2020

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

_____

Sentencia

Rol 8501-2020

[18 de junio de 2020]

_____

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY Nº 18.216, Y DEL ARTÍCULO 17 B), INCISO SEGUNDO, DE LA LEY Nº 17.798

ABRAHAM ANTONIO NEIRA CÁCERES Y JAVIER EDUARDO NEIRA CÁCERES

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1810050440-1, RIT N° 258-2019, SEGUIDO ANTE EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE CHILLÁN

VISTOS:

Con fecha 12 de marzo de 2020 Abraham Antonio Neira Cáceres y Javier Eduardo Neira Cáceres han presentado un requerimiento de inaplicabilidad respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley Nº 18.216, y 17 B), inciso segundo, de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC N° 1810050440-1, RIT N° 258-2019, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán.

Síntesis de la gestión pendiente

Los actores indican que han sido acusados por delitos de robo con intimidación y tenencia ilegal de arma de fuego prohibida. El requirente Abraham Neira Cáceres ha sido imputado adicionalmente por del delito de disparo injustificado en la vía pública.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

La parte requirente enuncia que los preceptos reprochados contravienen el artículo 1° de la Constitución Política. Al establecer que las personas nacen libres e iguales en

dignidad y derechos, se tiene que ningún ser humano es más que otro, dado que la igualdad como valor constitucional se torna en una opción ético social básica que el Estado debe propugnar y concretar, cuestión que no se materializaría al establecer la pena privativa de libertad como única opción a aplicar por el juzgador oral.

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

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

Finalmente, señala, que el precepto contenido en el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, limita las facultades del juez de optar en fase de ejecución, por la pena más idónea en consideración del caso concreto, de una forma no permitida por la Carta Fundamental.

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

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

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

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fue evacuada presentación por el Ministerio Público solicitando el rechazo del requerimiento, dado que la imputación fiscal imposibilitará el actor el acceso a penas sustitutivas.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 14 de mayo de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el relator, quedando adoptado el acuerdo con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

PRIMER CAPÍTULO

CONSIDERACIONES GENERALES

PRIMERO. Que, conforme enuncia la parte requirente en su presentación de fojas 1, solicita a esta Magistratura declarar la inaplicabilidad del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216 y del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, por resultar contrarios a la Constitución Política en la gestión pendiente señalada en la parte expositiva;

SEGUNDO. Que, teniendo presente lo anterior, se debe resolver un conflicto constitucional que presenta similares características a diversos pronunciamientos previos en torno a requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que no resulta necesario reiterar en su integridad las argumentaciones que sirvieron para rechazar la impugnación que la parte requirente efectúa al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216 y desestimar lo concerniente al reproche al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798;

TERCERO. Que esta Magistratura en oportunidades anteriores ha sostenido un criterio similar, puesto que no se ve afectado el efecto relativo de las sentencias que el Tribunal Constitucional debe dictar con atención a las particularidades del caso concreto, cuando a raíz de la reiteración de requerimientos de inaplicabilidad semejantes y aún idénticos, en que el asunto controvertido, las pretensiones en conflicto y los fundamentos alegados son básicamente los mismos. En dicha circunstancia, como resulta obvio, las sentencias han de ser igualmente análogas cumpliendo los parámetros esenciales del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución. Conforme ya se sostuvo en causa Rol N° 1068, cuando son numerosos los casos similares que deben ser resueltos, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable omitir la mera reiteración, en cada caso, de extensos y complejos razonamientos que no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reiterar toda la argumentación vertida en derecho, siendo aconsejable, más bien, enunciar las argumentaciones generales que sostienen la línea jurisprudencial ya desarrollada por esta Magistratura, tanto en sus votos de mayoría como disidentes, conforme el caso de autos que debe ser resuelto en virtud de sus atribuciones constitucionales. Es parte de la igual protección en el ejercicio de los derechos de todos los justiciables, reconocida en el inciso primero del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, esta estabilidad de la jurisprudencia previa;

SEGUNDO CAPÍTULO

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

CUARTO. Que, en relación con el impedimento de acceso a las penas sustitutivas, 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 sustitutivas. Cuarto, no existe en nuestro ordenamiento un derecho subjetivo de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva. Quinto, no se puede impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal y sexto, no hay un juicio de igualdad o un trato discriminatorio propiamente tal;

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

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

SÉPTIMO. 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" (STC Rol N° 2402, c. 23°);

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

NOVENO. 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;

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

DECIMOPRIMERO. Que, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas. A nadie escapa la idea de que la privación de libertad constituye una de las medidas más gravosas que puede sufrir una persona. No solo por la privación de libertad misma, sino que por la estigmatización que viene añadida a las penas penales y que, habitualmente, no está presente en las sanciones administrativas. Por lo mismo, los tratados internacionales establecen criterios objetivos, obligaciones estatales y finalidades de sentido a la pena de privación de libertad;

DECIMOSEGUNDO. 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.";

DECIMOTERCERO. 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;

DECIMOCUARTO. 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;

DECIMOQUINTO. Que, no existe un derecho constitucional de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva. El recurso al auxilio de la norma internacional de derechos humanos nos advierte que tales consideraciones punitivas deben servir a un propósito de "readaptación social" o "reforma" (artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Estas finalidades, en el marco del principio interpretativo pro – reo, admiten un conjunto de obligaciones estatales, pero no

pueden fundar un derecho individual y fundamental a alterar la condena mediante un régimen más benigno de penas sustitutivas;

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

DECIMOSÉPTIMO. Que, finalmente, **no hay un juicio de igualdad o un trato discriminatorio propiamente tal.** Suprimir las penas sustitutivas en algunos delitos no es discriminatorio. Son los requirentes quienes deben demostrar la diferenciación, y explicar el baremo con el que se compara, y en este caso, la parte requirente no ha planteado un test de igualdad propiamente tal, que permita ponderar situaciones comparables. En segundo lugar, la parte requirente no se hace cargo de que es la Constitución la que prohíbe expresamente la posesión de armas, y en tal sentido, los delitos que sancionan conductas contrarias al control de armas no están en la misma situación que delitos que protegen otros bienes jurídicos. El legislador puede establecer un tratamiento distinto, justamente fundado en que la Constitución lo mandata al control y supervigilancia de las armas, lo que admite sanciones de diversa naturaleza, incluyendo la exclusión de penas sustitutivas. Se trata de finalidades constitucionalmente legítimas para la adopción de este tipo de medidas.

TERCER CAPÍTULO

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

DECIMOCTAVO. Que, la parte requirente sostiene que hay una afectación de la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación, así como una infracción al principio de proporcionalidad en la estimación de la pena y sus beneficios. Hay que recordar que lo que dispuso el legislador mediante la Ley N° 20.813, junto con impedir la aplicación de penas sustitutivas en un conjunto específico de delitos, fue reducir la discrecionalidad judicial en la individualización de la pena, buscando que las penas legales se aproximen a las penas que efectivamente se deben imponer. Asimismo,

estima que el artículo 17 B de la Ley de Control de Armas impediría una determinación judicial de la pena como un ejercicio de auténtica ponderación de las circunstancias aplicables a los casos concretos, problemática que será abordada en los considerandos siguientes;

DECIMONOVENO. Que en relación con la restricción de la discrecionalidad judicial, este Tribunal Constitucional, desde la sentencia Rol N° 2995-16, en una jurisprudencia uniforme en lo que respecta a esta impugnación, ha sostenido los siguientes criterios interpretativos. Primero, que la Constitución reconoce como bien jurídico al control de armas para la protección de la seguridad pública. Luego, que el precepto impugnado restringe el marco legal de la pena y no su individualización judicial. En tercer lugar, que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal permiten ajustar la necesidad de una pena con la intensidad de la misma. En cuarto término, que no hay una disminución del juicio de culpabilidad judicial ni afectación del principio de dignidad personal. Y, en quinto lugar, que no hay infracción al principio de proporcionalidad ni a la igualdad y que hay límites en sede constitucional para realizar el examen de proporcionalidad propio del juez penal;

VIGÉSIMO. Que, el precepto contenido en el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, modifica el régimen general de determinación de la pena, obligando al juez a graduar ésta en concreto, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el legislador. En principio, el legislador tiene primacía para efectuar decisiones de política criminal (STC Rol N° 825), si se mantiene dentro de los límites constitucionales de la pena (prohibición de apremios ilegítimos, confiscación, tratos inhumanos y degradantes).

Su carácter conforme con la Constitución Política, en la gestión pendiente, viene determinado por las características que se desarrollan en las consideraciones siguientes;

VIGESIMOPRIMERO. Que, la Constitución reconoce como bien jurídico al control de armas para la protección de la seguridad pública. El artículo 103 es un precepto constitucional y no una norma penal. Por tanto, no regula la tipicidad de las conductas de "posesión" y "tenencia" de armas bajo una regla de autorización estatal previa, dejando libre el "porte" de armas, siendo una norma que atribuye una finalidad constitucional y refleja un marco de competencias para su obtención. Analizado así, la normativa impugnada constituye un mecanismo coherente con el mandato respecto de que no hay excepciones a la expresión "ninguna persona" puede poseer o tener armas al margen de una autorización legalmente obtenida. Lo anterior, facilita los mecanismos de control, objetiviza la fiscalización de Carabineros de Chile y consigna que el uso o la amenaza de uso de armas de fuego no constituyan un medio legítimo más allá de las excepciones reguladas para el ámbito de la caza y el deporte;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, unido a lo anterior, el precepto impugnado restringe el marco del tipo penal y no la individualización judicial de la pena a aplicar. Si bien el precepto impugnado limita la determinación de ésta, lo que restringe más

exactamente es el marco penal y no la individualización judicial de la misma. De este modo, si bien en la práctica se aplicará una pena más severa, no puede concluirse que este giro de política criminal sea inconstitucional. El juez aún está facultado de aplicar las circunstancias agravantes y atenuantes del caso concreto, en relación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad que siempre ha aplicado;

VIGESIMOTERCERO. Que, en consecuencia, no hay una disminución del juicio de culpabilidad judicial ni afectación del principio de dignidad personal. El modelo penal chileno entrega al legislador el deber de fijar delitos, penas, modalidades de ejecución así como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal para establecer el juicio de culpabilidad. Al realizar una ponderación más acotada de eximentes, atenuantes y agravantes, el juez individualiza una pena sin afectar el principio de culpabilidad. Lo anterior, porque no hay ninguna de estas circunstancias modificatorias de la responsabilidad que no pueda tasar. Con ello, respeta el principio de dignidad humana (artículo 1°, inciso primero, de la Constitución), que está en la base del principio de culpabilidad. Otra cuestión diferente es que el *quantum* de la pena resultante le impida o permita acceder a una pena sustitutiva;

VIGESIMOCUARTO. Que, tampoco hay infracción al principio de proporcionalidad ni a la igualdad. Las medidas que modifican la individualización judicial de la pena tienen por objeto permitir la aplicación de las sanciones que realmente configuró el legislador, siendo idóneas a ese propósito. Esta idoneidad debe verificarse en el marco de las finalidades constitucionalmente legítimas que lo permiten, siendo el control de armas una razón constitucional habilitante para aproximar las penas potenciales a las reales.

VIGESIMOQUINTO. Que, finalmente, la sociedad por medio de los canales institucionales, tiene derecho a ejercer el *ius puniendi* priorizando el efecto retributivo, como reafirmación de los valores fundamentales transgredidos por el autor, por sobre los efectos preventivos, generales o especiales. En este punto, no existe una respuesta única 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 ya anotado efecto retributivo de la sanción penal.

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

SE RESUELVE:

I. QUE SE <u>RECHAZA</u> LA ACCIÓN DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.

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

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

<u>DISIDENCIAS</u>

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por <u>acoger</u> el requerimiento de fojas 1 en lo que respecta a la **<u>impugnación al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216</u>**, por las siguientes razones:

1°. *ADVERTENCIA INICIAL*. Todos los Ministros que están por acoger el requerimiento en lo referido al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, lo hacen en virtud de las mismas infracciones constitucionales, pero entre ellos existen diferencias en cuanto a la orientación argumentativa utilizada. A continuación, se expone de manera resumida uno de los dos tipos de razonamiento, para, luego, desarrollar en extenso la otra fundamentación;

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

3°. Que, en consideración a diversos principios constitucionales, entre ellos el principio general de humanidad basado en el valor de la dignidad humana, y al hecho de que la pena es, básicamente, privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley. Por consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse sólo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. Lo anterior permite entender por qué el legislador no puede prescindir, al establecer las

reglas de punición de delitos, de la finalidad de reinserción social de los condenados, lo que implica el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección de las víctimas;

4°. Que, unido a lo anterior, la aplicación de las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad no es sinónimo de impunidad. De hecho, éstas tienen el carácter de pena y operan con una intensidad importante, como ocurre, por ejemplo, como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. Las penas alternativas tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, su reinserción social y no reincidencia. No se trata de un "beneficio" otorgado al condenado, sino de una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad, pudiendo ser revocada en el evento de ser incumplida. La Ley N°20.603 reforzó el carácter punitivo de las medidas establecidas en la Ley N°18.216, eliminando su denominación de alternativas para denominarlas "penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad";

5°. Que, de acuerdo con lo expuesto, la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena. En efecto, se recuerda que históricamente los sistemas de prisión no han sido capaces de lograr la rehabilitación de las personas sujetas a régimen carcelario. Las penas sustitutivas, en cambio, constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública;

6°. Que, una **segunda línea argumentativa** sigue lo razonado por este Tribunal Constitucional en las STC Roles N°s 2995, 3053, 3127, 3149, 3172, 3173, 3174, 3177, 3185, 3187 y 3198, refiriendo que la exclusión total del delito de los beneficios de la Ley 18.216, vulnera el estándar de racionalidad y justicia garantizado en los artículos 19, N°s 3° (inciso sexto) y 2° de la Constitución;

7°. Que, una manifestación de dicho estándar es el principio de proporcionalidad de las penas, en virtud del cual la severidad de éstas debe estar relacionada con la gravedad del delito y/o de la conducta delictiva.

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

8°. Que, en consecuencia y siguiendo dicha línea argumental, se sostuvo que dicho parámetro tiene sustento en la Constitución, así como en el Código Penal y en la

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

9°. Que, así, del examen cuantitativo en virtud del cual se compara el delito atribuido al requirente con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad es posible advertir una sustancial desproporción. En efecto, el *quantum* de su penalidad abstracta y concreta es muy menor en consideración a los otros, lo que configura una situación de irracionalidad y desproporción incompatible con la Constitución, lo que lleva a acoger la impugnación formulada por la parte requirente al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en el contexto de su aplicación a la enunciada gestión pendiente.

Acordado el rechazo del requerimiento respecto del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quien estuvo por acoger íntegramente el requerimiento deducido en autos, por contravenir el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, de la Constitución, conforme a las siguientes argumentaciones:

1°. Que la referida disposición de la Ley de Control de Armas impide a los jueces del crimen aplicar las reglas sobre modulación de las penas, contempladas en los artículos 65 a 69 del Código Penal.

Vale decir, la nueva norma introducida por la Ley N° 20.813 configura una regulación especial acerca de las penas aplicables a un delito en particular, restringiendo las atribuciones generales de los tribunales del Poder Judicial para fijar las penas conforme a los criterios seculares recogidos en el Código Penal. Lo cual, a falta de razones o catastros que la justifiquen, se insertaría dentro del fenómeno de proliferación de leyes especiales desorgánicas y episódicas -la doctrina lo llama "derecho penal extravagante"- que se ha venido produciendo en los últimos años, al margen de la codificación exigida por el artículo 63, N° 3, de la Carta Fundamental.

Como apunta un distinguido catedrático, "las leyes se multiplican…, su vigencia es efímera y a veces se agota en un solo acto de aplicación, su contenido es circunstancial y carece de auténtica vocación reguladora, etc. De este modo, la multiplicación de las leyes, la dificultad para ser conocidas y la frecuencia de sus modificaciones hace que la certeza se torne en inseguridad, frustrando la pretensión de ordenar la vida social mediante reglas sencillas, duraderas y respecto de las cuales pueda presumirse razonablemente su general conocimiento. Y asimismo la igualdad se ve comprometida por la naturaleza particular, cuando no individual, de las normas jurídicas; la antigua generalidad y abstracción de los Códigos cede paso a las leyes-medidas, regulaciones pormenorizadas y sectoriales no siempre justificadas" (Luís Prieto Sanchís "Apuntes de teoría del Derecho" 2016, Editorial Trotta, págs. 187-188);

2°. Que, esta exigencia constitucional, de que las reglas sobre inflexión de las sanciones deben recogerse sistemáticamente en un Código Penal, no obedece a un designio meramente formalista. Responde al razonable propósito de imbuirles un acotado potencial de cambio. Aunque la ley es soberana, *instrumentum regni*, no le está dado disponer de aquellas normas sedimentadas tras un detenido debate y que se han asumido como parte de una experiencia jurídica centenaria. Menos cuando recogen atribuciones judiciales o derechos legales que tradicionalmente se ha buscado poner al abrigo del carácter episódico de la política.

Ciertamente cabe su modificación: por motivos jurídicos tanto o más poderosos que aquellos que justificaron su emisión, y de la misma forma como se dictaron, incorporando las nuevas reglas dentro del propio Código Penal. Lo contrario, mueve a calificar tales leyes ad hoc o ad hominem como una suerte de derogación singular, reñida con la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias;

3°. Que la Ley N° 20.813 ofrece fundamentos para incrementar drásticamente las penas a quienes delinquen con armas de fuego. Es cuestionable constitucionalmente, sin embargo, que el debatido artículo 17 B prohíba indiscriminadamente aplicar las reglas generales del Código Penal respecto de todos quienes infrinjan el artículo 9° del mismo cuerpo legal, esto es que tengan o porten armas de fuego sin autorización, independientemente de si con las armas han cometido un delito o las han empleado para un fin lícito.

Esto es tratar igual a los desiguales, e infringe desmesuradamente la garantía de igualdad ante la ley recogida en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental;

4°. Que, finalmente, debe hacer presente el infrascrito la turbación que lo embarga a raíz de la forma en que se estaría aplicando esta ley modificatoria N° 20.813.

Atento a los antecedentes penales que en éste como en otros casos se han hecho llegar al Tribunal Constitucional, no siempre es posible distinguir si la imputación de faltar o no presentar el permiso de porte de arma se subsume en el delito del artículo 9°, sancionado con presidio, o en la infracción del artículo 11, sancionado con multa administrativa.

Situaciones distintas que, de no separarse en la práctica, para hacerlas calzar todas únicamente en aquella primera hipótesis delictual, podría envolver la comisión de otra homologación arbitraria por parte de los persecutores, al amparo de esta tal vez destemplada Ley N° 20.813.

El Ministro señor NELSON POZO SILVA estuvo por acoger el requerimiento respecto de la impugnación del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, teniendo para ello en consideración los siguientes argumentos:

1°. Que es del caso hacer referencia en autos que el legislador puede establecer delitos y penas en virtud del mandato constitucional del artículo 63, N° 3, de la Carta Fundamental, en la medida que no afecten en la fijación concreta de la Política Criminal garantías fundamentales;

2°. Que, no obstante lo señalado anteriormente, al establecerse una forma de determinación de las penas radicalmente distinta u omisiva de la forma prevista por el legislador en el Código Penal, sin que se justifique con los fines del Derecho penal y con los elementos o esquemas del delito, los cuales conforman un sistema especial, se hace asimétrico dicho modelo, en el sentido que los autores de delitos de igual o mayor intensidad o gravedad, tales como homicidios, apremios ilegítimos y violación, pueden acceder a rebajas de grados en la determinación de las penas. En cambio, los sujetos activos de los delitos contra la Ley de Control de Armas, resultan excluidos *per se*, lo cual implica una vulneración al principio de igualdad y no discriminación consagrado constitucionalmente en el artículo 19, N° 2, de la Carta Política;

3°. Que el derecho a la libertad aparece consagrado en el artículo 1° de la Constitución, reforzado, además, por el artículo 19, N° 7, del mismo compendio constitucional, en sentido que cada prohibición de ésta significa la pérdida de una parcela de libertad, de forma que en un sistema que reconoce al individuo un valor intrínseco, que cualquier privación de libertad debe obedecer siempre al principio de proporcionalidad y al cumplimiento de fines legítimos. El medio empleado para su procedencia – privación o ausencia de la garantía – debe ser apropiado al propósito que se pretende conseguir; el menos gravoso y eficaz; la afectación de la libertad personal debe ser proporcionado y razonable con el objetivo de resguardar la seguridad ciudadana que buscar proteger;

4°. Que, en la actualidad, ante la presencia de un Derecho Constitucional Penal, la fase de determinación legal de la pena corresponde al legislador y esta se realiza a nivel abstracto, en tanto que la fase de determinación concreta o "**individualización judicial de la pena atañe al juez",** en mérito a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y acorde a las formas o calidades de participación, tanto como autor, cómplice o encubridor. En un Estado de Derecho, la individualización judicial de la pena corresponde por definición al órgano judicial. Desconocer lo anterior limita las facultades y atribuciones exclusivas que constitucionalmente corresponden a la judicatura, reconocidas en los artículos 76° y siguientes de la Constitución;

5°. Que, del mismo modo, la pena no puede sobrepasar la medida de culpabilidad. La determinación de la pena depende de diversos factores, tales como la mayor o menor gravedad del injusto y el mayor o menor grado de culpabilidad del actor, así como de las consideraciones de prevención general o especial. No podemos obviar que la culpabilidad es la medida o quantum de la pena. Si bien se debe partir de la base del injusto para determinar la culpabilidad y, posteriormente, imponer una pena, no puede sancionarse de manera más grave por el solo hecho de ser el ilícito de mayor gravedad. Todo lo anterior, en atención a que la reprochabilidad social se vincula a un sujeto, que se califica como persona humana, al cual no se le puede desconocer derechos aun *a posteriori* de haber sido condenado;

6°. Que, en atención a lo expuesto, este disidente está por declarar inaplicable el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, sólo en cuanto: *"el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará la cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo los dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N° 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena"*.

PREVENCIONES

La Presidenta del Tribunal, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, estuvo por rechazar la impugnación al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, sólo en consideración a las siguientes razones:

1°. Que, a juicio de quien suscribe este voto, en la gran mayoría de los casos en que se han presentado reproches a la recién anotada disposición legal, se contravienen los principios de igualdad ante la ley y de proporcionalidad de las penas. Se ha sentenciado que la exclusión a todo evento de que las personas condenadas por los tipos penales de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, puedan acceder a la discusión respecto de penas sustitutivas, contraviene la Constitución. Lo que el Tribunal Constitucional ha hecho en cerca de 1800 causas falladas desde marzo de 2017, acogiendo las impugnaciones, no es ya decretar el cumplimiento de una eventual condena a través de las posibilidades que entrega la Ley N° 18.216, sino que, por el contrario, antes de eso, restablecer las facultades judiciales que la norma cercena para que sea el sentenciador penal del fondo el llamado a determinar, conforme las características de la causa, del sujeto imputado, del ilícito por el que ha sido enjuiciado, y verificado el cumplimiento de los requisitos legales, el eventual cumplimiento de la pena corporal decretada, en libertad. El juicio penal de reproche que se formula respecto de una persona es un análisis personalísimo en que el sentenciador atiende al sujeto infractor y, desde esa base, conforme a la ley, decreta la

pena adecuada al caso concreto teniendo como límite la culpabilidad. La forma de cumplimiento de ésta es, según lo ha fallado latamente esta Magistratura, parte integrante de la pena misma;

2°. Que, no obstante lo expuesto, no se debe olvidar que el Tribunal es llamado a resolver respecto de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, no de la norma en abstracto. Ello requiere en cada uno de los casos que deben ser juzgados en sede constitucional, analizar el devenir de la gestión pendiente, sus características e hitos procesales más importantes. Esta Magistratura no puede realizar en sede de esta acción constitucional un juicio en abstracto del precepto comparándolo con la Constitución, sino que debe, para fallar en derecho, analizar la aplicación del mismo en el contexto de la causa judicial que se encontrare pendiente al momento de ser deducida la acción (STC Rol N° 479, c. 3°). Lo que es declarado en definitiva como inconstitucional en una sentencia estimativa es el efecto generado por la aplicación de un precepto impugnado a un caso concreto (STC Rol N° 821, c. 3°), por lo que la declaración de inaplicabilidad de una norma legal en la gestión judicial pendiente no significa que en otros casos su aplicación resultará contraria a la Constitución, ni que exista una contradicción universal de la norma frente a la Carta Fundamental (STC Rol N° 473, c. 9°), lo que impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad (STC Rol N° 1065, c. 18).

De lo expuesto se tiene que el rigor con que debe ser analizado el caso concreto demanda un estudio particularizado de la gestión, las alegaciones formuladas y la eventual incidencia de la norma cuestionada;

3°. Que, por lo razonado, en esta oportunidad quien suscribe este voto va a rechazar la impugnación formulada al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216. El requirente es imputado por la comisión de un ilícito contemplado en la Ley de Control de Armas en relación a un especial disvalor, sobre la tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, cuestión que evidencia que la problemática a ser resuelta en esta causa, es ajena a los ya anotados centenares de causas previamente estudiadas por este Tribunal, cuestión que no permite a esta disidente mantener el voto en que ha acogido impugnaciones disímiles a las de esta causa, en tanto la gestión pendiente, por la imputación dirigida al requirente, no se condice con los principios de igualdad ante la ley y proporcionalidad de las penas, alegados por el requirente, para establecer una vulneración a la Constitución en esta causa.

La Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta) y el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR previenen que estuvieron igualmente por el rechazo del requerimiento respecto de la impugnación del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, pero teniendo para ello en consideración los siguientes argumentos:

1°. *PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO*. Que el artículo 17 B de la Ley N° 17.798 expresa, en su inciso primero (no objetado) que "[l]*as penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que*

se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal". A su vez, en el inciso segundo del mencionado precepto, que es el que específicamente se impugna en la presente acción de inaplicabilidad, dispone que **"[p]*ara determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley Nº 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena***"**;

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

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la existencia de distintos mecanismos para aumentar la severidad de la respuesta punitiva ante ciertos delitos no significa, en general, que las distintas vías legales que escoja el legislador sean equivalentes de cara a la Constitución Política de la República. Es evidente que para lograr el propósito aludido, la vía más efectiva, directa, transparente y, eventualmente, menos riesgosa desde el punto de vista constitucional es el aumento del quantum de la pena asignada por la ley al delito;

3°. *OBJECIÓN CONSTITUCIONAL EN QUE SE FUNDA EL REQUERIMIENTO*. Que, con el objetivo de explicar de manera sintética, clara y coherente la fundamentación

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

4°. *EXISTENCIA DE UNA DIFERENCIA DE TRATO. LA CLASIFICACIÓN PODRÍA REFLEJAR EL INICIO DE UN PROCESO DE CAMBIO MÁS INTEGRAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL.* Que, efectivamente, la ley hace una diferencia, estableciendo una regla que se aparta de la regulación legal, todavía común o general del Código Penal (1875), el cual, como todo intento codificador, aspiraba a concentrar en un solo cuerpo normativo la legislación penal vigente en Chile. No obstante, el sistema penal chileno ha ido experimentando una paulatina "decodificación" con la aparición de diversos preceptos penales contenidos en otros cuerpos normativos. Lo que se quiere puntualizar es que no debiera exagerarse el carácter excepcional de la regla comprendida en el precepto legal impugnado. Al respecto hay que tener presente, como consideración general, que esto es reflejo de la progresiva dispersión de normas penales en leyes que no forman parte del Código Penal. Por otra parte, también hay que tener en cuenta, como consideración particular, que en el último tiempo se han dictado varias leyes con disposiciones similares a la objetada en autos, tales como el nuevo artículo 196 Bis de la Ley del Tránsito (2014), el nuevo artículo 449 del Código Penal referido a los delitos contra la propiedad (2016) y el nuevo delito de colusión en el ámbito de la Libre Competencia (2016). Asimismo, los artículos 20 a 26 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (2005) contemplan reglas para la determinación judicial de sanciones que también se aparta de las reglas que sobre la materia contempla el Código Penal. Al final, no puede descartarse que estándares legales que al comienzo tienen un carácter excepcional, luego pasen a transformarse en la regla general. A veces, para concretar reformas sistémicas e integrales se requiere de modificaciones específicas previas.

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

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

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

Evidentemente, la ley penal debe tener una razón de ser y ésta debe ser legítima, para lo cual la historia legislativa puede ser un antecedente útil para su identificación. Lo cierto es que la modificación cuestionada no carece de motivación. De hecho, en el requerimiento se reconoce la existencia de "objetivos claros". Lo que en el fondo se critica por el requirente es que la Ley Nº 20.603, la cual reforzó el objetivo de la reinserción social que inspiró la Ley Nº 18.216, fue sustentada por una fundamentación de mayor solidez y fruto de una discusión legislativa más profunda que la de la ley modificatoria que estableció la disposición impugnada.

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

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

En efecto, resulta importante destacar lo siguiente: a) desde la perspectiva de la extensión o grado de amplitud de los aspectos modificados por la nueva regla, la diferencia entre la regla impugnada y la general de común aplicación es de una

magnitud menor; b) la nueva regla puede dar lugar a penas privativas de libertad más perjudiciales (debido a un efecto más limitado de las atenuantes), pero, también, a sanciones más beneficiosas (ya que limita -aunque en menor medida) el eventual efecto perjudicial de las agravantes); y c) el precepto impugnado amplía la libertad del juez para poder ponderar o "compensar" las circunstancias atenuantes y/o agravantes que, eventualmente, concurran. Así, de esta manera, se maximiza la potencialidad de ajustar con un mayor nivel de precisión la pena justa para el caso concreto;

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

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

8°. Que, en seguida, en lo concerniente a lo aseverado en "b)", es posible afirmar que la regla contenida en el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, tiene un efecto relativamente neutro y, por ende, no representa un agravio (o al menos uno de magnitud significativa) que tenga la potencialidad de infringir la Constitución. En efecto, la aseveración de que el precepto objetado podría tener, hipotéticamente, un efecto menos beneficioso o más gravoso desde el punto de vista punitivo, sólo puede esgrimirse recurriendo, por un lado, a sobredimensionar el hecho cierto de que -de acuerdo a nuestro sistema- las atenuantes tienen un efecto un poco más intenso que las agravantes y, por el otro, como elemento de apoyo, asumiendo un supuesto difícil de probar más allá de una apreciación intuitiva, esto es, sostener que la práctica judicial ha sido "benevolente" en la aplicación de las penas;

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

De hecho, la fórmula utilizada replica la norma más importante que bajo el régimen común tiene el juez para ajustar con un mayor grado de flexibilidad y, por ende, de precisión, la pena justa al caso concreto. La regla de compensación racional de

atenuantes y agravantes, como también se la conoce, dispone que el juez determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

La mayor amplitud y flexibilidad que la regla legal impugnada otorga al juez para ponderar o balancear las circunstancias atenuantes y agravantes que se presenten es indesmentible si se tiene en cuenta la situación que existe, al día de hoy, como regla general. La siguiente cita puede ser ilustrativa de lo recién comentado: "Con un marcado recelo histórico de la función judicial, el legislador señala al juez, en forma expresa, cuáles son las circunstancias que le permitirán aumentar o disminuir la penalidad aplicable al caso concreto; luego le indica la forma cómo deberá valorarlas y, en fin, determina los efectos de tales circunstancias en la pena. Todo ello con carácter imperativo: el juez deberá estarse a las reglas que le impone el legislador. Es importante señalar que las circunstancias modificatorias deben obligatoriamente ser tomadas en consideración para aumentar o disminuir la pena. En este sentido, el juez podrá dar por concurrente o no una determinada circunstancia, pero si ocurre una de ellas, no está autorizado para ponderar si le da aplicación o no" (Ortiz, Luis y Arévalo, Javier: *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 363). En consecuencia, y tal como lo resalta otro autor, "[e]l resultado de todo esto es un procedimiento engorroso e inelástico, a cuyo interior es imposible o muy difícil para los jueces apreciar las peculiaridades más finas del caso, que, sin embargo, muchas veces influyen sustancialmente sobre la magnitud de la culpabilidad del acusado […] de esta manera el proceso de individualización es tosco, y la pena que se impone, una pura consecuencia de cálculos mecánicamente efectuados" (Cury, Enrique: *Derecho Penal - Parte general-*. Ediciones UC, 10ª edición, 2011, p.760);

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

11°. *ARGUMENTOS EN QUE* ***NO*** *SE FUNDA LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL PRECEPTO IMPUGNADO*. A) Acerca del argumento de la competencia exclusiva del legislador en estas materias. Que, un primer argumento del Ministerio Público plantea que dado que la determinación de delitos y penas es materia de reserva legal (por lo dispuesto en el artículo 63 y 19, Nº 3º de la Constitución), lo que habilitaría a que por ley se pueda elegir, de acuerdo a las consideraciones de mérito que el legislador estime del caso, a elegir cómo ha de aumentarse la severidad del tratamiento penal que se brinda a ciertos delitos.

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

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

En lo concerniente a la segunda variante argumentativa, la cual (equivocadamente) le atribuye a la calificación de ley simple (y no de ley orgánica constitucional) un efecto confirmatorio de la constitucionalidad de la disposición controlada, debe precisarse que dicho tipo de declaración no tiene el efecto jurídico pretendido. En efecto, cuando este Tribunal declara que una disposición contenida en un proyecto de ley sometido a control preventivo (previsto en el artículo 93, inciso primero, Nº 1º, de la Constitución) no tiene el carácter propio de una ley orgánica constitucional, lo que está significando es que no se pronunciará sobre su constitucionalidad.

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

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

Tal como se ha manifestado en reiterados fallos respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, la medida más adecuada, clara y objetiva de la gravedad de un ilícito penal radica en el *quantum* de la pena establecida por el legislador. Si nos atenemos a dicho criterio es fácil darse cuenta que los delitos asociados al control de

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

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

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

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

El Ministro señor NELSON POZO SILVA concurre al rechazo de la impugnación formulada al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, únicamente debido a las siguientes argumentaciones:

1°. Que en los sustancial el cuestionamiento ante esta Magistratura se basa en dos conflictos jurídico-constitucionales, que son: en primer lugar, si resulta razonable la exclusión de normas de determinación e individualización de la pena, y la opción de sustituirlas en los delitos imputados al requirente, configurando en dicho caso un trato diferenciado que implica una carencia de razonabilidad, cuestión que establece la primera norma reprochada contenida en el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216;

I. *IUS PUNIENDI* Y SU APLICABILIDAD

2°. Que, desde un punto de vista lógico-jurídico, en cuanto existe un hecho social y político que lleva el nombre de **pena**, éste se concibe regulado por normas jurídicas positivas, es decir, sometido, al imperio del derecho objetivo (derecho penal) y por ello como contenido de una relación jurídica o como objeto de un derecho subjetivo, verdadero y propio, formando parte de la ciencia del derecho penal, entendida en su más estricto y exacto sentido.

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

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

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

4°. Que, no siendo un tema pacífico, la pena es un fenómeno complejo que encierra diversas dimensiones con base en factores como el tipo de delitos o de delincuente, pero al final sigue siendo necesario establecer por qué o para qué sigue existiendo una institución como la pena. En efecto, las teorías mixtas o de unión, o bien eluden la respuesta o, al final, tienen que sincerarse y ofrecerla. La cuestión, en definitiva, deriva

en cuál es la teoría de la pena que combina mejor los criterios de justicia y merecimiento con las consecuencias que hacen que la pena siga siendo necesaria. El dilema es la prevención o la retribución, o ambas combinadas.

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

II. PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI

5°. Que, son principios limitadores del *ius puniendi* los siguientes: principio de legalidad, principio de exclusiva protección de bienes penales o de ofensividad, principio de intervención mínima o *ultima ratio*, *principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad*, principio de responsabilidad subjetiva y principio de humanidad.

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

6°. Que, además, de la proscripción genérica de todo apremio ilegítimo expresada en el artículo 19°, N°1°, de la Carta Fundamental, se destacan la referencia expresa a la tortura de la Convención contra la tortura y el delito que la castiga, tipificado en el artículo 150 A del Código Penal. Por su parte el artículo 19, N°7°, letras g) y h) de la Carta Magna nacional contempla otros límites más específicos. No puede imponerse la pena de confiscación de bienes, salvo el comiso (artículo 31 del Código Penal) en los casos establecidos sólo por ley. Con excepción de su aplicación en situaciones fácticas de asociaciones ilícitas. Tampoco puede aplicarse como pena la privación de derechos previsionales.

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

7°. Que, de esta manera, la invocación del requirente en su libelo de inaplicabilidad se sustenta en los principios de proporcionalidad, igualdad ante la ley, de responsabilidad penal objetiva y de discrecionalidad legal del sentenciador en el proceso de determinación e individualización de la pena en el caso concreto;

III. EL CASO CONCRETO

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

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

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

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

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

9°. Que, a su turno, la modificación introducida por la Ley N° 20.813 constituye un sistema regresivo en relación con los objetivos de reinserción social y rehabilitación perseguidos por la Ley N°20.603, sin mediar ningún estudio de los resultados de esta ley en vigencia desde diciembre de 2013 (**Rodrigo Cerda San Martín**, Segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia N°20.931, Edit. Librotecnia, 2016, Santiago de Chile;

10°. Que el artículo 1° de la Constitución se extiende sin duda a la persona condenada, quien goza de los mismos derechos que las demás personas, con excepción de aquellos de los cuales fue privada mediante la sentencia condenatoria. El poder del Estado tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

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

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

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

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

11°. Que la pena es básicamente privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, impuesta por el Estado en respuesta a la conducta delictiva.

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

12°. Que, en la especie, al requirente se imputan delitos de robo con intimidación y tenencia ilegal de arma de fuego prohibida a ambos requirentes. Ello no hace más que reafirmar que en el proceso de individualización de la pena en el contexto constitucional, el actor se hace acreedor de una prognosis de pena por diversos delitos, lo que configura una pena aflictiva, circunstancia que conlleva al incumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 4°, 8° y 15, de la Ley 18.216, en cuanto a la procedencia de la sustitución de las penas privativas o restrictivas de libertad, atendido el *quantum* de la pena y la naturaleza del ilícito, produciéndose al efecto la falta de un requerimiento básico o sustancial para su sustituibilidad en el caso concreto.

IV. CONCLUSIONES

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

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

El Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvo por rechazar la impugnación dirigida al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, por las siguientes razones:

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

2°. Que, los antecedentes que constan en el expediente constitucional dan cuenta que las imputaciones dirigidas al requirente de autos en la gestión pendiente, eventualmente, pueden exceder el ámbito de los cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, junto a las penas accesorias legales correspondientes. Si bien la causa no se encuentra ejecutoriada y ésta puede variar en razón de una nueva calificación jurídica de los hechos incriminados e, incluso, el requirente podría llegar a ser absuelto, no es posible dejar de considerar que la inaplicabilidad debe ser resuelta teniendo en cuenta los antecedentes que obran en el expediente constitucional, puesto que ha sido la propia parte requirente la que ha decidido la instancia procesal de la gestión pendiente para accionar en esta sede, como parte de su estrategia procesal;

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

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

cuestionada la que imposibilitará el cumplimiento de la sanción a la parte requirente de una forma diversa a la efectiva privación de libertad.

El Ministro señor Rodrigo Pica Flores estuvo por rechazar el presente requerimiento teniendo presente lo siguiente:

Acerca de la proporcionalidad de la pena

1°. La proporcionalidad de la pena, entendida como "una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada" (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28) se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7, 2884 cons. 22 y 2922 cons.35). en efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.

2°. Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal, "la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos"... " la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, "la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad" (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49)." (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

3°. Que, por otra parte, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico, así como su estado procesal, cobran especial relevancia.

4°. Este voto no sustentará el derecho subjetivo a la pena alternativa, mas si hace énfasis en que la proporcionalidad de la sanción es un tema de igualdad ante la ley, más si tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603 el sistema de penas alternativas pasó a ser la prima ratio del orden penal y el presidio efectivo pasó a ser una verdadera última ratio, lo cual reconoce como excepciones los delitos y requisitos establecidos en el texto actualmente vigente de la Ley N° 18.216.

5°. Ello también fortaleció la función resocializadora de la pena, propia de un Estado de derecho que reconoce al ser humano como un fin en si mismo, con la garantía de su dignidad intrínseca como valor fundamental, motivo por el cual la pena no puede transformar a la persona en un objeto de sacrificio.

6°. Es por lo expuesto que si los delitos y los requisitos establecidos en normas especiales de la Ley N° 18.216 son la excepción a ese carácter de prima ratio del sistema de pena alternativa y a la última ratio del presido efectivo, su examen de constitucionalidad se hace a la luz de la razonabilidad y justificación de los mismos, un examen que al referirse a la política criminal ha de estar marcado por la deferencia razonada al legislador y por el reconocimiento del amplio campo de decisión regulatoria del legislador en materia de la reserva de ley de penas, enmarcado en lo que se razona en el considerando 2° del presente voto.

Acerca de las imputaciones por armas de fuego prohibidas

7°. Que en el caso concreto el requirente se encuentra afecto a una imputación delictiva referida a armas de fuego prohibidas. En este sentido, el legislador distinguió entre armas permitidas y armas prohibidas, saltando a la vista que el poder de fuego y peligrosidad de las mismas tiene un significado, más aún en un Estado de Derecho democrático en el cual la autotutela está proscrita y el monopolio del uso de la fuerza está radicado en el poder estatal.

Así, se optó por regular la tenencia y el porte de cierto tipo de armas, las permitidas, pasando las otras a ser prohibidas.

8°. La convivencia pacífica, la proscripción de la autotutela y la radicación del uso de la fuerza en el poder estatal conllevan la prohibición de la existencia de bandas armadas y milicias privadas, agregándose a ello la potencialidad del uso para fines ilícitos de las armas prohibidas, es decir, que en ocasiones son usadas como medio de comisión de delitos, lo que otorga un poder y una magnitud de fuerza diferente de las armas permitidas, que además al estar catastradas y reguladas permiten una pesquisa más eficaz en la investigación de hechos delictivos, cuestión que no ocurre si el número de serie está borrado o el arma está fuera de cualquier registro o si es de aquellas denominadas “hechizas”.

9°. En este sentido, el legislador está dotado de suficientes atribuciones para prohibir y sancionar la tenencia y uso de armas de alto poder, así como también la adulteración de armas sometidas control o la confección o fabricación de aparatos que tengan la misma aptitud, en la medida que ello quiebra y evade todo el sistema de control de armas, que es una garantía para la convivencia pacífica de las personas, sobre todo para el ciudadano desarmado, generando un desequilibrio en el acceso a la fuerza que rompe la horizontalidad y paz que marca las relaciones entre ciudadanos.

Así, no puede considerarse discriminatorio ni carente de razonabilidad legislativa que el legislador establezca formas de presidio efectivo en materia de delitos referidos a armas prohibidas, motivo por el cual el requerimiento debe ser rechazado.

Conclusión de rechazo

10°. En conclusión, cabe mencionar que no se aportan elementos que permitan configurar una duda razonable acerca de que la pena sería demasiado elevada en relación con la relevancia social del hecho, ni tampoco se vislumbra una pena inhumana ni degradante, ni menos presidio por derecho penal de autor ni tampoco delitos de conciencia. No se vislumbra tampoco una pena de cárcel por un hecho que no tenga relevancia social o que no tenga perjuicios a terceros o a bienes jurídicos de relevancia social. En efecto, para acoger de esta impugnación debe presuponerse que las conductas imputadas son inofensivas e inocuas y que no tienen relevancia como para ser penalizadas.

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

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 8501-20-INA.

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.