Santiago, diez de enero de 2018.

VISTOS:

Con fecha 22 de septiembre de 2017, Miguel Gustavo Cerda Rubio y Francisco Antonio Molina Peña, requieren de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216 y, del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, para que surta efectos en el proceso penal causa RUC 1601207317-1, RIT 1137-2017, que se sustancia el Juzgado de Letras y Garantías de Peumo.

Síntesis de la gestión pendiente.

En relación con la gestión judicial en que incide el requerimiento, los actores exponen que el día 22 de diciembre de 2016 se desarrolló la audiencia de detención y formalización, siendo investigados por el presunto delito de porte ilegal de arma de fuego, contemplado en el inciso primero del artículo 9° de la Ley 17.798.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

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

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

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

La norma del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley de Control de Armas, en el caso concreto, atenta contra el justo y racional procedimiento asegurado por la Constitución: limita al juez su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según dos elementos basales en cualquier sentenciador penal al momento de efectuar su trabajo culmine: determinar la pena, esto es, ponderar los antecedentes del caso, y las características del sujeto penalmente responsable.

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

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

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento.

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

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, con fecha 25 de octubre evacúa el traslado el Ministerio Público.

Vista de la causa y acuerdo.

Con fecha 21 de diciembre de 2017 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos del representante de la parte requirente, además de los alegatos del Ministerio Público, quedando adoptado el acuerdo con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

PRIMER CAPÍTULO

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

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

de los dos tipos de razonamiento, para, luego, desarrollar en extenso la otra fundamentación;

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

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

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

TERCERO. Que esta Magistratura en oportunidades anteriores ha sostenido un criterio similar, puesto que no se ve afectado el efecto relativo de las sentencias que el Tribunal Constitucional debe dictar con atención a las particularidades del caso concreto, cuando a raíz de la reiteración de requerimientos de inaplicabilidad semejantes y aún idénticos, en que el asunto controvertido, las pretensiones en conflicto y los fundamentos alegados son básicamente los mismos. En dicha circunstancia, como resulta obvio, las sentencias han de ser igualmente análogas cumpliendo los parámetros esenciales del numeral 2° del artículo 19 de la Constitución. Conforme ya se sostuvo en causa Rol N° 1068, cuando son numerosos los casos similares que deben ser resueltos, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable omitir la mera reiteración, en cada caso, de extensos y complejos

razonamientos que no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reiterar toda la argumentación vertida en derecho, siendo aconsejable, más bien, enunciar las argumentaciones generales que sostienen la línea jurisprudencial ya desarrollada por esta Magistratura, tanto en sus votos de mayoría como disidentes, conforme el caso de autos que debe ser resuelto en virtud de sus atribuciones constitucionales. Es parte de la igual protección en el ejercicio de los derechos de todos los justiciables, reconocida en el inciso primero del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, esta estabilidad de la jurisprudencia previa;

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

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

SEXTO. Que, de acuerdo a lo expuesto, la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena. En efecto, se recuerda que históricamente los sistemas

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

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

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

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

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

DÉCIMO. Que, así, del examen cuantitativo en virtud del cual se compara el delito atribuido al requirente con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad es posible advertir una

sustancial desproporción. En efecto, el *quantum* de su penalidad abstracta y concreta es muy menor en consideración a los otros, lo que configura una situación de irracionalidad y desproporción incompatible con la Constitución, lo que lleva a acoger la impugnación formulada por la parte requirente al artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, en el contexto de su aplicación a la enunciada gestión pendiente.

SEGUNDO CAPÍTULO

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

DECIMOPRIMERO. Que, la parte requirente sostiene que hay una afectación de la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación, así como una infracción al principio de proporcionalidad en la estimación de la pena y sus beneficios. Hay que recordar que lo que dispuso el legislador mediante la Ley N° 20.813, junto con impedir la aplicación de penas sustitutivas en un conjunto específico de delitos, fue reducir la discrecionalidad judicial en la individualización de la pena, buscando que las penas legales se aproximen a las penas que efectivamente se deben imponer. Asimismo, estima que el artículo 17 B de la Ley de Control de Armas impediría una determinación judicial de la pena como un ejercicio de auténtica ponderación de las circunstancias aplicables a los casos concretos, problemática que será abordada en los considerandos siguientes;

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

DECIMOTERCERO. Que, el precepto contenido en el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, modifica el régimen general de determinación de la pena, obligando al juez a graduar ésta en concreto, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el legislador. En principio, el legislador tiene primacía para efectuar

decisiones de política criminal (STC Rol N° 825), si se mantiene dentro de los límites constitucionales de la pena (prohibición de apremios ilegítimos, confiscación, tratos inhumanos y degradantes).

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

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

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

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

DECIMOSÉPTIMO. Que, tampoco hay infracción al principio de proporcionalidad ni a la igualdad. Las medidas que

modifican la individualización judicial de la pena tienen por objeto permitir la aplicación de las sanciones que realmente configuró el legislador, siendo idóneas a ese propósito. Esta idoneidad debe verificarse en el marco de las finalidades constitucionalmente legítimas que lo permiten, siendo el control de armas una razón constitucional habilitante para aproximar las penas potenciales a las reales.

DECIMOCTAVO. Que, finalmente, la sociedad por medio de los canales institucionales, tiene derecho a ejercer el *ius puniendi* priorizando el efecto retributivo, como reafirmación de los valores fundamentales transgredidos por el autor, por sobre los efectos preventivos, generales o especiales. En este punto, no existe una respuesta única respecto de la forma de ecualizar la cuestión de la naturaleza y fines de la pena. Mucho menos ella tendrá una sola respuesta constitucional. En tanto no se transgredan derechos humanos fundamentales -lo que en el caso concreto no acontece-, el Estado puede, mediante la reacción penal institucionalizada, priorizar o anteponer el ya anotado efecto retributivo de la sanción penal.

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

SE RESUELVE:

I. **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA INAPLICABLE EL ARTÍCULO 1°, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 18.216, EN LA GESTIÓN PENDIENTE CAUSA RUC 1601207317-1, RIT 1137-2016, QUE SE SUSTANCIA EN JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE PEUMO.**

II. **QUE SE RECHAZA LA ACCIÓN DE FOJAS 1, EN AQUELLO QUE DICE RELACIÓN CON EL REPROCHE FORMULADO AL ARTÍCULO 17 B, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798.**

III. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**

PREVENCIONES

Los Ministros señor Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar previenen que estuvieron igualmente por el rechazo del requerimiento respecto de la impugnación del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, pero teniendo para ello en consideración los siguientes argumentos:

1. *PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO*. Que el artículo 17 B de la Ley N° 17.798 expresa, en su inciso primero (no objetado)

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

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

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que la existencia de distintos mecanismos para aumentar la severidad de la respuesta punitiva ante ciertos delitos no significa, en general, que las distintas vías legales que escoja el legislador sean equivalentes de cara a la Constitución Política de la República. Es evidente que para lograr el

propósito aludido, la vía más efectiva, directa, transparente y, eventualmente, menos riesgosa desde el punto de vista constitucional es el aumento del quantum de la pena asignada por la ley al delito;

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

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

puede descartarse que estándares legales que al comienzo tienen un carácter excepcional, luego pasen a transformarse en la regla general. A veces, para concretar reformas sistémicas e integrales se requiere de modificaciones específicas previas.

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

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

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

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

En suma, se podrá discutir la bondad de este cambio de orientación, pero, de haber problemas de constitucionalidad (los que en nuestra opinión no existen respecto de este

artículo en particular, a diferencia del primero de los preceptos objetados) éstos no parecen provenir de una supuesta ausencia de racionalidad en la justificación proporcionada;

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

En efecto, resulta importante destacar lo siguiente: a) desde la perspectiva de la extensión o grado de amplitud de los aspectos modificados por la nueva regla, la diferencia entre la regla impugnada y la general de común aplicación es de una magnitud menor; b) la nueva regla puede dar lugar a penas privativas de libertad más perjudiciales (debido a un efecto más limitado de las atenuantes), pero, también, a sanciones más beneficiosas (ya que limita -aunque en menor medida) el eventual efecto perjudicial de las agravantes); y c) el precepto impugnado amplía la libertad del juez para poder ponderar o "compensar" las circunstancias atenuantes y/o agravantes que, eventualmente, concurran. Así, de esta manera, se maximiza la potencialidad de ajustar con un mayor nivel de precisión la pena justa para el caso concreto;

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

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

8. Que, en seguida, en lo concerniente a lo aseverado en "b)", es posible afirmar que la regla contenida en el artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley Nº 17.798, tiene un efecto relativamente neutro y, por ende, no representa un agravio (o al menos uno de magnitud significativa) que tenga la potencialidad de infringir la Constitución. En efecto, la aseveración de que el precepto objetado podría tener, hipotéticamente, un efecto menos beneficioso o más gravoso desde el punto de vista punitivo, sólo puede esgrimirse recurriendo, por un lado, a sobredimensionar el hecho cierto

de que -de acuerdo a nuestro sistema- las atenuantes tienen un efecto un poco más intenso que las agravantes y, por el otro, como elemento de apoyo, asumiendo un supuesto difícil de probar más allá de una apreciación intuitiva, esto es, sostener que la práctica judicial ha sido "benevolente" en la aplicación de las penas;

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

De hecho, la fórmula utilizada replica la norma más importante que bajo el régimen común tiene el juez para ajustar con un mayor grado de flexibilidad y, por ende, de precisión, la pena justa al caso concreto. La regla de compensación racional de atenuantes y agravantes, como también se la conoce, dispone que el juez determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

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

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

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

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

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

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

está significando es que no se pronunciará sobre su constitucionalidad.

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

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

Tal como se ha manifestado en reiterados fallos respecto del artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.216, la medida más adecuada, clara y objetiva de la gravedad de un ilícito penal radica en el *quantum* de la pena establecida por el legislador. Si nos atenemos a dicho criterio es fácil darse cuenta que los delitos asociados al control de armas a los cuales se les aplica la regla legal bajo análisis son de muy diversa gravedad. Igualmente, de más está decir que si nos guiamos por la duración de la sanción privativa de libertad (quantum abstracto de la pena) existen muchos otros delitos a los cuales el legislador les ha atribuido una gravedad mayor. Por lo tanto, no resulta pertinente justificar un supuesto endurecimiento punitivo fundado en una igualmente supuesta mayor gravedad de este tipo de delitos por el solo hecho de tratarse de un "bien jurídico" o interés social mencionado en la Constitución.

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

encargarse de la supervigilancia, control y fiscalización de dicho régimen regulatorio.

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

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

El Ministro señor Nelson Pozo Silva previene que estuvo igualmente por el rechazo del requerimiento respecto de la impugnación del artículo 17 B de la Ley Nº 17.798, pero teniendo para ello en consideración los siguientes argumentos:

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

2º. Que teniendo presente las objeciones que se plantean al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley Nº 17.798, sobre la fijación en la severidad del tratamiento penal de ciertos delitos, como es el caso en comento, no resulta reprochable constitucionalmente, al tenor del caso concreto del requerimiento de fojas 1;

3º. Que, igualmente, no se ve como pudiera afectarse la igualdad en la norma cuestionada, tomando en consideración que la misma disposición es utilizada en diversas otras disposiciones legales en el ordenamiento jurídico nacional tales como la Ley Nº 20.000, la Ley Nº 18.290 y otros preceptos similares;

4º. Que por las razones expuestas no es posible acceder a lo solicitado por la requirente a fojas 1 en el acápite referido al artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley Nº 17.798.

DISIDENCIAS

Acordado el rechazo del requerimiento respecto del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes estuvieron por acoger íntegramente el requerimiento deducido en autos, por contravenir el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, de la Constitución, conforme a las siguientes argumentaciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acordada con el voto en contra de los Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por **rechazar** el requerimiento deducido, en lo que respecta a la impugnación planteada al **artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216**, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1°. Que, en la forma en que ha sido sostenida por esta disidencia desde la STC Rol N° 2995-16, en relación con el impedimento de acceso a las penas sustitutivas, sostendremos los siguientes criterios interpretativos. Primero, que las penas substitutivas no operan automáticamente por el solo ejercicio de la ley. Segundo, la política criminal la fija el legislador dentro de los límites constitucionales. Tercero, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a

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

2°. Que, **las penas substitutivas no operan automáticamente por el solo ejercicio de la ley.** Del examen del artículo primero de la ley en todos sus incisos, al margen del impugnado, manifiesta plenamente la idea de que se trata de una institución que no opera automáticamente por lo que define el legislador. Por el contrario, la imposición de una pena sustitutiva está sujeta al cumplimiento de variados requisitos (como condenas previas, existencia de dos o más penas en la sentencia o remisiones a requisitos de otras leyes). En síntesis, se salvaguarda esta determinación como una facultad ("podrá sustituirse por el tribunal") del juez;

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

4°. Que, en esa línea, el legislador tiene libertad para proteger los bienes jurídicos que estime convenientes, teniendo alguno de estos bienes reconocimiento constitucional y otros de libre determinación normativa. Así, por ejemplo, puede lograr dichas garantías jurídicas de protección estableciendo "penas principales, penas accesorias, penas penales junto a sanciones administrativas o consecuencias no penales derivadas o anudadas a una pena penal" (STC Rol N° 2402, c. 23°);

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

6°. Que, corolario de lo anterior, resulta evidente que la determinación de los delitos debe traer como consecuencia la imposición de penas penales. Ello está expresamente autorizado por la Constitución (artículo 19, numeral 3°, incisos 8° y 9°). Pues, aunque sea obvio decirlo, la privación de la libertad personal está predeterminada por una serie de supuestos normativos que define el literal b) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución. No es novedad que la Ley de Armas imponga penas privativas de libertad. Se ha hecho siempre;

7°. Que al revisar todos los límites constitucionales de la discrecionalidad del legislador en el establecimiento de los delitos y de las penas, reflejamos todas las normas constitucionales que se refieren a la materia. Ninguna de ellas hace mención directa o indirecta a las penas sustitutivas;

8°. Que, el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas.** A nadie escapa la idea de que la privación de libertad constituye una de las medidas más gravosas que puede sufrir una persona. No solo por la privación de libertad misma sino que por la estigmatización que viene añadida a las penas penales y que, habitualmente, no está presente en las sanciones administrativas. Por lo mismo, los tratados internacionales establecen criterios objetivos, obligaciones estatales y finalidades de sentido a la pena de privación de libertad;

9°. Que en esa perspectiva el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", y del mismo modo, el número 3 del mismo artículo prescribe que "[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados." Por otro lado, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.";

10°. Que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se han referido a la prohibición de penas alternativas. La jurisprudencia relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad está referida a la prisión preventiva (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia C-206, párrafo 122) en relación con el caso de una persona que fue condenada a una pena inferior a la que estuvo privada de libertad preventivamente. Allí se estructuran a lo menos cinco reglas por parte de la Corte, la que acogió parcialmente la condena, las que no son extrapolables en su totalidad a este caso;

11°. Que esta preocupación por la privación de libertad ha implicado que la comunidad internacional ponga el acento en las alternativas al cumplimiento de las penas sobre la base de criterios sustitutivos de la misma;

12°. Que, **no existe un derecho constitucional de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva.** El recurso al auxilio de la norma internacional de derechos humanos nos advierte que tales consideraciones punitivas deben servir a un propósito de "readaptación social" o "reforma" (artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Estas finalidades, en el marco del principio interpretativo pro - reo, admiten un conjunto de obligaciones estatales pero no pueden fundar un

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

13°. Que, no se puede impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal. El suprimir las penas sustitutivas para determinados delitos es constitucional, puesto que se imponen las penas efectivas integralmente consideradas en el marco penal. Con ello abre un enjuiciamiento general de las penas sobre la base de la realidad y no de la potencialidad del marco penal. El mandato del legislador es establecer "siempre las garantías" de un procedimiento y una investigación racional y justo. La interdicción de penas sustitutivas, en línea de principio, tiene racionalidad. Primero, porque es una facultad del legislador reestimar el cumplimiento efectivo de una pena. Si la legislación penal obedece a valoraciones de la sociedad, poner el acento en el cumplimiento efectivo es un deber del legislador. En segundo lugar, es racional porque si los delitos tienen determinadas penas, las medidas dirigidas a su aplicación real lo que hacen es centrar el debate en la pena y no en su modalidad de ejecución. Del mismo modo, suprimir estas modalidades de ejecución satisface el principio de legalidad de las penas, pues sólo limita la discrecionalidad del juez y obliga aplicar la pena determinada por la ley;

14°. Que, finalmente, **no hay un juicio de igualdad o un trato discriminatorio propiamente tal.** Suprimir las penas sustitutivas en algunos delitos no es discriminatorio. Son los requirentes quienes deben demostrar la diferenciación, y explicar el baremo con el que se compara, y en este caso, la parte requirente no ha planteado un test de igualdad propiamente tal, que permita ponderar situaciones comparables. En segundo lugar, la parte requirente no se hace cargo de que es la Constitución la que prohíbe expresamente la posesión de armas, y en tal sentido, los delitos que sancionan conductas contrarias al control de armas no están en la misma situación que delitos que protegen otros bienes jurídicos. El legislador puede establecer un tratamiento distinto, justamente fundado en que la Constitución lo mandata al control y supervigilancia de las armas, lo que admite sanciones de diversa naturaleza, incluyendo la exclusión de penas sustitutivas. Se trata de finalidades constitucionalmente legítimas para la adopción de este tipo de medidas.

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

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol Nº 3900-17-INA.

Sr. Aróstica

Sra. Peña

Sr. García

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

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

Se certifica que el Ministro Sr. Carlos Carmona concurre a acuerdo y fallo pero no firma por encontrarse con licencia médica.

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