto, habrá que estimar en el marco de esta ley por qué en algunos casos se habilita al legislador a prohibir la pena sustitutiva y en otros a permitirla;

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

7°. 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;

8°. 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°);

9°. 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);

10°. Que, aunque suene majadero, al legislador le corresponde, por mandato constitucional, las siguientes competencias:

a.- Determinar la pena de un delito (artículo 19, numeral 3°, inciso 8°).

b.- La pena puede ser de distinto tipo y diversas reglas de la Constitución lo permiten. Es así como el legislador puede disponer penas privativas de libertad (artículo 19, literal b) del numeral 7°), el comiso (artículo 19, literal g) del numeral 7°), ciertas inhabilidades especiales (artículo 9°) y las inhabilidades generales así como las multas como mandato directo al legislador (artículo 63 numerales 3° y 20°).

c.- El legislador puede facultar al juez para individualizar la pena dentro del marco de una escala decidida por aquél. El legislador le permite al juez rebajar una pena en función de la concurrencia de determinadas circunstancias legalmente tasadas y el legislador habilita al juez para que se pueda sustituir una pena por otra.

d.- El legislador puede perseguir que sus penas sean efectivas, estableciendo restricciones a las atenuantes o



eximentes de responsabilidad o simplemente suprimiéndolas. Asimismo, puede limitar o prohibir las penas alternativas.

Este núcleo normativo, con claras reglas constitucionales, configura un nítido marco de potestades atribuidas al Congreso Nacional las que no están exentas de límites. Sin embargo, los límites infranqueables se refieren a la violación de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, consiguientemente, de la dignidad humana (artículo 1°). Otro límite es que las penas no pueden ser un apremio ilegítimo (artículo 19, numeral 1°) y lo serán cuando éstas sean penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 5° de la Constitución en relación con la Convención contra la Tortura). Respecto de todos estos límites, la requirente debe demostrar, sin lugar a dudas, que el legislador los vulneró claramente. En caso contrario, sólo sería una consulta al Tribunal Constitucional, cuestión sobre la cual éste carece de competencia;

11°. Que, corolario de lo anterior, resulta evidente que la determinación de los delitos debe traer como consecuencia la imposición de penas penales. Ello está expresamente autorizado por la Constitución (artículo 19, numeral 3°, incisos 8° y 9°). Pues, aunque sea obvio decirlo, la privación de la libertad personal está predeterminada por una serie de supuestos normativos que define el literal b) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución. No es novedad que la Ley de Armas imponga penas privativas de libertad. Se ha hecho siempre;

12°. Que al revisar todos los límites constitucionales de la discrecionalidad del legislador en el establecimiento de los delitos y de las penas, reflejamos todas las normas constitucionales que se refieren a la materia. Ninguna de ellas hace mención directa o indirecta a las penas alternativas. Dejamos,



por ahora, a salvo la remisión del artículo 5, inciso segundo de la Constitución al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que trataremos más extensamente;

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

13°. 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 Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz de las exigencias del artículo 5° inciso segundo de la Constitución;

14°. 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;

15°. 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.";

16°. 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). Por ende, su examen atiende a las modalidades de aplicación y no a un impedimento para imponerla legalmente;

17°. Que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se han referido a la prohibición de penas alternativas. La jurisprudencia relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad está referida a la prisión preventiva (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia C-206, párrafo 122) en relación con el caso de una persona que fue condenada a una pena inferior a la que estuvo privada de libertad preventivamente. Allí se estructuran a lo menos cinco reglas por parte de la Corte, la que acogió

parcialmente la condena, las que no son extrapolables en su totalidad a este caso;

18°. 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 de 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);

19°. 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”;

20°. 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 cifiéndose 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). Estas finalidades, especialmente la resocialización de las penas, imponen al legislador un uso racional de la privación de libertad como pena. En consecuencia, no se puede sostener un tipo de garantía subjetiva a favor de los condenados en causas penales a un derecho subjetivo a todo evento sobre una pena sustitutiva;

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



21°. Que las penas sustitutivas se caracterizan por reemplazar la pena privativa de libertad por otra sanción, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, que generalmente se aplican para delitos que conllevan bajas penalidades. La creación de este tipo de medidas se funda en la visión deslegitimada de la pena privativa de libertad lo que no desmerece que sea el legislador, basado en la imposición de nuevas condiciones y en la evidencia de determinados factores criminógenos, el responsable de estimarlo. Para ello, es perfectamente constitucional que pueda desalentar el manejo en estado de ebriedad decidiendo la interdicción de la concesión de una pena sustitutiva;

22°. 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. 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;

23°. 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. Un 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);

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

24°. Que el legislador puede y debe intensificar la prevención de determinadas conductas que estima lesivas en una sociedad y que no logran ser disuadidas de manera efectiva. Es responsabilidad del legislador buscar los medios para que los fines del derecho se cumplan. Sin embargo, aplicar una sanción no es un ejercicio científico en donde exista la medida exacta que permita la protección eficiente y eficaz de bienes jurídicos. Con todo, determinar esa medida es esencialmente un juicio de mérito que le corresponde al Congreso Nacional;

25°. Que el suprimir las penas sustitutivas para determinados delitos es constitucional, puesto que se

imponen 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 aplicar la pena determinada por la ley;

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

26°. Que suprimir las penas sustitutivas en algunos delitos no es discriminatorio. Las alegaciones del 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 parte 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 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, la 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;

7. Aplicación en el caso concreto.

27°. Que se sigue en contra de la requirente de estos autos un proceso penal por delito de porte ilegal de arma de fuego. Actualmente la I. Corte de Apelaciones de Santiago conoce del recurso de nulidad interpuesto por la requirente, encontrándose pendiente la decisión sobre la causa, por la medida de suspensión del procedimiento decretada por esta Magistratura;

28°. Que en función de los anteriores parámetros, la cuestión debatida en autos no es decisiva en la resolución de la gestión pendiente, desde que lo que se discute en el recurso de nulidad es la supuesta aplicación errónea de ciertos preceptos legales, y la falta de fundamentación de la sentencia condenatoria (fs. 65 y siguientes). La decisión que adopte la Corte de Apelaciones de Valparaíso respecto del recurso, no versará acerca de la determinación o modalidad de cumplimiento de la pena;

29°. Que, tal como se ha argumentado, la aplicación del precepto cuestionado, contenido en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, no implica un trato discriminatorio y desproporcionado a personas que cometen

infracciones a la Ley de Armas, ni tampoco infringe el principio de proporcionalidad;

30°. Que, conforme a las argumentaciones precedentes, la decisión del legislador de restringir la aplicación de penas substitutivas, no implica en este caso una discriminación arbitraria ni una infracción a los límites constitucionales de las penas. Asimismo, tal como se expuso, la magistratura competente deberá interpretar y aplicar las normas penales y procesales, y determinar una pena proporcional a la culpabilidad. Del mismo modo, dicha judicatura será la llamada a establecer si la conducta es típica, antijurídica y culpable, y si merece una sanción.

El Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, también estuvo por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1, en lo que respecta al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, teniendo presente, además, las siguientes consideraciones:

1°. Que, sobre este particular, el precepto legal impugnado estatuye que:

"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 N°17.798; 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 N°17.798, 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."

2°. 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;

3°. 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);

4°. Que, no obstante ser conscientes de lo expuesto, para este Ministro 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;

5°. 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;

6°. 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



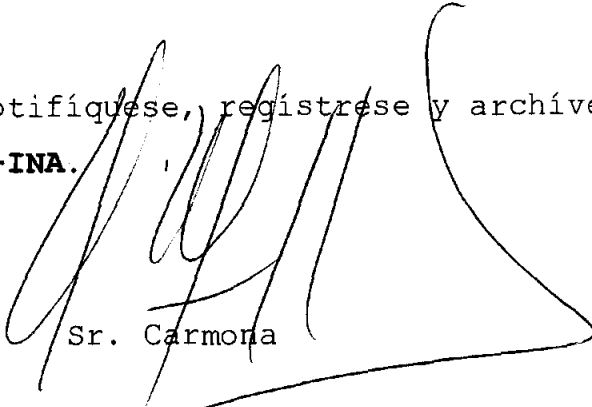
instancia-, como en el control constitucional de su ejercicio. Lo que también vale para la decisión sobre la ejecución de la pena. En ese orden de ideas, entendido así el delito de peligro abstracto de infracción a la ley de control de armas, se aleja el espectro de despotismo del delito de mera prohibición 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 *sub lite*, 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. Por todo lo cual, este Ministro disidente estimó que el requerimiento debió ser rechazado en este aspecto.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán; la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino y, la prevención, el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza.

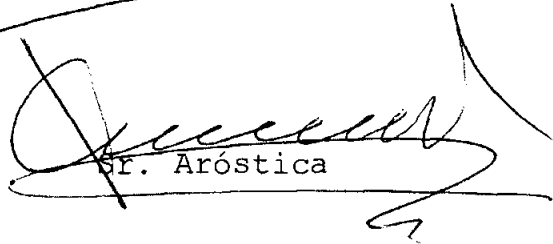


Comuníquese, notifíquese, registrese y archívese.

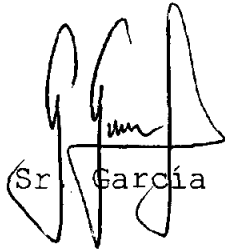
Rol N° 3292-16-INA.



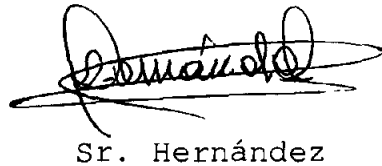
Sr. Carmona



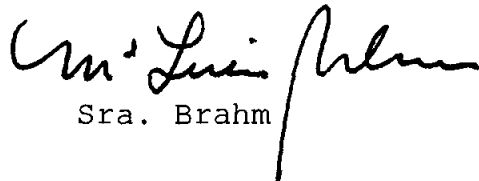
Sr. Aróstica



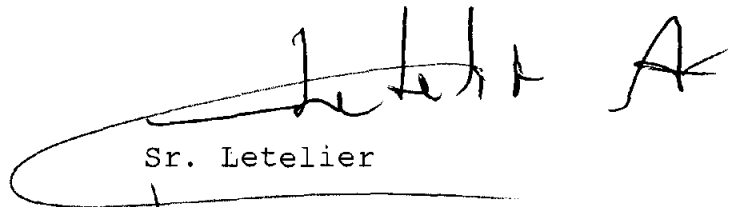
Sr. García



Sr. Hernández



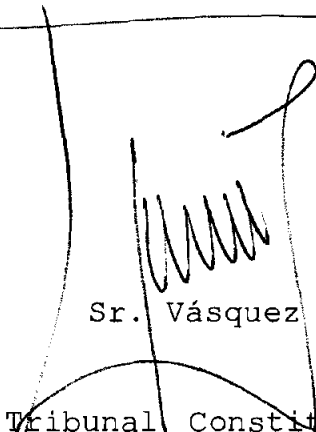
Sra. Brahm



Sr. Letelier



Sr. Pozo



Sr. Vásquez

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

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y Juan José Romero Guzmán concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.



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

A handwritten signature or scribble, consisting of several overlapping, curved lines, positioned to the right of the text.