



Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha 21 de octubre de 2016, Mercedes del Carmen Guzmán Vargas, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, que Establece Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad, para que surta efectos en el proceso penal RIT 79-2016, RUC 1600192824-8, seguidos ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, actualmente en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso bajo el Rol N° 1779-2016 RPP.

Precepto legal cuya aplicación se impugna.

El texto del precepto legal impugnado, en su parte ennegrecida, dispone:

"Ley N° 18.216.

Título Preliminar.

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

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

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 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 2° y en el artículo 3° 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.

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

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

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

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

Síntesis de la gestión pendiente.

En relación con la gestión judicial en que incide el requerimiento, la actora refiere que se siguió en su contra, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, causa penal por delito de porte ilegal de municiones, sancionado en el artículo 9°, inciso segundo, en relación con el artículo 2°, letra c), de la Ley N° 17.798, siendo condenada, por dicho ilícito, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio.





A dicha decisión, interpuso recurso de nulidad para ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 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.

La actora 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 la requirente 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 1°, inciso segundo de la Ley N° 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 N° 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.

A mayor abundamiento, no es clara la finalidad que tuvo en mente el legislador para la modificación legal introducida por la Ley N° 20.813. Revisados los antecedentes de su tramitación en el Congreso Nacional, el requirente colige los siguientes argumentos que se tuvieron a la vista para justificar la reforma en comento:

- Peligrosidad de las personas que cometen este tipo de delitos, imponiendo un mayor riesgo a la colectividad en su totalidad, generando un aumento del peligro al que se ven expuestas las víctimas de los delitos comunes;
- Eficacia de las modificaciones introducidas a la Ley N° 17.798, en que el nuevo artículo 17 B perdería el valor que se identificó al introducirlo en el articulado de dicho cuerpo, relativo a la determinación de las penas, dado que ello no tendría asidero en la eventualidad de que el juez pudiera otorgar penas sustitutivas.

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, la requirente 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 25 de octubre de 2016, a fojas 48, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 15 de noviembre del mismo año, resolución rolante a fojas 115.

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 28 de noviembre de 2016, a fojas 127, el abogado Pablo Campos Muñoz, en representación del 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, la abogada doña Marcela Bustos Leiva 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.

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:

Los Ministros señor Carlos Carmona Santander (Presidente), señora Marisol Peña Torres y señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, estuvieron por **rechazar** el requerimiento de fojas 1.

Por su parte, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por **acoger** la acción deducida a fojas 1 de estos autos.

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 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 A FOJAS 48. OFÍCIESE.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUERENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

Los Ministros señor Carlos Carmona Santander (Presidente), señora Marisol Peña Torres y señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas 1, en atención a las motivaciones que a continuación señalan:

1°. La requirente solicita la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, en el proceso penal seguido en su contra la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, que conoce del recurso de nulidad. La requirente fue condenada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, por el delito de porte ilegal de municiones. Alega la vulneración de los artículos 1° y 19 N°s 2 de la Constitución, afirmando que la aplicación de este precepto en la gestión pendiente implica un trato discriminatorio y desproporcionado a personas que cometen infracciones a la



Ley de Armas, pues impide la posibilidad de emplear penas substitutivas;

2°. Que, en relación con el impedimento de acceso a las penas substitutivas sostendremos los siguientes criterios interpretativos. Primero, que las penas substitutivas 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 substitutivas. Cuarto, no existe en nuestro ordenamiento un derecho subjetivo de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena substitutiva. 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 substitutivas 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 substitutiva 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 substituirse por el tribunal") del juez;

4°. Que la imposición de una pena substitutiva, 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 ciñéndose al principio de intervención mínima siendo resorte estatal definir el tipo de delitos que concluye en penas efectivas de cárcel y los que no. Por otro lado, que la determinación sobre la decisión privativa de libertad se base en criterios objetivos u objetivables que se refieran al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas. Finalmente, se propicia la disponibilidad de recursos para esta materia. En síntesis, no se deriva ningún derecho subjetivo a penas alternativas o sustitutivas de la libertad, sino que hay una identificación convencional de obligaciones estatales

orientadas al desarrollo de finalidades que abarcan un conjunto amplio de titularidades (víctimas, victimarios, familias y la sociedad en general). 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 municiones, sancionado en el inciso segundo del artículo 9° de la Ley N° 17.798. Actualmente la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso 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 Nº 18.216, teniendo presente, además, las siguientes consideraciones:

1º. 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 Nº17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley Nº17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código."

2º. Que, tal como se tuvo en consideración en el voto disidente emitido en el rol Nº 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.

VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

Los Ministros señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger el requerimiento deducido en lo que respecta a la impugnación planteada al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, teniendo presente las siguientes consideraciones:

I. DILEMA CONSTITUCIONAL.

1º. Que en lo sustancial el cuestionamiento ante esta Magistratura se basa en el siguiente conflicto jurídico-constitucional: si resulta razonable la exclusión de normas de determinación e individualización de la pena, y la opción de sustituirlas en los delitos imputados al requirente, configurando en dicho caso un trato diferenciado que implica una carencia de

razonabilidad, cuestión que establece la primera norma reprochada, contenida en el artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 18.216;

II.- CONSIDERACIONES GENERALES. 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 órgano exclusivamente actuante, por medio de aquélla, para la defensa de la propia existencia contra los hechos dañosos de los sujetos que cometen ilícitos, llegando a definirse por Arturo Rocco el *ius puniendi* como "la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objetivo punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas".

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

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

3°. La pena, considerada objetivamente, como elemento de la ley penal es sanción jurídica puesta al servicio de la observancia de la norma jurídica (precepto legal); que mirada respecto de la acción humana contraria al precepto del derecho penal objetivo (delito), se representa como consecuencia jurídica (o efecto jurídico) de la acción misma (causa jurídica, hecho jurídico) y conlleva una relación entre el Estado y el imputado.

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

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);

III.- 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 Política de la República establece el derecho a la vida y contempla expresamente que la pena de muerte sólo puede establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado, junto a la prohibición expresa de la aplicación de todo apremio ilegítimo;

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;

IV. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

8°. Que se ha señalado que "la idea del principio de proporcionalidad se encuentra determinada, en cuanto a su expresión en el sistema penal, en la matriz de la prohibición de exceso, que se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal al daño social causado por el hecho (concepto vinculado al bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena impuesta en concreto a la medida de culpabilidad del hechor (**Sergio Politoff**



Lifschitz, Derecho Penal, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p.20)";

9°. Que esta judicatura ha entendido al respecto: "VIGESIMOSEGUNDO: Que el principio de proporcionalidad, también conocido como "máxima de razonabilidad" o "principio de prohibición de exceso", es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.

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

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



una relación de prevalencia entre los principios en juego." (STC Rol N° 2744);

10°. Que, si bien la mera relación en términos de correspondencia entre delito y pena apunta a la proporcionalidad en sentido estricto, no es menos cierto que la sanción penal es la forma de reacción del Estado, con un sello proporcional al hecho injusto cometido y al grado de reprochabilidad que le corresponde al sujeto activo o agente. La pena en su esencia debe ser proporcional al injusto culpable (delito).

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

11°. Que el juicio de adecuación o idoneidad es el punto de partida de un examen sobre la proporcionalidad de la injerencia.

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

Además, "(...) se requiere un fundamento fuerte y verosímil, tema que necesariamente el sistema jurídico y el subsistema procesal penal se encargan de resaltar, al

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

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

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se



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

V. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

12°. Que, asimismo, sobre la culpabilidad éste órgano se ha pronunciado de manera reiterada en orden a qué significa, al expresar: "DECIMOQUINTO: Que, siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su correspondiente base constitucional, el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, al decir que "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal", está consolidando el principio de "dignidad humana", en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión "Principio de Culpabilidad" pueden incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda "culparse" a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, sólo es "culpable" quien no es "inocente", y la enervación de la "presunción de inocencia" - una garantía constitucional fundamental proclamada en el artículo 19, N° 3°, incisos octavo y final, de la Constitución - requiere la prueba de la "culpabilidad" del imputado, que en este sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En Derecho Penal material el principio de culpabilidad tiene un sentido más restringido, puesto que no se refiere a la necesidad de la lesión típica, pero en su sentido amplio comprende diversas exigencias que condicionan la posibilidad de "culpar" a alguien de dicha lesión.



(Santiago Mir Puig, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 3011, págs.125-126) (STC roles N°s 2744 y STC 2954).

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

13°. Que, la doctrina ha explicitado: "lo que prohíbe el principio constitucional -de culpabilidad- es que el legislador se adelante a presumir de derecho la responsabilidad y con ello impida al imputado o procesado demostrar su inocencia por los medios de prueba que le franquea la ley, y que, consecuentemente, se altere el peso de la prueba, liberándose de ésta al autor, de modo que se convierta en incontrarrestable el juicio de reproche que supone la declaración de culpabilidad" (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 160).

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

VI. INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.

14°. Que la individualización de la pena es la última fase a considerar en la determinación judicial de la sanción, teniendo gran aplicación en la elección del grado y quantum de la pena, donde el artículo 69 del Código Penal señala dos criterios que debe considerar el juez para decidir la extensión exacta dentro de un grado de la pena. La disposición en comento considera una mayor o menor extensión del mal producido por el delito y agrega, nuevamente, las circunstancias atenuantes y agravantes que han de incidir en la pena final;

15°. Que, en efecto, las dudas surgen respecto de las circunstancias atenuantes y agravantes, pues en general en la consideración del mal causado se ponderan los efectos accesorios al injusto, como el perjuicio ocasionado a la víctima o a los herederos. También puede surgir la duda sobre una posible infracción al "non bis in ídem", en aquellos casos en que la vulneración afecta un mismo hecho o elemento relacionado con el mismo, produciendo como efecto el agravamiento de la pena. Otro factor de incidencia dice relación con el quantum de la pena, afectándose en cierto sentido el fundamento y sentido de la misma, sobre todo en los aspectos de merecimiento y necesidad de la sanción.

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

16°. Que el principio de resocialización lo funda el autor citado -Mir Puig- en los siguientes términos: "las

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

VII. PRINCIPIOS LIMITADORES DE LA PENA.

17°. Que, como se señaló, resultan limitadores de la pena los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes penales o de ofensividad, de intervención mínima o ultima ratio, de proporcionalidad, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva y de humanidad. En resumen, estos principios rescatan dos grandes pilares en materia de teoría de la pena que son los principios de merecimiento y necesidad de la pena. Se entiende por principio de legalidad la imposición de pena sustentada únicamente en una ley previa que establezca la sanción, constituyendo una garantía constitucional (artículo 19°, N° 3°, incisos séptimo y octavo, de la Constitución), que constituye un límite para el legislador y el juzgador. El alcance de este principio es que el Principio de Legalidad, básico en el ordenamiento jurídico penal, garantiza que sólo la ley, de alcance general y abstracto, puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito, estableciendo a la vez la pena que le corresponde al infractor, instituyéndose al efecto el principio de "nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali" que, como garantía penal, se consagra en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19°, N° 3°, inciso séptimo, al definir que: "ningún delito se castigará con otra pena que la que

señale una ley...”, máxima que la doctrina unánimemente refiere tanto a la descripción típica del hecho ilícito como a la sanción que de manera estricta se señale al respecto de un determinado ilícito, para evitar, por supuesto, tanto la interpretación extensiva del precepto como asimismo utilizar la analogía;(...)” (SCS de 20 de abril de 2005, Rol 5990-2004).

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

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

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

El “principio de culpabilidad” es vinculante a la regla del necesario juicio de reproche que cabe realizar al autor del injusto, en cuanto es posible imputarle personalmente tal conducta como suya. Sin perjuicio de que se discuten su configuración y exigencias, se entiende en general que supone una capacidad suficiente para comprender el carácter ilícito de su conducta y determinarse conforme a tal comprensión, y que en



concreto se haya determinado a infringir la norma, que le era exigible cumplir.

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



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

18°. Que ha dicho este Tribunal: "Que afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19, N°1, que prohíbe la aplicación de



apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano." (Tatiana Vargas Pinto, op. cit. p.29);

19°. Que en la doctrina nacional Juan Bustos Ramírez ha insinuado la necesidad -siguiendo en esto a Franco Bricola- de que el delito sea "idóneo para ofender un valor constitucionalmente significativo, y por ello está amenazado por una pena proporcionada también a la significación del valor tutelado y estructuralmente caracterizado por el teleologismo atribuido a la sanción penal". De esta forma, el ilícito penal surge justamente a través de la compleja normativa constitucional que se refiere a la materia penal. Dentro de la cual hay que considerar que para la Constitución, la libertad personal tiene un valor preeminente y, por lo tanto, cualquier limitación a ella ha de considerarse como extrema ratio. En consecuencia, la sanción penal sólo puede adoptarse si el bien lesionado por la acción criminal tiene un valor semejante al sacrificado, esto es, la libertad personal; en otros términos, esto implica que el ilícito penal ha de concretarse en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante." (Juan Bustos Ramírez, Introducción al derecho penal, Edit. Ediar-ConoSur Ltda., Chile, 1989, p. 203);

20°. Que, por su parte, Bricola explica que la norma constitucional resulta significativa para la caracterización del delito como hecho lesivo de un valor constitucional relevante, lo cual implica que la ley penal no puede crear intereses, ellos están ya previstos en la Constitución; por otra parte, la pena, en cuanto



reeducativa, ha de entenderse en el sentido que debe producir o reactivar en el sujeto la sensibilidad hacia los valores constitucionales, y de ahí que éste haya de poder continuar en el goce de todos sus derechos constitucionales, con excepción de aquellos que necesariamente deban ser afectados para posibilitar la ejecución de la pena. Además, hay una consecuencia limitativa respecto del legislador penal, en el sentido que no puede adoptar sanciones sino sólo para hechos lesivos de valores constitucionales. (**Franco Bricola**, Teoría general del delito, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p.18 y ss.);

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

21°. Que el Estado Democrático justifica la intervención penal en la medida que la pena cumpla sus fines tales como la retribución, prevención general positiva, resocialización, etc.

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

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

La Ley N° 20.603 reforzó el carácter punitivo de las medidas establecidas en la Ley N° 18.216, eliminando su denominación de alternativas para denominarlas "penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad".

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

22°. Que, a su turno, la modificación introducida por la Ley N° 20.813 constituye un sistema regresivo en relación a los objetivos de reinserción social y rehabilitación perseguidos por la Ley N° 20.603, sin mediar ningún estudio acerca de los resultados de esta ley en vigencia desde diciembre de 2013. (Rodrigo Cerda San Martín, Segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia N°20.931, Edit. Librotecnia, 2016, Santiago de Chile).

Lo anterior, se ve reflejado en la historia fidedigna del artículo que introduce las modificaciones, pues de ella no se desprenden las razones que tuvo el legislador para excluir al autor de los delitos contemplados en el artículo 9, de la Ley N° 17.798. El texto que contenía las indicaciones incorporadas al proyecto, no entrega argumentos que la justifican. Tampoco se definen sus fundamentos en la posterior

tramitación del proyecto, siendo esta indicación aprobada por unanimidad sin mayor debate;

23°. Que el artículo 1° de la Constitución se extiende sin duda a la persona condenada, quien goza de los mismos derechos que las demás personas, con excepción de aquellos de los cuales fue privada mediante la sentencia condenatoria. El poder del Estado tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

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

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

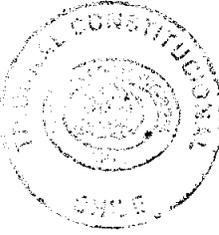
El *ius puniendi* y las penas privativas de libertad están reservados para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia (carácter fragmentario del Derecho Penal).

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

24°. Que no es posible compartir el criterio de los autores nacionales Matus y Ramírez en el sentido de que "la pena privativa de libertad de todos modos funciona en la realidad y está concebida normativamente como una medida de aseguramiento del condenado, incapacitándole para volver a cometer personalmente delitos por un tiempo determinado en el medio libre, mediante su exclusión de la vida social" (Lecciones de Derecho Penal Chileno. Fundamentos y límites constitucionales del Derecho penal positivo, Jean Piere Matus y María Cecilia Ramírez, Edit. Thomson Reuters, 2015, Tercera Edición, Santiago de Chile, p. 315), puesto que, en virtud del "principio de

proporcionalidad", la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena.

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



25°. Que el "humanismo (Principio de Humanidad) como corriente que intenta preservar las cualidades esenciales del hombre ha dejado su huella mucho más allá del marco penitenciario y ha inspirado numerosos pasajes de los modelos contemporáneos de la política criminal. La desaparición de las penas corporales, de la cadena perpetua y de la pena capital, así como los límites máximos de la duración de las penas y la paulatina disminución de éstas responde esencialmente a razones humanitarias" (Borja Mapelli Caffarena, Las consecuencias jurídicas del delito, Ed. Thomson y Civitas, Cuarta Edición, Navarra, España, 2005, p. 41), por lo que debe vincularse con el principio pro hominis que informa todo el sistema constitucional chileno, asentado en el respeto de la dignidad humana: asimismo, en relación con el problema de los límites en la aplicación de la sanción penal existe la posibilidad de excederse y cuando es el Estado quien tiene la potestad del ius puniendi, deben evitarse los excesos;

26°. Que la pena es básicamente privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos



por la norma jurídica, impuesta por el Estado en respuesta a la conducta delictiva.

Estas medidas no buscan infligir el mal por sí mismo, cualquiera sea su fin o función, sino que se busca otro efecto distinto del mero sufrimiento, básicamente la seguridad, la corrección de conductas y un orden en determinado ámbito de la organización social, limitados por principios, valores y conductas que restringen la opción de privar de libertad a un ser humano, a menos que sea estrictamente necesario.

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

27° Que es una circunstancia pacífica que el legislador tiene discrecionalidad para determinar penas, en la medida que respete los límites que le fija para ese procedimiento la misma Carta Fundamental. Es así, que el Código Penal regula los tipos de pena, su clasificación y su aplicación, además de asignar penas a los delitos que configura (STC Rol N°1328-09, c.13). Sin embargo, es una discrecionalidad relativa, que el propio constituyente a través de la pena como institución jurídica, para el Derecho chileno cabe proponer en un sentido de: "pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuesta según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme al individuo que esta declara responsable de un delito. El contenido coactivo de la pena reside en una pérdida o limitación de bienes jurídicos." (José Luis Guzmán Dalbora, La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Edit. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p.41);

28°. Que, el enfoque desde la perspectiva vulneratoria de bienes jurídicos por la sanción punitiva implica -de manera funcional- la caracterización e individualización de la pena, lo cual conlleva fijar



parámetros o delimitaciones dentro del propio sistema penal chileno que aparecen representadas por la igualdad ante la ley llevada al terreno de las penas. De este modo, el precepto constitucional del artículo 19°, N°2°, impide cualquier discriminación política y jurídica entre los individuos. Se ha de procurar, pues, que el precepto constitucional sobre la igualdad llegue hasta sus últimas y obligadas consecuencias, para que las puniciones sean irrogadas de guisa que sus efectos igualen también a los hombres según sus disímiles condicionalidades empíricas, especialmente las que atañen a su sexo, edad y medios económicos. (Guzmán Dalbora, José Luis, op.cit., p.49).



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

También, está presente el principio de personalidad o de individualidad, cuyo contenido fija como exigencia, la exclusión de formas aberrantes de imputación y que opere la responsabilidad objetiva. En relación a la individualidad de las penas el precitado técnico de ese



principio relevante, por demás de consagración constitucional, es su presencia en el de dignidad humana. De darse esta hipótesis, la "personalidad humana" sería en realidad degradada a mero medio para un fin social, degradación inadmisibles en un sistema constitucional basado en el reconocimiento de los derechos inviolables del hombre y del ciudadano;

29°. Que, igualmente, en concordancia con el principio de proporcionalidad cabe observar que el Código Penal chileno, en su redacción original, estaba embebido de un equilibrio entre pena y gravedad del delito en particular, en una armonía axiológica, lo cual en lo concerniente a la judicatura, su efecto aparece en la determinación de la pena por los jueces, concretando, ajustando y aplicando a la peculiaridad de un caso criminal la previsión penal que la ley señala en abstracto para todos los de la misma categoría delictuosa, lo cual no puede ser en aras de una mayor punición romper el equilibrio lógico y racional que establece el sistema de penas estatuido en el propio Código Penal, pues en caso contrario se vulneraría el mandato constitucional de la proporcionalidad en el caso concreto, con la eliminación de aquellas facultades propias del sentenciador en la individualización de la pena;

30°. Que, en el caso concreto, la limitación que imponen los preceptos del inciso segundo, del artículo 1° de la Ley N°18.216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, incumple el principio de igualdad ante la ley, así como el principio de legalidad penal, consagrados constitucionalmente;

31°. Que los principios de dignidad, igualdad y proporcionalidad que consagra nuestro sistema constitucional, exigen del Estado asegurar el derecho de



las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y constituye entonces un deber del legislador velar, tanto por la protección de la sociedad en general como los derechos de los infractores, mediante la imposición de penas razonables, idóneas y proporcionales, a objeto de obtener su reinserción social, que, en el caso concreto, así como permitan la aplicación de una pena justa que no renuncie a su objetivo esencial de propender tanto a la prevención general del delito como a su prevención particular, objetivos que no se vislumbran en el cumplimiento efectivo de una **pena de restricción total de la libertad de una persona que no tiene antecedentes penales y cuyas posibilidades de reinserción se verán más bien dificultadas con la aplicación al caso concreto de las normas denunciadas.**

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

32°. Que, asimismo, "el Estado de derecho constitucional crea ciertamente una racionalidad legislativa en su plano más elevado, la Constitución, pero, como hemos visto, ella repercute escasamente sobre el legislador, ejerciendo sus efectos especialmente en la aplicación del derecho, con el fenómeno de la judicialización. Aún a riesgo de repetir algo de lo ya señalado; conviene recordar que la consolidación del positivismo jurídico sentó las bases de una determinada manera de acercarse científicamente al derecho penal: hay que partir del derecho puesto, del derecho ya dado, mientras que la creación del derecho se deja en manos de un legislador a que en buena medida no se le plantean exigencia de racionalidad, exigencias que se reconducen a



la aplicación del derecho. La doctrina penal reacciona a esta situación de manera defensiva, no cuestionando la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino intentando contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del derecho, lo que implica dedicarse a racionalizar el derecho ya existente, considerado intocable." (José Luis Diez Ripollés, La racionalidad de las leyes penales, Edit. Trotta, Madrid, 2013, p.101);

33°. Que, por último, reafirma el pensamiento anterior la noción de "la racionalidad pragmática, la que tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica (fines de la pena) a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance correspondiente de la decisión legislativa. Ello implica, en el ámbito jurídico penal, asegurar lo más posible una respuesta positiva a una serie de exigencias mutuamente entrelazadas planteadas a la norma: que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser cumplidos, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la aplicación coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa; la pregunta se extiende desde la persecución policial hasta la ejecución de la sanción pasando por la activación de la administración de justicia." (Diez Repollés, José Luis, op.cit.p.95);

X. CONTEXTO CONSTITUCIONAL.

34°. Que a partir de la década del ochenta del siglo pasado y a raíz de un pronunciamiento del Consejo Constitucional francés (decisión de 22 de julio de 1997) y tratándose de la aplicación de un principio constitucional de no retroactividad, se expresa sobre la legitimidad de las penas, ante lo cual el juez



constitucional afirma que "la apreciación de esta culpabilidad no puede, en conformidad al principio de la no retroactividad de la ley penal más severa, ser efectuada más que en observancia de la legislación vigente a la fecha de los hechos". En efecto, el Consejo Constitucional proclama que "el legislador está por tanto claramente, en la especie, sujeto al respeto del principio de la no retroactividad tratándose de leyes penales más severas. Está, por el contrario, invitado a aplicar el principio de retroactividad cuando se trata de leyes penales más favorables (Revista chilena de Derecho, Vol.26/Nº2, abril/junio 1999, La constitucionalización del Derecho penal y del Procedimiento penal. Hacia un derecho constitucional penal, **Louis Favoreu**, p.219-322);

35º. Que, la conjunción del derecho constitucional y el derecho penal, en una búsqueda por parte de la jurisprudencia de los tribunales judiciales auxilia con numerosos casos, una dinámica de desarrollo, tanto en Alemania e Italia, en un sentido que el derecho constitucional penal se vincula a aspectos normativos, a modo de ejemplo en la citada no retroactividad de las leyes penales más severas, en la aplicación inmediata de leyes penales más favorables: la retroactividad in mitius, la proporcionalidad y necesidad de las penas, la presunción de inocencia, la igualdad ante la ley penal, la libertad individual, los controles y verificaciones de identidad y las pesquisas domiciliarias y registro, como en muchas otras materias. Sin embargo, en cuanto al valor constitucional del principio de la individualización de las penas, principio fundamental reconocido por las leyes de la República no pueden obviarse, tomando en consideración que el propio constituyente estableció la legalidad de las penas en el artículo 19, Nº3º, incisos octavo y noveno, de la Carta Fundamental, precepto que lleva implícito en congruencia con el artículo 76



constitucional el rol individualizador de la pena funcional operada por el juez natural;

36°. Que ante el fenómeno de la constitucionalización del derecho penal, interpretar los preceptos constitucionales a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales, dando especial relevancia, en particular a la referencia al bien jurídico-penal, permite concebir el objeto de protección concreto de cada uno de los preceptos en relación con el bien jurídico protegido, y en materia de pena se requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. La punición sólo es posible cuando la necesidad de la pena dice relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena;

XI. MOTIVACIONES PARA ACOGER LA PRIMERA IMPUGNACIÓN.

37°. Que la individualización judicial de la pena es la adecuación de ésta a las condiciones del sujeto sobre quien recae, por estimarse que sólo de esa forma puede la pena, como entidad, cumplir su finalidad reeducadora y correctiva.

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

38°. Que, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, los criterios de individualización de



la pena deben someterse también a un juicio de proporcionalidad en concreto, es decir, determinar si la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro del marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Se trata, por tanto, de la apreciación de las circunstancias concretas que permiten considerar la gravedad del hecho delictivo y, por tanto, aplicar la pena conforme a esta gravedad. La pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito completo que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado;



39°. Que, en el caso concreto, y sin perjuicio de la legitimidad del fin perseguido, las restricciones impuestas para la determinación de la pena no sólo no guardan proporción con el fin perseguido, sino que, igualmente, nada señala o explícita que dicha medida restrictiva favorezca directamente la seguridad ciudadana, esto es, la protección de los derechos fundamentales de las personas, a través de acciones preventivas y represivas de la criminalidad;

40°. Que el establecimiento del sistema de penas aplicables luego de acreditarse el hecho punible y la participación del imputado, no puede estar separado del sistema penal general, en tanto ambos forman parte del *ius puniendi* estatal. Esto quiere decir que el Derecho penal no tiene una teoría de la pena que le sea propia, aunque parezca asombroso. A veces la pide prestada al Derecho administrativo y en otras ocasiones al Derecho civil, sin perjuicio de combinaciones que por lo general llevan a producir un discurso penal que se identifica con el discurso de coerción tutelar;

41°. Que en nuestro país se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el



ius puniendi estatal, sino que también proscribe el uso abusivo de la potestad punitiva;

42°. Que, en el mismo sentido, cabe considerar que el fin de la pena al castigar estos ilícitos es el uso del arma, o a lo menos que exista un peligro real e inminente que dicho uso implicará una vulneración de un bien jurídico protegido o un peligro concreto de que dicho uso este asociado a la comisión de un ilícito, circunstancias todas ellas que llevan a que a partir de la historia fidedigna de la ley impliquen, en criterio de alguno de nosotros, un elemento gravitante en la punibilidad de la acción;

43°. Que es del caso, ponderar que el principio de humanidad, derivado de la dignidad humana, es un presupuesto del principio de proporcionalidad, y este último permite concretar las consecuencias de aquella en relación con las penas asociadas a la comisión de un delito. Es más, tanto el reconocimiento o aceptación social de tales principios, expresión del carácter democrático del Estado, además de contribuir a su fundamentación, comporta que su vigencia y afirmación simbólica desplieguen un efecto preventivo general de carácter positivo y, tengan un significado utilitarista, además del fundamento axiológico de los principios antes referidos;

44°. Que en relación a la resocialización como un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento, a partir del propio artículo 1° de la Constitución al establecer el principio de la dignidad de la persona, también, en segundo término no pueden excluirse los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventiva general. Criterio que recoge la



opinión de **Claus Roxin**. (Tratado de Derecho Penal, 4 Edición, Madrid, 2006, §3, nm 41);

45°. Que por su parte en el ámbito de la suspensión de la ejecución y prevención de la pena como limitación significativa de su eficacia preventiva general, en la medida en que limita la expresión del desvalor que la mayoría atribuye al delito cometido y la correspondiente afirmación de los valores y principios que se asocian al Derecho penal de un estado de derecho, la inexistencia de un riesgo claro y significativo, tanto de su reiteración como de una efectiva afectación de bienes jurídicos, lleva aparejado la infracción al principio de proporcionalidad. No obstante lo razonado, la relevancia de la gravedad del delito cometido tiene un efecto concomitante o confluyente con la determinación de la duración de la pena, y la necesidad de valorar también este dato al decidir sobre la suspensión de su ejecución;

46°. Que la ausencia de peligrosidad criminal del sujeto pasará a ser relevante para determinar las condiciones de cumplimiento de la pena, obviamente de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penitenciaria respectiva. Por ello, resulta indispensable asociar los efectos criminógenos a la ejecución de la pena, en principio, el saldo preventivo global de las distintas alternativas y, en su caso, el principio de proporcionalidad que justificará la suspensión;

XII. CONCLUSIONES, APLICABLES AL CASO CONCRETO.

47°. Que atendidos los antecedentes del caso concreto, se concluye que estamos en presencia de un encartado que obra en su favor la atenuante prevista en el artículo 11, N° 6, del Código Penal, esto es irreprochable conducta anterior, tal como lo consigna la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe de fojas 24 y siguientes de autos, cumpliéndose a



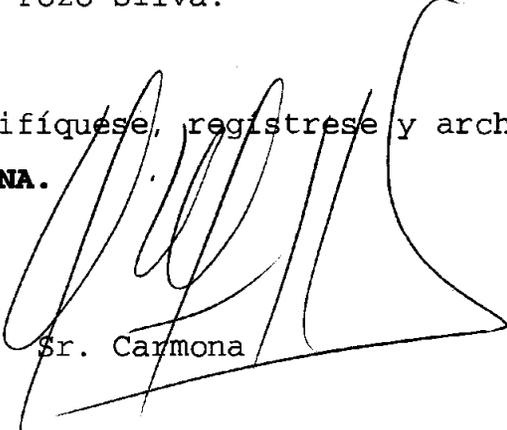
los efectos con el artículo 15, letra a), de la Ley N° 18.216;

48°. Que, refleja un tema de relevancia constitucional el análisis que se ha efectuado sobre la entidad, naturaleza y modalidad que ha adquirido la sustitución de una pena original por otra en el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en la medida que dicha disposición legal restringe considerablemente la operación de la individualización de la pena por parte del sentenciador, produciendo la conjunción de dos enunciados, uno de los cuales es la negación del otro, generándose una contradicción que vía interpretación no resulta posible obviar, razón por la cual debe acogerse la posición expuesta por la requirente, sólo en lo que refiere a la impugnación formulada, en la forma que se señala en los motivos precedentes, tal como lo expresa el fundamento vigésimo de la sentencia del tribunal de primer grado.

Redactó el voto por rechazar, el Ministro señor Gonzalo García Pino, su prevención, el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza y, el voto por acoger, el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

Comuníquese, notifíquese, registrese y archívese.

Rol N° 3257-16-INA.



Sr. Carmona



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 Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre al acuerdo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

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