



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CONFLICTOS DE APLICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LAS PENAS
SUSTITUTIVAS EN LA NUEVA LEGISLACIÓN CHILENA**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Sebastián Gramsch Silva

José Tomás Rosas Lira

Profesor guía: Eduardo Nicolás Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile.

Mayo, 2020.

INDICE

INDICE	1
GLOSARIO	4
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	11
1. Historia y finalidad de las penas sustitutivas en la legislación chilena.	11
2. Régimen actual de penas sustitutivas y sus modalidades.	14
a. Remisión condicional:	14
b. Reclusión parcial:	15
c. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad:	16
d. Libertad vigilada y libertad vigilada intensiva:	17
3. Restricciones o reglas de exclusión.	19
a. Artículo 1º, inc. 2º de la Ley N°18.216.	19
b. El artículo 196 ter de la Ley N°18.290.	21
4. Sobre los delitos excluidos y su pena abstracta.	23
CAPÍTULO II	25
1. Breve introducción a la teoría de los derechos fundamentales.	25
2. El bloque constitucional de derechos en Chile.	27
3. El rol de los principios en el ordenamiento jurídico.	29
4. Principio de no discriminación e igualdad ante la Ley	31
5. El Principio de proporcionalidad	38
a. Subprincipio de idoneidad	40

b.	Subprincipio de necesidad	41
c.	Subprincipio de ponderación en sentido estricto.....	41
6.	Manifestaciones constitucionales del principio de proporcionalidad	42
CAPÍTULO III		46
1.	Consideraciones previas.	46
2.	Generalidades sobre la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.	48
3.	Controversia jurídica.	49
a.	En relación con los delitos contenidos en la Ley sobre Control de Armas N°17.798.....	49
b.	En relación con los delitos contenidos en la Ley de tránsito N°18.290.	49
4.	Fundamentos contenidos en los requerimientos.	49
a.	Infracción al principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Vulneración de los artículos 1° y 19 N°2 y 3 de la constitución; artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	49
b.	Infracción al Principio de Proporcionalidad. Vulneración del artículo 19 N°3, inciso 6° de la Constitución.	53
c.	La disposición infringe el principio de dignidad de la persona humana contenido en los artículos 1° y 4° de la CPR.	54
5.	Fundamentos del Ministerio Público.....	55
a.	Respecto a requerimientos relativos a Ley sobre Control de Armas N°17.798: 55	
b.	Respecto a requerimientos relativos a Ley de Tránsito N°18.290:.....	56
6.	Criterios y argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional respecto del artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216.....	57

a. Síntesis Primera Línea Argumentativa. Análisis STC 3062-2016.	57
b. Síntesis Segunda Línea Argumentativa. Análisis STC 2995-2017.....	67
c. Criterios y argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional respecto a la restricción del artículo 196 ter de la Ley N°18.290. Análisis de STC 4653-2018...	76
CONCLUSIÓN	85
BIBLIOGRAFÍA	91

GLOSARIO

LEYES:

- Constitución Política de la República de 1980: CPR.
- Ley N°17.798: Establece Control de Armas.
- Ley N°18.216: Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
- Ley 18.290: Ley de Tránsito.
- Ley 20.603: Modifica la Ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
- Ley 20.770: Modifica la Ley del Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte (conocida como “Ley Emilia”).
- Ley 20.813: Modifica Ley N°17.798, de Control de Armas y el Código Procesal Penal.

SENTENCIAS (abreviaturas):

- Sentencia Tribunal Constitucional: STC
- Sentencia Corte Suprema: SCS

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto exponer, principalmente para estudiantes y abogados no especializados en el área penal o constitucional y a modo de monografía, un conflicto jurídico actual, consistente en la limitación o restricción de acceso a las penas sustitutivas establecidas en la actualizada Ley N°18.216 para dos delitos, uno contenido en el artículo 9 de la Ley N°17.798 o Ley sobre Control de Armas, y otro contenido en el artículo 196 de la Ley de Tránsito N°18.290, modificado por la Ley N°20.770 (también conocida como “Ley Emilia”). Se contraponen principios y normas de orden convencional y constitucional con preceptos penales incorporados en los últimos años a nuestra legislación. Se presenta el marco jurídico asociado al conflicto para luego exponer los criterios que ha tenido el Tribunal Constitucional a la hora de fallar en el contexto de los procedimientos penales en que se ha presentado la controversia. Finalmente, y en base a los fallos analizados se ofrecen luces sobre las principales problemáticas que trae aparejada la intervención del Tribunal Constitucional y los posibles mecanismos de solución.

INTRODUCCIÓN

La evolución del Derecho Penal, y de las expresiones del poder punitivo estatal, despliega un abanico histórico de posibilidades para la retribución o resarcimiento del daño causado al quebrantar una norma. Mecanismos y dinámicas determinados y determinantes a la vez de su contexto histórico, político, económico y social. Todo ello en simbiosis con la producción y desarrollo del fenómeno criminal, desde la realización de la acción típica hasta la ejecución de la condena.

El concepto de *tabú* nos remonta a prohibiciones primitivas de carácter religioso o mágico. El castigo solía aplicarse de manera colectiva, por lo que podía recaer sobre el hechor y los demás habitantes de su clan (Politoff, Matus y Ramírez, 2004, p. 20). La venganza y la justicia privada eran la forma natural de resarcimiento. Lógico es suponer que en esta versión del castigo había total ausencia de control respecto a su proporcionalidad, no siendo esta un requisito para considerar la reacción punitiva legítima, en tanto no había formalmente un quebrantamiento de pacto social sino más bien una reacción visceral colectiva o individual ante una acción dañosa para un grupo o comunidad.

Las primeras formas de limitación a la venganza, y de la proporcionalidad como estándar a considerar en la pena pueden rastrearse hasta la época arcaica. En la conocida Ley del Talión, se evoca una proporcionalidad que ha sido objeto de vasta interpretación. La norma romana se aleja de la noción bíblica del *membrum pro membro*, estricta y concreta tanto en el estilo como en la praxis. Sin ahondar en demasía, el origen etimológico de la palabra revela el significado de correlación o proporcionalidad (*talis-qualis*) entre delito y pena, abriendo una visión desmarcada de la igualdad material del ojo por ojo, diente por diente, hacia una concepción más abstracta de penas equiparables, sin necesidad de un ajuste absoluto al daño material. Esto favoreció la aplicación de castigos menos cruentos (García-Hernández, 2017, pp. 223-239).

Vaya cosa que es el tiempo, la perspectiva y el sentido común. Una estructura punitiva que hoy se consideraría atroz podría justamente observarse como una expresión de garantismo atávico.

Cuando del contrato social surge el Estado, leviatán poderoso que monopoliza la violencia y nos arranca de la barbarie natural, aparecen los derechos civiles. El campo de lo político y el nacimiento de entramados normativos más complejos viene colegido con parámetros relacionados a la actividad punitiva que, con menor o mayor laxitud, la limitan en tanto se constituyen estándares que la dotan de legitimidad (Hobbes, 1980). Será entonces el castigo el máximo ejercicio de soberanía, actuando contra acciones y omisiones dañosas para la masa contratante que se despoja de su perfecta libertad, permitiendo el fin de la guerra.

Con la formación de los Estados modernos, se comienzan a moldear las ideas que junto al desarrollo del intelecto y las ciencias sociales derivaron, finalmente, en las teorías contemporáneas de justificación de la pena. En este largo recorrido se han suscitado las más creativas formas de ensañarse con el cuerpo o la mente del felón, villano, hereje o delincuente.

La evolución punitiva se conduce de la mano del desarrollo tecnológico, encontrando patíbulos y cuartos oscuros, uso de animales y todo tipo de artefactos para provocar escarnio. Ratones encerrados en jaulas de metal sobre un estómago humano que se calentaban al fuego, obligando al animal a excavar en el cuerpo del castigado. Caballos godos con cadenas aferradas a los miembros del ejecutado, descuartizándolo públicamente. Varias formas de cocinar a un ser humano. En la Edad Media fueron particularmente creativos. Se torturaba hasta la pérdida de la razón ya con una simple pluma como con un complejo aparato mecánico. Los antiguos chinos no se quedaban atrás a la hora de explorar en las más profundas y posibles maneras de inferir dolor. Famoso y brutal ejemplo era la tortura de la gota de agua. Se inmovilizaba y tumbaba a un sujeto boca arriba, dejando caer sobre su cabeza una insistente gota fría. Tras algunas horas el

goteo hacia efecto infligiendo un dolor inimaginable para el método, causando locura o provocando la muerte vía paro cardíaco.

La llegada de 'las luces' y las ya mencionadas teorías modernas de la pena nos han alejado de las antiguas prácticas suplicadoras, en las cuales el poder se ejercía sin la necesidad de dar explicaciones del porque aplica sus leyes, constituyéndose como un mecanismo de coerción puro en que la atrocidad de la sanción cumplía un doble rol: tanto la función comunicativa del castigo con el crimen, estableciendo la verdad ineludible del acto reprochable, como la manifestación misma del poder, de la cual se hacía parte al pueblo en un rito público. El carácter de público era importante no solo por necesidad política o razones de gobernabilidad (el ocultamiento del castigo generaba suspicacias, y muchas veces se constituía como un privilegio), sino como modo de infundir terror y de plasmar las consecuencias de la ilegalidad de la manera más cruda y con evidente afán disuasivo (Foucault, 1976, pp. 59-80).

La historia nos pasea desde el suplicio o tortura corporal, con o sin resultado de muerte, hasta contemporáneas formas de condenas que buscan superar la noción del cuerpo como objeto del castigo, enfocando la reacción contra el alma del sujeto, rechazando a nivel global torturas y la pena capital. Surgen las gigantescas fortalezas del siglo XIX, cimentadas en los valores de la disciplina y la corrección, bastiones del orgullo racional del hombre ilustrado y magnánimo, dotando de una hasta antes desconocida dignidad al criminal.

Hoy, sin embargo, las cárceles modernas presentan graves problemas relacionados tanto con la dignidad humana (condiciones de salubridad, hacinamiento, carencias de mecanismos eficaces de supervigilancia de las garantías de los reos, estigma social post condena, el fenómeno de escuelas delictivas dentro de los recintos, entre otros) como con el objetivo de corrección que llevó a su instauración en desmedro de métodos como la tortura o la pena de muerte. Por esto, la comunidad global y nacional que trabaja materias de política criminal y reinserción ha ido desarrollando mecanismos que permitan hacer

frente al fenómeno punitivo en su fase de ejecución, lo que ha llevado a una suerte de repliegue de la aplicación de sistemas cerrados en favor de sistemas semicerrados o abiertos. En Chile, la regulación actual contempla las denominadas penas sustitutivas.

¿Qué ocurre con las penas sustitutivas o alternativas a la privación de libertad? Muchas son las discusiones que se pueden suscitar ante una pregunta tan abierta, pero lo primero que se debe tener claro es que buscan lograr la reinserción del sujeto delictivo, permitiendo el cumplimiento de condenas en situación de libertad o libertad parcial (por ejemplo, reclusión nocturna domiciliaria o en centros de Penitenciaría) para evitar el contacto criminógeno que se da entre la población penitenciaria y a la vez resguardar la integridad mental y física de los sujetos, elemento clave para una efectiva adaptación al medio social después de un proceso y condena criminal.

Cabe hacerse la pregunta entonces de cuál es el objeto de las políticas públicas que buscan restringir el acceso a estos mecanismos alternativos, más allá de los requisitos objetivos para concederlas ya establecidos en la Ley N°18.216 hasta antes de su modificación, estableciendo derechamente limitaciones o restricciones totales para ciertos delitos.

En el presente trabajo se analizan en particular dos preceptos normativos recientemente instaurados, uno de los cuales limita la producción de los efectos de las penas sustitutivas, establecido en la Ley de Tránsito, mientras que el otro, contenido en la misma Ley N°18.216 modificada por la Ley 20.603, en su artículo 1°, restringe de plano la posibilidad de su concesión para ciertos delitos.

¿Es legítimo en términos constitucionales y convencionales establecer normas de esta naturaleza? ¿Se están afectando garantías fundamentales de las personas? ¿Es imperante exigir una cierta coherencia normativa en relación con los fines de las leyes y los efectos prácticos que producen? Nuestro trabajo intenta dar luces respecto a las nociones actuales de proporcionalidad e igualdad, a la luz de los criterios que el Tribunal Constitucional ha expresado conociendo de los recursos de inaplicabilidad que los defensores penales han

esgrimido cuando les ha tocado enfrentar estas normas restrictivas, en el contexto de proceso penales en curso por el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas o muertes, y por delitos contenidos en la Ley sobre Control de Armas, principalmente el de porte o tenencia de arma de fuego prohibida contenido en el artículo 9 de la Ley N°17.798.

CAPÍTULO I

1. Historia y finalidad de las penas sustitutivas en la legislación chilena.

La primera ley promulgada en Chile que otorgó a un condenado a pena privativa de libertad la posibilidad de cumplir su condena en un régimen abierto data del año 1944. Hablamos de la Ley N°7.821, de título “dispone que los tribunales podrán suspender la ejecución de la sanción que imponga la sentencia condenatoria, cuando concurren los requisitos que se indican”, y fue el primer cuerpo normativo en consagrar lo que hoy se conoce como medida alternativa o sustitutiva a la privación de libertad, a través del mecanismo de la remisión condicional. En aquel entonces, la remisión condicional tenía tres requisitos contenidos en el artículo 1° de la mencionada ley, a saber:

- a. Que la sentencia aplique una pena restrictiva o privativa de la libertad que no exceda de un año.
- b. Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.
- c. Que los antecedentes personales del reo y su conducta anterior, la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir.

Las condiciones que debía cumplir el condenado que constituían la praxis ejecutiva de la medida estaban señaladas en el artículo 2°, el cual exigía:

- a. Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el reo;
- b. Sujeción a la vigilancia de alguno de los patronatos de reos, debiendo observar las normas de conducta que éste imparta;

- c. Adoptar en un plazo fijo, que determinará el tribunal, profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo no tiene medios conocidos y honestos de subsistencias, y
- d. Satisfacer la responsabilidad civil, costas y multas impuestas por la sentencia.

No obstante, el Tribunal, en caso de impedimento justificado, podrá acordar este beneficio aunque no se satisfagan la responsabilidad civil, costas y multas, sin perjuicio de que se hagan efectivas en conformidad a las reglas generales.

La remisión condicional no es realmente muy distinta a la suspensión establecida en el artículo 564 del antiguo Código de Procedimiento Penal. Consiste básicamente en un plazo de observación de la conducta del sujeto acompañado de una discreta vigilancia por parte de la autoridad. Posteriormente, la Ley N°17.642 modificó aspectos importantes de la remisión condicional, ampliando el plazo máximo de condena para ser susceptible de acceder a esta (originalmente de un año) hasta tres, y fijando como período de observación el doble del tiempo de la condena original, sin que pueda ser inferior a un año ni superior a cinco (Biblioteca del Congreso Nacional, 1983, p. 64).

Nuestro Código Penal data del año 1874. Esto explica que la base dogmática que lo inspiró pueda no estar en armonía con las tendencias actuales en materia de política criminal, en particular, desde un punto de vista teleológico. En este cuerpo legal, el fundamento de las penas es eminentemente retributivo. Lo anterior se materializa en un escaso catálogo de penas, entre las que predominan aquellas privativas de libertad de larga duración, y en que las de corta duración son ineficaces para lograr los fines de resocialización, sobre los que hoy existe un consenso respecto de su necesidad práctica y sobre su fundamento legitimador del poder punitivo estatal, al menos en un importante número de casos (Biblioteca del Congreso Nacional, 1983, p. 8).

Si bien cada país encuentra su propia evolución histórica e influjos diversos, la literatura criminológica coincide en destacar la influencia de la Escuela de Marburgo. Sus principales exponentes abogan por eliminar las penas privativas de libertad de corta duración y plantean la necesidad de potenciar otras alternativas, haciendo referencia también al carácter humanitario y utilitario de las penas, sosteniendo que su legitimidad se basa en su eficacia en relación con los fines que motivaron su imposición (Salinero, Morales y Castro, 2017, p. 789).

En este contexto de adecuación a las nuevas necesidades de la sociedad contemporánea, la criminología, y los tratados y convenciones internacionales, surge en el año 1983, la Ley N°18.216 que establece penas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Se trata de un afán de redefinir la normativa relativa a la reinserción en Chile, y de hacerse cargo de problemas intrínsecos y graves de las penas privativas de libertad de corta duración, como son la interrupción del ejercicio laboral, la separación y el desamparo de la familia del reo, el contacto criminógeno del delincuente primario, la superpoblación penitenciaria y, por supuesto, el factor humano y el estigma del cual no puede liberarse un recluso una vez en libertad, ya cumplida su condena: la cárcel se queda ahí, para siempre, grabada en su piel.

Esta ley se promulga en el año 1983, modifica la regulación del mecanismo de la remisión condicional, e introduce al sistema de ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad dos nuevas formas de cumplimiento alternativo, denominadas reclusión parcial y la libertad vigilada (o probación).

Varios años después, en 2012, la Ley N°18.216 sufre importantes modificaciones a través de la promulgación de la Ley N°20.603. Esta reforma busca resaltar y expandir el carácter resocializador de la regulación de las medidas sustitutivas, dejando de lado la idea de entender estas instituciones jurídicas como ‘beneficios’, resaltando su carácter de penas. Es así como dicha reforma legal cambia el enunciado de la Ley N°18.216 de la expresión penas “alternativas” a “sustitutivas”.

Dentro de las principales modificaciones introducidas por la Ley N°20.603 podemos mencionar:

- a. Nuevo catálogo de penas sustitutivas: se mantienen la remisión condicional, la reclusión nocturna y la libertad vigilada, y se agregan la expulsión para el caso de extranjeros y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- b. Se altera el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad mayores de cinco años y un día: se crea la modalidad de la libertad vigilada intensiva (pena mixta), que permite adelantar la salida del reo al medio libre en plazos menores que los establecidos para la libertad condicional.
- c. Se introducen nuevas tecnologías para el control de la reclusión nocturna y la libertad vigilada (monitoreo telemático).
- d. Se establece la procedencia general del abono del tiempo cumplido de condena en modalidad sustitutiva en caso de revocación.
- e. Se modifican distintos aspectos relacionados con la sujeción a vigilancia y el control del cumplimiento de las penas sustitutivas: se aumenta la dotación de delegados de libertad vigilada y se crea un nuevo delegado para la prestación de servicios; también se establece la realización de audiencias obligatorias de control de las libertades vigiladas y libertades vigiladas intensivas, entre otros.

2. Régimen actual de penas sustitutivas y sus modalidades.

En el estado actual de nuestra regulación, las modalidades de cumplimiento de penas sustitutivas a la privación de libertad son las siguientes:

a. Remisión condicional:

Está contenida en el título primero de la Ley N°18.216. Reformada, como se detalló anteriormente, por la Ley N°20.603, su artículo 3° la define como “la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo”.

Los requisitos para poder decretar esta modalidad consisten en que:

- i. La pena privativa de libertad impuesta por la sentencia no exceda de tres años;
- ii. Que el penado sea primerizo (no se consideran las condenas anteriores a cinco o diez años según la gravedad del delito y su respectivo plazo de prescripción en base a las normas del artículo 94 del Código Penal);
- iii. Que en atención a los antecedentes personales, las conductas y ciertas características del delito se pueda presumir que el condenado no volverá a delinquir y,
- iv. Que las circunstancias señaladas anteriormente no hagan aconsejable el cumplimiento efectivo de la condena (Ley N°18.216, art. 4°).

Como se puede observar, existen requisitos con un fuerte margen de discrecionalidad, sin establecer parámetros concretos, lo que genera incertidumbre a la hora de justificar una denegación de la remisión condicional.

b. Reclusión parcial:

El artículo 7° de la Ley N°18.216 define la reclusión nocturna como “el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales.”

Los incisos siguientes señalan las modalidades de cumplimiento de este mecanismo, a saber: diurna, nocturna, y de fin de semana. En ese sentido, señala que:

- i. La reclusión diurna consistirá en el encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de ocho horas diarias y continuas, las que se fijarán entre las ocho y las veintidós horas.
- ii. La reclusión nocturna consistirá en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente.
- iii. La reclusión de fin de semana consistirá en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas del día viernes y las seis horas del día lunes siguiente.

Finalmente, el artículo 8° de la Ley N°18.216 señala los requisitos para acceder a la reclusión parcial, a saber:

- i. Que la pena impuesta no excediere de tres años;
- ii. Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, a menos que la condena o condenas anteriores juntas no sumarán más de dos años, y considerándose también las reglas de la prescripción de las penas para efectos de sumar esas condenas o no; y
- iii. Que existan antecedentes personales que justifiquen la aplicación de esta pena y permitan presumir que el condenado no volverá a delinquir.

c. Prestación de servicios en beneficio de la comunidad:

Esta modalidad se consagra en el artículo 10° de la Ley N°18.216, según el cual “consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio

de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile.” La misma norma establece el deber de Gendarmería de Chile de facilitar el trabajo en beneficio de la comunidad, pudiendo establecer convenios con organismos públicos y privados sin fines de lucro.

Los requisitos copulativos para acceder a esta medida alternativa de cumplimiento son:

- i. Que la pena impuesta sea igual o inferior a trescientos días (como se puede apreciar, es muy limitada la posibilidad de su imposición en relación al quantum de la pena, en relación a las demás medidas alternativas);
- ii. Que existan antecedentes personales que justificaran la aplicación de la medida, y que permitieran presumir que servirá para disuadir al sujeto de cometer nuevos delitos (este requisito se repite en todas las modalidades de cumplimiento alternativo); y
- iii. Que concurriera la voluntad del condenado (Ley N°18.216, art. 11).

En su inciso final, el artículo 11 de la Ley N°18.216 señala que “Esta pena procederá por una sola vez y únicamente para el caso en que los antecedentes penales anteriores del condenado hicieran improcedente la aplicación de las demás penas sustitutivas establecidas en la presente ley”. Esto, en conjunto con el requisito de voluntariedad, dan cuenta del carácter excepcional y particular de esta modalidad, que se explica por la normativa internacional que resguarda las garantías fundamentales y prohíben la esclavitud en forma irrestricta, aún como condena penal. Sin que concurra la voluntad del condenado para la aplicación de esta medida, estaríamos ante una situación de trabajo forzado.

d. Libertad vigilada y libertad vigilada intensiva:

El artículo 14° de la Ley N°18.216 señala expresamente que “la libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social

a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.”

Luego, el artículo 15° señala los requisitos para la aplicación de la libertad vigilada, a saber, que la pena impuesta fuere superior a dos años y no excediere de tres, que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (tomando en consideración, en todo caso, las reglas relativas a la prescripción de la pena) y, finalmente, que los antecedentes personales del condenado hicieran presumible la eficacia de esta medida en el caso particular.

El inciso 2° del artículo 14° de la misma ley, por su parte, define lo que es la libertad vigilada intensiva: “Consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales”.

El artículo 15° bis señala los requisitos para esta medida en modalidad intensiva, a saber, que la pena impuesta fuere superior a tres años y no excediere de cinco años, y que se cumplan además las condiciones establecidas a propósito de la libertad vigilada, en lo referente a condenas previas y antecedentes personales.

Las condiciones bajo las que se debe desarrollar la libertad vigilada, que serán impuestas por el juez, pueden ser:

- i. Residencia en un lugar determinado.
- ii. Sujeción a vigilancia y orientación permanentes de un delegado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta y las instrucciones que éste imparta en diferentes ámbitos.
- iii. Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio en base a lo prescrito en el plan de intervención individual.

Si se decreta la libertad vigilada intensiva deberán cumplirse, además, una o más de las siguientes condiciones (Ley N°18.216, art. 17 ter):

- i. Prohibición de acudir a determinados lugares.
- ii. Prohibición de acercarse a la víctima o sus familiares o quien determine el tribunal, o de comunicarse con ellos.
- iii. Obligación de mantener en el domicilio o lugar que determine el juez por un lapso de máximo ocho horas diarias continuas.
- iv. Obligación de cumplir programas formativos.

3. Restricciones o reglas de exclusión.

Como se mencionó, desde que existen las modalidades de cumplimiento alternativo o sustitutivo de las penas privativas de libertad, la regulación trae aparejadas sus reglas de exclusión, ante la necesidad de examinar si al caso concreto es preferible aplicar o no la medida. Estas reglas se encuentran principalmente motivadas por razones de política criminal de los Estados, otorgándole un desvalor particular a ciertas conductas a través de la prohibición de conmutar la condena por una pena sustitutiva, a fin de darle generalmente una protección especial a ciertos bienes jurídicos.

En lo que sigue nos referiremos a las reglas de exclusión para luego, en el siguiente capítulo, establecer el ámbito constitucional que constituye límites al ejercicio del *ius puniendi*, generando de esta manera la controversia jurídica con la norma penal y, finalmente, analizar comparativamente y en base a los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional la legitimidad de estas reglas de exclusión respecto a ciertos delitos contenidos en la Ley sobre Control de Armas, N°17.798, y la Ley de Tránsito, N°18.290.

a. Artículo 1°, inc. 2° de la Ley N°18.216.

Una de las principales normas a analizar es la del inc. 2° del artículo 1° de la Ley N°18.216, que señala:

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, 150 A, 150 B, 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.

Traduciendo las referencias numerales del artículo acompañado a la nomenclatura tradicional, no procederá la facultad establecida en el inciso primero, esto es, aplicar una pena sustitutiva en los casos de los siguientes delitos:

De aquellos señalados en el Código Penal:

- i. Art. 141, incisos tercero, cuarto y quinto: Secuestro calificado.
- ii. Art. 142: Sustracción de menor de edad.
- iii. Art. 150, A): Tortura relacionada con funcionarios públicos y particulares en ejercicio de funciones públicas o a instancias de un empleado público.
- iv. Art. 150, B): Tortura con homicidio u otros delitos o cuasidelitos señalados expresamente.
- v. Art. 361: Violación propia
- vi. Art. 362: Violación impropia

- vii. Art. 372 bis: Violación con homicidio
- viii. Art. 390: Parricidio y Femicidio
- ix. Art. 391: Homicidio y homicidio calificado

De aquellos contemplados en la Ley N°17.198, sobre Control de Armas:

- i. Art. 8: Ejecución de actos relacionados con grupos paramilitares.
- ii. Art. 9: Tenencia ilegal de armas, municiones, explosivos o sustancias químicas peligrosas señaladas en el reglamento.
- iii. Art. 10: Actos materiales y jurídicos relacionados con armas, municiones, explosivos o sustancias químicas peligrosas señaladas en el reglamento sin la debida autorización.
- iv. Art. 13: Tenencia de las armas señaladas en el artículo 3°.
- v. Art. 14: Porte de armas señaladas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo tercero.
- vi. Art. 14, D): Ejecución de conductas relacionadas con bombas y diversos artefactos explosivos, químicos etc.
- vii. Se restringe la aplicación de penas sustitutivas también para los delitos y cuasidelitos que se cometieron en el empleo de elementos referidos en la ley, como señala la parte final del precepto en análisis.

b. El artículo 196 ter de la Ley N°18.290.

Es menester exponer también el artículo 196 ter de la Ley N°18.290 o Ley de Tránsito, cuya redacción actual es producto de la modificación realizada a través de la Ley N°20.770

que modifica la Ley de Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad (conocida como Ley Emilia).

El 21 de enero del año 2013, en la comuna de Vitacura, un conductor en estado de ebriedad impactó un auto provocando la muerte de una menor de tan solo 9 meses de vida. El individuo que causó el accidente marcó 1,9 gramos de alcohol por litro de sangre. Los padres de la menor fallecida, al enterarse que el responsable había quedado en libertad tras la formalización, empezaron una campaña comunicacional que derivó en la creación de esta ley que llevó por título: “Modifica la ley del tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte”. La modificación en comento se tradujo en la incorporación del siguiente artículo en la Ley de Tránsito:

Artículo 196 ter: Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.

Con todo, no se aplicará en estas situaciones lo dispuesto en el artículo 38 de dicha ley y en ningún caso la sustitución de la pena privativa de libertad implicará la sustitución o suspensión del cumplimiento de las multas, comiso e inhabilitaciones impuestas.

Como se puede observar, el artículo 196 ter de la Ley N°18.290 no impide la aplicación de una pena sustitutiva en los casos de los delitos específicos sobre los cuales se refiere, sino que más bien la suspende por el periodo de un año antes de poder iniciar el cumplimiento en el sistema abierto.

4. Sobre los delitos excluidos y su pena abstracta.

Como se puede apreciar, los delitos incluidos en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216 son delitos graves. En la actualidad, la jurisprudencia constitucional se inclina a considerar que la gravedad de un delito no se mide en base a la naturaleza de este, o en relación con el bien jurídico que se busca proteger, sino por el *quantum* de su pena. Es este factor el que posibilita una apreciación lo más objetiva posible de la gravedad del acto ilícito. Así razona el Tribunal Constitucional:

(...) cualquiera sea el medio que utilice el legislador 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. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es el quantum de la pena (STC 4828-18, considerando décimo).

Dentro del catálogo total de delitos, aquellos de penas más graves como el homicidio con violación del artículo 372 bis del Código Penal llegan hasta el presidio perpetuo o presidio perpetuo calificado, y los de menor pena, como la posesión de municiones del artículo 9 de la Ley sobre Control de Armas, o la conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves o menos graves del artículo 169 inciso segundo de la Ley N°20.770, tienen condenas mínimas de presidio menor en su grado medio. Esto evidencia la diferente connotación social y jurídica que se les otorga por parte de nuestro ordenamiento, por lo que su tratamiento en el marco de un proceso penal también debería poder, a lo menos, diferenciarse en cuanto el caso concreto lo amerite según el criterio del juzgador.

A la luz del *quantum* abstracto de la pena impuesta, la mayoría de los delitos mencionados en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216, referidos al Código Penal son de carácter grave, y por su pena abstracta, quienes estén siendo perseguidos por ellos estarían

imposibilitados de acceder, *a priori*, a una pena sustitutiva. Sin embargo, la determinación judicial de la pena podría, en consideración a circunstancias atenuantes y agravantes y su regulación establecida entre los artículos 65 y 69 del Código Penal, permitir que, tras una rebaja de grados, un condenado por algunos de los delitos excluidos accediera a una pena sustitutiva, por lo que no es fútil la restricción que se hace de ellos en este precepto.

La misma situación podría darse respecto de los delitos excluidos contemplados en la Ley sobre Control de Armas, pero por aplicación del marco rígido establecido en el artículo 17 B) de esta, no podría darse tal supuesto en un procedimiento penal.

Teniendo en consideración este parámetro como criterio más objetivo para medir la gravedad de un delito, es legítimo al menos cuestionar la incorporación que se hace a estas restricciones para ciertos delitos de penas más bajas. Es por esta razón que hemos decidido indagar en el desarrollo de aquellos principios de carácter constitucional y penal que, en primer término, resultan vulnerados o infringidos dentro del especial contexto de aplicación de la Ley N°18.216, sobre penas sustitutivas. Posteriormente, a partir del análisis y conceptualización de los referidos principios revisaremos el alcance legal de los mismos mediante su reconocimiento al interior de nuestro derecho positivo. Finalmente abordaremos de qué manera nuestros tribunales de justicia han reconocido dichos principios y los elementos que los configuran.

CAPÍTULO II

1. Breve introducción a la teoría de los derechos fundamentales.

La determinación de qué son exactamente los derechos fundamentales, o bien, de qué hablamos precisamente cuando utilizamos la expresión fundamentales no ha estado exenta de debate. Para efectos de nuestra exposición y posterior desarrollo, utilizaremos la clasificación propuesta por el profesor Eduardo Aldunate (2008), quien sintetiza esta amplia y longeva discusión fundamentalmente en tres distintas perspectivas o posturas.

La primera postura identifica la expresión derechos fundamentales como un concepto jurídico (Palombella, 2006, p. 27), aludiendo en un sentido general a aquella categoría de derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional (Barranco, 296, pp. 33-37). Bajo este criterio tendremos que el uso de la voz derechos fundamentales se utiliza en un sentido meramente formal, y consiste en el reconocimiento constitucional de ciertos derechos, no importando en consecuencia la entidad de estos (Aldunate, 2008, p. 47).

Una segunda postura, según identifica Aldunate, es aquella que distingue como fundamentales aquellos derechos respecto a los cuales “es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre” (Aldunate, 2008, p. 47). Podemos sostener que esta idea reposa entonces en una particular concepción de los derechos como naturales o innatos al ser humano por el solo hecho de existir, vinculados directamente con la dignidad humana y limitándose a aquellos que efectivamente constituyan un presupuesto básico para asegurar dicha dignidad. Siguiendo a Aldunate (2008), “su carácter fundamental alude a su importancia o trascendencia para el desarrollo de la persona” (p. 48).

Finalmente, observamos que existe una tercera alternativa que ha propuesto reservar la expresión derechos fundamentales a aquellos que corresponden universalmente a todas las personas. Como expresa Ferrajoli (1999), “los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar” (p. 37). Como es dable apreciar, el rasgo que finalmente determina la fundamentalidad de estos derechos sería exclusivamente su carácter universal, sin considerar su naturaleza o la importancia de los intereses efectivamente protegidos.

Ahora bien, si seguimos la tradición del derecho positivo reconocida en nuestro país, la determinación de qué significa la expresión derechos fundamentales resulta a todas luces problemática. En efecto, la pluralidad de sentidos propuestos anteriormente conlleva el desafío de determinar qué son los derechos fundamentales, de qué formas se incorporan en nuestro ordenamiento jurídico y finalmente cuál es el rol que efectivamente cumplen en él.

La solución frente a la pluralidad de posturas ante un mismo concepto puede encontrarse en la propuesta elaborada por el profesor Eduardo Aldunate (2008), la cual consiste en la necesidad de saber distinguir entre un aspecto formal y un aspecto material del carácter fundamental o fundamentalidad de los derechos.

El rasgo o aspecto formal de esta fundamentalidad, se encontraría asociado directamente con su mecanismo de constitucionalización. Lo cual involucra o implica que los preceptos que consagran derechos fundamentales, en cuanto preceptos fundamentales, gozan de una posición de supremacía en nuestro ordenamiento jurídico (Aldunate, 2008, p. 49).

Por su lado, el alcance o dimensión material de esta fundamentalidad, radica más precisamente en el carácter mismo de ciertos derechos como elementos constitutivos del orden político, se encuentren o no consagrados en el texto constitucional. Será de esta manera que cuando dichos derechos se encuentren efectivamente reconocidos a nivel

constitucional, asumirán una función especial respecto a otros derechos considerados como meramente constitucionales, en cuanto que a partir de estos (derechos fundamentales en sentido material) se pueden llegar a establecer verdaderos límites al poder constituyente derivado.

Por el contrario, cuando aquellos derechos no se encuentren efectivamente respaldados por vía de una incorporación expresa al texto constitucional, la sola idea de derechos fundamentales en sentido material justifica lo que se ha conceptualizado como una cláusula abierta de derechos fundamentales, concepto que alude a la apertura del sistema de fuentes para considerar en definitiva, como parte del ordenamiento constitucional, derechos de carácter fundamental aun cuando estos no se encuentren efectivamente incorporados en el texto de la Constitución. Esta última concepción será la que nos brindará un terreno o base argumentativa más ajustada a efectos de efectuar un posterior análisis respecto a aquellos derechos fundamentales, bases constitucionales o incluso principios vulnerados mediante la aplicación de la Ley N°18.216, sobre penas sustitutivas.

2. El bloque constitucional de derechos en Chile.

Esta hipótesis de la dogmática constitucional, desarrollada ampliamente por el profesor Humberto Nogueira, surge a propósito de una importante subclasificación conceptual, la cual distingue entre dos nuevas aproximaciones elementales: una mínima y una máxima.

- a. Aproximación mínima: Sostiene que solo podremos identificar con un rasgo de fundamentalidad aquellos derechos que cuenten con un efectivo reconocimiento a nivel constitucional, o al menos, con una garantía procesal constitucional.
- b. Aproximación máxima: Como su nombre indica, esta postura admite una verdadera ampliación del concepto, permitiendo la incorporación de ciertos derechos al catálogo de derechos fundamentales con prescindencia de su fuente estrictamente formal.

Esta segunda aproximación, entonces, será aquella que define a los derechos fundamentales a partir de un criterio de carácter independiente de la fuente formal del derecho. Aquello permite una mayor autonomía a la hora de determinar qué entenderemos por derechos fundamentales, en estrecha relación con el valor de la dignidad humana, la libertad y la igualdad como auténticas (y si se quiere, únicas) fuentes de fundamentalidad, situándose por su puesto siempre dentro del marco de un determinado contexto histórico particular de la sociedad.

Lo anterior permitiría, entre otras cosas, materializar los tratados internacionales sobre derechos humanos conforme al artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República. Como ya hemos precisado, la construcción teórica efectuada por Nogueira (2003) toma como punto de partida la dignidad humana, definiéndola como aquella “cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal” (p. 302). Es justamente esa dignidad la que en definitiva es y debe ser asegurada por los derechos fundamentales.

Bajo tal perspectiva, el autor propone una conceptualización de derechos fundamentales bastante amplia y omnicompreensiva. Así Nogueira (2003) los define como:

el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos (p. 23).

La particular noción de bloque constitucional involucra la idea de que la constitución de derechos es mucho más amplia que el texto político propiamente tal, incluyendo disposiciones contenidas en la normativa convencional por medio de una verdadera regla de envío, plasmada en el artículo 5, inc. 2° de nuestro texto constitucional (Nogueira, 2015, p. 314). Dicho bloque de derechos se constituye, en palabra del mismo Nogueira (2015), en el “núcleo sustantivo esencial o básico de la Constitución sin que ninguno de los derechos que lo integran tengan preferencia formal unos sobre otros, y donde las tensiones entre ellos se resuelven no en base al tradicional principio de jerarquía sino en virtud del “principio *pro homine*” o “favor persona” (p. 314).

Esta concepción nos permitirá superar el problema surgido ante la falta de normativa jurídica positiva, facilitando una mayor compatibilidad con principios y normativa que, aun cuando estén fuera de nuestra Constitución, se integrará armónica y válidamente a nuestra legislación interna como verdaderos principios y derechos de carácter fundamental.

3. El rol de los principios en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al rol que cumplen los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, es posible encontrar principalmente dos corrientes de pensamiento. La primera de estas corrientes es la liderada por los partidarios del positivismo jurídico. Los seguidores de esta postura defienden ante todo el imperio de la ley y su rol preponderante al momento de la generación de normas. Bajo este enfoque, se desecha toda posibilidad de incorporar a los principios jurídicos como fuente autónoma de derechos y obligaciones como consecuencia de entender al derecho como un mero conjunto o sistema de reglas.

Una segunda aproximación hacia el rol de los principios jurídicos es la defendida por los partidarios de la corriente del neoconstitucionalismo, quienes defienden una concepción del derecho basada en la integración armónica entre reglas y principios jurídicos. Dentro de esta teoría encontramos la doctrina europea liderada por Robert Alexy (2008), la cual

plantea que el derecho actual se encuentra compuesto por un conjunto de reglas y principios y, en consecuencia, cabe hacer una distinción entre las normas que emanan del poder legislativo y las normas constitucionales. Las primeras son prevalentemente reglas mientras que las segundas, las normas constitucionales, son propiamente principios.

En este mismo sentido, debemos asimismo recordar que la diferencia entre una regla y un principio es sustantiva. En efecto, cuando hablamos de reglas, típicamente tendremos que éstas representan normas que bien mandan, prohíben o permiten algo. Se fundan en un supuesto de hecho y su respectiva consecuencia jurídica, resultando en consecuencia obligatorio realizar lo que este supuesto indica.

Por otro lado, tendremos que los principios jurídicos fundan su existencia en relación a la adhesión a un valor específico pero en ausencia de un determinado supuesto de hecho (característica distintiva de las reglas jurídicas), el cual es reemplazado por un verdadero mandato de optimización tendiente a concretar dicho valor protegido mediante su obligatoriedad en la mayor medida posible, maximizando su cumplimiento en diferentes grados conforme las posibilidades fácticas y normativas del caso en concreto.

En palabras de Alexy (2008), es claro que, si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse.

Establecido así el rol de los principios, y teniendo especial consideración de las teorías ya desarrolladas anteriormente (derechos fundamentales en sentido material, bloque constitucional), debemos recordar que estos operan como guías o ideas primordiales que subyacen todo nuestro ordenamiento jurídico, rigiendo indistintamente al Estado y a los particulares. Al momento de abordar tanto las normas como principios que se entrecruzan e interactúan a la hora de analizar los problemas de aplicación práctica que han enfrentado las restricciones a la Ley N°18.216, veremos que estos servirán como verdaderos límites

y contrapesos al ejercicio y aplicación del poder estatal y legislativo. Tal será el caso de los principios de igualdad y no discriminación, y del principio de ponderación o proporcionalidad.

4. Principio de no discriminación e igualdad ante la Ley

El origen de la igualdad ante la ley, como principio o como derecho fundamental, deriva de una dimensión filosófica y moral que entiende al ser humano dotado de una dignidad intrínseca, independiente de la edad, sexo, capacidad intelectual o estado de conciencia (Noguiera, 2006, p. 62). También es el resultado de una concepción espiritual que encierra la idea de que el ser humano, en cuanto tal, es libre para autodeterminarse y, en consecuencia, se hace responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión de respeto por parte de los demás bajo la idea de que las personas son sujetos y no instrumentos (Noguiera, 2006, p. 63). Esta igual dignidad humana es la que ha servido de fundamento para la concepción de los derechos humanos y los derechos fundamentales en general, pero particularmente es en ella donde descansa y reposa la justificación del derecho de igualdad.

Entendida así como principio, tendremos que esta constituye el enunciado de un contenido sustantivo que, en cuanto componente axiológico del orden constitucional, vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico (Noguiera, 2006).

Consecuencia de esto es que dicha dimensión se encuentra en la actualidad expresada y claramente reconocida en nuestra Constitución, especialmente en el capítulo referente a las bases de la institucionalidad, artículo 1º, que establece “las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”.

La igualdad ante la ley es comúnmente analizada bajo una perspectiva de carácter sociológica¹ antes que jurídica. Expresión de este alcance sociológico desde el cual se aborda lo encontramos en la doctrina seguida por nuestros tribunales de justicia, particularmente en el criterio de nuestra Corte Suprema, que ha señalado que:

La igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera que sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de razas, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal (Corte Suprema, citada en Verdugo, Pfeffer y Nogueira, 1994, p. 209).

El principio de igualdad ante la ley se encuentra expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico interno por medio de su incorporación al artículo 19 N°2 de nuestra Constitución Política de la República. En ella se expresa:

La Constitución asegura a todas las personas: 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

¹ La Constitución de 1980 mantuvo su connotación sociológica al establecer que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiados” (Artículo 19 N° 2 CPR). El conservar expresiones tales como “persona” o “grupo”, amplifican los alcances y el rango de respeto y sujeción que supone este derecho fundamental extensible a todos en tanto personas dotadas de dignidad.

El fundamento de este derecho reposa en la concepción de que las normas jurídicas deberán de aplicarse igualmente y sin distinciones para todas aquellas personas que se encuentren en las mismas circunstancias, es decir, sin establecer privilegios (u obligaciones) para unos que, a su vez, no perjudiquen (ni beneficien) a otros que se hallen en condiciones similares.

No cabría entonces hablar propiamente de una igualdad de carácter absoluta, sino más bien una igualdad que respeta que la ley deba aplicarse en cada caso concreto teniendo en consideración las diferencias específicas que corresponda. La igualdad así entendida, supone la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición, por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona, o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo (Verdugo, Pfeffer y Nogueira, 1994, pp. 215-216).

Por supuesto, este mandato se encuentra dirigido tanto al legislador como a la autoridad en general. Si fuera el legislador quien estuviere vulnerando dicho principio, y dicha vulneración afectase la posición de un ciudadano en el marco de un proceso judicial, podría interponerse un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para evitar la afectación del derecho a la igualdad ante la ley.

En síntesis, podemos observar que la igualdad ante la ley exige eliminar las discriminaciones desde un ámbito sociológico, prohibiendo toda distinción basada en aspectos subjetivos de las personas por motivos de raza, color, sexo, religión, idioma, opiniones políticas, origen social o posición económica, por nombrar algunos factores de diferenciación.

Si bien el principio y derecho de igualdad ante la ley tiene su expresión más directa en lo dispuesto en el artículo 19 N°2 de nuestra Constitución, su incorporación al derecho nacional no se agota en esta norma. En virtud de la regla de envío del artículo 5°, inciso

2° y de la teoría del bloque constitucional de derechos, el derecho a la igualdad ante la ley tiene respaldo positivo en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, las que son normas plenamente aplicables en el ámbito interno.

En ese sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa en su artículo 26 que:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, señala en su artículo 24 que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

Refuerza el compromiso con el respeto y promoción de este principio el artículo 1° de dicha Convención al establecer que:

Los estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Como es dable apreciar, existe una verdadera unidad normativa en torno al principio de igualdad, que resulta de la integración y complemento que opera entre nuestra

Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Respecto a su fuerza normativa y eficacia jurídica al interior de nuestro ordenamiento, el criterio de nuestra jurisprudencia ha sido claro respecto a que la diferenciación en torno a aspectos subjetivos de la persona se encuentra prohibida, y opera como un verdadero límite a la autonomía privada y al ejercicio de las funciones judicial, ejecutiva y legislativa. A modo ejemplar, veremos como la Corte de Apelaciones de Valparaíso da cuenta de esta perspectiva al expresar:

Que por lo que toca a la igualdad ante la ley, es útil dejar en claro que ella requiere una aplicación a todos los habitantes de la República de manera uniforme y sin discriminaciones injustas o arbitrarias en cuanto a su interpretación, valoración y alcance de sus efectos jurídicos e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos estrictamente particulares (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de abril de 1998, considerando 11, en Nogueira, 2006).

En virtud de esto último, ha surgido el principio de no discriminación, como aquel que sanciona aquellas diferenciaciones que carecen de fundamento o razonabilidad entre personas iguales. El principio de no discriminación así descrito se puede conceptualizar de la siguiente forma: “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra” (Rabossi, 1990, p. 179, citado en: Nogueira, 2006, p. 71).

En nuestro ordenamiento nacional encontramos plasmado este principio en el artículo 19 N°2 CPR, el cual dispone: “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Primero, respecto al alcance de la voz autoridad contemplada en la norma recién citada, esta comprenderá a toda persona que ejerza un poder público ya sea dentro del ámbito legislativo, de gobierno, administración o jurisdiccional. En suma, la prohibición de establecer normas y acciones discriminatorias o arbitrarias, resulta extensible a toda autoridad reconocida en nuestra Constitución u ordenamiento jurídico (Nogueira, 2006, p. 71). En este mismo sentido, nuestra Corte Suprema ha definido una discriminación arbitraria como

toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias (SCS 15.665-1991, considerando 4°).

Ahora bien, conviene tener presente la circunstancia de que el principio de no discriminación, en armonía con el de igualdad ante la ley, no supone que esta última sea una igualdad así mismo de carácter absoluta e inflexible. Se ha justificado la necesidad de establecer un verdadero criterio de razonabilidad, que nos permita poder distinguir cuando nos encontramos efectivamente ante un caso de discriminación arbitraria, o, por el contrario, se trata de un tratamiento diferenciado razonablemente justificado, sobre la base de condiciones objetivas diversas.

El ejercicio de ponderar y realizar una distinción razonable para apreciar la igualdad o desigualdad de tratamiento ante la ley, opera como un estándar necesario al momento de abordar el principio y el derecho a la igualdad ante la ley como una realidad normativa que no opera de manera absoluta. En extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que será abordada en el siguiente capítulo, este ejercicio se traduce en el denominado test de igualdad. Del análisis efectuado por parte del Tribunal Constitucional (STC 784-07)

acerca del concepto de razonabilidad en la discriminación, el test de igualdad comprende los siguientes elementos:

- a. Que se esté ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.
- b. Que tal diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos.
- c. Que tal diferencia adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. (STC 784-07; STC 1138-08; STC 1140-08; STC 1340-09; STC 1365-09; STC 1133-08; STC 1217-08; STC 1399-09)

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1989) — órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— ha señalado que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos” (p. 1). Y agrega que “el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley” (p. 1). A juicio del Comité, dicha norma no se limita a reiterar la garantía prevista en el artículo 2, sino que establece en sí un derecho autónomo, prohibiendo “la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas” (p. 3). Por último, indica el Comité que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del pacto” (p. 3).

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han coincidido en que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático, y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA (Comisión Interamericana de

Derechos Humanos, 2001), y en que no cualquier diferencia de trato constituye una discriminación sino sólo cuando carece de justificación objetiva y razonable (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1989).

5. El Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido definido por Javier Barnes (1994) como

el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser ‘susceptible’ de alcanzar la finalidad perseguida, ‘necesaria’ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y ‘proporcional’ en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficioso o ventajosa para el interés general que perjuicios para otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal –en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)– debe ser útil, necesaria y proporcionada (p. 450).

La relevancia del principio de proporcionalidad se justifica en el hecho de que configura un elemento importantísimo al momento de efectuar un correcto análisis respecto a la infracción del derecho de igualdad ante la ley.

En efecto, como plantea Nogueira (2006), la igualdad ante la ley posee un carácter relativo y proporcional, en el sentido de que cuando se establecen diferencias basadas en grupos de personas o en circunstancias que se traduzcan en un trato desigual, no solo se debe atender a si el criterio diferenciador carecía de un fundamento racional u objetivo, sino que también implica determinar de qué manera ese trato desigual puede o no comprometer otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos (p. 76).

Esto último involucra la necesidad de ponderar en un eventual juicio sobre igualdad y no discriminación, las variables de análisis del principio de proporcionalidad, ya que un tratamiento desigual o discriminatorio puede a su vez afectar o comprometer derechos de carácter fundamental.

Este principio (que encuentra su origen en el derecho penal, y posteriormente en la doctrina del derecho público alemán) examina la relación existente entre un acto de la autoridad que resulta gravoso o perjudicial para el sujeto destinatario, y la finalidad perseguida por el mismo.

Su fundamento se basa en la circunstancia de que los poderes públicos se encuentran íntimamente ligados a los derechos fundamentales, y deben respetar su contenido esencial. En consecuencia, no es admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales sino en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa (Aldunate, 2008, p. 264).

En concordancia con esta fundamentación, el Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la eventual contravención al principio y derecho de igualdad a través de una ley en específico, ha señalado que esta sólo se vulnera

cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar el trato diferente (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1980, citado en Nogueira, 2006, p. 78).

Es decir, este tratamiento desigual se verifica cuando se incorporan como elementos de análisis los criterios que propone el principio de proporcionalidad. Es por esta razón que se ha sostenido que el principio de proporcionalidad opera como un verdadero límite o

prohibición constitucional a establecer medidas excesivas que puedan vulnerar los derechos fundamentales de los afectados.

Para Carbonell (2008), la importancia del principio de proporcionalidad radica justamente en el hecho de que los derechos fundamentales se enfrentan permanentemente a la realidad de ser afectados o vulnerados, perdiendo en su ejercicio práctico el carácter de absolutos. Surge entonces el principio de proporcionalidad como propuesta teórica a efectos de poder determinar de qué manera y siguiendo qué requisitos es posible limitar tales derechos (Carbonell, 2008, p. 10).

Conceptualmente, el principio de proporcionalidad se sitúa dentro de los denominados 'límites de los límites', esto es, las barreras que se reconocen en general a la actividad del Estado, y más concretamente a la realizada por el legislador tendiente a delimitación y regulación de los derechos fundamentales. En ese sentido, el principio de proporcionalidad entrega las directrices según las cuales esta actividad delimitativa de los derechos fundamentales por parte del legislador se puede llevar a cabo (Aldunate, 2008, p. 256).

El principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad (también llamado de adecuación), el subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

a. Subprincipio de idoneidad

Este principio exige que exista una adecuada relación de causalidad entre los medios propuestos por el legislador y el fin que se quiere asegurar con la dictación de determinada norma. Al legislador le corresponde establecer medios idóneos que a su vez sean lo suficientemente aptos para asegurar la obtención del fin perseguido.

La idoneidad constituye en sí la adecuada relación de causalidad que debe existir entre el medio y el fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin

propuesto por el legislador. No satisface en este sentido el test de proporcionalidad, según Naranjo de la Cruz (2000) “la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección o promoción de un bien o derecho constitucionalmente protegido” (p. 103).

Si tomamos como ejemplo el derecho y principio de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, el análisis propuesto consistirá en determinar si el trato diferenciado que establece el precepto legal en cuestión conduce o no en último término a la finalidad deseada y es así mismo constitucionalmente legítimo (Nogueira, 2006, p. 78).

b. Subprincipio de necesidad

Este subprincipio supone que el legislador deberá de privilegiar el mecanismo o medio que resulte menos lesivo. Corresponde al legislador elegir entre una variedad de medios, aquel mecanismo legislativo que, siendo necesario para el logro de la finalidad propuesta, afecte menos los intereses y derechos de las personas. No sería necesaria aquella medida legislativa en que de igual forma fuese posible satisfacer el fin perseguido a través de una alternativa menos gravosa.

En palabras de Naranjo de la Cruz (2000),

(...) en la medida en que los derechos fundamentales son limitados con una intensidad mayor que la que exige el fin constitucionalmente protegido de la restricción, dicha limitación, en lo que tiene de exceso, resulta injustificada, y, por lo tanto, inconstitucional (p. 104).

En íntima relación con el principio de igualdad resulta que, si existiendo al menos un medio idóneo que no vulnera la prohibición de no discriminación (o lo hace en menor medida que otros), deberá estarse a este por sobre todo. De lo contrario, la determinación legal será inconstitucional.

c. Subprincipio de ponderación en sentido estricto.

Este subprincipio, como su nombre lo indica, se fundamenta en la necesidad de que el legislador, al momento de dictar una ley, realice un balance entre la intensidad del daño o lesión que esta misma pudiese infringir y el potencial beneficio que implicaría la aprobación de esta para el bien común. Básicamente se trata de determinar para el caso concreto si efectivamente el grado de afectación de un derecho fundamental se encuentra a la vez suficientemente justificado en razón del fin perseguido por la norma (Aldunate, 2008, p. 265), o como diría Naranjo (2000) “el principio de proporcionalidad en sentido estricto intenta determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés que se trata de proteger” (p. 104).

Si, por ejemplo, nos viésemos enfrentados a una eventual colisión entre el derecho de igualdad y el fin perseguido por una determinada norma, el ejercicio consistirá en vislumbrar si acaso dicho fin resulta proporcionalmente tanto más optimizado y satisfecho que la propia afectación al principio de igualdad. Solo en este caso, su vulneración resultará justificada en relación con el test de proporcionalidad, en el caso contrario será inconstitucional.

6. Manifestaciones constitucionales del principio de proporcionalidad

Es nuestra propia Constitución Política la que ha servido como sustento y apoyo a la hora de identificar expresiones concretas del principio de proporcionalidad. Si bien no contempla ninguna referencia expresa que consagre dicho principio, este puede desprenderse implícitamente de las reglas del Estado de derecho, resultando inherente al mismo (Zúñiga, 2012).

El profesor Nogueira (2006) señala que el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de

conductas arbitrarias (art 19 N°2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N°26), además del valor de justicia inherente al Derecho.

Asimismo, como identifica el profesor Zúñiga (2012), este principio también puede entenderse implícito en el artículo 19 N°3, que consagra la garantía del debido proceso, y en el artículo 19 N°20, por cuanto este, en su inciso 2°, reconoce el derecho a la igual repartición de los tributos, prohibiendo al legislador “establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”.

Es asimismo posible reconocer una consagración normativa de dicho principio en la misma definición del artículo 1°, inciso 4° de la CPR, que reconoce la propia finalidad/funcionalidad del Estado:

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Según el profesor Eduardo Aldunate (2008), la sola definición del Estado al servicio de la persona representa una expresión del principio de proporcionalidad, por cuanto encierra la idea general de que es el Estado el encargado de establecer las limitaciones para las cargas que pueda establecer e imponer las autoridades a los particulares. De esta manera señala:

Si el Estado no sólo debe respetar, sino promover dichos derechos, resulta indiscutible la necesidad de incorporar este deber de promoción, como elemento normativo, en su consideración de medios a fines (p. 266).

Y agrega,

la citada disposición constituye el deber de promoción como un fin dentro de toda actividad estatal, de tal modo que, al disponer de sus medios, el Estado no puede sino elegir aquellos que provoquen el menor menoscabo a los derechos, de tal forma de cumplir dicho imperativo (p. 266).

Por otra parte, podemos desprender de la lectura del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, una segunda expresión y reconocimiento del principio de proporcionalidad:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En ese sentido, resulta indiscutible que este deber de promoción ingresa de forma permanente a la categoría de deberes (elemento normativo) contemplados para la persecución del fin previsto por el mismo Estado: la promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana involucra la necesidad de asegurar una correcta disposición de sus medios de tal forma que se provoque el menor daño o perjuicio de tales derechos.

En lo que respecta a la proporcionalidad de las penas, como hemos señalado, es posible identificarlo en nuestro ámbito constitucional como reflejo del derecho a un procedimiento racional y justo, el cual se encuentra establecido en el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. Dicho principio ha sido conceptualizado por Mir Puig (2003) en el sentido de que “la gravedad de la pena debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente” (p. 141).

Se puede apreciar una doble dimensión de actuación de la proporcionalidad de las penas respecto de su determinación judicial. Primero se manifiesta en tanto garantía de un procedimiento racional y justo, asegurando que el juez no sea severamente limitado en su

capacidad de actuar con justicia según las características del caso, y, por otro lado, se establece como una limitación en eventuales excesos por parte de este.

CAPÍTULO III

1. Consideraciones previas.

Desde la fecha de dictación de las leyes N°20.813, que modifica la Ley N°17.798 sobre Control de Armas y el Código Procesal Penal y N°20.770 que modifica la Ley de Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, numerosos han sido los requerimientos que buscan se declare su inaplicabilidad para aquellos casos en que estas suspenden o excluyen la aplicación de penas sustitutivas para el caso de ciertas tipologías delictuales.

En su última cuenta pública, en marzo del 2020, la presidenta del Tribunal Constitucional da cuenta de las estadísticas y la gestión realizada por el organismo durante el año 2019. De un total de 2.210 procesos ingresados durante el año 2019, 2.181 se refieren a requerimientos de inaplicabilidad. Esto corresponde a más del 98% del total de causas, e implica un aumento del 33% respecto del año pasado. En cuanto a la normativa específica impugnada, 1.306 causas decían relación con el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216 y la Ley N°17.798 o Ley sobre Control de Armas, correspondiendo a un 60% del total. Otros 117 se refirieron a la Ley N°18.290 o Ley de Tránsito, aproximadamente un 5%. Esto da cuenta que un 65% por ciento de las causas de inaplicabilidad ingresadas (las que constituyen virtualmente la totalidad de causas de tramitación del Tribunal Constitucional durante el periodo observado) son relativas a las leyes y preceptos recién mencionados y analizados en el presente trabajo. Respecto de las causas terminadas, se registraron un total de 1.819 sentencias durante el año, de las cuales 1.797 se pronunciaron respecto a requerimientos de inaplicabilidad. Consistente con el porcentaje de causas ingresadas, corresponde a más de un 98% del total (Presidencia del Tribunal Constitucional, 2020).

Centraremos la última parte de este estudio en aquellas sentencias que plasman lo que hemos podido identificar como una tendencia hacia una estandarización argumentativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A partir de la STC 3062-16, del 27 de marzo del año 2017, observamos una continua reiteración en los razonamientos esgrimidos por el tribunal, reproduciendo consigo una tendencia que hemos podido observar en diversos fallos (STC 3282-16; STC 3350-17; STC 3458-17; STC 4083-17; STC 4165-17; STC 4810-18; STC 5804-18; STC 6276-19; STC 7036-19; STC 8175-20), que constituye una primera línea argumentativa.

Con posterioridad, y a partir de la sentencia de STC 2995-16, se aprecia el surgimiento y consagración de una “segunda línea argumentativa”, reconocida de esa forma por gran cantidad de fallos (STC 3053-16; STC 3127-16; STC 3149-16; STC 3172-16; STC 3173-16; STC 3174-16; STC 3177-16; STC 3185-16; STC 3198-16).

Este fenómeno ha derivado en que las sentencias más recientes en la materia se han limitado a reproducir una breve síntesis de los razonamientos ya esgrimidos en ambas líneas argumentales al momento de acoger los respectivos requerimientos.

Sin embargo, se debe precisar el hecho de que los requerimientos que han dado origen a esta tendencia jurisprudencial se refieren a la inaplicabilidad del artículo 1 inciso 2 de la Ley N°18.216, en relación con el delito descrito en el artículo 9 de la Ley N°17.798. En efecto, el grueso de los requerimientos que se han deducido hasta la fecha se derivan de procesos asociados al delito de porte o posesión ilegal de armas. Así también, se observa una tendencia por reproducir los mismos argumentos en aquellos requerimientos que se refieren a la inaplicabilidad de la restricción contenida en el artículo 196 ter de Ley de Tránsito, N°18.290.

A continuación, indagaremos en aquellos fallos que han resultado centrales para la posterior conformación de lo que actualmente identificamos como un criterio jurisprudencial absolutamente consolidado, marcadamente estandarizado y unitario.

2. Generalidades sobre la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Sobre la procedencia de control constitucional vía acción de inaplicabilidad, esta atribución se encuentra prescrita en el artículo 93 N°6 de nuestra Constitución Política, el cual dispone que es una atribución del Tribunal Constitucional “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.” Se trata de un control de constitucionalidad en un caso concreto, y el fin de la acción es excluir de la resolución del conflicto jurídico ciertas normas cuya aplicación ocasionaría un efecto contrario a la Constitución.

En relación con los casos que trataremos, no ha habido dudas que los preceptos impugnados constituyen normas jurídicas de rango legal, en tanto unidades lingüísticas que establecen conductas, por lo que se cumple el requisito señalado, siendo totalmente procedente accionar por vía de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Los requisitos para interponer válidamente la acción se encuentran contenidos tanto en el mencionado artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República como en la ley N°19.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Esta última regula la legitimidad activa del órgano y las partes, la oportunidad procesal y el contenido mínimo que debe nutrir al requerimiento tanto en su parte fáctica como jurídica. Además, se exige otorgar patrocinio y poder, presentar certificado que dé cuenta de la gestión pendiente en causa penal expedido por el tribunal ante el cual se sigue el juicio, el extracto de filiación y antecedentes del imputado, así como la acusación, sentencia condenatoria o la respectiva nulidad en los casos que sean procedentes.

3. Controversia jurídica.

a. En relación con los delitos contenidos en la Ley sobre Control de Armas N°17.798.

El conflicto de constitucionalidad en virtud del cual se ha fundado la gran cantidad de requerimientos de inaplicabilidad se origina a partir de lo dispuesto en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216. Dicho artículo excluye de la posibilidad de someterse al régimen de penas sustitutivas a los autores de los delitos (entre otros) de los artículos 8°, 9°, 13°, 14° y 14D de la Ley N°17.798.

b. En relación con los delitos contenidos en la Ley de tránsito N°18.290.

El artículo 196 ter de la Ley N°18.290 genera el efecto de suspender la aplicación de la pena sustitutiva otorgada por un juez penal. Esta suspensión se materializa, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, en la obligación del condenado por los delitos de delito de manejo en estado de ebriedad, con resultado de lesiones graves, gravísimas o muerte de cumplir al menos un año de efectiva privación de libertad, para luego de esto aplicar el régimen sustitutivo por el lapso restante.

4. Fundamentos contenidos en los requerimientos.

a. Infracción al principio de igualdad ante la ley y no discriminación. Vulneración de los artículos 1° y 19 N°2 y 3 de la constitución; artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los requirentes hacen referencia al rol que juega la razonabilidad como baremo o límite al momento de determinar si se está en el caso particular frente a una desigualdad de trato o discriminación que tenga el carácter de arbitraria. Por lo mismo se debe analizar si el

tratamiento diferenciado, consistente en excluirlos de la aplicación de las penas sustitutivas contenidas en la Ley N°18.216, carece o no de un fundamento razonable que lo pueda justificar y si, además, esta medida es o no idónea para alcanzar la finalidad prevista por el legislador.

En consecuencia, los requirentes hacen referencia al test de igualdad utilizado por la jurisprudencia para ir mostrando paso a paso de qué manera los preceptos impugnados son contrarios al principio de igualdad. Los supuestos que deben presentarse, como ya adelantamos en el capítulo anterior, son, primero, que se esté ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar; segundo, que dicha diferenciación carezca de fundamentos razonables y objetivos; y tercero, que la diferencia adolezca de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad prevista por el legislador. A continuación, presentaremos el análisis realizado por los requirentes respecto de la normativa en conflicto.

i. Se está ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.

En el tipo penal contenido en el artículo 9 de la Ley sobre Control de Armas (posesión o porte de armas sin autorización), el bien jurídico protegido es el orden público. Esta figura se encuentra estructurada como un delito de peligro abstracto o de actividad, puesto que la diferenciación, como nos señala Enrique Bacigalupo (1996), es bastante difícil. En términos generales, independientemente de la clasificación precedente, en estos tipos basta la realización de una conducta descrita por el legislador sobre la cual la experiencia general permite suponer una puesta en riesgo del objeto de la acción (p. 101). En nuestra legislación existen varios delitos que comparten la misma estructura, algunos con penas abstractas incluso mayores (por ejemplo, el delito de asociación ilícita). Sin embargo, aun perteneciendo otras figuras penales a la categoría de delito de peligro abstracto, teniendo el mismo bien jurídico protegido (orden público) y considerando penalidades incluso más altas, estas no vienen aparejadas con restricción de acceder a penas sustitutivas.

Otro argumento dice relación con la existencia de otros delitos de peligro que, si bien no protegen el mismo bien jurídico (orden público), si amparan bienes jurídicos colectivos de vital importancia. En el caso del tráfico ilícito de drogas, la ley no impide acceder en general a una pena sustitutiva (sólo se excluye la posibilidad de acceder a la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad) y solo el autor reincidente pierde esta posibilidad, salvo la circunstancia del artículo 22 de Ley N°20.000 que sanciona el tráfico de estupefacientes (conocida como la Ley de drogas), que permite omitir condenas anteriores respecto de las cuales haya transcurrido el plazo para que opere la prescripción. Sin embargo, en el caso particular sobre el que versan los autos de inaplicabilidad ROL 3067-16 del Tribunal Constitucional (cuya sentencia se analizará más adelante), aún sin ser reincidente del delito del artículo 9 de la Ley sobre Control de Armas, la parte requirente no cuenta con esa excepción si, por ejemplo, decidiera colaborar con el esclarecimiento de los hechos. Existe un trato desigual cuando, aun existiendo circunstancias atenuantes tales como la irreprochable conducta anterior, se debe soportar la pena de manera efectiva y sin poder acceder a la contra excepción consagrada en la parte final del inciso 2° del artículo 1° de la Ley N°18.216, respecto a la atenuante N°1 del artículo 11 del Código Penal, que sí le permitiría obtener una pena sustitutiva, en relación con quién sí se vio beneficiado por ella.

Misma lógica argumentativa se da en los casos de impugnación de la Ley 20.770, señalando que en el tipo penal en cuestión se protege, de manera general, el debido orden de circulación, relacionado con el orden y seguridad pública y, en este tipo particular, la integridad física y psíquica, y la vida, dado que la sanción impugnada está ligada sólo a los delitos con resultados de lesiones o muerte. El delito contenido en el artículo 196 ter de la Ley N°18.290 se configura entonces como un delito de resultado, en contraposición a los delitos de peligro abstracto, en que basta la peligrosidad de la conducta descrita y un resultado dañoso sólo agrava la sanción. Aquí, la existencia del resultado es determinante para la aplicación de la sanción específica, puesto que los elementos de este tipo de delito son la acción, la imputación objetiva y el resultado.

En nuestra legislación, a pesar de haber figuras de igual o mayor penalidad que la conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves o de muerte, solo a esta última se le aplica la suspensión de la pena sustitutiva. A modo de ejemplo, las lesiones gravísimas referidas en el artículo 396 del Código Penal tienen una pena abstracta de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, misma pena que en el caso del artículo 196 ter, inciso tercero de la Ley N°18.290, cuando se verifique resultado de muerte. Sin embargo, el delito referido del Código Penal no tiene restricción ni suspensión para la aplicación de las penas sustitutivas de la Ley N°18.216.

ii. La diferenciación carece de fundamentos razonables y objetivos.

En los requerimientos relativos a Ley sobre Control de Armas, la parte requirente hace un breve repaso de la historia de la Ley N°20.813 (que modificó la Ley sobre Control de Armas), dando cuenta de cómo a lo largo de su tramitación, no se evidencian cuáles fueron las razones que tuvo el legislador para negar el acceso a penas sustitutivas a los autores de los delitos enumerados en el artículo 1°, inciso 2° de dicha ley. No existen razones relevantes, razonables ni suficientes que justifiquen el efecto discriminador de tal norma. Tampoco hay razones que den cuenta el por qué un autor del delito de tráfico de drogas o el jefe de una asociación ilícita si pueden acceder a penas sustitutivas aun cuando poseen una estructura muy similar al delito de porte de armas.

Igual falta de fundamentación se alega en las causas relacionadas al artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, ya que se desconocen los motivos del legislador para establecer la suspensión de la pena sustitutiva a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 15 y 15 bis de la Ley N°18.216, o que, a pesar de cumplirse los requisitos del artículo 38 de la misma ley, no se puedan omitir o eliminar los antecedentes penales, en razón del inciso 2° de la misma norma (Defensoría Penal Pública, 2016; 2017).

iii. La diferencia adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad prevista por el legislador.

Este argumento se funda en la discusión acerca de los fines de la pena, y en particular, los fines de reinserción social que se perseguían al momento de dictar la Ley N°18.216.

Si bien la reinserción social del penado no se encuentra establecida expresamente en nuestra Constitución, diversas son las convenciones internacionales reconocidas por nuestro ordenamiento y que se incorporan a este en virtud del artículo 5 inciso 2° de la Constitución que sí lo hacen (STC 4610-17; STC 4653-18). Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos señala expresamente dicha finalidad en su artículo 5.6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”.

El objetivo de los preceptos impugnados es evitar que los condenados como autores por los delitos previstos en el artículo 9 de la Ley sobre Control de Armas y en el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito puedan, total o parcialmente, cumplir la pena en libertad, otorgándole de esta manera a la sanción restrictiva un fin de prevención general negativo. Lo anterior significa, en términos simples, que se busca intimidar a la población para que se abstenga de la comisión de tales ilícitos (Roxin, 1993, p. 15-52). Dicha finalidad no es idónea en un ordenamiento que busca la reinserción social del penado, cual es el fundamento del sistema de penas sustitutivas instaurado por la Ley N°20.603, que consagra la reinserción social como principio para evitar la formación de carreras delictivas. Finalmente se destaca que la experiencia en Chile y otros países como España, ha demostrado que los delitos relacionados con la conducción en estado de ebriedad no han disminuido por la agravación de las penas (Miró y Bautista, 2013, p. 47).

b. Infracción al Principio de Proporcionalidad. Vulneración del artículo 19 N°3, inciso 6° de la Constitución.

En la etapa de determinación judicial de la pena se debe atender a todas las particularidades del caso, a fin de hacer valer el principio de proporcionalidad como garantía limitadora del *ius puniendi* y el derecho a un debido proceso. La imposibilidad de sustituir la condena privativa de libertad por alguna de las penas de la Ley N°18.216, o la suspensión de éstas por un año vulneran el artículo 19 N°3 de la Constitución, y con ello el principio de proporcionalidad que actúa como garantía del procedimiento racional y justo por cuanto asegura que el juez no se vea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, tanto en relación a la determinación de la pena como respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas o a la suspensión de su ejecución. La desproporción se verifica al no excluirse de la aplicación de penas sustitutivas otros delitos con penas abstractas más altas, tomando como principal criterio para medir la gravedad del delito el *quantum* de la condena.

Los argumentos recién referidos son la base para todos los requerimientos de inaplicabilidad en casos relativos a las leyes sobre Control de Armas y de Tránsito interpuestos desde el año 2016 a la fecha.

c. La disposición infringe el principio de dignidad de la persona humana contenido en los artículos 1° y 4° de la CPR.

En la causa de inaplicabilidad seguida ante el Tribunal Constitucional, rol N°6430-2019, el requirente introduce una innovación en relación con la generalidad de los recursos que se presentan en la materia, comenzando su argumentación en base a lo que considera una vulneración del principio de dignidad humana. Esta fórmula argumentativa se basa en lo razonado por el Tribunal Constitucional en el fallo STC 3067-16, el cual dedica una parte importante al desarrollo de este principio. El requirente da cuenta de cómo la acción punitiva del Estado no puede dirigirse únicamente a imponer un sufrimiento al condenado como mal por sí mismo, pues ello atentaría contra la dignidad del sujeto. La privación de libertad debe ser siempre una medida excepcional, quedando reservada sólo para las más

graves conductas. En su análisis, aborda lo dicho por el profesor Nogueira (2003) y los aportes de la teoría del bloque constitucional de derechos al disponer que la dignidad de la persona constituye el valor supremo de todo el ordenamiento constitucional en materia de derechos fundamentales. En base a este principio, la STC 3067-16 antes mencionada argumenta que la reacción estatal resulta en una incomprensible forma de pura retribución que no es posible de sostener en un Estado social y democrático de Derecho, sobre todo en consideración de que el representado reúne los requisitos que permitirían acceder al beneficio de una pena sustitutiva.

5. Fundamentos del Ministerio Público.

En este apartado revisaremos cuáles fueron las principales observaciones y argumentos esgrimidos por el Ministerio Público a fin de que se rechace la acción de inaplicabilidad deducida, extraídos de sus presentaciones en las causas rol N°3062-16, 2995-16 y 4653-18.

a. Respecto a requerimientos relativos a Ley sobre Control de Armas N°17.798:

i. No existe desigualdad de trato.

A juicio del Ministerio Público, el argumento respecto a una eventual desigualdad de trato por efecto de la aplicación del artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216, debe ser desestimado. Para sustentar esto, el Fiscal Nacional recuerda que no solo el artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas se encuentra excluido de acceder a penas sustitutivas. En efecto, también se encuentran fuera de dicha posibilidad un nutrido grupo de otros delitos tanto del Código Penal como de otros cuerpos normativos (como ya apuntamos en nuestro capítulo I).

ii. Respeto a la falta proporcionalidad.

Se indica que cada vez que el legislador aumenta o disminuye exigencias para acceder a una pena sustitutiva, lo realiza en el ámbito de sus competencias y con un fin lícito, como es aumentar la severidad de las sanciones. Para ello se apoya en que la individualización de la pena no se agota solo en la eventual posibilidad de sustituir o no la ejecución de una pena privativa de libertad. En efecto, este ejercicio solo se verifica una vez que ya se haya previamente establecido la existencia del delito, la participación del acusado y la sanción aplicable. Una vez determinado esto, resulta aplicable lo dispuesto en la Ley N°18.216, reconociendo la competencia que el legislador posee para determinar el conjunto de condiciones para acceder a la sustitución de las penas. En ese sentido, argumenta que ha sido la propia Ley N°18.216 la que ha buscado aumentar la severidad del tratamiento penal que se le da a ciertos delitos mediante el empleo de mecanismos diversos al mero aumento de la pena.

iii. Respeto a la finalidad de la pena.

Por último, el Ministerio Público hace hincapié en que el argumento respecto a los fines de la pena no corresponde a un asunto en que tenga competencia del Tribunal Constitucional.

b. Respeto a requerimientos relativos a Ley de Tránsito N°18.290:

i. Las penas sustitutivas no operan por el solo ministerio de la ley.

Si bien estas son objeto de variados requisitos, al carecer nuestro ordenamiento de una normativa sistematizada y orgánica sobre ejecución de penas, el Ministerio Público indica que es una facultad de los jueces el decretarlas, modificarlas y lograr su correcto cumplimiento.

ii. La pena sustitutiva no es eliminada.

El artículo 196 ter de la Ley N°18.290 tiene el efecto suspender la aplicación de una pena sustitutiva durante un año, a diferencia de otros casos en que se alega por vía de inaplicabilidad, en los cuales se excluye totalmente la posibilidad de acceder a estas. Tampoco impide que se aplique al delito el resto de las disposiciones establecidas en la Ley N°18.216 conforme a las reglas generales, por lo que no habría una falta de proporcionalidad manifiesta, como ha entendido la doctrina que se requiere para alegar la inaplicabilidad.

iii. No se trata de un conflicto de constitucionalidad.

Establecer los caracteres político-criminales es facultad del legislador, y el Tribunal Constitucional estaría excediendo en sus facultades al contradecir un mandato legal dictaminado por el órgano encargado de legislar. En este sentido, el Ministerio Público sigue una línea uniforme con la ya esbozada para los casos relativos a la Ley N°17.798.

6. Criterios y argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional respecto del artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216.

El Tribunal Constitucional ha seguido consistentemente dos líneas argumentativas para acoger los requerimientos interpuestos en esta materia. A modo referencial, se utilizará la sentencia ROL N°3062-2016, la cual inaugura y desarrolla en extenso la primera de estas dos líneas argumentales, para luego abordar lo expuesto en la sentencia ROL N°2995-2016, representativa de la segunda. Los contenidos de los razonamientos de ambas líneas argumentativas son reproducidos en su integridad en posteriores sentencias relacionadas al delito del artículo N°9 de la Ley N°17.798, sobre Control de Armas.

a. Síntesis Primera Línea Argumentativa. Análisis STC 3062-2016.

i. Antecedentes del caso

El requerimiento de inaplicabilidad que a continuación analizaremos, tiene como antecedente el proceso penal RUC N°1401258240-5, RIT N°52-2016, en contra del recurrente, don José Francisco Gutiérrez Gamboa, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla por el delito de porte ilegal de arma de fuego y recepción, contenidos en los artículos N°9 de Ley N°17.798 sobre Control de Armas, y 456 bis A del Código Penal, respectivamente.

Tras cuatro meses de investigación, el Ministerio Público tomó la decisión de acusar al imputado solicitando para el delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones una pena de cuatro años de presidio menor en su grado mínimo, reconociéndose al imputado la atenuante de irreprochable conducta anterior contenida en el artículo 11, N°6 del Código Penal.

Posteriormente, con fecha 12 de abril del año 2016, el Juzgado de Garantía de Curacaví pronunció el auto de apertura de juicio oral remitiendo los antecedentes al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla.

Cabe mencionar que, al momento de la presentación del recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, el proceso ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal se encontraba suspendido.

ii. Sujetos de la acción

El Sujeto activo de la acción es José Francisco Gutiérrez Gamboa, y el sujeto pasivo es el Tribunal de Juicio Oral en lo penal Melipilla.

iii. Normas Impugnadas

Se impugna el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N°18.216, sobre penas sustitutivas en relación con la Ley N°17.798.

iv. Conflicto de constitucionalidad

A juicio del Tribunal Constitucional, el dilema constitucional que se busca resolver es si resulta o no razonable la exclusión de las normas sobre penas sustitutivas en el caso de los delitos imputados al requirente. Se debe determinar si acaso dicha exclusión constituye un trato diferenciado que implique una carencia de razonabilidad en relación con lo establecido por el artículo 1° de la Ley N°18.216, sobre penas sustitutivas.

v. Fundamentos del Tribunal Constitucional.

En este apartado destacaremos los principales elementos contenidos en el desarrollo de la estructura argumentativa que ha sido empleada por el Tribunal Constitucional. Así, nos hemos propuesto sintetizar las ideas centrales contenidas a lo largo de los distintos considerandos del fallo al objeto de facilitar una lectura y estudio que permita evidenciar de forma más directa la coherencia existente entre los planteamientos esgrimidos por la defensa y las motivaciones finales de la sentencia. A continuación, las desarrollamos:

I.- En primer lugar, el Tribunal considera que la dignidad humana opera como un verdadero límite al *ius puniendi*: En conformidad con esto, el Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a castigar no es un derecho absoluto, y, en consecuencia, se debe respetar la personalidad e individualidad del sujeto. De esta forma, se establece que los principios limitadores descansan y tienen como fundamento la dignidad humana. Como se aprecia, es aquí donde el Tribunal introduce la innovación argumentativa referente a la dignidad humana que será posteriormente incorporada en futuros requerimientos sobre la materia (STC 6430-2019), y que ya comentamos anteriormente.

II.- Es posible encontrar en nuestro ordenamiento una serie de límites al *ius puniendi*: A fin de justificar el razonamiento anterior, el Tribunal se encarga de dar una serie de ejemplos que evidencian la existencia de límites al derecho a castigar del Estado. Ejemplos que podemos encontrar en nuestro derecho son los principios de legalidad, ofensividad, *ultima ratio*, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad y responsabilidad subjetiva. Además, son ejemplos la exigencia de quórum calificado para establecer la pena de

muerte, la prohibición de torturas y de apremios ilegítimos, la prohibición para la confiscación de bienes y privación de derechos previsionales, la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y la prohibición de ciertos métodos de investigación en el proceso penal, entre otros.

III.- A continuación, realiza su propio análisis en materia de proporcionalidad reconociendo que dicho principio opera como un “estándar normativo empleado 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 en cuestión” (STC 3062-16, considerando noveno). Luego, el tribunal hace una breve descripción de los elementos integrantes del análisis de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) empleando el mismo desarrollo teórico que ya revisamos en detalle en el capítulo segundo de este trabajo.

El fallo resalta la necesidad de que la sanción penal, en tanto mecanismo de reacción estatal, debe ser proporcional al injusto culpable y al grado de reprochabilidad que le corresponde al sujeto. Así, el Tribunal señala que “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” (STC 3062-16, considerando décimo). En este sentido, resulta destacable como la sentencia vincula la legitimidad de la coacción estatal a la necesidad de que la misma cumpla con los criterios que aporta el principio de proporcionalidad.

IV.- En cuanto al rol del principio de culpabilidad, el Tribunal (STC 3062-16) recalca en su considerando décimo segundo que el principio de culpabilidad es a la vez que un principio fundamental en el derecho penal, un auténtico límite al *ius puniendi*. Este alcance limitador se verifica en el sentido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten culpar, esto es, imputar a alguien el daño del delito. De esta

manera, este principio es base y a la vez límite de la pena en tanto se prohíbe que el legislador se adelante al presumir de derecho la responsabilidad sin permitir al imputado demostrar su inocencia. Es, por tanto, el juez el único que puede imponer una pena si el autor del injusto es culpable o, en el sentido contrario, inocente.

V.- Por otra parte, es destacable que el fallo (STC 3062-2016, considerando décimo sexto) se compromete explícitamente con que el fin de la pena debe ser resocializador. Para reforzar dicha finalidad, el Tribunal integra la reflexión consagrada en la Constitución española en cuando esta establece que “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” (Constitución Española, artículo 25 N°2). El Tribunal Constitucional considera a su vez que dicho principio es compatible con prevenciones generales y especiales de la pena.

VI.- Acto seguido, tras hacer una breve enumeración de los principios limitadores de la pena, el Tribunal reflexiona en torno a que el principio de humanidad involucra 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. Aún los sujetos condenados a una pena tienen derechos que deben respetarse” (STC 3062-16, considerando décimo séptimo). De acuerdo con lo establecido en la sentencia, este principio tiene su base en el artículo 19 número 1º, inciso tercero de nuestra Carta Fundamental. En este sentido, conviene recordar lo planteado por el propio Tribunal Constitucional en cuanto a que “existen principios limitadores del ius puniendi derivados de la dignidad humana, reconocidos en distintos preceptos de la Constitución Política de la República (artículo 19, N°1, 2, 3 y 7 (letras g y h), entre otros). Particularmente, el principio general de humanidad apunta a evitar que la acción punitiva del Estado propenda a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento a quien ha infringido la ley, por lo que la decisión de privar de libertad a una persona sólo se justifica en los casos de conductas delictivas más graves que atenten contra bienes jurídicos de la más alta importancia. Ello implica necesariamente un uso racional de la privación de libertad que apunte a un fin

resocializador de la pena” (STC N°5120-18, considerando quinto). En relación con lo anterior, el Tribunal Constitucional recuerda que uno de sus roles consiste en “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” (STC 3062-16, considerando décimo octavo). De esta manera se refuerza la importancia de la existencia de límites al *ius puniendi*, destacando que es su misión como Tribunal el velar por el respeto y aplicación de dichos límites al derecho de castigar.

VII.- En consistencia con lo anterior, el Tribunal Constitucional establece que la libertad personal tiene un valor preeminente en nuestro ordenamiento jurídico y en ese sentido expresa que “cualquier limitación a ella debe de considerarse como de *‘extrema ratio’*. 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” (STC 3062-16, considerando décimo noveno). Luego enfatiza que la pena, en tanto 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” (STC 3062-2016, considerando vigésimo). Se evidencia que el Tribunal procura mantener un fuerte compromiso con los fines resocializadores de la pena.

VIII.- La sentencia continúa su reflexión reconociendo cuál es el verdadero rol y fundamento de las medidas sustitutivas. De esta forma, en su considerando vigésimo establece que estas medidas tienen efectivamente un carácter de pena en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal. Así mismo, estas tienen como objetivo el control de las personas condenadas, su reinserción social y la no reincidencia. Adicionalmente establece que las penas sustitutivas no son ningún tipo de beneficio: en el considerando vigésimo primero se determina que las penas de esta naturaleza son efectivamente una sanción que se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de libertad, pudiendo ser revocada en el evento de ser incumplida. Se refuerza esta idea con

el hecho de que la Ley N°20.603 destacó el carácter punitivo de las medidas establecidas en la Ley N°18.216 al reemplazar su denominación de “alternativas” por “penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.

IX.- En su considerando vigésimo segundo, el Tribunal Constitucional sostiene que la modificación a la Ley N°18.216 mediante la Ley N°20.813 resulta regresiva, sobre todo si es considerada en relación con los objetivos de reinserción social y rehabilitación perseguidos por la Ley N°20.603 (por lo demás, destaca que esta modificación se ha llevado a cabo sin que se hayan mediado estudios acerca de los resultados de la ley).

X.- Finalmente, y aquí probablemente la reflexión más importante contenida en la sentencia, se aplica directamente el test de proporcionalidad propuesto por la parte requirente a fin de dilucidar si, reflexiones aparte, la sanción dispuesta para el caso concreto resulta o no proporcional al delito imputado. Como se aprecia de la lectura de esta última parte, el Tribunal comienza por integrar una serie de elementos de carácter tanto normativo como dogmático, fundamentalmente en lo que se refiere a sellar su compromiso con un fin resocializador de la pena, al tiempo que refuerza la necesidad de respetar el marco de límites ya establecidos en la aplicación de medidas privativas de libertad.

De esta forma, en su considerando vigésimo cuarto establece 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 a la víctima (STC ROL N°3062-16, considerando vigésimo cuarto).

Agrega el hecho de 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 (STC 3401-17, considerando sexto).

Concluye entonces que:

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 (STC 3062-16, considerando vigésimo quinto).

XI.- Si bien el legislador tiene discrecionalidad para determinar la individualización y caracterización de las penas, el Tribunal Constitucional estima que esta no es absoluta, sino que se debe someter a los límites fijados por la Constitución Política de la República (STC 3062-16, considerando 27º; STC 1328-09). En ese sentido, también se deberá respetar el principio de igualdad ante la ley y evitar cualquier discriminación política o jurídica entre los individuos (en conformidad con el artículo 19, N°2 CPR). De la misma forma, en el considerando vigesimooctavo, destaca la relevancia de respetar el principio de legalidad, el cual supone la existencia de cierto margen de discrecionalidad al momento de determinar por el juez las penas. A continuación, el Tribunal nos recuerda el hecho de que el Código Penal original contemplaba una armonía y equilibrio entre la pena y gravedad del delito. Esto se manifiesta en la determinación que deben hacer los jueces atendiendo a las peculiaridades concretas de un caso y aplicando la pena que en abstracto se establezca para la misma categoría de delito, lo cual no puede ser para aumentar la punición (puesto que esto rompería con la armonía y equilibrio lógico que tiene el propio

Código Penal). Si ese fuese el caso, se vulneraría entonces el principio de proporcionalidad.

XII.- Así, y en virtud de todas las razones ya esgrimidas, el Tribunal establece en su considerando trigésimo, que, para el caso concreto, la limitación que imponen los preceptos del inciso segundo del artículo 1º, inciso segundo de la Ley Nº18.216, 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. Para el Tribunal es un deber de los legisladores establecer penas razonables, idóneas y proporcionales al objeto de obtener la reinserción social de los infractores, además de cumplir con los fines de prevención general y particular. Debido a esto, concluye en su considerando trigésimo primero, que estos objetivos 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 afectadas con la aplicación al caso concreto de las normas denunciadas.

Cabe hacer presente que el Tribunal Constitucional ha acogido numerosos requerimientos deducidos en contra del mismo precepto legal por las razones anteriormente esgrimidas (STC 3282-16; STC 3350-17; STC 3458-17; STC 4083-17; STC 4165-17; STC 4810-18; STC 5804-18; STC 6276-19; STC 7036-19; STC 8175-20).

vi. Motivaciones del Tribunal Constitucional

En virtud de las consideraciones anteriores, podemos sintetizar las motivaciones del Tribunal Constitucional de acuerdo con los siguientes puntos:

La individualización de la pena es la adecuación de ésta a las condiciones (particulares) del sujeto sobre quien recae. Sólo así puede la pena cumplir su finalidad reeducadora y formativa. Para eso se mitiga o agrava dependiendo del caso. Se debe emplear para esta determinación un análisis a la luz del principio de proporcionalidad en concreto: la pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito que

se somete a su juicio. Es desproporcionada si no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado.

En el caso concreto, las restricciones impuestas para la determinación de la pena no sólo no guardan proporción con el fin perseguido, sino que tampoco demuestran favorecer directamente la seguridad ciudadana y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

El fin de la pena en este caso es castigar el uso del arma, pero bajo el supuesto de que exista un peligro real e inminente de que esa arma se emplee y ocasione una vulneración de un bien jurídico protegido o que exista peligro concreto de que se utilizará para la realización de un ilícito (así lo demuestra la historia de la ley).

El principio de humanidad y proporcionalidad en conjunto con tener un efecto preventivo general positivo y servir de fundamentación a nuestro Estado de Derecho y a sus penas, nos lleva a admitir que la resocialización es un imperativo constitucional (se desprende del artículo primero de nuestra Constitución en tanto recoge el principio de dignidad), que no puede ser desobedecido cuando sea posible su cumplimiento. Esto no implica que se excluyan los efectos preventivos generales de la pena: también una pena atenuada, actúa de forma preventiva general.

Por otra parte, la aplicación de una pena privativa de libertad sin considerar la inexistencia de un riesgo claro y significativo, así como de su reiteración y afectación de un bien jurídico protegido, lleva aparejada una infracción al principio de proporcionalidad. La relevancia de la gravedad del delito tiene un efecto importante en la determinación de la duración de la pena y en la necesidad de valorar este dato al decidir sobre la suspensión de su ejecución.

En consecuencia, la ausencia de peligrosidad criminal del sujeto es relevante para determinar las condiciones de cumplimiento de la pena. Resulta indispensable asociar los

efectos criminógenos a la ejecución de la pena, el saldo preventivo global de las distintas alternativas y el principio de proporcionalidad que justificará la suspensión.

El artículo 1°, inciso segundo de la Ley 18.216 restringe considerablemente la individualización de la pena por parte del sentenciador.

b. Síntesis Segunda Línea Argumentativa. Análisis STC 2995-2017.

i. Antecedentes del caso.

El requirente, don Matías Leonardo Gallardo Araya, da cuenta al Tribunal Constitucional que se ha seguido en su contra el proceso penal RIT 19-2016, RUC 1500180517-4, en el Tribunal Oral en lo Penal de Quillota por los delitos establecidos en el artículo 9°, inciso 2° de la Ley sobre Control de Armas (N°17.798), y en particular por el delito de porte de municiones establecido en dicha norma, y por el previsto en el artículo 217 del Código de Justicia Militar, esto es amenazas a funcionarios de Carabineros de Chile.

El Ministerio Público realizó la respectiva acusación en base al hecho de haberse encontrado al interior de su vehículo cartuchos de escopeta sin contar con la debida autorización para su porte. Tras la realización del juicio oral, don Matías Gallardo fue condenado a la pena de 540 días de presidio menor en su grado medio, sentencia que fue impugnada mediante un recurso de nulidad y una apelación a la decisión del tribunal de denegar la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta. La resolución de dicho recurso, en la Corte de Apelaciones de Valparaíso, se encuentra pendiente al momento de fallarse esta inaplicabilidad.

ii. Sujetos de la acción.

El sujeto activo en los autos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad seguidos ante el Tribunal Constitucional es Matías Leonardo Gallardo Araya, mientras que el sujeto pasivo es el Tribunal de Juicio Oral en lo penal Quillota.

iii. Normas Impugnadas en los requerimientos.

Artículo 1º, inciso 2º de la Ley N°18.216 sobre penas sustitutivas en relación con la ley N°17.798, sobre Control de Armas.

iv. Conflicto de constitucionalidad.

En esta sentencia, el conflicto constitucional se aborda desde dos perspectivas distintas. La primera se aproxima desde una dimensión más bien general, en donde la discusión gira en torno a los límites constitucionales ante una mayor severidad del Estado como respuesta a conductas valoradas negativamente. Una segunda mirada del problema consiste en dilucidar si frente a cierto tipo de conductas delictivas consideradas especialmente graves, y que, por lo mismo, requieren un incremento en la punición, la Ley N°18.216 incurre en una desproporción en materia sustancial al excluir a esos tipos penales de acceder a penas sustitutivas (como por ejemplo el porte de armas o municiones contenidos en el artículo 9 de la Ley N°17.898).

v. Fundamentos del Tribunal Constitucional.

I.- El Tribunal, comienza por precisar que existen dos formas de aproximarse al principio de proporcionalidad. Una primera expresión de dicho principio es aquella que considera que la proporcionalidad es una herramienta metodológica para determinar hasta qué punto es tolerable la afectación de un derecho fundamental en razón de proteger otro. Bajo esta primera dimensión encontramos los criterios de idoneidad y necesidad analizados en detalle en el capítulo segundo, así como también al tratar la primera línea argumentativa de la jurisprudencia constitucional en la materia.

Una segunda mirada del principio de proporcionalidad es aquella que hace referencia a este como “prohibición de desproporción manifiesta en la determinación de las sanciones” (STC 2995-17, considerando segundo). Importante es resaltar que para el Tribunal esta determinación debe hacerse en consideración a la gravedad del delito. En ese sentido, es la gravedad del delito en cuestión la que servirá de parámetro al momento de juzgar si la sanción carece o no de proporción.

II.- A continuación, el tribunal hace presente que la determinación de las penas comprende tres fases principales:

a) La determinación de la pena, consistente en la atribución a un delito de una pena de determinado “quantum” (lo que se conoce como pena abstracta),

b) La determinación judicial de la pena privativa de libertad al caso concreto (conocido como pena concreta),

c) La determinación de la pena sustitutiva que ha de corresponderle (si procede). (STC 2995-17, considerando séptimo).

En la primera fase, el legislador interviene de manera más intensa que en las demás, puesto que es a él quien le corresponde establecer el *quantum* de la pena. En el caso concreto, el *quantum* asociado al delito cometido es una pena privativa de libertad. Es en la última etapa de este proceso, la determinación de la pena sustitutiva, que podemos enmarcar al artículo 1º, inciso 2º de la Ley N°18.216.

III.- En su considerando octavo, la sentencia explica que, debido a lo ya dicho respecto al principio de proporcionalidad, y de cuál es el criterio y parámetro más ajustado que sirve para determinar la proporcionalidad (o falta) de una determinada sanción, resulta oportuno reforzar la circunstancia de que la referida desproporción se apreciará en la relación que exista entre la pena (o respuesta punitiva) y la gravedad del delito en específico. En este sentido insiste el Tribunal en que, para determinar correctamente si en el caso concreto la ley que viene a establecer la procedencia, o bien, la improcedencia de una determinada pena sustitutiva cumple o no con la exigencia constitucional de proporcionalidad, “es menester identificar el parámetro específico que refleja el estándar consistente en la gravedad del delito” (STC 2995-17, considerando octavo).

En efecto, el tribunal señala que el mejor reflejo para determinar la gravedad de un determinado delito es el *quantum* de la pena. Según este criterio, el referido *quantum* es

el parámetro más representativo para dilucidar la gravedad de un delito por la circunstancia de ser la medida más objetiva y directa para juzgar el disvalor social de una conducta. Es justamente en ese sentido en que debemos abordar el problema acerca de la proporcionalidad o desproporcionalidad de la norma en cuestión.

El artículo 1, inciso 2° de la Ley N°18.216, que excluye y deja fuera determinados delitos de la posibilidad de acceder a penas sustitutivas, debe necesariamente tener que contrastarse con el número de años de privación de libertad con que está penado el delito (atribución legal abstracta de la pena a un delito). Solo a partir de este análisis es posible juzgar con propiedad si la referida norma cumple con el estándar de proporcionalidad.

A modo de ejemplo, el tribunal refiere que, si el delito por el cual se enjuicia al requirente tuviese un *quantum* sustancialmente menor al *quantum* de los otros delitos también excluidos del acceso a penas sustitutivas, es posible entonces determinar que la reacción punitiva de la Ley N°18.216 para el caso concreto será manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad del delito. Bajo esa hipótesis, dicha norma vulneraría la prohibición constitucional de que la pena sea excesivamente desproporcionada.

V.- El fallo argumenta en su considerando décimo que, si bien la exclusión de ciertos delitos contemplados en la Ley sobre Control de Armas (como por ejemplo, el de su artículo 9°) ha pretendido aumentar la respuesta punitiva del Estado ante la gravedad y potencial peligro que implica el uso de armas de fuego y artefactos explosivos por medio de una vía distinta al aumento de la duración de su sanción privativa de libertad (la exclusión de acceso a penas privativas), no deja de ser relevante destacar que cualquiera que sea el medio empleado por el legislador para incrementar la punición de una conducta delictiva, este no puede prescindir de la gravedad del delito (gravedad que como se dijo anteriormente, se expresa a través del *quantum* o duración de la pena en cuestión).

En ese mismo sentido, el criterio del Tribunal es bien claro al disponer que para el caso concreto existe una desproporción manifiesta en la respuesta punitiva del Estado

resultante de la comparación entre el delito atribuido al requirente (porte de municiones) y el resto de los delitos excluidos del beneficio de acceso a penas sustitutivas.

VI.- Para efectos de sustentar la aseveración de que es el *quantum* de la pena el parámetro fundamental y más objetivo para determinar la proporcionalidad de una sanción, el Tribunal se basa en la Constitución Política de la República. Así las cosas, señala que nuestra Constitución reconoce dicho criterio al establecer una serie de ejemplos que resultan indicativos de esto. En ese sentido, podemos encontrar disposiciones que establecen efectos negativos mayores cuando la pena considerada en abstracto sobrepasa el umbral que separa una pena aflictiva (condenas privativas de libertad desde tres años y un día en adelante) de una que no lo es, como es el caso de la suspensión del derecho a sufragio y la pérdida de ciudadanía. De estas disposiciones se desprende que es el *quantum* de la pena el criterio seguido para clasificar a una sanción en carácter de aflictiva y se confirma además como criterio para medir la gravedad de un delito.

De acuerdo con el artículo 13 de nuestra Constitución Política, “Son ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva”. Por su parte la misma Constitución dispone que el derecho a sufragio se suspende al “hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva” (artículo 16 N°2 CPR).

Dicha calidad también se pierde por “condena a pena aflictiva” (artículo 17 N°2 CPR) y por “condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva” (artículo 17 N°3 CPR). Por su parte, se refuerza el criterio anterior al impactar los requisitos de elegibilidad y causales de suspensión o cesación en cargos de elección popular (artículo 60, inciso 8° CPR).

VII.- Observamos que el fallo refuerza la idea de que es el *quantum* de la pena el criterio correcto para determinar la gravedad de un delito al citar ciertos preceptos de nuestro

Código Penal, que dispone expresamente en su artículo 3° que “los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas”, lo cual, según reconoce el Tribunal, se traduce en un “*quantum* o tiempo de duración de la pena en abstracto” (STC 2995-17, considerando décimo cuarto).

VIII.- El tribunal completa esta línea argumentativa al citar lo dispuesto en la propia Ley 18.218 (que establece penas sustitutivas). En efecto, la referida ley, emplea el criterio de *quantum* para determinar la procedencia de las distintas alternativas de penas sustitutivas. Prueba de esto último es cómo los diferentes tipos de penas sustitutivas están graduadas en consideración al *quantum* de estas.

Así, para las penas de duración igual o inferior a trescientos días, corresponde la posibilidad de aplicar la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (art. 11° A, Ley N°18.216). Aquellas penas que no excedieran de los tres años pueden sustituirse por la remisión condicional (art. 4° A, Ley N°18.216) y reclusión parcial (art. 8° A, Ley N°18.216). Si la pena fuese superior a dos años y no excediere de los tres, estará disponible la pena sustitutiva de libertad vigilada (art. 15° A, Ley N° 18.216). Por último, para aquellas penas superiores a tres años pero que no excedieran los cinco, corresponderá la libertad vigilada intensiva (art. 15 bis A, Ley N°18.216).

IX.- Finalmente el tribunal concluye en su considerando décimo noveno que la norma del artículo 1°, inciso segundo de la Ley N°18.216, en su aplicación al caso concreto, infringe la Constitución. Para llegar a esta conclusión el Tribunal se basa en un examen cuantitativo que permite constatar un tratamiento legal “manifiestamente desproporcionado” (STC 2995-17, considerando décimo noveno). En este sentido, el Tribunal considera que el artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas no debiera estar excluido de la aplicación de penas sustitutivas de la Ley N°18.216 debido a que se evidencia una desproporción sustancial entre el delito de porte ilegal de municiones y otros delitos que sí permiten su aplicación. A juicio del Tribunal, la referida exclusión del artículo 9° del catálogo de delitos que permiten acceder a penas sustitutivas, es una expresión de manifiesta y

excesiva desproporción por cuanto evidencia un mecanismo dispuesto por el legislador en orden a reforzar el endurecimiento de la respuesta punitiva del Estado respecto al delito de porte ilegal de municiones.

Finaliza el fallo destacando que la exigencia de proporcionalidad (y de los criterios de racionalidad y justicia) tiene su expresión a nivel constitucional por medio de la consagración de los derechos de racionalidad y justicia que deben formar los procedimientos (art. 19 N°3 CPR) y en la prohibición de discriminación arbitraria (art. 19 N°2 CPR). En consecuencia, estima el tribunal que la aplicación del precepto impugnado en la acción de inaplicabilidad que fundamenta la sentencia, infringe los artículos 19 número 3, inciso sexto y 19 número 2, inciso segundo de la Constitución Política de la República.

Cabe hacer presente que el Tribunal Constitucional ha acogido numerosos requerimientos deducidos en contra del mismo precepto legal por las razones anteriormente esgrimidas (STC 3053-16; STC 3127-16; STC 3149-16; STC 3172-16; STC 3173-16; STC 3174-16; STC 3177-16; STC 3185-16; STC 3198-16).

vi. Argumentos para rechazar la acción (votos disidentes).

En lo que respecta a las disidencias presentes en las sentencias analizadas, hemos podido observar una tendencia hacia la estandarización de los argumentos contenidos en las mismas. De esta forma, no solo hemos podido identificar la reproducción de estos argumentos en STC 3062-16 y STC 2995-2017, sino que también en una numerosa cantidad de fallos (STC 3225-16; STC 3627-17; STC 3798-17; STC 3997-17; STC 4652-18; STC 5354-18; STC 5586-18; STC 7808-19; STC 7934-19). A continuación, se hará una breve síntesis del voto disidente general y particular:

Disidencia general.

La tarea de fijar la política criminal corresponde al legislador, dentro de los límites constitucionales. Esto no debe entenderse tan sólo en sentido formal sino también de

manera sustantiva, ya que permite liberarse de la discrecionalidad administrativa a la hora de configurar un injusto punible en la sociedad. Así, dentro de estos límites, el legislador puede establecer penas o modalidades de cumplimiento siempre que sean idóneas para la protección de bienes jurídicos relevantes, y no solo para meramente castigar la desobediencia al ordenamiento jurídico, esto debido al principio de lesividad. Así como la Constitución, las normas de derecho internacional se configuran igualmente como límite a la legislación y al poder coercitivo de un Estado soberano. Es ampliamente reconocido por el ordenamiento convencional que la privación de libertad es una de las medidas punitivas más gravosas y que debe utilizarse como última ratio. En esta línea surgen las Normas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad, o reglas de Tokio (adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990), según las cuales estas deben regirse por los principios de mínima intervención, legalidad y su establecimiento debe hacerse en consideración tanto a los caracteres del delito como a elementos subjetivos del actor.

Dicho lo anterior, de ningún cuerpo normativo internacional se desprende un derecho subjetivo a penas sustitutivas ni se configura una imposición a los Estados a decretarlas en algún caso particular, sólo se desprende que hay un mandato constitucional a no aplicar privación de libertad en casos de delitos menos graves. No existe un derecho constitucional de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva, ni un derecho subjetivo que emana de la Constitución, ya que esta no reconoce siquiera finalidades para las penas privativas de libertad. El derecho internacional aporta en este ámbito, supliendo las carencias de nuestro ordenamiento interno, pero sus preceptos sólo constituyen mandatos que buscan orientar la política penal y penitenciaria de los Estados.

Finalmente, el Ministerio Público pone en cuestionamiento el test de igualdad señalado por el requirente, sosteniendo que es este último quien debe demostrar la discriminación y el baremo con el que se compara. Así, esta comparación debe hacerse con todos los delitos que protegen bienes jurídicos similares dentro del Código Penal y otras leyes, y no

solo con un abanico reducido, para dotarla de consistencia y legitimidad. Para terminar con un argumento de apariencia irrefutable, señala que es la Constitución la que prohíbe expresamente el uso de armas, por lo que los delitos en relación con el uso de estas no estaría en la misma situación que otros que protegen bienes jurídicos.

Disidencia particular.

Tanto en la STC 3062-2016 como en la sentencia STC 2995-2017 (primera y segunda línea argumentativa) el voto particular de la disidencia, firmado por el ministro Domingo Hernández, se ha fundado en que si bien se reconoce una suerte de paradoja en la circunstancia de que la aplicación y ejecución de penas efectivas (en particular cuando se trata de penas cortas) tenga un efecto contrario a los fines preventivo-especiales o resocializadores de la pena, no existen para el caso concreto argumentos suficientes para determinar que esta paradoja se verifique.

En ese sentido, se describe la posibilidad de que la pena efectivamente ejecutada cumpla con los fines preventivo-especiales, situación que dependerá de las condiciones del régimen penitenciario y de segregación interna. Sin embargo, se establece que las sociedades tienen derecho a ejercer el *ius puniendi* (mediante sus canales institucionales) de forma que se priorice el establecimiento de penas con fines retributivos en orden a reafirmar los valores fundamentales que se consideran transgredidos. Es en este sentido que la reacción penal institucionalizada puede y debe priorizar el establecimiento de penas con finalidad retributiva en tanto se transgredan los valores considerados más importantes para la convivencia civilizada, de manera de reforzar la intolerabilidad ante conductas consideradas de la máxima seriedad.

La técnica legislativa consistente en tipificar delitos de peligro abstracto se justifica en función de asegurar la protección del bien jurídico involucrado mediante la prevención de su afectación concreta permitiendo anticipar la punibilidad de conductas de riesgo indiscriminado. Entendiendo la dificultad que reporta la toma de decisiones de carácter

político-criminal debido a la variedad de criterios que se deben tener en consideración al momento de su diseño e implementación, se pone especial relieve en la necesidad de que exista certeza de que las medidas penales operen realmente. Este es un requisito mínimo para la eficacia de la política criminal.

Es así como en el caso concreto, al tratarse en la especie la infracción a la Ley sobre Control de Armas (posesión de armamento) de un delito de peligro abstracto que encarna en un umbral de valores más bajo, se justifica la decisión legislativa de ejecución efectiva de la pena asociada. El derecho a portar armas no sería un derecho subjetivo público de todo individuo ante el Estado, pudiendo sólo ejercerse dentro de los límites previstos por el legislador en función de proteger los valores fundamentales de nuestra sociedad. En el caso de que estos bienes jurídicos resulten transgredidos, ya sea por lesión o por peligro, se estima proporcionada la decisión legislativa de hacer ejecutable la totalidad de la pena impuesta en concreto.

c. Criterios y argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional respecto a la restricción del artículo 196 ter de la Ley N°18.290. Análisis de STC 4653-2018.

Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido una línea argumental consistente y unificada en todos los requerimientos interpuestos en contra de este precepto particular. A modo referencial, se utilizará la STC 4653-18 para exponer los criterios establecidos y el razonamiento seguido. Estos son reproducidos de manera prácticamente idéntica en las demás sentencias de requerimientos contra el artículo 196 ter de la Ley N°18.290, por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas o muerte, las cuales serán mencionadas al final de la exposición de los criterios del tribunal.

i. Antecedentes del caso.

La sentencia analizada tiene como antecedente un requerimiento de inaplicabilidad presentado por la defensa pública del imputado don Nolberto Lillo Mellado en el contexto de un procedimiento penal seguido en su contra ante el Juzgado de Garantía de Angol. Tras casi ocho meses de investigación, el Ministerio Público presenta acusación, solicitando la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, por el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas del artículo 196 de la Ley N°18.290.

Con fecha 4 de mayo de 2018, y teniendo en consideración la resolución del Tribunal Constitucional que acoge a tramitación el recurso, el Juzgado de Garantía de Angol suspende el procedimiento hasta la sentencia definitiva en sede de inaplicabilidad.

ii. Sujetos de la acción

El sujeto activo en esta causa seguida ante el Tribunal Constitucionales es don Nolberto Lillo Mellado, y el sujeto pasivo es el Juzgado de Garantía de Angol.

iii. Normas impugnadas

Artículo 196 ter de Ley N°18.290, introducido por la Ley N°20.770, conocida como Ley Emilia, en relación con la Ley N°18.216.

iv. Fundamentos del Tribunal Constitucional.

I) El Tribunal sienta las bases de su criterio, estableciendo las definiciones de los principios que definirán el conflicto, en base a la opinión de la doctrina especializada.

En relación con el principio de igualdad y no discriminación, señala que “consiste en que las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentra en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que están en situaciones diferentes” (STC 4653-18, considerando tercero).

La igualdad supone la distinción razonable entre quienes no están en la misma situación, por lo que la razonabilidad sería el estándar para medir una infracción a la igualdad. La exigencia de justicia y racionalidad de un procedimiento se expresa en la necesidad de un proceso lógico y carente de arbitrariedad que garantice los derechos fundamentales. En este sentido, diversas sentencias del Tribunal Constitucional han recogido las garantías que se deben contemplar para darse por satisfecho el estándar del debido proceso contenido en el artículo 19 N°3 de la CPR, incluyendo exigencias de publicidad, derecho a la acción, emplazamiento, juez imparcial entre otros (STC 2041-11; STC 1448-09).

Respecto al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso siguen el concepto acuñado por Javier Barnes (1994) ya desarrollado en este artículo.

La sentencia en comento señala en su considerando sexto que, si bien no se recoge explícitamente este principio en la Constitución, debe entenderse integrado como elemento del Estado de Derecho, y que está en la base de importantes principios constitucionales. Una política penal basada en la intimidación entra en conflicto con este principio, además de carecer de base empírica que la respalde.

Desprendemos que el órgano jurisdiccional está adhiriendo a una función preventiva especial de la pena, negando la intimidación como legítimo justificante de la aplicación de una sanción. En el mismo sentido, señala en otra sentencia (STC 5104-18) que la justicia penal tiene la función de sancionar, pero la ejecución tiene la función de tratar. Así, no es posible alterar la aplicación de una pena sustitutiva concedida de forma legítima, con sujeción a los requisitos establecidos en la Ley N°18.216, sin afectar los derechos del condenado ni vulnerar la norma constitucional.

En la misma línea, expone que los ordenamientos jurídicos conciben la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación de la pena y la forma en que ésta ha de ser cumplida para cada sujeto, sin que ello se funde en la gravedad de la conducta sino en

características particulares de este y su evolución durante el tratamiento penitenciario (STC 4653-18).

Respecto a la vulneración de la igualdad por infracción a la proporcionalidad, se señala por el Tribunal Constitucional que “el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces” (STC 787-07). El legislador tiene amplia independencia y libertad para determinar y aumentar las penas en relación con un interés social protegido. Lo que le concierne al Tribunal Constitucional es cerciorarse que las penas establecidas obedezcan a los fines constitucionalmente legítimos y que no se vulneren los límites que la misma carta establece.

II) El fallo establece en sus considerando noveno y décimo sexto que, no obstante que la configuración de elementos del tipo penal y de determinación de la pena en relación a la normativa de circulación vial se encuentran dentro de las potestades y del rol que corresponde a un legislador democrático, lo dispuesto en el artículo 196 ter de la Ley N°18.290, en cuanto modifica el sistema de sustitución de penas, congelando por un año su aplicación, resulta reprochable a su criterio (STC 4610-17; STC 5104-18).

III) El fallo señala que estudios empíricos han demostrado que el incremento en la severidad de las penas no parece relacionarse con el comportamiento de los sujetos a la hora de enfrentarse a los preceptos formales (Miró y Bautista, 2013, p. 47). Ya sea por el desconocimiento generalizado de las normas o por otros factores, la premisa que agravar las penas incidirá en el comportamiento puede considerarse refutada, mientras que otros factores como el comportamiento percibido por la sociedad y elementos valóricos de legitimidad y moral parecen relacionarse en mayor medida con el cumplimiento normativo. Habría que cuestionarse si puede utilizarse la legislación penal para construir la moral social, o si existen otros medios más eficaces y desde luego menos intrusivos en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Respecto a esto, es necesario concluir que, si se justifica la política desde una perspectiva de prevención general negativa, no se logran los fines de una influencia disuasoria clara, ni siquiera de una disuasión en lo absoluto.

IV) Con la promulgación el año 2014 de la Ley 20.770 que modifica la Ley de Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad (también conocida como “Ley Emilia), el legislador sustituyó la ponderación destinada a los jueces sobre aplicar o no una pena sustitutiva, pasando de un régimen judicial basado en la adjudicación individual conforme al mérito del proceso, a un régimen de denegación genérica, aunque transitoria, con prescindencia de los antecedentes que a su favor pudiere presentar el condenado. En su considerando décimo noveno, el fallo aclara que no se hacen reparos respecto al cuerpo completo de la Ley 20.770, sino sólo respecto al nuevo artículo 196 ter, porque ni de su texto ni de sus antecedentes aparecen razones jurídicas suficientes para introducir esta excepción. Para reforzar sus argumentos, aporta como antecedente que la Corte Suprema se pronunció respecto a un precepto similar relativo a algunos delitos contra la propiedad. Informando el proyecto de ley iniciado por el Ejecutivo mediante mensaje N°1167-362 del 23 de enero de 2015, la Corte Suprema (2015) señaló que esta exigencia de estar privado de libertad un año “implica un trato diferente y discriminatorio -más riguroso- para los responsables de que se trata, en comparación con otros condenados que no necesitan cumplir con ella. En definitiva, habría una infracción a la garantía de igualdad ante la ley” (p. 19).

V) Otro problema que detecta en el génesis de la norma impugnada, es que la exigencia impuesta por esta se hace al margen de la codificación requerida por el artículo 63 N°3 de la carta fundamental. Según el considerando vigésimo primero de la sentencia en comento, esta no responde a un carácter meramente formalista sino al “razonable propósito de imbuirle de un acotado potencial de cambio”.

VI) El tribunal recuerda y remarca en sus considerandos vigésimo segundo, vigésimo tercero y vigésimo cuarto el carácter de penas de los mecanismos incorporados a la

legislación por la Ley N°18.216, señalando que una perspectiva compatible con el derecho internacional no permite considerarlas como un beneficio, y que en un Estado democrático el *ius puniendi* debe utilizarse como *última ratio*. Todo lo anterior limita al legislador en el uso de la privación de libertad.

VII) En el campo de la teoría de los fines de la pena, y a razón de lo señalado, en su considerando vigésimo quinto, concluye que la disposición resulta desproporcionada e inequitativa incluso respecto de condenados por delitos de mayor gravedad. La naturaleza retributiva de la pena hace que esta se pueda conmensurar, en cada caso, a la gravedad del delito, lo que en los casos de impugnación de la norma en análisis se ve gravemente restringido al determinar la suspensión general de la pena sustitutiva, por lo que incluso desde esta perspectiva absoluta (pena desvinculada de su efecto social) se caería en una desproporción sustancial. Desde una visión de prevención general, no se están cumpliendo los fines que se corresponden con la naturaleza de la pena, al no disminuir el delito específico y, desde una perspectiva preventiva especial, esta norma tampoco sería idónea para cumplir con los fines de resocialización.

VIII) Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve que en el caso en cuestión resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley N°18.290, por cuanto no resulta pertinente que la norma de sanción (pena sustitutiva) sea modificada por otra de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo). En concreto, nuestro Tribunal Constitucional señala que la norma del artículo 196 ter de la Ley N°18.290 resulta inconstitucional en el caso concreto, al establecer “una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión que se realiza al bien o bienes jurídicos protegidos” (STC 4653-18, considerando trigésimo). Para terminar su razonamiento, hilando los principios constitucionales que se entrecruzan, el Tribunal agrega:

Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo

gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleva penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad), plasmado en el artículo 19 N°3 inciso final de la Constitución. (STC 4653-18, considerando trigésimo).

El Tribunal Constitucional ha acogido numerosos requerimientos deducidos en contra del mismo precepto legal por las razones anteriormente esgrimidas (STC 2983-16; STC 3612-17; STC 3708-17; STC 4119-17; STC 4610-18; STC 4384-18; STC 7390-19; STC 7927-19; STC 7267-19; STC 7449-19).

v. Argumentos para rechazar la acción (votos disidentes).

Los magistrados disidentes del fallo aducen que las penas sustitutivas no operan automáticamente por el solo ministerio de la ley, en tanto se deben cumplir requisitos objetivos, y se establecen como una facultad del juez. Remarcan su naturaleza de beneficios, en tanto la misma ley dispone la posibilidad de modificación o revocación. Para el caso particular, destacan la naturaleza suspensiva de la norma: el artículo impugnado no impide la aplicación de la pena sustitutiva ya que el legislador no eliminó la facultad judicial de imponerlas, ni restringe la oportunidad de aplicarla, ni modifica la normativa de la Ley N°18.216 relativa a interrumpirlas o darlas por cumplidas.

Los criterios interpretativos para arribar a tales conclusiones son, en primero lugar, que corresponde al legislador fijar la política criminal dentro de los límites constitucionales; segundo, que la propia Constitución predetermina el ámbito del legislador penal; tercero, que los delitos se castigan con penas, y dentro de estas la privación de libertad; cuarto, que del derecho internacional se deduce la finalidad de las penas, pero no un derecho subjetivo a una pena sustitutiva, el que tampoco surge de la Constitución; quinto, que no se puede cuestionar la aplicación efectiva de una pena sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal. Es facultad del legislador reevaluar el cumplimiento efectivo de una pena, y suspender la aplicación de las penas sustitutivas satisface la legalidad puesto

que, aunque limita la discrecionalidad del juez, obliga a aplicar la pena determinada en la ley. Finalmente, sexto, que la regulación de penas sustitutivas está en la ley y no en la Constitución, la que no prohíbe la privación de libertad.

Señalan que el legislador debe tener políticas preventivas de efecto disuasivo tangible ante los accidentes de tránsito con resultado de muerte. Por tanto, es razonable que el legislador busque los medios de que las penas sean de cumplimiento efectivo. La efectividad de las penas debe ser un fin real y no meramente nominal.

No habría una desproporcionalidad en la suspensión de la pena alternativa ya que se corresponde con fines constitucionalmente legítimos (dar protección a la población y propender al bien común) y se verifica como una medida idónea, necesaria y equilibrada.

La idoneidad se verifica en dos dimensiones. Materialmente, porque la detención del victimario impide una nueva conducta peligrosa, y simbólicamente, porque establece “el nuevo estadio que el ordenamiento quiere satisfacer” (STC 4653-18, p. 18). Además, se trata de dar una protección especial a los bienes jurídicos de derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del artículo 19 N°1 de la Constitución.

Los disidentes concuerdan en que los parámetros a considerar para analizar la proporcionalidad de la medida son la gravedad del delito, expresado en el *quantum* de la pena, y la extensión del menoscabo o afectación que constituye la pena establecida. Desde el punto de vista del *quantum* de la pena, la clasificación no seguiría una línea de proporcionalidad, sin embargo, como no se excluye por completo el goce del derecho, sino solo se suspende, no constituye una situación de menoscabo o agravio manifiestamente excesivo o desproporcionado.

Introduciendo su conclusión argumental, declaran que en el ámbito constitucional el principio de proporcionalidad tiene una doble dimensión. Primero como herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional. Segundo como prohibición de desproporción manifiesta en la

determinación de sanciones en consideración a la gravedad del delito. En esta segunda dimensión cumple un rol limitador, y la gravedad de la conducta pasa a ser un criterio de tolerabilidad en base al cual contrastar las medidas legislativas que inciden en la determinación de la pena.

Si se acepta que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto respecto de la dimensión de la pena como al tipo de criterio en base al cual se debe reflejar la gravedad del delito, existiría una reducción conceptual de la determinación de la pena en el análisis de los requirentes, y en el razonamiento de sus colegas que acogen la acción. La determinación de la pena es un proceso continuo que consta de tres fases: determinación legal, determinación judicial, y finalmente determinación de la procedencia de alguna pena sustitutiva.

No se discute que la ley puede excluir total o parcialmente de las penas sustitutivas atendida la gravedad del delito, pero en el caso de autos, el delito imputado al requirente tiene una pena mucho más baja que los delitos excluidos del beneficio, por lo tanto, es de menor gravedad. Vista entonces la comparación de las penas asignadas al delito en cuestión con aquellas correspondientes a los demás delitos excluidos de los mecanismos de la Ley N°18.216, concluyen que si la exclusión fuera total habría una desproporción manifiesta o excesiva, pero al ser parcial no resulta contraria a la carta fundamental, pues debe asumirse como inevitable una desproporción que no resulte excesiva (STC 8085-19; STC 7820-19; STC 1869-19; STC 7693-19; STC 7869-19).

CONCLUSIÓN

La interposición de los requerimientos y su conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, una vez declarados admisibles, genera una suspensión de los procesos en sede penal, ya que no se puede realizar la determinación judicial de la pena en la incertidumbre sobre la posibilidad de decretar o no una pena sustitutiva. Estas causas tienen una tramitación especial, por ser de carácter masivo, lo que reduce su tiempo de tramitación respecto a otros asuntos que se ventilan ante el órgano constitucional. En la práctica, esta tramitación especial se traduce en el fenómeno de estandarización de las sentencias analizado en el capítulo tercero (tanto en sus argumentos por acoger como por rechazar) y, en promedio, demora 301 días desde que ingresan hasta que se dicta sentencia definitiva, lo que evidencia que se está produciendo una importante dilación en la tramitación de una significativa cantidad de procedimientos penales (Presidencia del Tribunal Constitucional, 2020). Lo anterior conlleva consecuencias que entran en conflicto con el principio de economía procesal, mientras se gastan recursos en el Tribunal Constitucional, además de la saturación producida por causas que terminan resolviéndose de manera estandarizada. Al respecto, cabe agregar que en la actualidad el Tribunal se ha visto envuelto en una polémica interna en la que la actual presidenta, María Luisa Brahm, acusó que se ha llevado una gestión negligente que raya en la corrupción, al dilatarse causas relacionadas a delitos de lesa humanidad. En entrevista con un importante medio de prensa escrita, señaló:

...parece que el TC de un tribunal boutique que veía 150 causas en un año, se transformó en un tribunal masivo y no supo adaptarse. ¿Qué produjo eso? Un gran atochamiento de causas, mucha demora no solamente en la tramitación, en la dictación de sentencias, suspensión de causas base y eso generó todo tipo de dificultades... (Brahm, 2020).

En el ámbito de otro importante principio ordenador de nuestro sistema, la situación presentada pone en jaque la seguridad jurídica. Gran parte de la ciudadanía y del mundo jurídico se cuestiona por qué existen normas de carácter legal que no se aplican según un tenor literal que parece claro, en especial cuando son leyes de gran impacto mediático como es el caso de la Ley Emilia. El sentido común del ciudadano lego experimenta una desconfianza frente al ordenamiento jurídico ante situaciones como esta, ya que fenómenos altamente técnicos y específicos como los comentados son muy difíciles de clarificar para la gente que no tiene roce alguno con el mundo jurídico. Así, el derecho parece estar nuevamente un paso atrás de la realidad, al verificarse este desajuste entre la norma y su aplicación práctica.

Sobre la eficacia e idoneidad de la restricción de las penas alternativas, tan relevante a criterio del Tribunal Constitucional para evaluar la legitimidad de las medidas restrictivas analizadas, es de nuestro parecer que la única forma posible de justificar tal restricción sería demostrando que la privación de libertad tiene un efecto claro en disminuir la reincidencia de la población. Gendarmería de Chile (2018) realizó un seguimiento de dos años de la población penitenciaria egresada en 2011, tanto del subsistema cerrado como del subsistema abierto (este último considerando a quienes fueron condenados con remisión condicional, reclusión parcial y libertad vigilada). Las cifras arrojan una reincidencia de 39,1% respecto de quienes cumplieron en sistema cerrado, mientras que los números de quienes accedieron a alguna de las mencionadas penas sustitutivas son del 33,9%, a saber, hubo menor reincidencia delictual entre aquellos que cumplieron sus condenas en el subsistema abierto.

A mayor abundamiento, la Fundación Paz Ciudadana, en colaboración con la Universidad Adolfo Ibáñez (2012), realizaron estudios sobre reincidencia general y nuevo contacto de la población penitenciaria con datos obtenidos de Gendarmería de Chile. La reincidencia general se refiere, para efectos del estudio en comento, al reingreso a la cárcel o a una de las penas sustitutivas en calidad procesal de condenado. Por otra parte, el nuevo contacto hace referencia a los sujetos que se vieron envueltos nuevamente en un proceso penal por

efecto de alguna formalización o requerimiento en procedimiento simplificado. En este estudio, el periodo de observación fue de 3 años respecto de la población egresada en 2007, y las cifras de reincidencia general arrojadas respecto del subsistema cerrado son de un 50,5%, mientras que un 71,2% tuvo un nuevo contacto. En relación con el subsistema abierto, las cifras generales son de un 27,7%, y el porcentaje de nuevo contacto fue de un 40,6%. Nuevamente, parecen presentarse como más eficaces las condenas en subsistemas abiertos para la reinserción de la población penitenciaria.

Todo lo anterior debe considerar, además, las condiciones materiales en que se encuentran hoy nuestros centros de detención penitenciarios. Es deber del Estado garantizar que la privación de libertad no implique una restricción o limitación grave de otros derechos otorgados por la Constitución, las leyes nacionales y las convenciones internacionales, acorde a los estándares señalados por la comunidad global y los mismos principios que dan forma a nuestro ordenamiento. La integridad personal y las posibilidades de resocialización suelen verse gravemente afectadas por las condiciones de salubridad o hacinamiento que se dan dentro de nuestros recintos de detención. Al año 2012 nuestro sistema penitenciario nacional presentaba un preocupante 36,4% de sobrepoblación. Sin embargo, esto se ha visto revertido en los últimos años. Los datos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017) indican sólo un 7% de sobrepoblación para el año 2017. Si bien la disminución es considerable, las cifras aumentan en 15 unidades penales específicas, alcanzando tasas superiores a un 150% e incluso a un 200% en centros como los de Tal Tal, Limache, Quillota, Talagante o el Centro Penitenciario Femenino de Talca. El problema del hacinamiento no solo se relaciona con las posibilidades de abastecimiento alimentario y de asistencia espiritual a la que deben tener pleno acceso los reclusos o a temas de higiene, sino también a la realidad que en la medida que se necesita albergar a una mayor cantidad de población que la pensada por diseño, la infraestructura o espacios que debieran estar destinadas a actividades que promuevan el desarrollo integral de los presos y favorecer su resocialización terminan utilizándose para el alojamiento de estos.

Si bien temas como el hacinamiento o las condiciones de los recintos penales no son parte de nuestro trabajo en específico, es importante mencionar estos datos para demostrar y reafirmar la necesidad de un modelo de justicia e implementación de una política criminal que tienda a la utilización de la privación de libertad como *ultima ratio*, consciente de que las condiciones concretas para la ejecución penal no aguantarán un aumento significativo de la población penitenciaria considerando que en la actualidad ya presentan dificultades para cumplir con los estándares internacionales. El conflicto jurídico analizado presenta una pugna entre normas penales que se establecen en la dirección contraria, promoviendo la utilización de la privación de libertad efectiva, con la constitución, cual es el tema de fondo, pero además genera un agravamiento de estas condiciones materiales, lo que es contraproducente a los fines de reinserción que inspiran la Ley N° 18.216, sobre penas sustitutivas. Sostenemos que estos fines no se cumplen con las normas implementadas en los artículos 196 ter de la Ley N° 18.290, ni en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N° 18.216 (en particular en relación con el artículo 9 de la Ley sobre Control de Armas) en un sentido preventivo especial, que apuntaría al individuo autor del delito, ya que para esto bastaría la efectiva prohibición del uso de armas (para lo que se requiere un esfuerzo y modernización de las instituciones encargadas de la fiscalización y acceso a estas, en definitiva un avance estructural más que en la línea de la amenaza penal) o la cancelación de la licencia de conducir. Tampoco hay resultados satisfactorios desde una perspectiva preventiva general pues, por ejemplo, al año siguiente de la promulgación de la Ley Emilia los casos de accidentes automovilísticos por ebriedad aumentaron, y en los últimos años se han seguido ingresando muchos requerimientos en contra de la prohibición de penas sustitutivas por el delito del artículo 9 de la Ley sobre Control de Armas, lo que habla de una continuidad en la comisión del ilícito. Finalmente, no se justificarían siquiera desde una visión retributiva de la finalidad de la pena, pues se cae en una desproporción manifiesta en atención a la gravedad de los delitos (como se desarrolló latamente) que no es legítima bajo una lógica del Talió.

Por todos los inconvenientes señalados, tanto en materia de economía procesal y operatividad del Tribunal Constitucional, seguridad jurídica y coherencia interna, ejecución de la pena y derechos fundamentales, creemos necesario reevaluar las restricciones del artículo 196 ter y la inclusión específica del artículo 9 de la Ley N° 17.798 en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley N° 18.216. La primera opción para llevar esto a cabo es a través de la declaración de inconstitucionalidad señalada en el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República, pero su exigencia de un quorum de cuatro quintos y la forma de composición del Tribunal Constitucional hace difícil que se logre por este mecanismo pues, como se mostró, los requerimientos son acogidos a pesar de los votos disidentes, con un quorum de mayoría simple.

La opción más viable sería con una reforma de carácter legal justificada por un plan comunicacional bien diseñado que dé cuenta de estos problemas de manera comprensible para la mayoría de las personas, con lo que se podría quitar el artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas de la restricción de la Ley N° 18.216, y derogar total o parcialmente el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, logrando rápidamente una descongestión en el Tribunal Constitucional y un avance más rápido en muchas causas penales, además de darse una señal de repliegue respecto de políticas de populismo penal que han proliferado en los últimos años y que han demostrado tener poca eficacia en su propósito de inhibir conductas delictuales, tales como la Ley Emilia y demás restricciones al cumplimiento en libertad, los marcos rígidos impuestos en materia de delitos de propiedad, el aumento de facultades a las policías e incluso, en los últimos años, propuestas relacionadas con bajar la edad de imputación penal. Cerramos con las certeras palabras de los profesores John Pratt y Michelle Miao (2017):

...pareciera que el populismo penal socavara el núcleo mismo sobre el cual se había construido el castigo moderno: la forma en que, desde la época de la Ilustración, se esperaba que la ciencia, la racionalidad y el conocimiento experto superaran al sentido común emotivo y desinformado, garantizando así que la razón superaría la anti-razón en el desarrollo de la política penal.

Sin embargo, ahora el populismo penal le cierra la puerta en la cara a la razón y aumenta las tasas de encarcelamiento cuando se conocen bien los nefastos efectos sociales y económicos de la prisión (p. 36).

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, E. (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Alexy, R. (2008). La fórmula del Peso. En Carbonell, M. (Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, pp. 13-42. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 10(1), pp. 65-116. Talca, Chile.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. Madrid, España: Editorial Nomos.
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública* (135), pp. 495-538. Madrid, España.
- Barranco, M^a del C. (1996). El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1983). *Historia de la Ley 18.216*. Recuperado de <http://s.bcn.cl/273wn>
- Brahm, M. L. (2020, 18 de abril). Entrevista por Ayala, L. María Luisa Brahm, presidenta del TC: “Antes de que yo llegara había causas detenidas en el TC por mucho tiempo, al límite de la corrupción”. La Tercera. Recuperado de <https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/maria-luisa-brahm-presidenta-del-tc-antes-de-que-yo-llegara-habia-causas-detenidas-en-el-tc-por-mucho-tiempo-al-limite-de-la-corrupcion/WCLGYHFHTVF7FF2GSNDT36TBY/>

- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001*. Recuperado de https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm#_ftn1
- Corte Suprema de Chile. (2015). Oficio N° 23-2015, Informe sobre el Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos, Boletín Cámara de Diputados N° 9885-07. Recuperado de <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=19810&prmTIPO=OFICIOPLEY>
- Defensoría Penal Pública. (2016). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 3062-2016, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, el 19 de mayo de 2016*.
- Defensoría Penal Pública (2017). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 1274-2017, ante el 12° Juzgado de Garantía de Santiago, el 13 de junio de 2018*.
- Defensoría Penal Pública (2017). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 1121-2017, ante el Juzgado de Garantía de Bulnes, el 29 de noviembre de 2017*.
- Defensoría Penal Pública (2017). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 496-2017, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, el 16 de febrero de 2018*.
- Defensoría Penal Pública (2017). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 27-2017, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, el 23 de junio de 2017*.

- Defensoría Penal Pública (2017). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 4762-2017, ante el 15° Juzgado de Garantía de Santiago, el 26 de julio de 2017.*
- Defensoría Penal Pública. (2018). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 408-2016, ante el Juzgado de Garantía de Río Negro, el 16 de abril de 2018.*
- Defensoría Penal Pública. (2018). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 1110-2017, ante el Juzgado de Garantía de Angol, el 26 de abril de 2018.*
- Defensoría Penal Pública (2018). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 7657-2015, ante el 11° juzgado de garantía de Santiago, el 25 de abril de 2018.*
- Defensoría Penal Pública (2018). *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto en causa RIT N° 206-2018, ante el 5° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, el 6 de noviembre de 2018.*
- Fernández, M. (1999). *Principio constitucional de igualdad ante la Ley*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (1976). *Vigilar y Castigar*. Ciudad de México, México: Siglo XXI Editores.
- García-Hernández, B. (2017). *La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación*. Madrid, España: Editorial Emérita.
- Gendarmería de Chile. (2018). *Avances en reinserción social/Informe de Gestión 2014/2017*. Santiago, Chile. Recuperado de https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ARS_informe_de_gestion.pdf

Hobbes, T. (1980). *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Política pública de reinserción social*. Chile, Santiago. Recuperado de http://www.reinsercionsocial.gob.cl/media/2017/12/Politica-Publica-Reinsercion-Social-2017_vd.pdf

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.

Miró, F.; Bautista, R. (2013). ¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre disuasión en materia de seguridad vial. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4.13. Barcelona, España. Recuperado de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1001.pdf>

Morales Peillard, A. M., Muñoz Correa, N., Welsch Chahuán, G., Fábrega Lacoa, J. (2012). *Reincidencia en el sistema penitenciario*. Chile, Santiago: Fundación Paz Ciudadana y Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado de <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno/>

Naranjo de la Cruz, R. (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Nogueira Alcalá, H. (2003). Los Derechos esenciales o humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9(1), pp. 403-466 Talca, Chile.

Nogueira Alcalá, H. (2006). El Derecho a igualdad ante la Ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 13(2), pp.

61-100. Coquimbo, Chile. Recuperado de <https://doi.org/10.22199/S07189753.2006.0002.00004>

Nogueira Alcalá, H. (2015). El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, 12(2), pp. 301-350. Chile, Talca.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (1989). *Observación General N° 18: No discriminación*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>

Palombella, G. (2006). La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas. España, Madrid: Editorial Trotta

Politoff, S., Matus, J. P., Ramírez, M. C. (2004). *Lecciones de derecho penal chileno, parte general*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Pratt, J., Miao, M. (2017). Populismo penal: el fin de la razón. *Nova Criminis*, 9(13), pp. 33-70. Recuperado de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12378.pdf>

Presidencia del Tribunal Constitucional de Chile. (2020). *Cuenta Pública de 2019 de la Presidenta del Tribunal Constitucional*. Santiago, Chile. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/estudios/memorias-y-cuentas>

Rabossi, E. (1990). Derechos Humanos: El principio de Igualdad y la Discriminación. *Revista de Estudios Institucionales*, 7, pp. 175-192. Buenos Aires, Argentina.

Roxin, C. (1993). Fines de la pena y de las medidas de seguridad, Determinación judicial de la pena. Buenos Aires Argentina: Editorial Del Puerto.

Salinero, S., Morales, A. M., Castro, A. (2017). Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y

alemana. *Revista de política criminal*, Vol. 12(24), pp. 786-864. Santiago, Chile.
Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200786>

Verdugo, M., Pfeffer, E. y Nogueira, H. (1994). *Derecho Constitucional, Tomo I*.
Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 787-07, de 30 de noviembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1133-08, de 18 de noviembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1138-08, de 8 de septiembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1140-08, de 14 de enero de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1217-08, de 5 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1340-09, de 30 de septiembre de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1365-09, de 9 de abril de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1399-09, de 5 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1448-09, de 9 de septiembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2041-11, de 11 de diciembre de 2012

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2995-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3053-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3062-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3127-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3149-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3172-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3173-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3174-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3177-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3185-16, de 27 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3198-16, de 20 de julio de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3225-16, de 18 de julio de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3612-17, de 27 de junio de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3627-17, de 5 de octubre de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3708-17, de 26 de junio de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3798-17, de 4 de septiembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3997-17, de 26 de junio de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4119-17, de 29 de mayo de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4384-18, de 29 de mayo de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4610-18, de 2 de octubre de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4652-18, de 4 de septiembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4653-18, de 2 de octubre de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4828-18, de 4 de septiembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4894-18, de 22 de enero de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 5354-18, de 20 de agosto de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 5586-18, de 18 de abril de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 5595-18, de 30 de enero de 2019.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7390-19, de 16 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7808-19, de 28 de enero de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7927-19, de 16 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7267-19, de 16 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7449-19, de 16 de abril de 2020.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7934-19, de 28 de enero de 2020.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 15665-1991, de 12 de julio de 1991.