



000102
ciento dos

Santiago, veinticinco de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Con fecha 2 de enero de 2019, Javier Alejandro Leiva Pinto, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216, en el proceso penal RUC N° 1800557164-9, RIT N° 4561-2018, seguido ante el 15º Juzgado de Garantía de Santiago.

Síntesis de la gestión pendiente

En relación con la gestión judicial en que incide el requerimiento, el actor refiere que se encuentra formalizado por delitos de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades y tenencia ilegal de arma de fuego y de municiones.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

La parte requirente enuncia que los preceptos reprochados contravienen el artículo 1º de la Constitución Política. Al establecer que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, se tiene que ningún ser humano es más que otro, dado que la igualdad como valor constitucional se torna en una opción ético social básica que el Estado debe propugnar y concretar, cuestión que no se materializaría al establecer la pena privativa de libertad como única opción a aplicar por el juzgador oral.

Acto seguido, la aplicación de las normas contraviene el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19, numeral 2º, constitucional, concretizado en el valor de la no discriminación. Se prohíbe la existencia de estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de carácter estrictamente personal, que no descansen en la razonabilidad como estándar fundante, valores todos que se enlazan con los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En tercer lugar, desde el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto, de la Constitución, el actor expone que las normas reprochadas atentan contra el derecho de toda persona a un procedimiento racional y justo, en cuanto éste debe basarse en penas proporcionales con una adecuada correspondencia o adecuación que debe existir entre la gravedad del hecho juzgado con la reacción penal del Estado. Conforme enuncia, la proporcionalidad de las penas se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho.

Finalmente, señala, que el precepto contenido en el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, limita las facultades del juez de optar en fase de



ejecución, por la pena más idónea en consideración del caso concreto, de una forma no permitida por la Carta Fundamental.

Por estas consideraciones, solicita sea acogida la acción deducida a fojas 1.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

El requerimiento se acogió a trámite por resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión parcial del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible por resolución de la misma Sala.

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 solicitando el rechazo de la acción deducida, toda vez que, la entidad de la imputación fiscal dirigida al requirente, regirá la regla prevista en el artículo 1º, inciso final, de la Ley N° 18.216.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 23 de abril de 2019, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el relator, quedando adoptado el acuerdo con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, traídos los autos en relación, y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se enuncia:

El Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger la acción deducida a fojas 1 de estos autos.

Por su parte, los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva, la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, y el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González estuvieron por rechazar el requerimiento.

SEGUNDO: Que, en esas condiciones, se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quorum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta, de la misma forma, que por mandato del



000103
ciento tres

literal g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente de esta Magistratura no dirime un empate, como el ocurrido en el caso sub-lite, y, no habiéndose alcanzado la mayoría para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser necesariamente desestimado.

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, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA, POR LO CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUERENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

VOTO POR ACOGER

El Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger la acción deducida, por las siguientes razones:

1°. **ADVERTENCIA INICIAL.** Todos los Ministros que están por acoger el requerimiento en lo referido al artículo 1°, 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;

2°. Que, una **primera línea argumentativa**, desarrollada, a vía ejemplar, en la STC Rol N° 3062, 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 1º, 2º, 3º y 7º (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;

3º. 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;

4º. Que, unido a lo anterior, 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";

5º. Que, de acuerdo a lo expuesto, 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;



000104
ciento cuatro

6°. Que, una **segunda línea argumentativa** sigue lo razonado por este Tribunal Constitucional en las STC Roles N°s 2995, 3053, 3127, 3149, 3172, 3173, 3174, 3177, 3185, 3187 y 3198, refiriendo que 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 3° (inciso sexto) y 2° de la Constitución;

7°. 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 ha estimado 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;

8°. Que, en consecuencia y siguiendo dicha línea argumental, se sostuvo que 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.

9°. 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, lo que lleva a acoger la impugnación formulada por la parte requirente al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en el contexto de su aplicación a la enunciada gestión pendiente.





VOTO POR RECHAZAR

Los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva, la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, y el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González, estuvieron por rechazar el requerimiento en atención a las motivaciones que a continuación señalan:

I. **Argumentos para el rechazo de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, y de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato.**

1°. Que, en la forma en que ha sido sostenida por esta disidencia desde la STC Rol N° 2995-16, 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;

2°. Que, **las penas sustitutivas no operan automáticamente por el solo ejercicio de la ley.** 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 (como condenas previas, existencia de dos o más penas en la sentencia o remisiones a requisitos de otras leyes). En síntesis, se salvaguarda esta determinación como una facultad ("podrá sustituirse por el tribunal") del juez;

3°. Que, **la política criminal la fija el legislador dentro de los límites de la Constitución**, no sólo por cuestiones formales, ya que está atribuida directamente por la Constitución al primero, 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, 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,



000105
Ciento cinco

penas accesorias, penas penales junto a sanciones administrativas o consecuencias no penales derivadas o anudadas a una pena penal" (STC Rol N° 2402, c. 23°);

5°. Que, en consecuencia, tal como lo ha indicado esta magistratura, el legislador tiene primacía en la creación de política criminal, sujeto a algunos límites constitucionales, como el respeto a la dignidad humana (art. 1°) y a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales (art. 5°);

6°. 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;

7°. 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 sustitutivas;

8°. Que, el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas**. 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;

9°. 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.";

10°. 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;

11°. 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;

12°. Que, **no existe un derecho constitucional de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva.** 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;

13°. Que, **no se puede impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal.** 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;

14°. Que, finalmente, **no hay un juicio de igualdad o un trato discriminatorio propiamente tal.** Suprimir las penas sustitutivas en algunos delitos no es discriminatorio. Son los requirentes quienes deben demostrar la diferenciación, y explicar el baremo con el que se compara, y en este caso, la parte requirente no ha planteado un test de igualdad propiamente tal, que permita ponderar situaciones comparables. En segundo lugar, la parte 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



000106
ciento seis

naturaleza, incluyendo la exclusión de penas sustitutivas. Se trata de finalidades constitucionalmente legítimas para la adopción de este tipo de medidas.

II. El Ministro señor Nelson Pozo Silva estuvo por rechazar la impugnación formulada al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, únicamente en razón de las siguientes argumentaciones:

1º. Que en lo sustancial el cuestionamiento ante esta Magistratura se basa en dos conflictos jurídico-constitucionales: 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 Nº 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 Nº 17.798, norma también reprochada en estos autos;



I. IUS PUNIENDI Y SU APLICABILIDAD

2º. 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 organismo 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, es decir, la cualidad 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;

3°. La pena, objetivamente, como elemento de la ley penal es sanción jurídica puesta al servicio de la observancia de la norma jurídica (precepto penal); 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);

4°. 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);

II. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*

5°. 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 cartas fundamentales y textos internacionales, el artículo 19°, N°1°, inciso tercero, de la Constitución establece el derecho a la vida y contempla expresamente que la pena de muerte sólo



000107
ciento siete

puede establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado, junto a la prohibición expresa de la aplicación de todo apremio ilegítimo;

6°. 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;

7°. 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;

III. EL CASO CONCRETO

8°. Que el Estado Democrático justifica la intervención penal en la medida que la pena cumpla sus fines tales como la retribución, prevención general positiva o la resocialización.

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;

9°. 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 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);

10°. 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 el uso de penas de privación de libertad de manera desmedida;

11°. 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;

12°. Que en la especie, la parte requirente se encuentra formalizada por delitos de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades y, porte y tenencia ilegal



000108
ciento ocho

de arma de fuego y municiones. Ello no hace más que reafirmar que en el proceso de individualización de la pena en el contexto constitucional, el actor se hace acreedor de una prognosis de pena por diversos delitos, lo que configura una pena aflictiva, circunstancia que conlleva al incumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 4º, 8º y 15, de la Ley 18.216, en cuanto a la procedencia de la sustitución de las penas privativas o restrictivas de libertad, atendido el *quantum* de la pena y la naturaleza del ilícito, produciéndose al efecto la falta de un requerimiento básico o sustancial para su sustituibilidad en el caso concreto.

IV. CONCLUSIONES

13º. Que el Tribunal Constitucional español ha dicho: "La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad, un sacrificio innecesario desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada" (STC 110/2000, c.5);

14º. Que atendido los razonamientos expuestos no es posible acoger la hipótesis de la requirente, debido a que ésta se sustenta en un presupuesto – el *quantum* de la pena – que no cumple el o los requisitos para que opere el sistema sustitutivo de la sanción punitiva, en este caso específico.

III. El Ministro señor Miguel Ángel Fernández González estuvo por rechazar la impugnación dirigida al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, por las siguientes razones:

1º. Que, tal y como ya lo ha resuelto en sentencias anteriores, a juicio de quien suscribe este voto, resulta ineludible, para resolver la acción de autos, considerar las particularidades de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, como fue razonado en la resolución de inadmisibilidad causa Rol Nº 4.696, c. 9º, porque esta Magistratura no puede realizar, en esta sede, un juicio en abstracto de constitucionalidad del precepto legal sólo comparándolo con la Carta Fundamental, sino que debe analizar su aplicación en el contexto de la causa judicial que se encuentra pendiente al momento de ser deducida la acción y su devenir ordinario, en la eventualidad de que ésta no haya sido del todo suspendida por este Tribunal, como se expone en la resolución de admisibilidad recaída en causa Rol Nº 3.835, c. 6º;

2º. Que, los antecedentes que constan en el expediente constitucional dan cuenta que las imputaciones dirigidas al requirente de autos en la gestión pendiente, eventualmente, pueden exceder el ámbito de los cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, junto a las penas accesorias legales correspondientes. Si



bien la causa no se encuentra ejecutoriada y ésta puede variar en razón de una nueva calificación jurídica de los hechos incriminados e, incluso, el requirente podría llegar a ser absuelto, no es posible dejar de considerar que la inaplicabilidad debe ser resuelta teniendo en cuenta los antecedentes que obran en el expediente constitucional, puesto que ha sido la propia parte requirente la que ha decidido la instancia procesal de la gestión pendiente para accionar en esta sede, como parte de su estrategia procesal;

3°. Que, lo expuesto tiene sustento normativo en el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 18.216, precepto no impugnado en autos e introducido por la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016, anterior a los hechos que imputa el Ministerio Público en la gestión pendiente, el cual imposibilita la aplicación de un régimen concursal que no sea el previsto en el artículo 74 del Código Penal, mandando la sumatoria de todas las penas a las que sea condenado un acusado;

4°. Que, por lo anterior y en el estado actual de la gestión pendiente, es posible que sea aplicada en el caso concreto la regla general que hace improcedente el otorgamiento de penas sustitutivas a condenados que exceden el umbral de los cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, no siendo, por tanto, la norma cuestionada la que imposibilitará el cumplimiento de la sanción a la parte requirente de una forma diversa a la efectiva privación de libertad.

Redactaron la sentencia las señoras y los señores Ministros que la suscriben.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

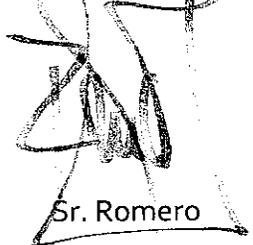
Rol N° 5888-19-INA.



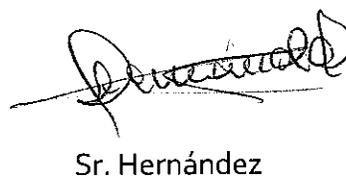
Sr. Aróstica



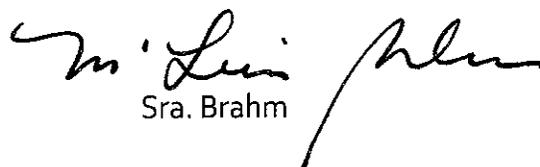
Sr. García



Sr. Romero



Sr. Hernández



Sra. Brahm



000109
Ciento nueve

Letelier A
Sr. Letelier

[Signature]
Sr. Vásquez

[Signature]
Sr. Pozo

M. Pía Silva
Sra. Silva

[Signature]
Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria (s) del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

[Signature]