

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL 2015

- Secreto profesional y derecho a la información pública
Carlos Peña G.
- La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216
César Ramos Pérez
- Sobre la convencionalidad y constitucionalidad de las modificaciones a la Ley de Control de Armas
Claudio Nash Rojas
- La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida
Fernando Mardones Vargas

N° 18 • Octubre 2016

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2015**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile • Octubre de 2016

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O`Higgins 1449, piso 8, torre I

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión,
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa
del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 271.261

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-48-6 (Volumen 18)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

Índice

| | |
|---|------------|
| I. Secreto profesional y derecho a la información pública..... | 7 |
| II. La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216 | 23 |
| III. Sobre la convencionalidad y constitucionalidad de las modificaciones a la Ley de Control de Armas | 69 |
| IV. La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida..... | 119 |

I. Secreto profesional y derecho a la información pública

Carlos Peña G.
Profesor de Derecho
Universidad de Chile
Universidad Diego Portales

Se me ha solicitado un informe en derecho acerca de las relaciones que median entre el secreto profesional, por una parte, y el derecho al acceso a la información pública, por la otra. En especial, se trata de dilucidar si acaso quienes ejercen la función de la defensa penal pública están obligados a entregar la información relativa a su quehacer o si, en cambio, se encuentran excusados de hacerlo por tener el deber de guardar secreto en lo que atinge al ejercicio de su profesión.

El problema que se acaba de describir se comprende fácilmente al examinar las reglas básicas del derecho vigente acerca de esta materia.

Por una parte se encuentra el artículo 8 de la Constitución que establece un deber general de publicidad de las actuaciones de los órganos del estado:

Son públicos –prescribe la regla– los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El artículo 4 de la Ley 20.285 formuló la regla precedente al modo de un deber explícito:

Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

En consonancia con ese deber general, la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, instituyó un *derecho subjetivo* a solicitar esa información. Según lo establece su artículo 10:

Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Por su parte, el artículo 21 de esa misma ley estableció que “las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información” (serían) las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Puede sostenerse entonces que el derecho vigente establece: i) un *deber general* de información que recae sobre quienes ejercen funciones públicas; ii) un *derecho subjetivo* a reclamar la entrega de esa información; y iii) un conjunto de casos que se excluyen de ese deber general y que, por lo mismo, no están al alcance del derecho subjetivo.

Entre esos casos excluidos de manera explícita no se cuenta el secreto profesional.

Lo que se trata de dilucidar es si, no obstante lo anterior, puede sostenerse, con base en el derecho vigente, que la información cubierta por el secreto profesional del abogado está excluida del acceso público.

En lo que sigue (I) se sostiene que el secreto profesional del abogado se encuentra recogido en el derecho vigente, nacional y comparado, y que él es consustancial al debido proceso. Con apoyo en la literatura, se muestra que la protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, es la base del derecho a la defensa y del debido proceso, motivo por el cual obran poderosas razones constitucionales a favor de su protección. El informe muestra que ese reconocimiento es prácticamente unánime. Dilucidada esa cuestión conceptual, el informe examina si acaso el derecho vigente en Chile exceptúa del derecho de acceso a la información pública a esas comunicaciones

(II). Con apoyo en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 4 de la Ley 20.285, el informe concluye que el secreto profesional del abogado se encuentra entre las excepciones al acceso público. La Ley 20.285 no produjo una derogación orgánica de las normas precedentes relativas a la misma materia; el artículo 4 recién citado se aprobó en el entendido que subsistían las excepciones precedentes entre las que se contaba el secreto; y el artículo 1 transitorio de la ley declaró que las disposiciones anteriores –entre las que se cuenta aquella que reconoce la existencia del secreto profesional– cuentan con las exigencias formales previstas por el artículo 8 de la Constitución. En fin (III) se enumeran las principales conclusiones.

(I)

En el conjunto del derecho vigente, como se ha observado¹, no existe precepto alguno que en forma positiva y directa enuncie la obligación de secreto profesional. El Código Penal, como veremos, pena la violación del secreto y los Códigos de Procedimiento Civil y Procesal Penal facultan al obligado a la reserva a no declarar. Pero –cabría insistir– no hay regla explícita que establezca el secreto en forma directa.

En cambio, el secreto profesional del abogado está enunciado de manera explícita y directa en el Código de Ética de la Orden, una regla que si bien no forma parte del derecho vigente, recoge, como veremos, una opinión generalmente admitida:

Art.10. Secreto profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aún después de de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto o lo expongan a ello.

Como se observa, la regla transcrita distingue entre un *deber de secreto* y un *derecho al mismo*. En el primer caso se trata de una obligación general de

¹ Novoa, E. La obligación jurídica de secreto profesional, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, 1944, primera parte, p. 85.

reserva que pesa sobre el abogado; en el segundo caso constituye un título que inmuniza al abogado contra toda injerencia coactiva tendiente a forzarlo a entregar la información que está obligado a reservar.

En torno a la precedente distinción se organiza el derecho vigente que se citó al principio.

La infracción del deber de secreto mediante la revelación de aquello que se debía custodiar, configura un delito (artículos 231 y 247 del Código Penal). El derecho al secreto, por su parte, se traduce en que el abogado puede excusarse de prestar declaración (artículo 360 del CPC² y 303 del Código Procesal Penal³); y, al mismo tiempo, reclamar la inmunidad de su gabinete⁴.

¿De dónde proviene y cuál es la justificación del secreto a que se refieren las reglas transcritas?

La protección del secreto en el derecho vigente posee, en términos generales, una muy variada justificación. Se lo protege por motivos patrimoniales o de política pública⁵; por razones derivadas de la autonomía personal⁶ o por razo-

² Art. 360 (349). No serán obligados a declarar 1° Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio; 2° Las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358; y 3° Los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas.

³ Artículo 303.- Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.
Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.

⁴ Si bien la inmunidad del gabinete encuentra una acogida más natural en el derecho norteamericano (como producto de la cuarta enmienda que impide el registro y la incautación de las comunicaciones privilegiadas entre el abogado y el cliente), ella también ha sido reivindicada en la práctica en Chile como lo prueban las notas del Consejo Provincial y del Consejo General del Colegio de Abogados publicadas en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIX, 1952, 1 parte, p. 35 y ss.

⁵ Así ocurre, por ejemplo, en los secretos con valor patrimonial. El caso paradigmático es el caso de la información sobre la que se concede el derecho de uso exclusivo. Este caso –ampliamente admitido– se justifica por razones de política pública: si no se concede derecho al secreto sobre la información, entonces se suprimen los incentivos para obtenerla perjudicándose así el bienestar social.

⁶ El caso más característico del secreto concedido por razones de autonomía personal es el derecho a la privacidad. Como relata el juez Posner (Posner, *The uncertain protection of privacy by the Supreme Court*, *The Supreme Court Review*, vol 1979 (1979), pp. 173-216) en el derecho norteamericano (que posee en esta materia una amplísima influencia en el derecho comparado en su conjunto) la privacidad tiene dos sentidos básicos que, si bien están obviamente relacionados

nes de confianza. ¿Cuál de esas razones es la que obra a favor del secreto profesional del abogado?

Para comprenderlo es útil distinguir entre tres conceptos asociados al secreto o la obligación de guardar reserva.

La literatura distingue convencionalmente entre el “secreto confiado”, el “secreto natural” y el “secreto prometido”⁷.

Se denomina “secreto natural” a aquella información que, conocida por propio esfuerzo o por indiscreción ajena, en base a las rutinas de la interacción cotidiana, no puede ser revelada sin causar un perjuicio injustificado. Se llama natural porque en este caso el deber de reserva surge del mínimo deber moral de no causar daño a otro. Por su parte, se denomina “secreto prometido” a aquel en el que la obligación de guardar secreto proviene de la promesa explícita que formula, ex post, quien recibe la información. El secreto, en fin, es “confiado” cuando la obligación de no revelar proviene del compromiso contraído ex ante la entrega de esa información. En este último caso, la información es entregada en razón del compromiso y de la confianza que él fue capaz de suscitar. Este tipo de secreto, observa la literatura, puede ser meramente confidencial (es decir, pesa sobre quien de otra forma no estaría obligado a

entre sí, son distintos desde el punto de vista conceptual. Se encuentra, por una parte, la privacidad en *sentido físico* (seclusion) y, de otra parte, la privacidad en sentido, por decirlo así, *informacional* (secrecy). Una cosa, explica Posner, es el derecho que asiste a un individuo a mantener un ámbito separado de la injerencia ajena, otra cosa es la facultad que le asiste de decidir qué cosas respecto de sí mismo pueden ser conocidas de los demás. La distinción mencionada por Posner está admitida en la literatura chilena (Cfr. Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Jurídica, 2006, p. 545).

Al mismo tiempo, y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial, en el caso *Griswold* el derecho a la privacidad adquiere una tercera dimensión (381 U.S. 479 (1965)).

A la *seclusion* y el *secrecy*, se suma ahora la *autonomía*. En el caso *Griswold vs Connecticut* se amplió el concepto de *privacy* hasta hacerla sinónima del autogobierno personal y configurar un título para hacer cosas que el gobierno prohíbe.

Así entonces la privacidad alcanzó en el derecho comparado al menos tres sentidos⁶: de una parte, el derecho al aislamiento del individuo (que lo pone a salvo de los ojos y oídos de los demás y que se viola en las hipótesis de intromisión); en segundo lugar el derecho al secreto (que confiere al individuo el derecho a decidir qué información acerca de sí mismo debe ser conocida por otros y que se viola en la hipótesis de indiscreción); y el derecho de autonomía (en conformidad al cual el individuo queda protegido de la injerencia ajena en todos los asuntos que conciernen nada más que a sí mismo).

En la literatura, todavía es posible encontrar autores que asignan cuatro sentidos a la privacidad. Así, Solove sostiene que la privacidad puede alcanzar a la *seclusion* (el derecho a ser dejado sólo); a un derecho limitado de acceso a lo que somos; al secreto; y al control de la información acerca de nosotros mismos. Sobre eso puede consultarse Solove, *Conceptualizing privacy*, *California Law Review*, Vol. 90, N 4 (Jul. 2002) pp. 1087-1155.

⁷ Carrera, H. *El secreto profesional del abogado (Estudio teórico y práctico)*, Santiago, Jurídica, 1963, pp. 8-9.

callar) o profesional (en cuyo caso proviene de la índole de la profesión que supone la confianza).

La precedente distinción conceptual permiten comprender las razones que median a favor del secreto profesional.

Como es fácil comprender, en este caso, el secreto forma una parte indisoluble de las profesiones en medio de cuyo ejercicio nace. Es la naturaleza de la actividad profesional, íntimamente ligada a la confianza, la que impone la necesidad de respetar el deber y el derecho de secreto. En todos esos casos la renuncia al secreto importa también y al mismo tiempo la renuncia a la profesión de que se trata. En otras palabras, hay profesiones que sólo pueden ejercitarse si es el caso que quien demanda los servicios y quién los presta pueden interactuar en relaciones de confianza privilegiada. Si esas relaciones de confianza privilegiada no existieran, entonces ciertas profesiones no existirían tampoco y se produciría, como lo muestra la literatura, daño a los individuos⁸, pero además pérdida de bienestar social⁹.

Así entonces hay poderosas razones de interés general a favor del establecimiento y la protección del secreto profesional.

Se aplica así al secreto profesional lo que Kant dice del cumplimiento de las promesas. Las promesas deben cumplirse no por un imperativo hipotético (es decir, no para alcanzar ciertos fines individuales del agente) sino por un imperativo categórico o incondicionado. La razón sería obvia: no sería posible querer al mismo tiempo un mundo social con profesiones como la de abogado y erigir la violación del secreto en base de una regla universal¹⁰.

Todas las precedentes razones es posible observarlas en el punto de vista que, al respecto, formuló alguna vez el Colegio de Abogados:

⁸ El principal de todos es el daño a la comunicación, puesto que la comunicación reposa sobre la confianza. Sobre el punto debe verse Luhmann, *Confianza*, Barcelona, Anthropos, 1996, pp. 67 y ss.

⁹ Como lo muestra la economía neoclásica, los costos de transacción (es decir, los costes de obtener información y asegurar el cumplimiento de las promesas) estén en relación inversa al nivel de confianza. Por eso la falta de confianza produce pérdida de bienestar social. Sobre el punto debe verse Coase, R. El problema del costo social, en *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994. En el mismo sentido se promuncia la literatura sobre capital social. Alrespecto puede consultarse Putnam, R. *El declive del capital social*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2003.

¹⁰ *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*, Cap. II (se consultó la edición de Austral, 1998).

El secreto de la confidencia recibida y que la ley ampara (...) poniendo al depositario de él a cubierto de apremios que puedan forzarlo a su violación, constituye un bien cuya protección interesa a la sociedad en general, porque si los depositarios de confidencias en razón de su estado, profesión u oficio, pudieran develarlas, la confianza pública sufriría gravísimo quebranto y el orden de la sociedad se vería seriamente comprometido. Comprendiéndolo así, el legislador no sólo protegió a los depositarios de secretos concediéndoles el derecho de excusarse de declarar como testigos sobre las materias que les hayan sido confiadas en razón de su estado o profesión, con lo cual prestó al fuero de su conciencia el respeto debido y los medios de cumplir los deberes éticos que sobre ellos pesan, sino que todavía creyó prudente transformar ese deber moral en un deber jurídico cuya infracción puede, en ciertos casos, constituir delito y traer consigo la pena corporal correspondiente, como lo manifiesta para los abogados y procuradores el artículo 231 del Código Penal.

Lo anterior explica el amplio reconocimiento que en el derecho comparado posee el secreto profesional del abogado.

Se le reconoce en el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Económica Europea¹¹, en la Directiva 77/249 del Consejo de la Comunidad Europea¹², en el Sistema de Naciones Unidas¹³, en el Sistema Interamericano¹⁴,

¹¹ 2.3.1. Forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del abogado.

¹² 4.- Para el ejercicio de las actividades que no sean las mencionadas en el apartado 1, el abogado quedará sujeto a las condiciones y normas profesionales del Estado miembro de procedencia, sin perjuicio del respeto a las normas, sea cual fuere su origen, que regulen la profesión en el Estado miembro de acogida y, en particular, a las que se refieran a la incompatibilidad entre el ejercicio de las actividades de abogado y el de otras actividades en ese Estado, al secreto profesional, a las relaciones entre colegas, a la prohibición de que un mismo abogado asista a partes con intereses opuestos y a la publicidad. Dichas normas sólo se aplicarán si pudieren ser cumplidas por un abogado no establecido en el Estado miembro de acogida y sólo en la medida en que su cumplimiento se justifique objetivamente para garantizar, en ese Estado, el correcto ejercicio de las actividades de abogado, la dignidad de la profesión y el respeto a las incompatibilidades.

¹³ *Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados*, Principio 22: "Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional".

¹⁴ Así en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 80, número 2, parte final: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

en el Sistema Europeo¹⁵ y, como se insistirá luego, en los Estados Unidos de América.

En todos esos sistemas normativos el secreto profesional se encuentra indisolublemente ligado a las características que reviste la profesión de abogado y los principios que la inspiran.

Con todo, cabe preguntar ¿cuál es el origen de esta preeminencia de la profesión que le permite, como hemos visto, mantener comunicaciones privilegiadas con los clientes?

El origen de esa preeminencia no proviene de ningún interés corporativo o meramente particular, sino de las exigencias de un estado de derecho y, en especial, de las que provienen del debido proceso.

Ahora bien, el debido proceso existe como un derecho subjetivo de carácter público a favor de los ciudadanos; pero también, y al mismo tiempo, es un principio que contribuye a la legitimidad de la respuesta penal por parte del estado. En otras palabras, es la legitimidad del poder coactivo del estado la que depende del debido proceso y del contenido que este lleva asociado, en el que se cuenta el derecho de las partes a mantener comunicaciones confidenciales con su defensor.

Esto es lo que explica la íntima vinculación que es posible observar en el derecho norteamericano, entre la protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, por una parte, y el sistema adversarial de justicia, por la otra. Esta protección de las comunicaciones entre el abogado y el cliente, no es cualquier privilegio. Es, como el Tribunal Supremo norteamericano ha subrayado, “el más antiguo de los privilegios de comunicaciones confidenciales conocido por el derecho común”. El privilegio ha sido reconocido en alguna forma en el common law inglés desde el siglo XVI y fue reconocido en la ley norteamericana durante la era de la fundación. Hoy, el privilegio no está sólo bien establecido en cada estado, también es una unidad firme de larga data de la ley común federal¹⁶.

¹⁵ Si bien el *Convenio Europeo* no contiene una regla explícita referida al secreto profesional del abogado, él se sigue de las reglas sexta y octava de la Convención. Sobre el tema –construido sobre el derecho a la privacidad– puede consultarse el Caso Klass y otros de 6 de septiembre de 1978, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia: 1959-1983*, Madrid, Cortes Generales, 1981.

¹⁶ The attorney-client privilege, however, is not just any privilege. It is, as the Supreme Court has emphasized, “the oldest of the privileges for confidential communications known to the common law.” The privilege has been recognized in some form in the English common law since the sixteenth century and was recognized in American law during the founding era. Today, the attorney-client

Como explica un autor, el tratamiento privilegiado de las comunicaciones entre el abogado y su cliente deriva del hecho que una representación efectiva (como la que deriva del debido proceso) necesita una comunicación total y franca:

Este privilegio refleja el juicio de la sociedad según el cual la representación legal efectiva –imprescindible en un sistema adversarial– requiere una comunicación total y abierta entre el abogado y sus clientes, y ese tipo de comunicación no puede asegurarse sin una protección legal contra la revelación coactiva del contenido de las comunicaciones entre el abogado y su cliente¹⁷.

Como es sabido, en el derecho norteamericano, la Cuarta Enmienda prevé el derecho de las personas, a que sus domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias o no razonables. En otras palabras, el registro o la pesquisa debe estar autorizado por reglas amparadas en un interés compulsivo (compelling interest) que es la forma más estricta de control constitucional. Si el interés compulsivo no existe, entonces la regla que autoriza el registro es ilegítima desde el punto de vista constitucional. Se ha sostenido por eso que incluso las búsquedas autorizadas deben detenerse si es probable que, al continuarlas, se lesionen las comunicaciones protegidas entre el abogado y su cliente¹⁸.

Así entonces no es posible lesionar el derecho de las personas a mantener comunicaciones confidenciales con su abogado, sin lesionar, a la vez, el debido proceso.

privilege is not only well established in every state, it is also a long-standing fixture of the federal common law. Vid. Mc Arthur, E. The Search and Seizure of Privileged Attorney-Client Communications, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, No. 2 (Spring, 2005).

¹⁷ The privilege reflects society's judgment that effective legal representation is necessary to the administration of justice in our adversarial system, that effective representation requires "full and frank communication between attorneys and their clients", and that full and frank communication cannot be secured without legal protection against compelled disclosure of the content of attorney-client communications. (...) Furthermore, the attorney-client privilege, unlike other privileges, is essential to the effectuation of constitutional rights, including a criminal defendant's rights to the effective assistance of counsel and a fair trial. Courts have also recognized that government invasions of the attorney-client privilege can deprive an individual of due process under the Fifth and Fourteenth Amendments. In short, if any evidentiary privilege is to be afforded the protection of the Fourth Amendment, none presents a more compelling case than the attorney-client privilege. Vid. Mc Arthur, E. The Search and Seizure of Privileged Attorney-Client Communications, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, No. 2 (Spring, 2005), pp. 729-766

¹⁸ Ibid. p. 729.

Eso es, por lo demás, lo que explica que en el derecho vigente en Chile el referido derecho no se ve lesionado ni siquiera cuando, como ocurre con el caso de la legislación antiterrorista, existen fuertes razones utilitarias en contra del secreto profesional, lo que muestra el carácter de verdadero imperativo categórico que posee el derecho. En efecto, la Ley 18.314, establece que una vez calificada una conducta como terrorista, el Ministerio Público puede solicitar se decreten un conjunto de medidas ninguna de las cuales podrá afectar la comunicación del imputado con sus abogados.

Artículo 14.- En los casos del artículo 1° de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público solicitará al juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de esta calificación, que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

- 1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.*
- 2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.*
- 3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.*

Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados y la resolución que las imponga sólo será apelable en el efecto devolutivo.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal.

En ningún caso las medidas a que se refiere este artículo podrán adoptarse en contra de los Ministros de Estado, los subsecretarios, los parlamentarios, los jueces, los miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, el Contralor General de la República, los Generales y los Almirantes.

Así entonces puede afirmarse que el secreto profesional del abogado es un imperativo del sistema legal íntimamente vinculado al debido proceso y las exigencias del estado de derecho. No se puede querer, a la vez, un estado que satisfaga las exigencias del rule of law y un principio que permita, incluso

por razones utilitarias de bien público, se revelen las comunicaciones entre el abogado y su cliente.

(II)

Una vez establecido lo anterior –la preeminencia del secreto profesional desde el punto de vista conceptual– resta por saber si esa preeminencia ha sido recogida, ahora normativamente, en la Ley 20.285.

Como ya se explicó, el artículo 21 de la Ley 20.285 no recogió, entre los casos excluidos del derecho de acceso a la información pública, al secreto profesional. Entre las “únicas causales de secreto o reserva” que allí se enumeran, no se cuenta el secreto profesional.

¿Significa eso que habrá de excluirse cualquier otra causal contenida en reglas preexistentes?

Responder afirmativamente la pregunta anterior no es correcto desde el punto de vista dogmático. Importaría concederle a la Ley 20.285 poderes derogatorios de carácter orgánico que no tienen sustento en el derecho vigente. En cambio, hay buenas razones para sostener que una interpretación sistemática lleva a la conclusión que las reglas relativas al secreto profesional tienen plena vigencia, de manera que el referido secreto se excluye del derecho de acceso a la información pública.

Así lo muestra el desarrollo que poseyó la regla contenida en el artículo 4 de la ley. El artículo 4 vigente expresa:

Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Antes de alcanzar esa versión definitiva, el inciso segundo del precepto en la parte que aquí interesa indicaba:

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración que sean públicos de acuerdo a la Constitución y a la ley, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Como se observa, la versión definitiva omitió la frase que incluía como objeto del derecho de acceso a la información sólo los actos y documentos que fueran públicos de acuerdo a la Constitución y la ley. Una frase como esa dejaba explícitamente fuera del derecho de acceso a la información al secreto profesional, desde que este por definición no es público.

¿Significa el cambio en la redacción de la norma que la voluntad del legislador fue dejar sin efecto cualquier regla precedente que estableciera la obligación de sigilo como ocurre, por ejemplo, con el secreto profesional?

Un examen de los informes y actas del proceso de formación de la norma –es decir, el examen de la historia fidedigna de su establecimiento– prueba que esa conclusión no puede ser alcanzada. El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, evacuado en Segundo Trámite Constitucional, explica el sentido que el legislador atribuyó al cambio:

Los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron dos indicaciones a este artículo: la primera destinada a sustituir en el inciso primero las palabras “la Administración del Estado” por lo siguiente “los sujetos obligados a que se refiere el artículo 2º”, y la segunda para eliminar en el inciso segundo la frase “que sean públicos de acuerdo a la Constitución y a la ley”.

El Diputado señor Cardemil explicó la indicación, señalando que la primera buscaba hacer coincidir esta norma con las proposiciones que hicieran al artículo 2º, es decir, hacer aplicables estas disposiciones al Congreso, el Poder judicial, los órganos constitucionales autónomos, las empresas del Estado y aquellas en que tiene participación. La segunda se basaba en el principio de que toda la información en poder del Estado era pública, sin necesidad de que así lo califique la Constitución o la ley.

La Comisión, siguiendo el parecer de los representantes del Ejecutivo y del Diputado señor Bustos, estimó que la primera incidía

en una materia sobre la cual ya se había tomado una decisión, es decir, esta normativa sería aplicable únicamente a los órganos de la Administración del Estado. Respecto de la segunda la consideró inocua por cuanto se subentendía que aunque no se lo mencionara, siempre regía la normativa constitucional que permitía establecer reservas en la ley.

De acuerdo a lo anterior, procedió a rechazar la primera indicación por mayoría de votos (7 votos en contra y 4 a favor) y a acoger, en el entendido señalado, la segunda, conjuntamente con el artículo, por unanimidad.

Así entonces la Comisión entendió, por la unanimidad de sus miembros, que la supresión de la frase *que sean públicos de acuerdo a la Constitución y a la ley* era inocua, es decir, no suprimía el sentido que poseía el precepto original. Ese sentido, según la propia Comisión deja constancia, es dejar plenamente vigente la normativa constitucional “que permitía establecer reservas en la ley”. Desde luego esa ley –por disponerlo así el artículo 8 de la Constitución– deberá ser de quórum calificado.

¿Significa lo anterior que los preceptos que no son de quórum calificado no son aptos para establecer reservas de las que reconoce el artículo 4 que se acaba de examinar?

En absoluto. El problema quedó resuelto en las reglas transitorias de la Ley 20.285. El precepto establece:

Artículo 1°.- De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política.

En conclusión, la regla del artículo 4 reconoce de manera implícita, pero inequívoca, obligaciones de reserva que no se encuentran contenidas en el artículo 21 de la Ley 20.285. Así lo prueba la historia fidedigna del establecimiento del precepto. Y si bien las reglas que establezcan el reconocimiento de esa obligación de reserva deben ser de quórum calificado, debe entenderse, por establecerlo así el artículo 1 transitorio de la ley, que las reglas anteriores cumplen ese requisito exigido por el artículo 8 de la carta constitucional.

(III)

En suma, a la luz de lo expuesto es posible concluir:

- i) La protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, con ocasión del ejercicio profesional del primero, forman una esfera protegida por razones distintas de la privacidad. En especial, según lo pone de manifiesto la literatura, esa protección deriva de la índole de la defensa y la participación en juicio que es requerida por el principio del debido proceso;
- ii) Esa protección se encuentra ampliamente prevista en el derecho comparado. Se le reconoce en el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Económica Europea, en la Directiva 77/249 del Consejo de la Comunidad Europea, en el Sistema de Naciones Unidas, en el Sistema Interamericano, en el Sistema Europeo y en el derecho de los Estados Unidos de América.
- iii) En todos esos sistemas normativos el secreto profesional se encuentra indisolublemente ligado a las características que reviste la profesión de abogado y los principios que la inspiran.
- iv) En el derecho vigente en Chile esa protección deriva de los artículos 231 y 247 del Código Penal, del artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, del artículo 303 del Código Procesal Penal y en el artículo 14 de la Ley 18.314, todos los cuales protegen el secreto contra cualquier intromisión coactiva;
- v) La Ley 20.285 exceptuó el secreto profesional del abogado del derecho de acceso a la información pública, según se sigue de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 4 y del artículo 1 transitorio, a la luz de los cuales los precedentes preceptos tienen el rango de ley de quórum calificado, según lo exige el artículo 8 de la Constitución Política.

Es cuanto puedo informar.

II. La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216

César Ramos Pérez
Profesor de derecho penal
Universidad Adolfo Ibáñez

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado un informe en derecho sobre la institución regulada en el artículo 33 de la Ley N° 18.216¹, introducida por la Ley N° 20.603, de 27 de junio de 2012, bajo el epígrafe denominado “*De las penas mixtas*” del Párrafo 2° del Título V de dicha Ley.

Con el objeto de informar sobre esta materia, el presente estudio se estructura según el esquema siguiente:

- I. Determinación de la naturaleza jurídica de la pena mixta;
- II. Aplicabilidad de la pena mixta a los condenados por hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia;
- III. Identificación del fundamento general de la Ley N° 20.603 y su relación con el fundamento específico de la pena mixta;
- IV. Análisis de los requisitos de procedencia de la pena mixta;
- V. Análisis del marco regulatorio del régimen de la libertad vigilada intensiva, en relación a las condiciones que impone, su forma de control, duración, cumplimiento e incumplimiento.

I. Naturaleza jurídica de la pena mixta

La Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, regula en su Título V “*Del reemplazo de la pena sustitutiva y las penas mixtas*”, en su Párrafo 2° “*De las penas mixtas*”, la posibilidad de disponer la interrupción de la pena privativa de libertad

¹ En adelante, toda referencia a una disposición sin identificación de su contexto regulatorio, corresponde a la Ley N° 18.216.

originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva. Dicha institución se regula preferentemente en el artículo 33, disposición que, sin embargo, jamás alude en su texto a la expresión “*pena mixta*”. En general, en el texto de la ley, además de los encabezados ya citados, sólo el artículo 23 bis A Ley N° 18.216 utiliza el término, aludiendo a él como “*régimen de pena mixta*”.

No ocurre lo mismo con las normas reglamentarias aplicables a esta materia. Tanto el artículo 33 del Decreto N° 1.120, del Ministerio de Justicia, de 10 de enero de 1984, Reglamento de la Ley N° 18.216, y como el artículo 12 del Decreto N° 515, del Ministerio de Justicia, de fecha 18 de enero de 2013, que aprueba el Reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, utilizan la expresión “*pena mixta*” para referirse a la institución regulada en el artículo 33 de la Ley N° 18.216.

El problema a resolver, en este contexto, consiste en determinar si la institución regulada en el artículo 33 constituye por sí misma una pena sustitutiva, o si su regulación indica que se trata de otra contenida en el catálogo general del artículo 1° inciso primero, o una institución de naturaleza distinta.

La alternativa interpretativa de atribuir a la “*pena mixta*” el carácter de una pena sustitutiva, propiamente tal, resulta descartada en el propio contexto regulativo de la Ley N° 18.216, en especial, en la definición normativa contenida en su artículo 1° inciso primero, que establece el catálogo de penas con las que el tribunal puede sustituir la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad, al momento de la imposición de la pena. Por el contrario, el régimen de “*pena mixta*” no se encuentra comprendido en dicha definición, y su referencia se encuentra en el inciso segundo del artículo 1°, que distingue alternativamente entre la facultad del inciso primero, esto es, la sustitución de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad por alguna de las penas señaladas en dicho inciso, y la facultad del artículo 33, esto es, la interrupción de la ejecución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva.

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

- a) Remisión condicional.*
- b) Reclusión parcial.*
- c) Libertad vigilada.*

d) *Libertad vigilada intensiva.*

e) *Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.*

f) *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.*

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley [...]

En consecuencia, la “pena mixta” no es una pena sustitutiva autónoma².

Luego, la cuestión a resolver es si la “pena mixta” es una forma especial de referirse a la aplicación de una pena sustitutiva comprendida en el catálogo del artículo 1° inciso primero. En este sentido, la institución objeto de análisis sería una especie de alguna de las penas sustitutivas reguladas en la Ley N° 18.216, y en consecuencia, salvo regla especial, se debiera aplicar íntegramente el marco normativo que regula dicha pena sustitutiva en concreto.

Evidentemente, si la pena mixta importa la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva, el argumento anterior se vincula naturalmente a la pena sustitutiva contemplada en la letra d) del artículo 1° inciso primero, esto es la “*libertad vigilada intensiva*”.

La pretensión original del legislador, coincidía plenamente con el argumento expuesto, en tanto comprendía a la “*pena mixta*” como una de dos modalidades de libertad vigilada intensiva. Toda pena mixta, en consecuencia, era un caso de libertad vigilada intensiva, lo que se observa inequívocamente, en el artículo 23 bis del proyecto, según el texto introducido por la Indicación sustitutiva del Ejecutivo, de 18 de agosto de 2010.

Artículo 23 bis.- Se entenderá por monitoreo telemático, toda supervisión por medios tecnológicos de las penas impuestas por la presente ley.

Dicho control podrá ser utilizado para la supervisión de las penas de reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva, ya sea que esta última se imponga de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 bis

² En este mismo sentido, Castillo, Ignacio. “El control judicial de la progresividad de la pena en Chile. Por ahora una tarea pendiente”, en Arocena, Gustavo (director). El control judicial de la cárcel en América Latina. Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 261.

*de la presente ley, o bien, según el régimen de pena mixta, previsto en el artículo 34 de esta misma ley*³.

Sin embargo, la regulación finalmente aprobada y actualmente vigente, distingue entre la posible supervisión de la pena sustitutiva de *libertad vigilada intensiva* (artículo 23 bis) y la supervisión obligatoria del *régimen de pena mixta*, durante todo el periodo de la libertad vigilada intensiva (artículo 23 bis A).

Esta distinción entre la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, y el régimen de pena mixta, se encuentra expresamente referida en la Ley N° 18.216. Por una parte, el artículo 37 distingue entre la “*concesión de las penas sustitutivas que establece esta ley*” y la “*interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33*”, otorgando en ambos casos el recurso de apelación como vía de impugnación.

Art. 37.- La decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales.

Por otra parte, el mismo artículo 1° inciso segundo, ya referido, distingue expresamente entre la “*facultad establecida en el inciso precedente*”, esto es, la sustitución de la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por la pena de libertad vigilada intensiva, y la facultad del artículo 33 de la Ley N° 18.216, esto es, la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva.

En consecuencia, la pena mixta no es una pena sustitutiva propiamente tal, adicional a las reguladas en el artículo 1° inciso primero de la Ley N° 18.216. Pero tampoco la institución regulada en el artículo 33 es un caso especial de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Por el contrario, la pena mixta constituye un *medio para poner término anticipado a la ejecución ya iniciada de una pena privativa de libertad*, que dispone su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva, es decir, por las condiciones de cumplimiento, duración y formas de control aplicables a dicha

³ Historia de la Ley N° 20.603, p. 32.

pena sustitutiva, teleológicamente orientada a la eficacia de una intervención psicosocial en los más diversos ámbitos del plan de vida del condenado⁴.

En este mismo sentido, el Ministerio de Justicia, ha señalado sobre la pena mixta lo siguiente:

[...] en estricto rigor no constituye una pena sustitutiva en particular, sino un mecanismo para llegar a imponer la libertad vigilada intensiva, por consistir en una forma adicional de poner término al cumplimiento de penas privativas de libertad, junto a las ya existentes, tales como el cumplimiento efectivo de la pena, la obtención de la libertad condicional o de la rebaja de condena, o la aplicación de indultos generales y particulares⁵.

[...] la pena mixta constituye un mecanismo innovador en nuestro actual sistema, dentro de las posibilidades de egreso anticipado al cumplimiento normal de una pena privativa de libertad⁶.

Desde esta perspectiva, es plenamente aplicable la distinción categorial trazada por Cesano en Argentina, quien señala, respecto de la regulación de alternativas al encierro carcelario en la Ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de libertad, que “[...] tal como están reguladas casi todas las alternativas [...] los institutos incorporados aparecen como mecanismos destinados a menguar o reducir el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico, sea ya como un medio de resguardar el denominado principio de ‘atenuación o ejecución penitenciaria mínima’ (en los casos de la prisión discontinua y la semidetención) o el de humanidad (en las hipótesis de prisión domiciliaria) y no al de sustituir determinada categoría de penas (las privativas de libertad de corta duración), tal como ocurre con las sanciones autónomas que funcionan en el derecho comparado”⁷. Subyace a este argumento, la distinción entre verdaderas penas alternativas, es decir, medidas

⁴ En términos similares, vid. Castillo, op. cit., p. 261, quien afirma que la pena mixta es un mecanismo que permite ir avanzando en la progresividad de la pena, disminuyendo la intensidad de la sanción inicialmente impuesta. Vid. tb. en este sentido, Gómez, Francisco y Jara, Francisco. Las penas sustitutivas a las penas privativas de libertad restrictivas de libertad en el contexto del Derecho Penal y la política criminal chilena. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 190-191.

⁵ Ministerio de Justicia. Nuevo sistema de penas sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603-Chile 2013, p. 75.

⁶ *Ibidem*, p. 126.

⁷ Cesano, José Daniel. Estudios de derecho penitenciario. Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 126.

diferentes al encierro que se deciden en el momento de imposición de la condena, de otras meras alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas, bajo la forma de alternativas especiales de cumplimiento⁸.

En tanto la aplicación de la pena mixta importa un medio para poner término anticipado a la ejecución de una pena privativa de libertad, adicional a los conocidos por la legislación chilena (libertad condicional, rebaja de condena, indulto y amnistía), es posible trazar una demarcación estricta entre normas configuradoras del marco regulatorio aplicable a la decisión de interrumpir la pena privativa de libertad, y otras normas que rigen la ejecución del régimen de libertad vigilada intensiva consecencial a la decisión anterior.

Desde un punto de vista operativo, el problema consiste en determinar, aplicando la tesis sostenida en este apartado, la aplicabilidad o inaplicabilidad de reglas contempladas en la regulación de la libertad vigilada intensiva, que carecen de una norma correlativa especial en el artículo 33, u otra disposición que expresamente afirme su aplicabilidad en esta materia.

Un ejemplo del problema al que se hace referencia, corresponde al marco regulatorio aplicable a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, en tanto establecimiento legal de requisitos de procedencia específicos en relación a la cuantía de la pena privativa o restrictiva de libertad sustituible, estableciendo como regla general una pena concreta de tres años y un día a cinco años de presidio menor en su grado máximo –artículo 15 bis letra a)–, sin perjuicio de la regla especial que extiende el ámbito de aplicación de la pena de libertad vigilada intensiva a las penas privativas o restrictivas de libertad superiores a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, en los casos de ciertos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar y otros vinculados a algunos delitos sexuales –artículo 15 bis letra b)–.

Por supuesto, la regulación de la pena mixta establece expresamente un umbral superior distinto que la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues abarca también la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Sin embargo, se plantea la pregunta por el umbral mínimo: ¿puede aplicarse la plena mixta a una pena de tres años, sin estar en los casos especiales del artículo 15 bis b)? ¿Puede aplicarse la pena mixta a una pena privativa de libertad de 540 días de presidio menor en su grado

⁸ Ibidem, pp. 124-127.

mínimo? ¿Se aplican todas las hipótesis de exclusión general contempladas en el artículo 1°?

Si se estima correcta la tesis sustentada en este apartado, entonces la pena mixta no es una pena sustitutiva propiamente tal, ni tampoco corresponde a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Por el contrario, la pena mixta es una institución autónoma, cuyo efecto es la interrupción de una pena privativa de libertad ya impuesta y en ejecución, que es remplazada por el régimen de libertad vigilada intensiva, lo que se manifiesta en las condiciones a cumplir por el condenado en libertad, la duración y la forma de control correspondiente. En consecuencia, el marco regulatorio de la libertad vigilada intensiva sólo es aplicable, salvo regla expresa, a la ejecución de la libertad vigilada intensiva. Por el contrario, la decisión de interrumpir la pena privativa de libertad, responde a un marco regulatorio autónomo, compuesto por las siguientes reglas:

- a) Reglas de procedencia respecto de la pena interrumpida: artículo 33 inciso primero letras a) y c).
- b) Regla de procedencia respecto de la inexistencia de condenas por crimen o simple delito registradas: artículo 33 inciso primero, letra b).
- c) Regla de procedencia respecto de los méritos intrapenitenciarios del condenado y consideraciones preventivo-especiales: artículo 33 inciso primero letra d) e inciso tercero.
- d) Reglas de exclusión: artículo 1° inciso segundo.

| Pena sustitutiva de LVI | | Pena mixta | |
|--|--------------------|--|-------------------------------|
| Reglas de procedencia | | Reglas de procedencia | |
| Cuantía de la pena sustituida: | 15 bis a) y b) | Cuantía de la pena interrumpida: | 33 inciso 1° a) y c) |
| Condenas anteriores | 15 inciso 2°, n° 1 | Otras condenas | 33 inciso 1° b) |
| Consideraciones preventivo-especiales: | 15 inciso 2°, n° 2 | Consideraciones preventivo-especiales: | 33 inciso 1° d); 33 inciso 3° |
| Regla de exclusión aplicable | | Reglas de exclusión aplicable ⁹ | |
| 1 inciso 2° | | 1 inciso 2° | |

La historia fidedigna del artículo 1° inciso segundo da cuenta de una decisión deliberada del legislador en los términos ya expuestos. En el contexto de la discusión en el primer trámite constitucional, en la Comisión de Constitución,

Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, al discutirse los alcances del entonces artículo 34, la mayoría de los diputados consideró que no era suficientemente claro que el mecanismo de interrupción de la pena privativa de libertad no era aplicable a los delitos excluidos de las penas sustitutivas establecidas en este artículo 1º, razón por la que acordó, por unanimidad intercalar en el inciso segundo, entre las palabras “precedente” y “de esta ley” las expresiones “ni la del artículo 34”¹⁰.

En segundo trámite constitucional, en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se presentaron dos indicaciones cuya finalidad fue suprimir, de la disposición comentada, la frase “*ni la del artículo 34 de esta ley*” (indicación N° 1 de la H. Senadora Soledad Alvear e indicación N° 2, del H. Senado Patricio Walker), y en consecuencia, eliminar la exclusión de la pena mixta a los condenados por alguno de los delitos comprendidos en esa disposición.

Al respecto, en su intervención ante la Comisión, la entonces subsecretaria de Justicia, Sra. Patricia Pérez Goldberg, manifestó lo siguiente:

[...] el catálogo de delitos excluidos de las penas alternativas es parte del texto original del proyecto y que lo que la Cámara de Diputados hizo fue excluir dicha nomina también del beneficio de la pena mixta”¹¹.

En otros términos, la modificación introducida por la Cámara de Diputados, en la justificación expresada por la Sra. subsecretaria, obedece a aplicar el catá-

⁹ En la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, en segundo trámite constitucional, la subsecretaria de Justicia, Sra. Patricia Pérez Goldberg, afirmó respecto de los casos excluidos de la pena mixta que “este beneficio no se extiende a las personas que hayan cometido delitos sexuales graves o perpetrado ilícitos en un contexto de violencia intrafamiliar” (Historia de la Ley N° 20.603, pp. 696-697). Sin embargo, esta opinión no tiene sustento en la regulación vigente. Los delitos a que se hace referencia –delitos sexuales graves o cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar–, están excluidos de la pena sustitutiva de remisión condicional conforme lo dispone el artículo 4º inciso final de la Ley N° 18.216, si se satisfacen las condiciones que establece la regla a que se remite esta disposición, esto es, en lo pertinente, el artículo 15 bis letra b). Y en relación a la libertad vigilada intensiva, esta última regla en ningún caso excluye la aplicación de la libertad vigilada intensiva, por el contrario la extiende a casos que estaban excluidos de la regla general de la letra anterior, ampliando su aplicación también a las penas privativas o restrictivas de libertad superiores a quinientos cuarenta días y no superiores a cinco años. En consecuencia, no hay exclusión alguna respecto de estos delitos, en la regulación vigente, salvo los casos del artículo 1º inciso segundo.

¹⁰ Historia de la Ley N° 20.603, pp. 103-104.

¹¹ *Ibidem*, p. 522

logo de delitos excluidos para las penas sustitutivas, también para el caso del “*beneficio de pena mixta*”. Recordar que expresamente, el *leitmotiv* de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603, era privar del carácter de beneficio al catálogo de consecuencias jurídicas establecido en la Ley N° 18.216, naturaleza que expresamente se le atribuye en la frase citada.

Sin embargo, en ese mismo contexto, la opinión del entonces jefe de la División de Defensa Social, Sr. Sebastián Valenzuela, contradice la posición sostenida en este apartado, en los términos siguientes:

El Jefe de la División de Defensa Social, señor Valenzuela, [...] señaló que el problema planteado por la proposición en estudio es que si se elimina la exclusión de la pena mixta, el condenado a uno de los delitos indicados en el catálogo del artículo 1° que cumpla con los requisitos para obtener el beneficio de la pena mixta, quedaría en definitiva sujeto a libertad vigilada intensiva, que es una pena sustitutiva. Sin embargo, el propio artículo 1° excluye a ese condenado de la aplicación de cualquiera de las penas sustitutivas, entre las que se comprende la libertad vigilada intensiva, por lo que, de aprobarse la indicación, sería necesario hacer una adecuación adicional para evitar esta inconsistencia¹².

Frente al riesgo de incurrir en un subjetivismo extremo en la interpretación de la disposición recurriendo al elemento histórico, es posible excluir la opinión referida como expresión de la historia fidedigna de la disposición, en razón de un importante antecedente de la discusión parlamentaria. En el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, el H. Senador Sr. Hernán Larraín, propuso expresamente eliminar en el texto del artículo 33 de la Ley N° 18.216, la expresión “régimen de la libertad vigilada”, y en cambio, mencionar esta última como una pena¹³. Esta modificación, clarificaba en un sentido contrario al sostenido en este apartado, la naturaleza jurídica de la pena mixta, en términos de atribuirle la naturaleza de pena sustitutiva, en el sentido de la propuesta original del Ejecutivo. Sin embargo, frente a esa posibilidad manifiesta y expresa, el legislador rechazó esa solución, manteniendo el texto a este respecto, en los mismos términos que actualmente se encuentra vigente: lo que reemplaza a la pena privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta e interrumpida, es el régimen de la libertad vigilada intensiva,

¹² Ibidem, p. 523.

¹³ Ibidem, p. 701.

y no la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, como pretendió introducir el H. Senador Larrain, e interpretó el Jefe de la División de Defensa Social, Sr. Sebastián Valenzuela.

Si la pena mixta, en consecuencia, no constituye una pena en sí misma, ni corresponde a un caso especial de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, sino por el contrario, es un mecanismo para poner término anticipado a la ejecución ya iniciada de una pena privativa de libertad, entonces, se debe analizar si esa forma más beneficiosa de anticipar la salida al medio libre del condenado puede ser aplicada a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 18.216 modificada por la Ley N° 20.603.

II. Aplicación retroactiva de la pena mixta a los condenados por hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia

El artículo 8° de la Ley N° 20.603, establece reglas especiales sobre la vigencia de las modificaciones que dicha ley introdujo en la Ley N° 18.216. En su letra c), el artículo 8° expresamente hace referencia a la pena mixta, disponiendo al respecto que “entrará en vigencia transcurridos dos años desde la mencionada publicación” (en el Diario Oficial, de las adecuaciones que debían ser incorporadas en el Decreto Supremo N° 1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley N° 18.216).

Sin perjuicio de la discusión sobre la aplicación retroactiva de disposiciones legales favorables con anterioridad a su entrada en vigencia en los casos en que la ley establece un periodo de vacancia legal, una vez cumplido el plazo fijado por la regla contenida en el artículo 8° letra c), esto es, el transcurso de un plazo de dos años desde la publicación de las modificaciones al Reglamento de la Ley N° 18.216, existe un problema de aplicabilidad de leyes penales en el tiempo, toda vez que los casos en que se discutirá la aplicación de la pena mixta, corresponden a hechos acaecidos (y condenados) con anterioridad a la entrada en vigencia de la institución, y en consecuencia, su aplicación dependerá de si es aplicable a su respecto, el principio de retroactividad de la ley penal favorable.

A este respecto, la jurisprudencia chilena ha conocido diversos casos en que lo discutido era la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas a la Ley N° 18.216, contenidas en la Ley N° 20.603. Pero en concreto, en relación específicamente con la pena mixta, tales decisiones judiciales se vinculaban al problema inicialmente referido, esto es, la aplicación retroactiva con anterioridad al vencimiento del plazo de vacancia legal establecido en el artículo 8° de la Ley N° 20.603.

Sin embargo, en los antecedentes analizados para la elaboración de este informe, es posible observar un fallo que se pronuncia sobre cuestiones vinculadas a la aplicabilidad retroactiva de la ley penal, sin depender del problema del plazo de la vacancia legal. El voto disidente en la SCA de Talca, causa Rol N° 37-2015, afirmó lo siguiente:

3º) Que, a juicio del disidente, no es aplicable lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 18 del Código Penal, pues dicha norma se refiere al evento de dictación de una ley que exima el hecho punible de toda pena o le aplique una menos rigurosa, cual no es el caso pues la Ley N° 20.603, modificatoria de la Ley 18.216, no modificó de manera alguna la sanción del delito cometido por el condenado y tan sólo estableció un beneficio respecto a la forma de cumplimiento de la pena impuesta.

Como se observa, en relación a la pena mixta, asunto discutido en el caso resuelto por dicha sentencia, existe acuerdo respecto del problema analizado en el capítulo anterior en este informe: la naturaleza de la pena mixta no es ni la de una pena autónoma, ni tampoco corresponde a la pena sustitutiva, por el contrario, es un medio para poner término anticipado a la ejecución de una pena privativa de libertad, es decir, es una institución que se vincula al cumplimiento de esta pena, una vez que ya se ha iniciado, imponiendo como remplazo a la ejecución de la privación de libertad, el régimen de cumplimiento de la libertad vigilada intensiva.

Desde ese punto de vista, sin duda, el artículo 33 de la Ley N° 18.216, no exime al hecho de una pena. En consecuencia, debemos determinar si la pena mixta corresponde al caso en que se “*aplica una menos rigurosa*”, y segundo, si su efecto en la forma de cumplimiento es relevante desde la perspectiva del principio de favorabilidad.

Al respecto, es necesario precisar que desde un punto de vista constitucional, el principio de favorabilidad contenido en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, señala que “*ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”. Desde esta perspectiva, la Constitución no restringe el alcance de aplicación del principio, pues lo relevante para afirmar su aplicación retroactiva es el carácter favorable de la disposición.

Desde una perspectiva legal, también es preciso recordar que el artículo 18 inciso 3º CP, regula la aplicación retroactiva favorable de una ley que “*exime el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa*” promulgada después

de ejecutoriada la sentencia, incluso si se ha cumplido la condena impuesta. En consecuencia, el efecto de cosa juzgada tiene como excepción la modificación de la sentencia cuando una nueva ley favorable ha de aplicarse retroactivamente. En este sentido, el principio de favorabilidad excluye el efecto de cosa juzgada.

En consecuencia, el único problema para afirmar la aplicabilidad de la pena mixta a los casos acaecidos y resueltos con anterioridad a la entrada en vigencia dispuesta en el artículo 8º de la Ley N° 20.603, es determinar si la pena mixta constituye una “*pena menos rigurosa*”.

Desde ya, desde un punto de vista literal, la regla no exige que se aplique “otra” pena menos rigurosa. Basta con una modificación en la misma pena que se debe o se está cumpliendo. Desde esa perspectiva, afirmar que la pena mixta no es una pena autónoma, ni tampoco corresponde a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, carece de relevancia para el problema discutido.

Más bien, lo que debe resolverse, es si las condiciones de cumplimiento y término de la pena ya impuesta y en ejecución, se encuentran dentro del alcance del principio de favorabilidad. En otros términos, la pregunta es si la “*pena menos rigurosa*” comprende una modificación a la regulación aplicable en el modo de poner término anticipado y cumplir la pena privativa de libertad, como es, la institución de la pena mixta.

Según OLIVER, “*los cambios benignos en la regulación penitenciaria deben aplicarse retroactivamente, al menos aquellos que incidan en las disposiciones de naturaleza penal de este sector del ordenamiento jurídico*”¹⁴. Dicha opinión coincide con la posición de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, quienes afirman que “*la ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues (a) puede tratarse de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales*”¹⁵.

Tales argumentos, son consistentes con el fundamento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Tal fundamento obedece a una exigen-

¹⁴ Oliver, Guillermo. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 377.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio; Aliaga, Alejandro; y Slokar, Alejandro. Derecho Penal Parte General, 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 121.

cia de proporcionalidad, que se vincula a la aplicación de la valoración vigente que el legislador tiene respecto de un hecho y su sanción jurídica. Si el Estado aplicara en cambio, la ley penal derogada al caso, incurriría en infracción a la prohibición de exceso, en tanto manifestación de un rigor punitivo que ya no responde a la valoración actual del legislador¹⁶. En ese sentido, como afirma Oliver, *“la mantención del régimen penitenciario antiguo expresa un rigor innecesario y excesivo desde la perspectiva de la valoración actual”*¹⁷.

En consecuencia, al momento de cumplirse el plazo del artículo 8° de la Ley N°20.603, para la entrada en vigencia de la pena mixta, su aplicación retroactiva a los hechos acaecidos y resueltos con anterioridad a dicha fecha es indiscutida, pues el establecimiento de un mecanismo para interrumpir de forma anticipada la ejecución de una pena privativa de libertad, disponiendo como remplazo el régimen de la libertad vigilada intensiva, mecanismo alternativo a las instituciones tradicionales que conoce el derecho penitenciario chileno, tales como la libertad condicional y la rebaja de condena de la Ley N° 19.856, constituye una institución que favorece al condenado desde una perspectiva constitucional, no existiendo límite alguno a su aplicabilidad incluso por sobre el efecto de cosa juzgada, al importar la aplicación de una pena menos rigurosa, al modificar el régimen de cumplimiento de una pena privativa de libertad.

III. Fundamento de la pena mixta, en el contexto político criminal de la reforma a la Ley N° 18.216

En general, la orientación político criminal del legislador en el contexto de la modificación a la Ley N° 18.216, se resume en la idea de intensificar el control efectivo de las consecuencias del delito distintas a la pena privativa de liber-

¹⁶ Vid. en este sentido, Bascuñán, Antonio. “La ley penal”, en Revista de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 1:2004. Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 212, quien señala que “la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad. Su fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley [...] Lo que busca el principio de favorabilidad es una congruencia material –y no formal– de la reacción punitiva judicial con la medida legal de merecimiento y necesidad de pena. Una modificación legal que despenaliza un comportamiento o reduce la pena aplicable, implica un reconocimiento de la total falta de merecimiento o necesidad de pena de ese comportamiento, o de un menor merecimiento o de una menor necesidad de pena. Ello conlleva una redefinición de la medida en que esa pena es un medio adecuado, necesario y proporcionado para lograr los fines que la legitiman. Bajo esa redefinición, una reacción punitiva judicial que sobrepase esa nueva medida debe ser considerada como excesiva. Ese exceso implica una infracción al principio de proporcionalidad”.

¹⁷ Oliver, op. cit., p. 378.

tad, acorde a una perspectiva preventivo general y del carácter punitivo que se pretende asignar a ellas, sin renunciar por ello a una orientación preventivo especial positiva en la ejecución de las penas, en un marco general de diversificación de la respuesta penal y de uso racional de la cárcel¹⁸.

La pena mixta, introducida en ese contexto, responde íntegramente a tales principios rectores de la nueva institucionalidad:

- a) Intensificación del control efectivo acorde a una perspectiva punitiva preventivo general

La pena mixta, en tanto implica la interrupción de la pena privativa de libertad y su remplazo por el régimen de la libertad vigilada intensiva, se sujeta a las condiciones de ejecución de dicha pena sustitutiva, lo que implica el sometimiento al control judicial, administrativo y telemático (obligatorio) de las condiciones que importa el tribunal al momento de otorgar la pena mixta.

- b) Orientación preventivo especial resocializadora

Sea por las exigencias preventivo-especiales requeridas para la procedencia de la pena mixta, como los criterios técnicos psico-sociales que rigen en la ejecución del régimen de libertad vigilada intensiva, la orientación preventivo especial resocializadora integra y confiere sentido a esta institución.

- c) Diversificación de la respuesta penal y uso racional de la cárcel

La pena mixta, en tanto mecanismo de interrupción de la ejecución de una pena privativa de libertad, para casos preventivo especialmente idóneos que justifican un trato distinto al encierro del condenado, en tanto sometimiento en libertad a las condiciones aplicables a la libertad vigilada intensiva, amplía en general el catálogo de alternativas a la pena privativa de libertad, y acentúa el énfasis en la reinserción social como orientación programática de la ejecución de la pena en Chile.

En especial, en la discusión parlamentaria, según se observa en la historia fidedigna del artículo 33, este último aspecto es el que se acentuó con mayor

¹⁸ Vid. al respecto, en detalle, Ministerio de Justicia, op. cit., pp. 14-29. Las razones de una orientación político-criminal estatal, dirigida al fortalecimiento de sustitutos penales, se expresa, en el comentario mismo del Ministerio, que señala que "considerando el alto crecimiento de la población penal, las altas tasas de privación de libertad, la experiencia de otros países que acuden mayoritariamente a las medidas alternativas a la privación de libertad, los altos índices de reincidencia de las penas privativas de libertad en comparación a las medidas alternativas, y el diagnóstico y recomendaciones entregadas por los expertos y organismos internacionales, aparece manifiesta la necesidad y urgencia de modificar y fortalecer un sistema alternativo a la privación de libertad" (ibidem, p. 25).

énfasis en el debate según se observa en la opinión del Ejecutivo sostenida en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, cuyos representantes sostuvieron como finalidad de la pena mixta la *disminución de la población penal en casos justificados*¹⁹, y *dar una solución a los condenados que al momento de la imposición no reunían los requisitos para una pena sustitutiva, pero su excelente comportamiento intrapenitenciario permite la interposición del régimen de libertad vigilada intensiva*²⁰. Tales fines asignados a la institución, expresan inequívocamente su orientación a la reinserción social, en un contexto de diversificación de la respuesta penal, y uso de la cárcel para los casos más graves²¹.

Sin perjuicio de ello, existe en la historia fidedigna de la disposición un fundamento especial de la pena mixta, en tanto mecanismo para interrumpir la privación de libertad. Sin perjuicio que ya en la Cámara de Diputados, en el seno de la Comisión de Constitución, los representantes del Ejecutivo aludieron a la pena mixta como una *“etapa de preparación para el total egreso del sistema penitenciario”*, fue el entonces Ministro de Justicia, Sr. Felipe Bulnes, en su intervención en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, quien se refirió a un fin específico de la pena mixta:

La reincorporación a la sociedad no pasaría desde la privación absoluta de libertad a la reinserción al día siguiente, como si fuera a verificarse en forma automática, sino que se trabajaría con un concepto de gradualidad. Esto es lo que hemos denominado ‘pena mixta’²².

En consecuencia, la pena mixta encierra en su origen un programa que orienta su ejecución a la preparación del condenado hacia el objetivo de la recuperación de su libertad plena. De ese modo, la idea de *gradualidad* y *progresividad*, requieren expresarse en la ejecución misma del régimen de libertad

¹⁹ Historia de la Ley N° 20.603, p. 102.

²⁰ *Ibidem*, p. 162.

²¹ “La búsqueda de racionalizar la privación de libertad ha llevado a incorporar un mecanismo innovador en nuestro sistema de medida alternativas para acceder a la libertad vigilada intensiva, que consiste en la incorporación de la denominada pena mixta, mecanismo que permite que personas privadas de libertad por condenas de hasta cinco años y un día, cumpliendo ciertos requisitos, entre ellos, un tiempo mínimo de cumplimiento de 1/3 de condena, puedan egresar del establecimiento penitenciario para cumplir el saldo de su condena mediante la libertad vigilada intensiva” (Ministerio de Justicia, op. cit., p. 29).

²² Historia de la Ley N° 20.603, pp. 464-465.

vigilada intensiva, cuestión que analizaremos en concreto al estudiar *infra*, las condiciones de ejecución de la pena mixta.

IV. Requisitos de procedencia de la pena mixta

Se debe distinguir dentro de la regulación del artículo 33, tres exigencias para la procedencia de la pena mixta: a) respecto de la pena privativa de libertad ejecutada; b) respecto de la inexistencia de registros por condenas de crimen y simple delito; y c) respecto de los méritos intrapenitenciarios del condenado.

1. Respeto de la pena que se encuentra bajo ejecución y que se pretende interrumpir

El artículo 33 inciso primero, letras a) y c) disponen lo siguiente:

Artículo 33.- “El tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior;

c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, [...]”

En consecuencia, en relación a la pena que se encuentra en ejecución, se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) La naturaleza de la pena interrumpida debe ser privativa de libertad.

En este punto, se observa una diferencia respecto de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues ésta también sustituye el cumplimiento de las penas *restrictivas* de libertad.

b) Debe existir un cumplimiento de forma efectiva de, a lo menos, un tercio de la pena privativa de libertad.

El tiempo de cumplimiento efectivo exigido difiere del requerido por el Decreto Ley N° 321, sobre Libertad Condicional, que por regla general corresponde a la mitad del tiempo de condena, sin perjuicio del establecimiento de tiempos mayores para casos excepcionales, según dispone su artículo 3°.

Respecto al fundamento de esta anticipación del egreso al medio libre, en comparación a la libertad condicional, el Ministerio de Justicia ha señalado lo siguiente:

Las razones que llevan a establecer tiempos menores para acceder a la pena mixta, en comparación a la libertad condicional, se fundamentan en que ya siendo la libertad condicional un mecanismo de egreso desde los establecimientos penitenciarios que en general presenta satisfactorias cifras en cuanto a reincidencia y revocaciones, lo cierto es que no contempla un control y apoyo de la medida suficientemente adecuados para ampliar un sistema de egresos anticipados de la cárcel. Ello permite concluir entonces en la necesidad ampliación de instituciones que, sobre la base de buenas conductas y otros requisitos adicionales, permiten anticipar los egresos desde establecimientos penitenciario, bajo un programa efectivo de control y apoyo a la reinserción, lo cual justamente se contempla en el contexto de la ejecución de la libertad vigilada intensiva [...]²³.

Al respecto, podría suscitarse la duda respecto de si el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad excluye el efecto de los abonos que pudieran computarse a ese tiempo de cumplimiento. En este sentido, debemos distinguir el *abono del tiempo sometido a una medida cautelar personal privativa de libertad*, y el *abono de penas sustitutivas revocadas por incumplimiento o quebrantamiento*.

l) Abono del tiempo bajo medida cautelar privativa de libertad

La regulación del abono desde una perspectiva sustantiva se encuentra en el Art. 26 del Código Penal (CP), que dispone lo siguiente:

La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado.

La regla, por tratarse de una definición sustantiva, constituye un principio fundamental *“atingente a los límites de las penas privativas de libertad en nuestro*

²³ Ministerio de Justicia, op. cit., pp. 76-77.

derecho”, y en consecuencia las restantes reglas procesales no son más que un complemento²⁴.

Desde otra perspectiva, según los términos imperativos del citado Art. 26 CP, es correcto negar que el abono constituya una concesión graciosa del Estado, sino que, por el contrario, es una manifestación del derecho de toda persona a no padecer privaciones de libertad excesivas o innecesarias, y del consecuente derecho a ser reparado si tal derecho se ve conculcado. En este sentido, Hernández, sostiene que la regla del Art. 26 CP, y su amplitud, es una característica del carácter liberal y humanitario del código, con antecedentes claros en la regulación del Código Penal español de 1822 y el Código Penal belga de 1867²⁵, y en ese sentido, constituye una “*garantía explícita –no una vaga directriz– destinada a evitar la extensión ilegítima de la privación de libertad, o privaciones de libertad gratuitas*”²⁶.

Desde una perspectiva procesal, el artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal (CPP) complementa lo dispuesto en el citado Art. 26, en los siguientes términos (modificada por la Ley N° 20.603):

Artículo 348.- Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las penas sustitutivas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado.

²⁴ Vid. al respecto, Hernández, Héctor. Abono de prisión preventiva en causa diversa. Informe en derecho N° 4/2009. Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, p. 2., en Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009, N° 7, octubre de 2010, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

²⁵ Ibidem, pp. 2-3.

²⁶ Cillero, Miguel. “Comentario (artículo 26)”, en Hernández, Héctor y Couso, Jaime (directores). Código Penal comentado Parte General Doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p. 477.

En consecuencia, la ley imperativamente ordena que las penas temporales comiencen a contarse desde la privación de libertad del condenado, y que la sentencia condenatoria fije el tiempo de la privación de libertad (efectiva) que sirve de abono al cumplimiento (efectivo) de la pena²⁷.

Por ello, cuando se trata del abono de la medida cautelar según la regla del artículo 348 CPP, existe, desde un punto de vista material, efectiva privación de libertad. Luego la regla tiene utilidad respecto de la regla de conversión, no respecto de una definición sustantiva en relación al abono.

Desde esta perspectiva, el tercio de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta debe considerar el tiempo bajo una medida cautelar personal privativa de libertad, sea detención, prisión preventiva o la medida cautelar del artículo 155 letra a) CPP.

La historia fidedigna de la disposición recoge manifiestamente este criterio. El texto original discutido en el Congreso, exigía que *“el penado, con posterioridad a que la sentencia hubiese quedado ejecutoriada, hubiera cumplido un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva”*²⁸. En ese contexto, la entonces subsecretaria de Justicia, Sra. Patricia Pérez Goldberg, señaló que el texto, en esa redacción, no tomaba en cuenta que se imputan a la condena todos los días que el sentenciado estuvo privado de libertad durante el juicio, y en consecuencia, el Ejecutivo propuso la eliminación de la frase, lo que fue acordado durante el segundo trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado²⁹. Desde esta perspectiva, sin duda, el tercio mínimo de cumplimiento efectivo comprende el tiempo de cumplimiento de una medida cautelar privativa de libertad total o parcial, en los términos definidos por el artículo 348 inciso segundo CPP.

II) Abono del tiempo de cumplimiento de una pena sustitutiva

La regla que regula el cumplimiento de una pena sustitutiva es el artículo 26 de la Ley N° 18.216, que dispone lo siguiente:

Artículo 26.- La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado

²⁷ Hernández, Abono... op. cit., p. 7.

²⁸ Historia de la Ley N° 20.603, p. 694.

²⁹ *Ibidem*, p. 698.

al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas.

Tendrán aplicación, en su caso, las reglas de conversión del artículo 9° de esta ley.

La regla del artículo 26 es la más clara consecuencia del carácter punitivo de las consecuencias jurídicas establecidas en la Ley N° 18.216, a las que atribuye la naturaleza de penas sustitutivas en su artículo 1°. Desde esa perspectiva, en caso de revocación por incumplimiento o quebrantamiento, el tiempo de ejecución de una pena sustitutiva deberá ser abonado de forma proporcional al cumplimiento de la pena privativa o restrictiva de libertad sustituida.

Desde esa perspectiva, no hay duda que para efectos del cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, el artículo 26 ordena el abono del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva. Sin embargo, ello no es concluyente para resolver si, para efectos de interrupción de esa pena privativa de libertad, según el artículo 33, basta ese abono proporcional.

En tanto la regla del artículo 33 inciso primero, letra c), exige para la interrupción a lo menos un tercio de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, en principio, no correspondería considerar el tiempo abonado correspondiente al cumplimiento de la pena sustitutiva. En este sentido, el abono es pertinente para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero la exigencia de efectividad en el cálculo del tercio mínimo, no consideraría ese abono.

Sin embargo, esa conclusión no es correcta desde una perspectiva material. Pues, al igual que las medidas cautelares personales detención, prisión preventiva, y la del artículo 155 letra a) CPP, la Ley N° 18.216 no es ajena a la privación de libertad efectiva sustitutiva de una pena privativa de libertad.

Ese fenómeno se observa en relación a dos penas sustitutivas, la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva. Ambas, según los artículos 7° y 17 ter de la Ley N° 18.216, respectivamente, disponen lo siguiente:

Artículo 7°.- La pena de reclusión parcial consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales.

Artículo 17 ter.- En caso de imponerse la libertad vigilada intensiva deberán decretarse, además, una o más de las siguientes condiciones: [...]

c) Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho horas diarias, las que deberán ser continuas.

En ambos casos, sin duda, estamos frente a una pena sustitutiva, cuyo cumplimiento importa una efectiva privación de libertad parcial. En este sentido, esa afectación material del derecho a la libertad ambulatoria en nada se diferencia al cumplimiento de la medida cautelar del artículo 155 letra a) CPP, siendo incluso aún más lesiva, al estar asociado su cumplimiento, por regla general, al control vía monitoreo telemático.

Desde esa perspectiva, nos encontramos frente a una privación de libertad parcial, pero efectiva. En consecuencia, si ese tiempo en que el condenado se encuentra privado de libertad es abonado al cumplimiento de la pena originalmente impuesta, por incumplimiento o quebrantamiento de la pena sustitutiva de reclusión parcial o libertad vigilada intensiva, se debe reconocer también para el cálculo del tercio de cumplimiento de la privación de libertad, pues se satisface íntegramente la exigencia de privación de libertad efectiva requerida por la regla, en un contexto de reconocimiento como abono del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva, cualquiera sea ella.

Afirmado ello, sólo resta por determinar cuál es el cómputo que debe regir respecto de este abono. Al respecto, no corresponde invocar la regla aplicable a privaciones de libertad parcial del artículo 348 inciso segundo CPP, pues existe regla especial en el artículo 26 de la Ley N° 18.216, esto es, el abono proporcional, criterio que en el caso de la reclusión parcial y de la libertad vigilada intensiva, tiene regulación expresa en los artículos 9 y 16 de la Ley N° 18.216.

Artículo 9°.- Para los efectos de la conversión de la pena inicialmente impuesta, se computarán ocho horas continuas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad.

Artículo 16.- Al imponer la pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, el tribunal establecerá un plazo de intervención igual al que correspondería cumplir si se aplicara efectivamente la pena privativa o restrictiva de libertad que se sustituye.

En síntesis: si se revoca la pena sustitutiva, sea por incumplimiento o quebrantamiento, se debe abonar su tiempo de ejecución a la pena originalmente impuesta. Ese tiempo, en el caso de la reclusión parcial y de la libertad vigilada intensiva, será determinado según el artículo 26, en relación al artículo 9° y 16 de la Ley N° 18.216. Y ese cumplimiento será relevante para el cálculo del ter-

cio requerido por el artículo 33, cuando haya importado privación de libertad efectiva, como es el caso de la reclusión parcial, cualquiera sea su modalidad, y la libertad vigilada intensiva cuando se ha impuesto la condición del artículo 17 ter letra c).

c) La cuantía de la pena impuesta no debe ser superior a los cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo.

La regla establece un límite superior mayor a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, toda vez que se extiende a condenados a pena de crimen, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

En relación al límite inferior, tal como se sostuvo al inicio de este informe, no son aplicables las reglas de procedencia de la libertad vigilada intensiva, contenidos en los artículos 15 bis a) y b) de la Ley N° 18.216.

Sin embargo, implícitamente la regulación contiene un límite inferior respecto de la pena privativa de libertad que se pretende interrumpir. Este límite es consecuencia de la exigencia de la letra d) del inciso primero del artículo 33 de la Ley N° 18.216, que exige para la procedencia de la pena mixta “*un comportamiento calificado como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud [...]*”. En consecuencia, necesariamente la pena que se pretende interrumpir exigirá un tiempo mínimo para dar cumplimiento a este requisito legal.

2. Respetto de la inexistencia de otras condenas por crimen o simple delito

La letra b) del inciso primero del artículo 33, establece este requisito, en términos que “*al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis*”.

En una simple comparación de este requisito de la pena mixta, con el de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, se observa que en el caso de la segunda, las condenas por crimen o simple delito deben ser anteriores, sin resolver expresamente si esa anterioridad es respecto del acaecimiento del hecho o del momento de la sentencia condenatoria, cuestión que debiera resolverse según el primer criterio, por inferirse implícitamente de la regla de omisión de condenas anteriores cumplidas y su forma de cómputo del plazo, desde el acaecimiento hecho sobre el que recae la nueva condena.

Por el contrario, la regla del artículo 33 expresamente se proyecta más allá del hecho, la condena e incluso el tiempo de ejecución de la pena privativa de

libertad. A este respecto, lo importante es que al momento de discutirse la interrupción, el condenado no registre otras condenas por crimen o simple delito.

La regla remite a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis, remisión que ha planteado algunas dudas interpretativas, pues dicha disposición establece una nueva remisión, ahora, al artículo anterior: *“En los casos previstos en las dos letras anteriores, deberán cumplirse, además, las condiciones indicadas en ambos numerales del inciso segundo del artículo anterior”*.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 15, en su inciso segundo, dispone lo siguiente:

En los casos previstos en las dos letras anteriores, deberá cumplirse, además, lo siguiente:

1.- Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena, y

2.- Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social. Dichos antecedentes deberán ser aportados por los intervinientes antes del pronunciamiento de la sentencia o en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal. Excepcionalmente, si éstos no fueren aportados en dicha instancia, podrá el juez solicitar informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo previsto en el artículo 344 del Código Procesal Penal.

La interpretación correcta de las disposiciones citadas, permite entender que el artículo 33 exige, como requisito de la pena mixta, que el condenado no registre otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso segundo del artículo 15 (regla a la que se refiere el inciso segundo del artículo 15 bis). En otros términos, la única excepción pertinente a la exigencia de tal requisito vinculado a los antecedentes del condenado, es el numeral primero de dicho inciso, que establece que no se consideran las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena.

Por el contrario, la regla del numeral segundo es impertinente. Dicha regla establece el requisito subjetivo de la pena sustitutiva de la libertad vigilada y reglas de procedimiento (oportunidad, carga de presentar antecedentes, y solicitud a Gendarmería en su defecto). Ninguna de ella es pertinente en el caso de la pena mixta: el artículo 33 establece reglas específicas respecto del requisito subjetivo (inciso primero letra d) e inciso tercero) y en relación a su regulación procedimental (inciso primero y tercero a quinto).

La historia fidedigna del artículo 33, confirma lo señalado precedentemente. En su redacción original, según el texto introducido por la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo de fecha 18 de agosto de 2010, se establecía como requisito de la pena mixta, en la letra b) de dicha disposición, *“que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registre otra condena por crimen o simple delito”*³⁰.

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional, se modificó la disposición, según las razones que se observan en la historia de la ley:

*Por último, la Comisión acordó precisar en la letra b) del inciso primero, que se refiere al requisito para la procedencia del reemplazo de la pena privativa de libertad, consistente en que el penado no registre otra condena por crimen o simple delito, que tal exigencia es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 bis, es decir, que no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes de la comisión del nuevo delito, como también que la factibilidad técnica a que hace referencia el inciso segundo, se refiere a la aplicación del sistema del monitoreo telemático*³¹.

En el contexto de la formulación de indicaciones en segundo trámite constitucional, se presentaron dos indicaciones al inciso primero:

- a) La indicación N° 59, del presidente de la República, que pretendía reemplazar en la letra b) la expresión “15 bis” por “15 N° 1”.
- b) La indicación número 60, de la senadora Soledad Alvear, que pretendía sustituir en la misma letra b) la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”, por la frase “en todo caso,

³⁰ Ibidem, p. 38.

³¹ Ibidem, p. 163.

no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito”³².

Ambas indicaciones, tenían por objetivo clarificar la confusa la remisión del artículo 34 (del proyecto) al artículo 15 bis, y luego al artículo 15, para expresar sencillamente que la remisión debía entenderse realizada al 15 N° 1, o más claramente, estableciendo la excepción en el mismo Art. 34³³.

En este sentido se manifestaron la senadora Alvear y la subsecretaria de Justicia Patricia Pérez Goldberg:

La Honorable Senadora señora Alvear (Presidenta) explicó que con la remisión al artículo 15 bis o al artículo 15 N° 1, no queda meridianamente claro que no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo de si se trata de un crimen o simple delito, respectivamente. Por ello, estimó necesario aclararlo en los términos propuestos por la indicación número 60.

La señora Subsecretaria de Justicia expresó que la indicación número 60 apunta en el mismo sentido que la signada con el número 59, por lo que ambas podrían subsumirse. En todo caso, consideró más clara la indicación número 60³⁴.

En el devenir de la discusión en la Comisión, el debate se orientó posteriormente a otros temas vinculados con la pena mixta, en especial, la necesidad de imponer el monitoreo telemático obligatoriamente. Finalmente, las indicaciones fueron aprobadas con enmiendas, lo que significó sólo cambios formales a la misma redacción aprobada en la Cámara de Diputados³⁵.

En consecuencia, se observa que la historia fidedigna del artículo 33 confirma que la exigencia de no registrar otra condena por crimen o simple delito, “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”, es una referencia a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15, configurando

³² Ibidem, p. 695.

³³ En este mismo sentido, vid. la intervención de Ana María Morales, directora del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana, quien “en relación con las penas mixtas, observó que en la letra b) del artículo 34 la redacción que no queda clara, al hacer una remisión al artículo 15 bis. Señaló que lo que se quiso decir en ese caso es que no se considerarán las condenas anteriores, tratándose de crímenes o simples delitos, respectivamente, lo que no se entiende con la escueta remisión que se hace al artículo 15 bis” (ibidem, p. 407).

³⁴ Ibidem, p. 696.

³⁵ Ibidem, pp. 696 y ss.

en consecuencia una excepción a tal requisito, si dicha condena debiese ser omitida por el transcurso del plazo a que alude dicha norma³⁶.

Tanto la regla que exige que el condenado no registre condenas, y la regla de omisión de condenas anteriores cumplidas, por el transcurso del tiempo, refieren a las categorías de crimen y simple delito, lo que plantea el problema de resolver si el plazo determinado por ley de diez o cinco años según se trate, se determina según la naturaleza del hecho según la pena conminada y el artículo 3º CP, o en concreto, según la cuantía de la pena impuesta por el tribunal, en relación a la escala general del artículo 21 CP.

La tesis interpretativa que afirma la relevancia de la pena en abstracto, es compatible con el tenor literal de la regla, que menciona la condena por crimen o simple delito. En este sentido, no es descartable semánticamente que se esté refiriendo al hecho punible según su calificación abstracta dependiente de la pena conminada en el tipo.

Sin embargo, existen argumentos para desarrollar una interpretación distinta. La regla que establece como requisito negativo para la procedencia de la pena mixta, la inexistencia de condenas por crimen o simple delito, no puede ser comprendido sin su necesario complemento del artículo 15 bis, que en los términos expuestos se refiere a la regla que establece la omisión de condenas anteriores, a efectos de conceder la pena sustitutiva, si aquéllas, en concreto, se encuentran cumplidas y hubiese transcurrido el tiempo que la ley dispone.

Es a raíz de la introducción de esta regla de omisión de condenas anteriores, con carácter general en el artículo 1º inciso final de la Ley N° 18.216, y no circunscrita a penas en concreto, que la historia fidedigna de la disposición cuestiona la primera interpretación. Su incorporación a la Ley N° 20.603 tuvo por origen la indicación N° 6 de la entonces senadora Soledad Alvear, que agregaba la siguiente oración final al artículo 1º: “*en todo caso, no se consideraran para estos efectos las condenas cumplidas diez años antes de la comisión del nuevo ilícito.*”. En cuanto a su fundamento, la senadora explicó lo siguiente:

[...] esta proposición se funda tanto en los principios generales sobre prescripción de la pena como en aquellos establecidos por el proyecto en materia de concesión de diversas sanciones alternati-

³⁶ Vid. tb. en este sentido, Ministerio de Justicia, op. cit., p. 76.

*vas, que consideran como primerizos a quienes han cumplido penas con mucha anterioridad al caso que se está tratando*³⁷.

Es cierto que previamente, a raíz de una opinión del entonces parlamentario Sr. Jorge Burgos, se introdujo la diferencia entre crimen y simple delito respecto del plazo necesario para la omisión de la condena anterior, “*de acuerdo a los plazos de la prescripción penal, los tiempos aplicables a crímenes y simples delitos*”³⁸. Pese a que la expresión “*de acuerdo a los plazos de la prescripción penal*”, puede hacer referencia tanto a la prescripción de la acción penal como de la pena, es expreso el fundamento de la regla general del artículo 1º, en el sentido de la justificación sustentada por la entonces senadora Alvear, en tanto referencia a los “*principios generales de prescripción de la pena*”. Desde esta perspectiva, la historia fidedigna de la disposición confirma dos puntos: a) que el plazo se vincula al establecido para la prescripción de la pena; b) que en consecuencia, lo que se omite y fija su cómputo es la condena impuesta, esto es, la pena concreta.

En concreto, originalmente, la regla de omisión de condenas anteriores fue introducida en la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo, de fecha 18 de agosto de 2010, restringida exclusivamente a la pena sustitutiva de remisión condicional, sin exigencia de cumplimiento, referida exclusivamente a la condena por simple delito³⁹. El fundamento de la regla fue expresada por los representantes del Ejecutivo, en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados:

[...] los representantes del Ejecutivo explicaron que, a su parecer, carecía de sentido, para los efectos de la reincidencia y en lo que se refiere al otorgamiento de la remisión condicional, considerar la incidencia negativa que tenía la comisión de delitos cometidos mucho tiempo atrás antes del nuevo ilícito, razón por la cual, para evitar esta descalificación permanente, se establecía un plazo de diez años para el caso de los simples delitos en que no se hubiera incurrido en nuevos ilícitos, el que si bien era arbitrario, se vinculaba con el establecido para la prescripción de la acción penal y de la pena.

³⁷ Historia de la Ley N° 20.603, p. 526.

³⁸ *Ibidem*, pp. 107-108, 274.

³⁹ *Ibidem*, p. 24. “[...] Tratándose de simple delito, solo se considerarán las condenas dictadas dentro de los diez años anteriores a la comisión del nuevo ilícito”.

Agregaron, asimismo, que coincidían con la idea de extender este criterio también respecto de los crímenes, para lo cual acogieron una proposición del Diputado señor Burgos para diferenciar, de acuerdo a los plazos de la prescripción penal, los tiempos aplicables a crímenes y simples delitos⁴⁰.

El fundamento de la regla, como se observa en la cita anterior, se vincula a excluir la incidencia negativa de condenas anteriores, en atención al tiempo transcurrido, distinguiendo según los plazos de prescripción. Si el plazo se vincula a la condena, y ella se gradúa según la magnitud del injusto culpable cometido, entonces, es evidente que el plazo dependerá de la gravedad del hecho anterior, en concreto y no en abstracto. Ello se manifiesta expresamente en la regla de *prescripción de la pena*, que considera la condena en concreto, criterio que es perfectamente aplicable a la regla de omisión de condenas anteriores, y a la referencia de crimen y simple delito en el artículo 33 inciso primero letra b).

Desde esta perspectiva, sistemáticamente considerada, la referencia a la inexistencia de “condenas” como requisito de la pena mixta tiene un límite relacionado con su cumplimiento y con el transcurso de un plazo que está determinado según se trate de un crimen o simple delito. Dicho límite corresponde al efecto de omisión de la condena previa cumplida, por ello, si lo relevante es la condena como elemento a ser omitido, entonces, la referencia al crimen o simple delito que determina el transcurso del plazo respectivo debe estar vinculado a la pena impuesta (y cumplida), es decir, a la pena concreta, que es aquello que, según la regla, puede ser omitido.

En este sentido resolvió la SJG de Lautaro, RIT N° 97-2013, confirmada por la SCA de Temuco Rol N° 144-2014:

Que, así las cosas, para los efectos de determinar que plazo computar para saber si se cumplen con los requisitos de la letra b) del artículo 4 de la Ley 18.216, se debe estar a la pena impuesta por sentencia ejecutoria, y habiéndose impuesto una pena de 817 días de presidio menor en su grado medio, que es pena de simple delito, el término es de cinco años, y no se debe considerar para estos efectos la pena abstracta que pudo tener el ilícito, que en este caso era un robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habi-

⁴⁰ Ibidem, pp. 107-108.

tación, ya que si el sujeto -del mérito del proceso respectivo- fue objeto de un bajo reproche jurídico penal, al imponerle en definitiva una pena de simple delito, no resulta lógico someterlo a un mayor plazo para determinar la procedencia del beneficio en cuestión, en circunstancias que ha presentado un bajo compromiso delictual, al no haber sido condenado en un plazo superior a cinco años⁴¹.

En consecuencia: a) la interpretación de la regla que requiere la inexistencia de condenas anteriores por crimen y simple delito, no puede ser entendida sin referencia a su complemento y límite, esto es, la omisión de dichas condenas transcurridos ciertos plazos según se trate de crímenes o simples delitos. Si el efecto de esta regla es la omisión de la condena impuesta, lo relevante es la pena en concreto, pues es ella la que en definitiva es susceptible de ser omitida; b) la historia fidedigna de la disposición que establece la omisión (en general) de las condenas anteriores da cuenta de un fundamento vinculado a los plazos de prescripción de la pena, que se vinculan a la pena en concreto, no a su conminación abstracta; c) finalmente, si la diferencia entre los plazos establecidos dependen de la gravedad del hecho cometido previamente, lo relevante es su expresión en la pena en concreto, y no el marco abstracto fijado por ley.

Problema distinto es determinar si la exigencia de cumplimiento de condena, cumple una función excluyente de otras consideraciones extintivas de la responsabilidad penal, o por el contrario, expresa una razón aplicable a otras causales de extinción de la responsabilidad penal reguladas en el Art. 93 CP.

En concreto, se debe resolver si existen razones para afirmar que conforme a la legislación vigente, por ejemplo, la prescripción de una pena, el indulto o la amnistía, equivale al cumplimiento de la condena, a efecto de dar aplicación a la regla de omisión de condenas anteriores.

Desde un punto de vista semántico, la respuesta es sin duda negativa. La regla de omisión de condenas anteriores hace referencia, como requisito copulativo al transcurso de un plazo, a la necesidad de cumplimiento de la condena anterior. La expresión “cumplida”, institucionalmente hace referencia a una de las causales de extinción de la responsabilidad penal, esto es, el numeral segundo del artículo 93 CP. Y en circunstancias que la prescripción de la pena, el indulto y la amnistía, constituyen causales distintas de extinción de la res-

⁴¹ Vid. tb. SCA de Valdivia, Rol N° 183-2015.

ponsabilidad, la consecuencia es que la omisión de condenas anteriores exige una específica forma de extinción, no cualquiera de ellas.

Sin embargo, esta aparente conclusividad del argumento literal debiera tener correspondencia con la finalidad que la regla persigue al establecer la omisión de condenas anteriores, a efectos de conceder penas sustitutivas. Ese fundamento, fue expresado reiteradamente en la tramitación legislativa que dio origen a la Ley N° 20.603, y se vincula, como se señaló, con la idea de excluir condenas anteriores de larga data, a efectos de impedir la procedencia de una pena sustitutiva. La idea, era excluir dicha condena como razón de una “*descalificación permanente*”.

No hay, sin embargo referencia al cambio de redacción, entre la exigencia de “*condena dictada*”, y “*condenas que se encontraran cumplidas*”. La única referencia existente por parte de los representantes del Ejecutivo, es que la no consideración de “*condenas cumplidas*” diez años antes de la comisión del nuevo delito, constituía “*un factor de disminución del encarcelamiento*”⁴².

En la discusión en Sala, el diputado Araya, informante del proyecto, reafirmó lo señalado en el sentido que la regla de omisión de condenas anteriores obedece a que “*la Comisión estimó que no parecía ajustado estigmatizar a una persona considerándola reincidente a consecuencia de hechos delictuales cometidos tanto tiempo antes*”⁴³.

El principio general, respecto a la omisión de condenas anteriores, fue extendido posteriormente como requisito general en el Art. 1°, y en las penas de reclusión parcial y libertad vigilada, en los Arts. 8° y 15, respectivamente.

En consecuencia, subyace a la regla un fundamento vinculado a la omisión de condenas anteriores de larga data, para no incurrir en una descalificación o estigmatización permanente del condenado, y de ese modo, disminuir el nivel de encarcelamiento, pues la omisión de la condena anterior permite una mayor aplicación de sustitutos penales.

Si la razón de la omisión de tales condenas es evitar la estigmatización por condenas de larga data, y consecuencialmente, incentivar la imposición de penas sustitutivas, esa razón no es exclusiva ni privativa del cumplimiento de la condena. Ella también es predicable de la prescripción de la pena, del indulto, y de la amnistía, pues respeta también a extensos plazos la omisión de la condena anterior, y con ello evita una estigmatización respecto de una

⁴² Historia de la Ley N° 20.603, p. 102.

⁴³ Ibídem, p. 274.

condena prescrita, indultada o amnistiada, haciendo posible la imposición de sustitutos penales.

En consecuencia, no hay obstáculo en argumentar una aplicación analógica *in bonam partem*, de la regla de omisión de condenas anteriores, a los casos en que la extinción de la responsabilidad no ha operado por cumplimiento de condena, sino por prescripción, indulto o amnistía de ella.

Lo único que podría contradecir la corrección de lo señalado, es que la finalidad de la regla de omisión de condenas anteriores exija cumplimiento de ellas, desde un punto de vista de exigencia de efectividad del castigo impuesto. Desde ese punto de vista, la ley, habría establecido la necesidad, para efectos de eliminar la condena anterior, de una irrogación efectiva de la pena anterior. Pero no es ese el caso, la finalidad perseguida por la ley coincide con el fundamento de la prescripción de la pena: las condenas de larga data no deben estigmatizar a futuro al individuo. Cualquier otra consideración, escapa a los fundamentos de esta modificación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación al denominado “*cumplimiento insatisfactorio*” de los beneficios o medidas alternativas de la Ley N° 18.216, derogado de su texto por la Ley N° 20.603, al tratarse de una forma de cumplimiento de dichas medidas, satisface la exigencia de cumplimiento de la regla de omisión de condenas anteriores en los casos que corresponda su aplicación en atención al artículo 28 de la antigua ley.

En este sentido, la SCA de Antofagasta, Rol N° 300-2014, señaló lo siguiente:

QUINTO: Que prescindiendo absolutamente de la trascendencia y consecuencias que supone determinar el verdadero sentido y alcance del vocablo “cumplimiento” empleado en el citado artículo 1° de la Ley N° 18.216, [...] lo cierto es que de los antecedentes fluye que el beneficio de remisión condicional concedido al sentenciado F.H. en el fallo [...] –y la consiguiente suspensión de la pena privativa impuesta- lo fue al amparo de la Ley 18.216 vigente a esa época, cuyas disposiciones –a los efectos del asunto a que está llamada la Corte- resultan más favorables que el texto actual de esa Ley;

SEXTO: Que, en tal orden de ideas, habrá de recordar que el antiguo artículo 28 consagraba el llamado “cumplimiento insatisfactorio” [...]

En consonancia con la presunción que fluye dicha norma, la pena privativa impuesta a F.H. en la causa ya aludida, se entendió cumpli-

da con más de una década de antelación a la fecha de la decisión judicial que la declaró prescrita.

Y por efecto de ello, concurre en su favor la exigencia de cumplimiento que el fallo en estudio echaba de menos, lo que se tradujo en el rechazo de la petición de sustituir la pena privativa impuesta a F.H.⁴⁴.

3. Respetto de los méritos intra-penitenciarios y consideraciones preventivo-especiales aplicables

Según el artículo 33 inciso primero letra d), e inciso segundo, números 1 y 2, desde un punto de vista subjetivo, son dos los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la pena mixta:

1. Una opinión técnica favorable, contenida en el informe de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia para conocer las posibilidades del condenado para reinserirse en la sociedad en libertad.

Al respecto, según dispone el mismo artículo 33 de la Ley N° 18.216, así como el artículo 33 del Reglamento, dicha opinión técnica contiene lo siguiente:

a) Deberá referirse a los *factores de riesgo, factores protectores* y a todos los *antecedentes sociales y características de personalidad* del condenado que permitan orientar las acciones que deben tomarse para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

En especial, es relevante destacar que la regla comentada establece un criterio distinto al requisito de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues el artículo 33 no menciona circunstancias que el artículo 15 inciso segundo número 2° considera pertinentes para el diagnóstico de eficacia de una intervención individualizada para una efectiva reinserción social, esto es, la *conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito*.

En este sentido, en el contexto de la pena mixta, la opinión técnica de Gendarmería de Chile no está obligada a considerar aquellas circunstancias vinculadas directamente con el hecho punible, sino que, por el contrario, deberá orientarse preferentemente a la determinación de factores

⁴⁴ Vid. tb. SCA Talca Rol N° 120-2013

de riesgo y factores protectores, según los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado.

- b) Deberá considerar la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado. Esta regla tuvo por origen una propuesta del senador Espina, quien la justificó argumentando que *“si ello no se toma en consideración, es posible que por esta vía queden liberados delincuentes habituales”*⁴⁵.

Es importante destacar que este antecedente, además de ser problemático desde la perspectiva de la regla de trato derivada del principio de inocencia, y además de ello, superfluo, pues en caso de ser relevante, es materia del informe de riesgo, la regulación no establece que la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes sea un impedimento para una opinión técnica favorable, sino que sólo establece del deber de considerar, como antecedente de dicha opinión, la existencia de tales antecedentes, los que, por cierto, pueden ser compensados por la concurrencia de factores protectores, como es propio del modelo de riesgo, necesidad y responsividad al que se orienta la regulación de la Ley N° 18.216 y su Reglamento.

2. Una calificación del comportamiento del condenado como “muy bueno” o “bueno”, en los tres bimestres anteriores a la solicitud, según dispone el Decreto Supremo N° 2.442, de 1926 del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, expresada en el informe de comportamiento que deberá contener, a su vez, el informe de Gendarmería de Chile.

V. Procedimiento para el otorgamiento de la pena mixta

El artículo 33 de la Ley N° 18.216 establece que *“el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe de Gendarmería de Chile”*, interrumpir la pena privativa de libertad y remplazarla por el régimen de libertad vigilada intensiva.

A este respecto, es esencial, según dispone el artículo 33 de la Ley N° 18.216 y el artículo 33 de su Reglamento, el informe previo favorable de Gendarmería de Chile, el que, según dispone el inciso tercero del artículo 33 de la Ley N° 18.216, deberá contener tres elementos:

⁴⁵ Historia de la Ley N° 20.603, p. 704.

- a) La opinión técnica favorable sobre los factores de riesgo de reincidencia y posibilidades de reinserción social en cumplimiento de una pena en libertad;
- b) Informe de comportamiento, remitido por la unidad penal (artículo 33 letra b) del Reglamento);
- c) Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, que deberá incluir aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado.

El procedimiento conducente para la elaboración de este informe, se rige según las siguientes consideraciones:

1. El procedimiento podrá iniciarse en Gendarmería de Chile, o a solicitud del condenado ante el juez de garantía. En este segundo caso, el tribunal debe remitir la solicitud a la unidad penal respectiva, para continuar con el procedimiento descrito en el Reglamento.

2. La unidad penal deberá remitir al Centro de Reinserción Social la nómina de internos que cumplen los requisitos enumerados en el artículo 33 y que hubieren postulado a la pena mixta y sus respectivos informes de comportamiento (artículo 33 del Reglamento).

Al respecto, los “requisitos enumerados” son aquellos descritos en el inciso primero, letras a, b, c y d, esto es, los requisitos relativos a la cuantía de la pena privativa de libertad, la inexistencia de otras condenas por crimen o simple delitos, el cumplimiento efectivo de un tercio de la condena, a lo menos, y la calificación de comportamiento intrapenitenciario. En consecuencia, no es parte del análisis que deberá realizar la unidad penal, la determinación del riesgo de reincidencia ni la factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático.

Por cierto, pese a su naturaleza en principio formal, como se señaló anteriormente, tales requisitos pueden ser objeto de discrepancia interpretativa. En este sentido, si Gendarmería no remite al Centro de Reinserción Social los antecedentes, por estimar que alguno de tales requisitos no concurre, por ejemplo, por estimar que no es procedente el abono de la prisión preventiva, deberá ser en definitiva el juez de garantía quien resuelva la correcta interpretación de los requisitos establecidos en la ley. En especial, si el informe ha sido solicitado por el tribunal, Gendarmería de Chile está obligada a su elaboración⁴⁶.

⁴⁶ Vid. al respecto, SCA La Serena, Rol N° 13-2015.

3. El delegado de libertad vigilada del Centro de Reinserción Social debe elaborar el informe. Según dispone la letra a) del artículo 33 del Reglamento, el informe debe contener una evaluación respecto al riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena en libertad. Deberá referirse a los factores de riesgo, a los factores protectores y a todos los antecedentes sociales y personales del condenado que permitan orientar las acciones que deben adoptarse para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas. El delegado deberá efectuar la evaluación y remitir el informe al tribunal.

Si la evaluación es favorable, según dispone el artículo 33 de la Ley N° 18.216 y el artículo 33 del Reglamento, el delegado deberá remitir además la elaboración de un plan de intervención individual sobre las actividades que deberá cumplir en libertad el condenado. Al respecto, es aplicable el artículo 16 de la Ley N° 18.216, que dispone que el plan de intervención *“deberá comprender la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción social del condenado, tales como la nivelación escolar, la participación en actividades de capacitación o inserción laboral, o de intervención especializada de acuerdo a su perfil. El plan deberá considerar el acceso efectivo del condenado a los servicios y recursos de la red intersectorial, e indicar con claridad los objetivos perseguidos con las actividades programadas y los resultados esperados”*.

El plan deberá incorporar además, según establece el Reglamento, un acta de compromiso del condenado en que se expresa su voluntad de realizar las actividades del plan y una certificación de que el condenado ha tomado conocimiento de la posibilidad de revocación de la “pena sustitutiva”, en el caso de que no cumpliera las exigencias de la libertad vigilada intensiva, cuestión que, según ya hemos señalado anteriormente, se refiere únicamente al régimen de ejecución de ella.

Si la evaluación es desfavorable, el Reglamento señala que el delegado evacúa un informe a la unidad penal respectiva, acompañando los antecedentes que sustentan dicha evaluación. Sin perjuicio de ello, se debe recordar que la letra a) del artículo 33 del Reglamento, en su primer párrafo, establece la obligación del delegado de realizar la evaluación y remitir el informe al tribunal, sin distinguir si se trata de un informe favorable o desfavorable.

4. El informe remitido por Gendarmería de Chile, al tribunal, debe contener, según exigencia del artículo 33 de la Ley N° 18.216 y el artículo 33 de su Reglamento, la evaluación de la factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático. Sin embargo, el artículo 12 del Decreto N° 515, de 18 de

enero de 2013, Reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, confiere una oportunidad adicional correspondiente al momento de citar a la audiencia.

5. Recibido el informe de Gendarmería de Chile, el tribunal citará a una audiencia a los intervinientes, en la que se discutirá y resolverá la interrupción de la pena privativa de libertad y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva (artículo 33 inciso cuarto, Ley N° 18.216).

Al momento de citar a la audiencia, si no consta en el informe recibido, el tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá solicitar a Gendarmería de Chile, Departamento de Monitoreo Telemático, el informe de factibilidad técnica, el que se acompañará antes de la audiencia para pronunciarse acerca del remplazo (artículo 12 del Reglamento de Monitoreo Telemático).

6. En la audiencia se examinan los antecedentes y los argumentos de los presentes, y se resuelve el otorgamiento o denegación de la pena mixta. El tribunal puede asimismo requerir a Gendarmería de Chile mayores antecedentes respecto a la factibilidad técnica del monitoreo (artículo 33 inciso quinto, Ley N° 18.216), por ejemplo, en los casos en que además de la condición de permanecer en el domicilio, el tribunal considere la imposición de una prohibición de acercamiento a personas o lugares⁴⁷.

En caso de disponerse la interrupción de la pena privativa de libertad, el tribunal fijará el plazo de observación de la libertad vigilada intensiva por un período igual al de duración de la pena que al condenado le restare por cumplir y determinará las condiciones a que éste quedará sujeto conforme a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de esta ley (artículo 33 inciso sexto, Ley N° 18.216). También deberá aprobar el plan de intervención individual⁴⁸.

Si el tribunal no otorgare la interrupción de la pena, no podrá discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación (artículo 33 inciso séptimo, Ley N° 18.216).

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 18.216, la decisión referida a la interrupción de la pena privativa de libertad es apelable. En este sentido, no debe entenderse que el recurso sólo se concede para el caso de otorgamiento, en tanto interrupción expresamente aludida. Por el contrario, la regla indica que es apelable la decisión referida a la interrupción regulada en el artículo, entendida como una materia distinta a las otras deci-

⁴⁷ En este sentido, vid. Ministerio de Justicia, op. cit., p. 79.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 78.

siones expresamente señaladas, que se vinculan a las penas sustitutivas, y en consecuencia, se refiere, en este punto, tanto al otorgamiento como a la denegación⁴⁹.

VI. El régimen de libertad vigilada intensiva: condiciones de ejecución, formas de control, duración, cumplimiento e incumplimiento

Según dispone el artículo 33 inciso sexto de la Ley N° 18.216, si se ordena la interrupción de la pena privativa de libertad, y su remplazo por el régimen de la libertad vigilada intensiva, esto es, las condiciones de ejecución, control, duración, cumplimiento e incumplimiento de la libertad vigilada intensiva, el tribunal debe determinar las condiciones a que quedará sujeto el condenado conforma a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de la Ley N° 18.216:

1. Condiciones obligatorias comunes a la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva (artículo 17 letras a) y b):
 - a) Residencia en lugar determinado, que debe corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada intensiva. El lugar puede ser propuesto por el condenado y ser cambiado en casos especiales calificados por el tribunal, previo informe del delegado.
 - b) Sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el periodo fijado. El condenado tiene la obligación de cumplir las normas de conducta e instrucciones del delegado en materia de educación, trabajo, morada, cuidado de la familia, empleo del tiempo libre y otras que sean pertinentes para una eficaz intervención individualizada.
2. Condiciones eventuales, comunes a la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva:
 - a) Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio – bajo las modalidades que determine el plan de intervención individual– si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no tiene la calidad de estudiante (artículo 17 letra c).
 - b) Obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol, si el condenado presenta un consumo problemático de drogas o alcohol (artículo 17 bis).

⁴⁹ "Por último, de conformidad al Art. 37 de la nueva ley, cualquiera sea la decisión del tribunal en esta audiencia, es susceptible de apelación" (ibidem, p. 79).

3. Condiciones exclusivas de la libertad vigilada intensiva. Al respecto, debe el tribunal imponer a lo menos una (artículo 17 ter):
 - a) Prohibición de acudir a determinados lugares;
 - b) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos;
 - c) Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho horas diarias, las que deberán ser continuas;
 - d) Obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares.

En relación al control efectivo de las condiciones del régimen de libertad vigilada intensiva, la Ley N° 18.216 establece tres formas de control:

a) Control administrativo

Corresponde al control realizado por el delegado de libertad vigilada, que consiste en medidas de supervisión, aprobadas por el tribunal, que deben incluir la asistencia obligatoria a encuentros periódicos con el delegado y la asistencia obligatoria a programas de intervención psicosocial (artículo 17 quáter).

b) Control judicial

Se realiza mediante dos vías. Primero, a través de informes del delegado de periodicidad, a lo menos trimestral, sobre la evolución y cumplimiento del plan. Segundo, mediante la realización de audiencias de seguimiento, a lo menos semestral, en la que comparece el condenado, su defensor, el delegado si así el tribunal lo requiere, y el fiscal cuando lo estime procedente (artículos 16 y 23). Si se impusiere además la obligación de someterse a tratamiento de consumo problemático de drogas o alcohol, la periodicidad de los informes es mensual y las audiencias bimestrales, sin perjuicio de las audiencias de seguimiento general (artículo 17 bis).

c) Control mediante monitoreo telemático

El artículo 23 bis define monitoreo telemático como *“toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley”*. En relación a la pena mixta, la Ley N° 18.216 ha establecido una supervisión obligatoria mediante monitoreo telemático, exigiendo además que la factibilidad técnica sea contenido necesario del informe previo de Gendarmería de Chile. Esta decisión se expresa en los artículos 23 bis A y 33 inciso 2° y 3° N° 3 de la Ley N°

18.216, 33 letra c) del Reglamento de la Ley N° 18.216 y 2° inciso final del Reglamento de Monitoreo Telemático:

Artículo 23 bis A Ley 18.216.- Tratándose del régimen de pena mixta, previsto en el artículo 33 de esta ley, la supervisión a través de monitoreo telemático será obligatoria durante todo el período de la libertad vigilada intensiva.

Artículo 33 inciso 2° Ley 18.216.- En el caso que el tribunal dispusiere la interrupción de la pena privativa de libertad, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático.

Para estos efectos, el informe de Gendarmería de Chile a que se refiere el inciso primero, deberá contener lo siguiente:

3) Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la cual incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto.

Artículo 33 Reglamento Ley N° 18.216.- En relación a la pena mixta, una vez que el Centro de Reinserción Social ha recibido la nómina de los internos que cumplen con los requisitos enumerados en el artículo 33 de la Ley N° 18.216, y que hubieren postulado a la pena mixta, el delegado de libertad vigilada deberá elaborar el informe que contendrá:

c) Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la que incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto.

Artículo 2° inciso final Reglamento de Monitoreo Telemático.- Asimismo, el juez deberá disponer el uso de monitoreo telemático para el cumplimiento de la libertad vigilada intensiva, con posterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria, en el caso previsto en el artículo 33 de la misma ley.

Originalmente, la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo, de 18 de agosto de 2010, establecía este control en términos facultativos, en la redacción original del artículo 23 bis. Sin embargo, en el segundo trámite constitucional, en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el senador Alberto Espina sostuvo críticamente que “tal situación abre este sistema para que personas que cometieron ilícitos tan

graves como para merecer una pena de presidio mayor, salgan en libertad, habiendo cumplido apenas un tercio de la sanción y sin ninguna medida efectiva de control” agregando que estaría dispuesto a aprobar la introducción de la pena mixta “sólo en la medida en que la imposición del monitoreo electrónico para estos casos se establezca como una obligación a todo evento para el juez. De no haber disponibilidad técnica, estimó que simplemente no podría otorgarse el beneficio”⁵⁰. Esta propuesta fue compartida por la Sra. subsecretaria de Justicia y el profesor Julián López, quien propuso además que la factibilidad técnica favorable constituyera un requisito adicional para el otorgamiento de la pena mixta, en una nueva letra e) del inciso primero (junto a la cuantía de la pena, la inexistencia de otras condenas por crimen y simple delito, el cumplimiento de un tercio de pena efectiva y la calificación del comportamiento)⁵¹.

En contra, la entonces directora ejecutiva de la Fundación Paz Ciudadana, Sra. Javiera Blanco, observó críticamente la idea de establecer la factibilidad técnica como requisito, pues en los casos en que no existiera factibilidad técnica, se incurría en discriminación arbitraria, lo que implicaba un déficit desde el punto de vista constitucional⁵².

El texto aprobado por la Comisión, y posterior ley vigente, establece que el régimen de libertad vigilada intensiva debe ser siempre controlado mediante monitoreo telemático (inciso segundo), y establece la necesidad de que el informe de Gendarmería contenga un análisis de factibilidad técnica (inciso tercero número 3). Asimismo, haciendo frente a la crítica de Fundación Paz Ciudadana, el inciso quinto establece la posibilidad de que el tribunal, en audiencia, solicite a Gendarmería de Chile mayores antecedentes respecto de la factibilidad técnica del monitoreo telemático. En ese sentido, la Sra. subsecretaria de Justicia, sostuvo lo siguiente:

[...] la proposición en debate faculta al juez para solicitar otros antecedentes sobre este punto en la audiencia, teniendo en consideración la nueva información que puedan aportar los comparecientes, como un nuevo domicilio en el que el candidato al beneficio podría hacer efectivo el monitoreo o un cambio de morada de la víctima.

⁵⁰ Ibidem, p. 697.

⁵¹ Ibidem, p. 698.

⁵² Ídem.

*Expresó que esta instancia es muy importante, pues, de lo contrario, con el solo mérito del informe negativo sobre el monitoreo debería desecharse la pena mixta*⁵³.

En consecuencia, en el contexto de la Comisión, se consideró que la regulación propuesta recogía la idea de establecer la factibilidad técnica del monitoreo como presupuesto de la pena mixta, en términos tales que era parte del contenido del informe favorable de Gendarmería de Chile, requisito inicial de procedencia⁵⁴. Esa interpretación es correcta: pese a que el texto aprobado no establece expresamente que la factibilidad técnica (favorable) sea un requisito de procedencia, sí establece que para efectos de disponer la interrupción, la factibilidad técnica debe estar contenida en el informe de Gendarmería de Chile, el que debe ser, según exige el inciso primero, favorable.

Sin embargo, sin perjuicio de la decisión de establecer la obligatoriedad del control mediante monitoreo telemático durante todo el periodo de libertad vigilada intensiva, *no existe en la Ley N° 18.216 una obligación expresa de imponer una condición que sea controlable vía monitoreo telemático*. En este sentido, si su objeto es “*supervisar, a través de medios tecnológicos el cumplimiento de la obligación de un condenado de permanecer en un determinado lugar, durante cierta cantidad de horas o de no aproximarse a una persona o lugar determinado*” (artículo 1° del Reglamento de Monitoreo Telemático), el monitoreo telemático no puede comprender la condición de la letra d) del artículo 17 ter, esto es, la obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares. Y si se considera que la factibilidad técnica exigida como contenido necesario del informe de Gendarmería de Chile, debe incluir aspectos relativos a la *conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado*, la factibilidad técnica debiera vincularse normalmente a la condición establecida en la letra c) del artículo 17 ter, esto es la obligación de mantenerse en el domicilio durante un lapso máximo de ocho horas diarias continuas.

Por ello, a riesgo de incurrir en discriminación arbitraria, constitucionalmente prohibida, la regla debe ser interpretada en términos de otorgar siempre la posibilidad de otorgar la pena mixta aunque el domicilio del condenado no permita el control vía monitoreo telemático. En este sentido, si el informe refe-

⁵³ Ibidem, p. 705.

⁵⁴ Ibidem, pp. 703-705.

ruido al domicilio es desfavorable, en la misma audiencia el tribunal puede requerir mayores antecedentes respecto de la factibilidad técnica del monitoreo. Esos nuevos antecedentes podrán referirse a cualquiera de las condiciones del artículo 17 ter controlables por monitoreo telemático. En consecuencia, no sólo es pertinente un nuevo domicilio, sino que lo es también cualquier lugar que permita mantenerse en él durante ocho horas diarias continuas. Asimismo, siempre podrá requerirse antecedentes para controlar vía monitoreo telemático la condición de la letra a) del artículo 17 ter, esto es, la prohibición de acudir a determinados lugares que, a diferencia del domicilio, sí cumplan con la favorable factibilidad técnica requerida.

En relación a la duración del período en que el condenado deberá sujetarse al régimen de libertad vigilada intensiva, según dispone el artículo 33, corresponde a un plazo de observación equivalente a la duración de la pena privativa de libertad interrumpida que le resta por cumplir.

En este régimen de cumplimiento, por expresa disposición del artículo 33, está excluido el remplazo de la libertad vigilada intensiva del artículo 32, esto es, la posibilidad de remplazar la libertad vigilada intensiva por la libertad vigilada simple al cumplirse la mitad del plazo de observación, previo informe favorable de Gendarmería de Chile.

La exclusión del remplazo del artículo 32 es ampliamente criticable, toda vez que contradice la finalidad de la pena mixta, de establecer una etapa previa al total egreso del condenado del sistema penitenciario, regido por los principios de gradualidad y progresividad, dotando en consecuencia a la institución de una rigidez político-criminalmente inadecuada, lo que sumado a la obligatoriedad del monitoreo telemático, durante toda la ejecución de la pena mixta, dificulta seriamente la progresividad del proceso de reinserción social del condenado.

La única excepción en el marco regulatorio del régimen de libertad vigilada intensiva, que rompe la rigidez configurada por el legislador, es la regla del artículo 16 inciso final, que dispone lo siguiente:

[...] el delegado podrá proponer al juez la reducción del plazo de intervención, o bien, el término anticipado de la pena, en los casos que considere que el condenado ha dado cumplimiento a los objetivos del plan de intervención.

En consecuencia, la pena mixta contempla una única regla que flexibiliza y orienta el devenir del régimen de libertad vigilada intensiva, al progreso del

condenado en el proceso de intervención psicosocial. Dicha regla es el artículo 16 inciso final, que habilita al delegado, frente al cumplimiento de los objetivos del plan de intervención, a proponer al juez la reducción del plazo o el término anticipado del régimen de libertad vigilada intensiva. En esos términos, la norma realiza el principio contenido en la regla 11.2. de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)⁵⁵, que establece que “estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella”⁵⁶.

Finalmente, según dispone el inciso penúltimo del artículo 33 de la Ley N° 18.126, si el penado cumple satisfactoriamente la pena de libertad vigilada intensiva –lo que debemos entender logrado al cabo del transcurso íntegro del periodo de observación fijado o habiéndose dado lugar a lo dispuesto en el artículo 16 inciso final–, el tribunal lo reconocerá en una resolución fundada, remitiendo el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida y teniéndola por cumplida con el mérito de esta resolución.

Por el contrario, el incumplimiento y quebrantamiento de la libertad vigilada intensiva, según las reglas generales de los artículos 24 a 28 del Párrafo 1^a “Disposiciones generales” del Título IV “Del incumplimiento y quebrantamiento”, de la Ley N° 18.216, importa dejar sin efecto la ejecución del régimen de libertad vigilada intensiva, sometiendo al condenado, como dispone el artículo 26 de la Ley N° 18.216, al cumplimiento del *saldo* de la pena privativa de libertad originalmente impuesta e interrumpida su ejecución, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de la libertad vigilada intensiva de forma proporcional a la duración de ambas.

La referencia a la proporcionalidad, como criterio rector del abono del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva al cumplimiento de la pena privativa de libertad, a riesgo de quedar entregado al libre arbitrio judicial, requiere algún

⁵⁵ Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

⁵⁶ En relación al “principio de progresividad de la pena y ejecución de la intervención”, el Ministerio de Justicia, op. cit., p. 52, considera, en los mismos términos sostenidos en el texto, que “el plazo de ejecución de una pena que conlleva una intervención y apoyo al condenado, debe necesariamente ser factible de ser revisado, pues, dependiendo del éxito del proceso de intervención y del cumplimiento de los objetivos del plan de intervención aprobado judicialmente, puede tornarse inadecuada, excesiva o ineficiente la pena. En consecuencia, debe contemplarse la posibilidad de disminuirse el tiempo originalmente impuesto, o incluso, de terminar anticipadamente el cumplimiento de la pena. Es por ello que la reforma, tal cual hoy lo contempla la Ley N° 18.216, permite que, a propuesta del delegado, el tribunal decrete la disminución del tiempo de cumplimiento de la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva, o incluso el término anticipado de la pena. Esto procederá, en aquellos casos en que se hubiese cumplido con los objetivos del plan de intervención”.

criterio legal para determinar el alcance de dicha expresión. En el contexto de la regla del Art. 26, la proporcionalidad constituye un test comparativo entre dos intervenciones estatales lesivas de derechos fundamentales. En abstracto, la asignación de esa intensidad o peso específico puede responder a dos criterios: naturaleza del derecho fundamental afectado y/o duración de la afectación. Sin embargo, el propio Art. 26 se circunscribe exclusivamente a uno de ellos: sólo el tiempo transcurrido es un criterio válido para determinar la proporcionalidad del abono.

En el caso de la reclusión parcial, el propio inciso segundo (“tendrán aplicación, en su caso, las reglas de conversión del artículo 9° de esta ley”) resuelve expresamente el problema. Es decir, la proporcionalidad entre la duración de la pena sustitutiva de reclusión parcial y la pena privativa de libertad, se resuelve según un criterio definido por la ley en el artículo 9° de la Ley N° 18.216. Misma conclusión es posible afirmar en relación a la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, según lo dispuesto en el Art. 31 de la Ley N° 18.216. Es decir, la proporción entre la reclusión parcial/prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y la pena privativa o restrictiva de libertad, se resuelve legalmente, según el siguiente criterio: un día de pena privativa o restrictiva de libertad equivale a ocho horas de reclusión parcial continua u horas efectivamente trabajadas, según corresponda. En otros términos: 1/3 de día de pena sustitutiva equivale a 1 día de privación de libertad.

El problema es determinar el criterio con que evaluar la proporcionalidad entre la duración de la ejecución de la pena sustitutiva p. ej., la libertad vigilada y la remisión condicional de la pena, y la duración de la pena privativa de libertad. Al respecto, la ley sólo entrega el criterio “proporcional a la duración de ambas”, pero no entrega elementos adicionales.

Al respecto, en la historia fidedigna de la Ley N° 20.603, consta que fue la entonces subsecretaria de Justicia, Sra. Patricia Pérez Goldberg, quien explicó a la Comisión de Constitución del Senado, la finalidad de introducir el criterio de proporcionalidad a la regla de abono:

Informó que el propósito de esta propuesta es que la persona que fue sometida a una pena sustitutiva, que cumplió parte de ella y que posteriormente la quebrantó, vuelva a la cárcel, pero a cumplir el saldo no cumplido de la sanción original y no el total.

Añadió que el término “proporcional” empleado en la parte final del inciso primero obedece a que en el caso de la remisión condicional es posible imponer al condenado un período de observación muy

*superior a la pena, por lo que si en definitiva la situación se retrotrae a la sanción privativa de libertad original, es necesario que el abono se haga de manera proporcional entre la parte efectivamente cumplida de la pena sustitutiva y la sanción original de privación de libertad sustituida*⁵⁷.

Es decir, la expresión proporcional obedece exclusivamente a un problema detectado en la regulación de la duración de la remisión condicional de la pena: el posible exceso temporal de la pena sustitutiva respecto de la pena sustituida, toda vez que el plazo de la remisión condicional de la pena (un año a tres años) puede ser mayor que el plazo de la pena originalmente impuesta (pena privativa o restrictiva de libertad no superior a tres años). En consecuencia, el criterio de proporcionalidad expresamente, según consta en la historia fidedigna de la Ley N° 20.603, sólo pretende ser aplicado a casos en que la pena sustitutiva excede el tiempo de la pena sustituida.

En el caso de la libertad vigilada intensiva, el artículo 16 de la Ley 18.216, establece expresamente que el plazo de intervención debe ser igual al que correspondería cumplir si se aplica efectivamente la pena sustituida, y en el caso del artículo 33 el plazo de observación será igual a la duración de la pena que al condenado le resta por cumplir. Desde esa perspectiva, el abono en el caso de revocación de la pena mixta, debe ser efectuado en términos que un día de ejecución de la libertad vigilada intensiva se imputa a un día de cumplimiento del saldo de la pena privativa de libertad interrumpida.

Es cuanto puedo informar en derecho sobre lo que se me ha requerido.

⁵⁷ Historia de la Ley N° 20.603, pp. 680-681

III. Sobre la convencionalidad y constitucionalidad de las modificaciones a la Ley de Control de Armas

Claudio Nash Rojas
Doctor en Derecho

I. Objeto del informe

A. Los hechos que motivan el recurso

Los hechos que motivan el recurso de inaplicabilidad deducido por la Defensoría Penal Pública (DPP) dice relación con la causa RUC N° 1500514117-3, seguida ante el Juzgado de Garantía de Vicuña, con el RIT N° 415 – 2015. Según consta de los hechos de la referida causa, el Ministerio Público, el día 29 de mayo del año 2015, formalizó investigación en contra de C.F.R.S. por el presunto delito contemplado en el inciso 1° del artículo 9° de la Ley N° 17.798, esto es, porte ilegal de arma de fuego. Según el Ministerio Público, el 28 de mayo de 2015, aprox. a las 23.15 horas, en la ruta DV41, Km. 28, el imputado portaba, sin la pertinente autorización, una escopeta calibre 12 con un cartucho en su recámara. Además portaba consigo 2 cartuchos calibre 12 y tenía en el interior de una camioneta otros 18 cartuchos calibre 12.

Estos hechos, según el Ministerio Público, son constitutivos del delito de porte ilegal de arma de fuego contenido en el inciso 1° del Art. 9 de la ley de control de armas (autor/consumado), reconoce en favor del acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior del artículo 11 N°6 del Código Penal y solicita la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, las accesorias del artículo 29 del Código Penal, esto es, inhabilitación absoluta perpetua para ejercer derechos políticos y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, comiso del arma y municiones incautadas, con costas.

Además se solicitaron las medidas establecidas en los literales c) y d) del artículo 155 del Código Procesal Penal, es decir, firma mensual en el Ministerio Público de La Serena y arraigo nacional.

De esta forma, estamos analizando un caso donde un joven que se dirige a cazar conejos, puede terminar privado de libertad y condenado por la ley de ocntrrol de armas, aplicandose en su caso una serie de restricciones a su derecho a la libertad personal y al debido proceso por aplicación de una ley que tiene una serie de elementos que contradicen las normas y principios constitucionales según pasaremos a analizar.

B. Las normas impugnadas

La normas impugnadas por la Defensoría Penal Pública, son:

a) El inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, el cual dispone en lo pertinente lo siguiente:

“Artículo 1°.5 La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

a) Remisión condicional.

b) Reclusión parcial.

c) Libertad vigilada.

d) Libertad vigilada intensiva.

e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.

f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.

Concretamente, la DPP ha solicitado la declaración de inaplicabilidad del inciso segundo, esto es, aquella parte que dispone:

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley 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 2º y en el artículo 3º 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.

b) El inciso 2º del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, sobre control de armas que dispone lo siguiente

Para 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 N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

C. Impacto en el caso concreto

Las referidas normas, en este caso concreto traen como consecuencia, según se expone por la DPP, que en la gestión pendiente en que incide el requerimiento es altamente probable que estos preceptos sean aplicados. La consecuencia esperable de la aplicación de estas normas es que la aplicación del artículo 1º, inciso 2º de la Ley N° 18.216, impida al representado por la DPP acceder a alguna de las penas sustitutivas previstas en el inciso 1º de dicho artículo, en particular, a la libertad vigilada intensiva; y el inciso 2º del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, norma que impedirá al tribunal de fondo considerar los artículos 65 a 69 del Código Penal para determinar el *quantum* de la pena.

D. Las infracciones constitucionales alegadas

Como se desprende de lo expuesto por la DPP en su requerimiento, en este caso existe un riesgo evidente que los derechos constitucionalmente garantizados de C.F.R.S.

Es en este contexto que se me ha pedido un informe en derecho sobre la constitucionalidad de las precitadas normas legales.

A continuación, desarrollo los argumentos que, a mi juicio, es posible tener en consideración para abordar el objeto del presente Informe en tres niveles diferentes, pero lógicamente conectados:

- a) infracción al Art. 19 N° 7 (libertad personal) en concordancia con el Art. 19 N° 7 (igualdad ante la ley);
- b) infracción al Art. 19 N° 3 relativo al debido proceso; y
- c) infracción al Art. 19 N° 2 relativo a la integridad personal;

todos ellos a la luz de lo dispuestos en los Arts. 1, 4 y 5.2 de la Constitución Política (CPR) y los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, particularmente, los Arts. 1.1, 5 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y Arts. 2.1, 10 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

II. Necesidad de un control constitucional de la legislación penal en una sociedad democrática

A. Margen del legislador

El Estado chileno está definido como una organización política basada en la dignidad de la persona (Art. 1 CPR) y cuya organización se define como una democracia representativa (Art. 4 CPR). El poder soberano está limitado por los derechos que emanan de la naturaleza humana y las autoridades deben velar por su respeto y garantía conforme lo dispone el Art. 5 inciso 2° constitucional, sea que estos derechos estén contenidos en el catálogo constitucional de derechos, o bien, se encuentren consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile.

Frente a las posibles violaciones de estas bases institucionales, la Constitución consagra la acción de inaplicabilidad, que en manos del Tribunal Constitucional es la garantía de que estos límites constitucionales se garanticen en la aplicación de justicia al caso concreto y ninguna persona sea objeto de una medida estatal que viole el margen de protección constitucional.

De esta forma, se consagra en nuestro diseño institucional una medida de protección que evita que leyes vigentes sean aplicadas en violación del marco constitucional. Este es un diseño institucional que claramente busca realizar en los casos concretos la idea que trasunta nuestro texto constitucional y es que el pleno respeto de los derechos humanos es la base para legitimar la actuación del Estado.

B. Límites al legislador en imposición penas

La necesidad de un control constitucional de la legislación interna que puede ser contraria a las garantías constitucionales cobra un particular valor cuando estamos frente a la imposición de una sanción penal. No hay duda que el ejercicio del *ius puniendi* es el espacio de ejercicio del poder estatal que debe estar sujeto a mayores controles y estos deben hacerse más estrictos, ya que las consecuencias de estas normas dicen directa relación con la restricción de un derecho humano especialmente relevantes para la dignidad del ser humano, como es su libertad personal.

No es extraño, en esta línea, que la propia historia de los derechos humanos esté directamente ligada con la necesidad de establecer controles al aparato estatal en materia de sanciones penales. Si hay un hilo conductor en la protección de derechos desde la Carta Magna del siglo XIII y la actual legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos es, precisamente, la preocupación por establecer formas efectivas que limiten el poder estatal y particularmente el poder punitivo del Estado.

El control del poder punitivo del Estado tiene una doble expresión: una sustantiva y otra procedimental. La procedimental es tal vez la más obvia, esto es, establecer reglas de procedimiento que garanticen ciertos principios mínimos en el juzgamiento criminal de las personas (principio de inocencia, principio de igualdad procesal, principio de contradicción). Pero también ha habido una especial preocupación por establecer ciertos límites sustantivos al uso del instrumento penal. En efecto, principios como la proporcionalidad de las penas, el principio de culpabilidad, la responsabilidad personal y no colectiva, entre otros, son expresión de este objetivo de control del *ius puniendi* estatal.

De esta guisa, para que la aplicación de una sanción penal sea legítima en una sociedad democrática debe cumplirse con ciertas condiciones procedimentales y sustantivas que permitan la aplicación de una de las sanciones más duras con las que cuenta el Estado democrático, cual es, la sanción penal.

La doctrina ha enfatizado en la relevancia de este punto y ha señalado que:

el derecho penal es un recurso que corresponde usar únicamente cuando se han agotado los demás medios que pueden emplearse para evitar comportamientos socialmente negativos y que afecten gravemente la paz y el orden. Al Estado le corresponde evitar todo abuso en el empleo de este poderoso instrumento; si abusa de él, lo desnaturaliza y transforma en un arma inefectiva, que pierde su calidad de recurso de excepción¹.

Esto igualmente supone reconocer el mandato que tiene el legislador para establecer las conductas punibles y sus sanciones. Pero este es un mandato condicionado a su conformidad constitucional. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia:

En principio, por virtud de la cláusula general de competencia legislativa que le atribuyen los artículos 114 y 150 de la Carta, el Congreso cuenta con la potestad genérica de desarrollar la Constitución a través de la creación de normas legales; ello incluye, por supuesto, la facultad de legislar sobre cuestiones penales y penitenciarias. No obstante, como lo ha reconocido ampliamente esta Corporación, dicha libertad de configuración del legislador encuentra ciertos límites indiscutibles en la Constitución, la cual no le permite actuar arbitrariamente, sino de conformidad con los parámetros que ella misma establece. Es decir, se trata de una potestad suficientemente amplia, pero no por ello ilimitada; y en materia penal y penitenciaria, estos límites son particularmente claros, por estar de por medio derechos fundamentales muy caros para la persona humana, como lo son la libertad personal y el debido proceso, así como valores sociales tan importantes como la represión del delito o la resocialización efectiva de sus autores².

Hablando específicamente sobre la libertad de configuración legislativa en materia penal, en su Sentencia C-334-2013³, la Corte Constitucional señaló:

¹ Garrido Montt, M. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1997, p. 41.

² Corte Constitucional, Sentencia C-1401-2000.

³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-334-13.htm>

La Constitución es un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materias penales y sancionatorias. Por lo cual, la Carta Fundamental establece valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador en la elaboración de normas penales: 1. En primer lugar, el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del Derecho penal. 2. En segundo lugar, encontramos el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, 3. En tercer lugar, se encuentra el principio de legalidad, 4. En cuarto lugar, el principio de culpabilidad, 5. En quinto lugar, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, 6. Por último encontramos al bloque de constitucionalidad y a otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta en la redacción de las normas penales: Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.

En este mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia rol 787-2007-INA, considerando 9°:

Que, como toda política, la política criminal se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de las decisiones de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. Sin perjuicio de la importancia de la participación que les cabe a las instituciones jurisdiccionales en la aplicación de sus medidas, el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces, a excepción de la flexibilidad que la propia ley les otorgue para la fijación de las penas en cada caso concreto. Desde luego, la primacía del legislador para establecer la política criminal está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho

positivo nacional e internacional. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como las condiciones de dignidad en que los condenados deben cumplir sus penas, representan fronteras nítidas dentro de las cuales se puede mover el establecimiento de la política criminal en cualquier país o comunidad civilizada. Dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos. Así, puede justificarse la equiparidad de penas entre grados distintos de delitos, cumpliéndose con las exigencias de la legislación constitucional y penal cuyo análisis es materia de autos⁴.

C. Infracción constitucional que amerita el control constitucional de la ley

A continuación exploraré algunos aspectos que parecen tensionar el marco constitucional a partir de las normas que la DPP ha impugnado ante el Tribunal Constitucional.

Previo al análisis en concreto de las normas pertinentes, me parece relevante hacer presente a este alto Tribunal que el análisis estará centrado en las normas impugnadas, determinando si dan margen para afectaciones constitucionales directamente, sin perjuicio de la interpretación que de ellas puedan realizar los tribunales en el ejercicio de sus funciones. De esta forma, este informe estará centrado en las normas y su compatibilidad *prima facie* con el texto constitucional.

Para este análisis tendremos en consideración tanto la normativa de origen nacional (catálogo de derechos consagrados en la Constitución) como aquella de origen internacional (tratados internacionales) que en concepto del propio Tribunal Constitucional, según lo dispuesto en el Art. 5 inciso 2° constitucional, constituyen un cuerpo normativa amplio de rango constitucional para el ejercicio de control de constitucional que supone la aplicación de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El propio Tribunal Constitucional así lo ha señalado:

⁴ Tribunal Constitucional chileno, rol 787-2007-INA, sentencia de 18 de noviembre de 2007.

Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque de constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política.

Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Que, a la luz de tales antecedentes, no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N°3, de la Constitución Política de la República.

Que, por ende, procede declarar inaplicables los preceptos tachados de inconstitucionales [artículos 5 inc.1 y 3 del Código de Justicia Militar], en cuanto contravienen los artículos 19, numeral 3º, inciso sexto, y 83 de la Constitución Política⁵.

En definitiva, si bien parece razonable un grado de deferencia con el legislador, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional⁶, el límite para dicha

⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de 6 de mayo de 2014, rol 2493-2013, considerandos 6, 7, 8, 9 y 10.

⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia 29 enero de 2008, Rol N° 1.001-2007; Tribunal Constitucional. Sentencia 10 de septiembre de 2015, rol Rol N° 2758-14-INA.

deferencia es la constitucionalidad de las normas. El Tribunal tiene un deber de velar por la plena vigencia de la Constitución y hacer dicho ejercicio en el caso concreto, evitando la aplicación de normas contrarias a la Constitución tal como ocurre en el caso que motiva el recurso interpuesto. Hay ciertas normas cuya constitucionalidad o más bien su inconstitucionalidad se expresa precisamente cuando analizamos las consecuencias de su aplicación ante una situación concreta. Eso es lo que ocurre en la especie. Una norma que parece perfectamente constitucional en teoría, cuando es aplicada al caso concreto podemos ver las consecuencias atentatorias al acuerdo constitucional de un sistema de derechos que impidan los abusos constitucionales como sucede en la especie.

III. Infracción constitucional Art. 19 N° 7 en relación con el Art. 19 N° 3, Art. 1 y 5.2 de la Constitución. Proporcionalidad de la pena como un ejercicio de restricción de derechos en condiciones de igualdad

La legislación impugnada, ambas normas, tienen un punto en común y es que en ellas el legislador establece un trato diferenciado respecto de las personas que cometen un ilícito penal con uso de armas de fuego y aquellos que no las utilizan. De esta forma, es necesario que la ley que hace esta distinción de trato pueda ser justificada a la luz del test propio de los casos de trato diferenciado.

En un sistema normativo como el chileno, que tiene como uno de sus cimientos el principio de igualdad⁷, es rol del Tribunal Constitucional velar porque las

⁷ Art. 1 inciso 1°: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y el Art. 19 N° 2 inciso 2°: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". En el ámbito internacional, la Convención Americana establece en el Art. 1.1 respecto de los derechos convencionales: "1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a 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"; y en su Art. 24 dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su Art. 2: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; y en su Art. 26: "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

leyes no establezcan tratos diferenciados que no estén debidamente justificados. Para que un trato diferenciado se valide constitucionalmente es necesario que este cumpla con los siguientes requisitos: debe tener una base objetiva, debe perseguir un fin legítimo y la medida debe ser razonable. Esta razonabilidad se ha entendido en el derecho comparado y particularmente en el derecho internacional de los derechos humanos como una medida necesaria, conducente y proporcional.

Las normas que motivan este informe deben ser analizadas a la luz de estos elementos, toda vez que es evidente –según se desprende del propio texto– que ellas establecen un trato diferenciado. Por tanto, el primer elemento de análisis es el de la base objetiva. Este elemento no parece presentar mayores problemas ya que la ley formula una distinción entre aquellas personas que cometen un cierto ilícito en el marco de la regulación de armas de fuego y aquellas en que su conducta no contempla el uso de armas de fuego.

El segundo elemento es el fin legítimo. Para que podamos considerar un cierto fin del trato diferenciado como legítimo, este debe serlo tanto a la luz del texto constitucional como de los instrumentos internacionales vigentes en Chile. De acuerdo con la historia de la ley y de lo que se desprende del propio texto, el fin perseguido por la ley es la protección de las personas frente a una forma particular de delitos, que son aquellos que se cometen con el auxilio de armas de fuego. Este parece ser un objetivo propio del análisis que debe hacer el legislador en una sociedad democrática. Obviamente, este no es un análisis discrecional, sino que debe ser justificado. En el caso de la ley chilena, surge la duda de si se está castigando un acto concreto (resultado) o una conducta abstracta (peligro). Atendida la carga de la argumentación al estar frente a una restricción de derechos, es la autoridad quien debiera acreditar en el caso concreto que el objetivo que se busca es alcanzable a través de la aplicación de esta normativa.

Finalmente, se debe abordar el tema que presenta mayores problemas respecto de las normas que se analizan y es la razonabilidad de las mismas y, particularmente, si estamos ante una respuesta proporcional por parte de la autoridad legislativa. En relación a esto ha señalado la doctrina:

el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio representa un límite al poder normativo del estado, esto es, a la creación y aplicación de normas penales, y comprende los sub-

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero plantea la exigencia de que el derecho penal sea un instrumento apto para tutelar bienes jurídicos dotados de relevancia constitucional, lo que implica, en primer lugar, que su utilización sólo es legítima respecto de aquellos bienes que, en efecto, sean susceptibles de tutela penal; en segundo lugar, el rechazo de toda justificación absoluta del derecho penal y de la pena, en beneficio de una fundamentación relativa e instrumental de los mismos; en tercer lugar, la exigencia de que la pena adoptada sea cualitativamente apta para conseguir su finalidad preventiva⁸.

A continuación abordamos este tema con mayor detalle.

A. Trato diferenciado

Para determinar si estamos ante un trato diferenciado con base constitucional o no, es necesario que la medida en análisis sea proporcional. El test de proporcionalidad es particularmente relevante en este caso, ya que estamos ante un evidente conflicto entre dicho trato diferenciado y el derecho a la libertad personal. En efecto, este trato diferenciado trae como consecuencia una restricción más estricta del derecho a la libertad personal respecto de aquellas personas que han sido condenadas en el marco de la Ley N° 17.798.

Este test de proporcionalidad consiste, en este caso, en determinar los niveles de afectación del derecho a la igualdad y la libertad personal en pos de lograr una mejor protección de la seguridad de las personas; determinar si es una medida que va más allá de lo necesario para alcanzar el fin buscado; y, si dicha medida, en el caso concreto, no llega a un resultado no razonable. En palabras de Garrido Montt:

La proporcionalidad se refiere a la reacción del Estado frente al delincuente y su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma. La sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos. En otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen “neces-

⁸ Lopera Meza, G. Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2006, p. 230.

saria”; en ningún caso puede exceder esa necesidad. Por lo tanto, la fijación de la pena tomará en cuenta por lo menos tres aspectos: la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, la intensidad del reproche de la conducta de su autor y la nocividad social del comportamiento⁹.

La proporcionalidad es un principio del derecho constitucional que adquiere diversas expresiones, todas ellas dirigidas a la satisfacción del valor central en una sociedad democrática sustentada constitucionalmente: la dignidad del ser humano. Si la dignidad de la persona es el valor central del acuerdo de vida en sociedad, no es admisible que esa persona sea tratada como un medio para la consecución de fines, que aunque legítimos, no son discrecionales para la autoridad. Por tanto, la afectación de un derecho en ningún caso puede ir más allá de lo necesario para justificar la obtención de un objetivo constitucionalmente protegido.

En este sentido, una medida que establece un trato diferenciado entre las personas titulares de derechos constitucionalmente protegidos, como lo es la libertad personal consagrada en el Art. 19 N° 7 de la Constitución, no puede materializarse en un sacrificio desmedido del derecho en cuestión, con la finalidad de lograr una protección más intensa de un interés social justificado. De esta forma, señala Lopera Meza:

el principio de proporcionalidad no se orienta sólo a definir los objetos legítimos de protección penal, (...) sino que representa una estructura de argumentación dirigida a señalar los criterios de legitimidad que debe satisfacer todo ejercicio del poder punitivo estatal, en tanto el mismo representa una afectación de derechos fundamentales. En el momento legislativo, el que aquí nos interesa, este poder se manifiesta de modo paradigmático a través de la creación de normas penales, mediante las cuales se prohíbe una conducta (activa u omisiva) y se establece una determinada clase y cantidad de pena como consecuencia jurídica de su incumplimiento. Ambas previsiones son necesarias para consumir lo que en lenguaje de la criminología se denomina como el proceso de «criminalización primaria», en el que se plasman diversas decisiones político criminales: qué proteger, frente a qué tipo de acciones y mediante qué sanciones. De tal suerte que el principio de proporcionalidad, en

⁹ Garrido Montt, op. cit., p. 49.

tanto criterio para enjuiciar la legitimidad de las decisiones incriminantes del legislador, ha de proyectarse sobre cada uno de estos aspectos¹⁰.

A continuación se analizan algunas posiciones doctrinales y de jurisprudencia comparada en el sentido expuesto.

B. Proporcionalidad en sentido estricto

1. Proporcionalidad en la teoría de Alexy

Sin lugar a dudas Robert Alexy es el autor más influyente en materia de proporcionalidad y derechos fundamentales. Su teoría sobre el juicio de ponderación es ampliamente aceptada como el marco en el cual es posible determinar la mejor forma de resolver los conflictos entre derechos fundamentales cuando estos son expresados como principios.

Para Alexy los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos en grados y también debe tenerse en consideración los principios opuestos¹¹.

En un sistema que contemple derechos expresados como principios, es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente¹². La forma en que el derecho resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto, en el caso de los conflictos entre principios se resuelven a través de mecanismos de ponderación.

Lo relevante en el caso de los conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros prin-

¹⁰ Lopera Meza, op. cit., pp. 234-235.

¹¹ R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 2002, pp. 115-138. R. Alexy. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 66. 2002b, pp. 13-63

¹² L. Prieto, Justicia constitucional y derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid, 2003 (pp. 175-216), p. 175.

cipios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implica la anulación o invalidez práctica de estas normas. Tal como señala Prieto Sanchís:

*los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario*¹³.

Esta idea relativa a los conflictos entre principios está vinculada directamente con los límites de los derechos humanos como en el caso que se analiza en este informe. En efecto, la consecuencia de un sistema de ponderación como el que propone Alexy es que el sacrificio de una norma en beneficio de otra o de un interés constitucionalmente relevante, es un límite material y es que la norma restringida no puede ser anulada o si se quiere, no puede ser afectada en su contenido esencial, en los términos del Art. 19 N° 26 de la Constitución chilena¹⁴.

De ahí que en todo caso concreto de conflicto sea necesario que exista una proporcionalidad entre la medida restrictiva y el derecho que es objeto de dicha restricción. Esto es lo que el propio Alexy ha desarrollado como el principio de la ponderación: "a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado"¹⁵.

Esto implica que en cada caso concreto será necesario acreditar que la medida restrictiva de un derecho fundamental es aquella necesaria, conducente y proporcional para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Esta restricción, si impide completamente el ejercicio del derecho opuesto o lo hace irrealizable, será una medida desproporcionada.

¹³ Ibidem, p. 187.

¹⁴ Art. 19 N° 26: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

¹⁵ Alexy, op. cit., 2002b, pp. 31-32.

Este es un criterio vital para la determinar si la medida que se propone en la Ley N° 17.798 es constitucional o no, ya que si esta ley establece un sacrificio desmedido de la libertad personal estaremos ante una infracción constitucional que amerita que el Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad de la norma cuestionada.

2. Proporcionalidad en la jurisprudencia comparada

La cuestión de la proporcionalidad es un tema ampliamente desarrollado en la jurisprudencia comparada. Toda esta jurisprudencia relevante apunta en el mismo sentido expuesto. Hay un límite para la aplicación de medidas de restricción de derechos y particularmente en el caso de restricciones al derecho a la igualdad.

• Tribunal Constitucional Federal Alemán¹⁶

El Tribunal Constitucional Federal Alemán asigna una relevancia fundamental al principio de proporcionalidad. En su sentencia BVerfGE 19, 342 de 1965, señaló que:

En la República Federal Alemana el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Éste principio tiene su fundamento en el principio del Estado de Derecho y en la esencia de los mismos derechos fundamentales que, como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo puede ser limitado en forma amplia por el poder público cuando ello sea indispensable. Del especial significado del derecho fundamental de la libertad personal se sigue que ese derecho fundamental constituye el fundamento del status jurídico general y de las posibilidades de desarrollo del ciudadano, y que la Ley Fundamental, por tanto, reconozca que en el Art. 2, párrafo 2 la libertad de la persona se considere 'inviolable'.

En este mismo sentido, en su sentencia BVerfGE 90, 145 de 1994, el Tribunal expresó:

El principio de proporcionalidad ofrece los criterios constitucionales mediante los cuales se puede limitar la libertad de actuación (cf. bVerfGE 75, 108 [154 y ss.]; 80, 137 [153]). A este principio

¹⁶ http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

corresponde un papel bastante significativo para el examen de las normas penales, las cuales constituyen la sanción más fuerte a disposición del Estado, misma que implica la posibilidad de expresar un juicio ético social negativo sobre una determinada actuación del ciudadano (cf. bVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]). La amenaza de una pena privativa de la libertad implica la posibilidad una intervención en el derecho fundamental de la libertad de la persona, el cual se encuentra protegido en el Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la ley Fundamental. La libertad de la persona, que la ley Fundamental señala como “inviolable”, es un bien jurídico de alto rango, que con base en la reserva legal del Art. 2, párrafo 2, frase 3 de la ley Fundamental, sólo puede ser intervenido con fundamentos especiales de gran peso. Tales injerencias en la libertad personal sólo son admisibles, en general, en el evento en que así lo requiera la protección de terceros o el interés común, atendiendo al principio de proporcionalidad, sin perjuicio de que tales intervenciones puedan ser consideradas también (bajo determinados presupuestos), a fin de evitar que la persona en cuestión se inflija a sí misma un grave perjuicio personal (cf. bVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 y ss.]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]). De acuerdo con ese principio, la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada cuando, con su ayuda, se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo, que implicara una restricción o limitación menor del derecho fundamental (cf. bVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173,176]).

(...) Adicionalmente, para realizar una ponderación integral entre la gravedad de la intervención y, por otro lado, el peso y la urgencia de los motivos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición (cf. bVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada (prohibición de exceso en la reglamentación [Übermaßverbot] o deber de proporcionalidad en sentido estricto; véase bVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). En la esfera de las sanciones penales se sigue del principio de culpabilidad –el cual encuentra su fundamento en el Art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental–, y del principio de proporcionalidad que se deriva del principio del Estado de derecho y de los derechos de libertad, que la gravedad de un delito y la culpa del actor deben estar en una

relación justa con la pena. El tipo y medida de la sanción penal no pueden ser inadecuados a los comportamientos que se encuentran sujetos a la pena. Debe existir concordancia material entre los elementos de hecho [supuesto normativo] y la consecuencia jurídica (cf. bVerfGE 54, 100 [108] jurisprudencia reiterada).

• Tribunal Constitucional de España

En su sentencia 136/1999, el Tribunal Constitucional de España (TCE) declaró la inaplicabilidad de un artículo del Código Penal de España, por vulnerar el principio de legalidad en relación al principio de proporcionalidad. Respecto al principio de proporcionalidad el TCE señaló:

cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, según hemos reiterado en otras resoluciones, especialmente en la STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4º y 5º, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis "si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes" (STC 55/1996, fundamento jurídico 7º; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9º). En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena¹⁷.

¹⁷ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3878>.

En el mismo sentido se pronunció en su sentencia 55/1996¹⁸:

El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.

Respecto a la necesidad de la sanción penal frente a un hecho delictivo, la misma sentencia señaló:

cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, fundamento jurídico 8º)¹⁹.

• Corte Constitucional de Colombia

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado respecto al principio de proporcionalidad y la facultad del legislador de fijar las penas asociadas a un delito. En su sentencia C-1401-2000²⁰ a la que ya hemos hecho referencia en este Informe, la Corte estableció que:

(...) en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República (...) puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que

¹⁸ <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3107>.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htm?CiWebHitsFile=/relatoria/2000/c-1404-00.htm&CiRestriction=23filename%202AC-1404-00%20A.htm&CiBeginHilite=3CB20CLASS=HIT%203E&CiEndHilite=3C/B%203E&CiHiliteType=Full>.

genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso(...), en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros.

El mismo criterio emplea en su sentencia C-042-2004²¹, que establece:

En principio, el legislador puede señalar las penas que considere pertinentes dentro del manejo de la política criminal, para la protección de los bienes jurídicos que estime pertinentes. Ahora bien, en el ejercicio del ius puniendi debe actuar dentro de los límites establecidos por la Constitución (tanto explícita como implícitamente). En esa medida, si bien puede restringir determinados derechos fundamentales en virtud de la imposición de las penas, dado que su naturaleza no es absoluta, no puede hacerlo de manera desproporcionada o irrazonable ni suspenderlos de manera plena.

Para poder determinar la proporcionalidad de una norma, será necesario aplicar un test de proporcionalidad, el cual ha sido desarrollado por la Corte en su sentencia C-309-1997²², la cual señala:

corresponde al juez constitucional no sólo estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada sino, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez primero determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido, segundo si son "necesarios", en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen

²¹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-042-04.htm>.

²² <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/relatoria/1997/c-309-97.htm&CiRestriction=23filename%202AC-309-97%20A.htm&CiBeginHilite=3CB20CLASS=HIT3E&CiEndHilite=3C/B3E&CiHiliteType=Full>

valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.

En su Sentencia C-573-2003²³, la Corte plantea un test de proporcionalidad en concreto:

para determinar si una norma se ajusta al principio de proporcionalidad se deben sopesar los beneficios derivados de la finalidad buscada por la medida, así como los efectos negativos de ésta. De tal manera que, aunque no se exige un equilibrio perfecto, si la balanza se inclina de manera protuberante del lado del impacto negativo, aquélla no es proporcionada.

Respecto a la libertad de configuración legislativa en materia penal, en su sentencia C-334-2013²⁴, a la que hemos hecho referencia en materia de límites a la configuración legislativa del derecho penal, la Corte colombiana señaló:

(...) En este sentido, la dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, si bien corresponde a la Corte velar que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En la misma línea argumentativa encontramos la sentencia C-210-2007²⁵, la cual señala:

la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP Arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP Art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

²³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-573-03.htm>

²⁴ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-334-13.htm>

²⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htm?CiWebHitsFile=/relatoria/2007/c-210-07.htm&CiRestriction= 23filename 20 2AC-210-07 2A.htm&CiBeginHilite= 3CB 20CLASS=HIT 3E&CiEndHilite= 3C/B 3E&CiHiliteType=Full>

Se afirmó también en este sentido, en la sentencia CV148 de 2005²⁶, que:

(...) si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y como pasa a examinarse las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la dosimetría de penas y sanciones, en su sentencia C-118-1996²⁷ la Corte señaló:

(...) El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.

La Corte también se ha pronunciado respecto a la facultad del legislador de intervenir en la ley procesal y, específicamente, en la ley procesal penal. En su sentencia C-272-1999²⁸ la Corte estableció:

A juicio de la Corte, el respeto por el principio de neutralidad procesal, que constituye reflejo directo de la igualdad ante la ley, requiere, entre otras cautelas, la guarda del que podría denominarse princi-

²⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/relatoria/2005/c-148-05.htm&CiRestriction= 23filename 20 2AC-148-05 2A.htm&CiBeginHilite= 3CB 20CLASS=HIT 3E&CiEndHilite= 3C/B 3E&CiHiliteType=Full>.

²⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-118-96.htm>.

²⁸ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-272-99.htm>.

pio de universalidad de los procedimientos. Según este principio, el Legislador debe abstenerse, hasta donde ello sea posible, de multiplicar el número de juicios y procedimientos y de establecer diferenciaciones dentro de los ya existentes. Conforme a esta idea, la diferenciación dentro de un proceso preexistente debe obedecer a una razón claramente fundada en la protección de un derecho o un bien constitucional.

Ahora bien, si las facultades de configuración política del Legislador en materia de diseño y regulación de los procesos judiciales se encuentran limitadas por los principios de rigorismo formal y universalidad antes anotados, estos se tornan aún más exigentes y necesarios en tratándose del procedimiento penal. Ciertamente, la Corte estima que el proceso penal, en cuanto manifestación del poder punitivo del Estado, se encuentra sometido a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad, motivo por el cual, en su diseño y regulación, el Legislador se encuentra sometido a mayores restricciones que en tratándose de procesos judiciales que no se relacionan directamente con la libertad personal.

Con base en el aserto antes anotado, la Constitución ha limitado la posibilidad de que la ley establezca regímenes sustanciales y procedimentales distintos según el tipo de delito de que se trate. Dicha diferenciación sólo puede proceder en aquellos casos en que el trato diferenciado se justifique “en razón de factores objetivos que lo hagan necesario y no entrañe una suerte de discriminación proscrita por la Constitución”. Adicionalmente, toda diferenciación realizada por la ley procesal penal, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad y respetar siempre las garantías del debido proceso y del derecho de defensa.

(...) Como lo ha mencionado la Corte en reiteradas oportunidades, para que un trato disímil establecido por la ley sea constitucional, la diferenciación debe buscar una finalidad que se avenga con lo dispuesto por la Carta Política y ser adecuada, necesaria y estrictamente proporcionada a dicha finalidad.

En relación a la política criminal del Estado, en su sentencia C-936-2010²⁹, la Corte previno que:

²⁹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/relatoria/2010/c-936-10.htm&CiRestriction= 23filename 20 2AC-936-10 2A.htm&CiBeginHilite= 3CB 20CLASS=HIT>

(...) si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

• Tribunal Constitucional del Perú

El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado respecto al principio de proporcionalidad. En su sentencia 01010-2012-PHC/TC³⁰, señaló:

El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una 'prohibición de exceso' dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que '[I]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho'.

En cuanto al principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en relación al principio de igualdad, el tribunal estableció en su sentencia 045-2004-PI/TC³¹:

3E&CiEndHilite= 3C/B 3E&CiHiliteType=Full.

³⁰ [http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=01010&anio=2012&accion=TD&dte=&ddo=.](http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=01010&anio=2012&accion=TD&dte=&ddo=)

³¹ [http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=045&anio=2004&accion=TD&dte=&ddo=.](http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=045&anio=2004&accion=TD&dte=&ddo=)

En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

La forma de operar de este par conceptual –razonabilidad y proporcionalidad– implica advertir que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.

La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional”

entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.

(...) En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

(...) En atención a lo anterior, este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que "(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad" (BVerfGE 107, 27). <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045520045AI.html> 5 _ftn14 En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 0048520045PI/TC (Fundamento N.º 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad.

Respecto a los parámetros de la actividad limitadora de los derechos fundamentales por parte del Estado, el tribunal señaló, en su sentencia 2235-2004-AA/TC³², que:

³² <http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=2235&anio=2004&accion=TD&dte=&ddo=>

(...) la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder Legislativo, este Tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisfecerá este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado.

• Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

Finalmente, parece relevante el tratamiento del tema por parte de la Suprema Corte de Justicia de Argentina. En cuanto a al principio de proporcionalidad y la facultad de los jueces de determinar las penas en el caso concreto, la dicho tribunal señaló, en su sentencia T.117.XLVI:

Los jueces deben valorar de forma equilibrada los hechos del caso, así como las normas y principios jurídicos en juego, y resolver las

tensiones entre ellos mediante una ponderación adecuada que logre obtener una realización lo más completa posible de las reglas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico. En tales condiciones, si bien la proporcionalidad, en el sentido de "prohibición de exceso", resulta principalmente significativa frente a medidas de injerencia del Estado, tanto de la administración como del legislador, y en este punto, especialmente, en materia de derechos fundamentales, sin embargo, como principio general del Estado de Derecho, y como efecto esencial del principio de razonabilidad, resulta un requisito de toda la actividad del Estado.

De esta guisa, es evidente que en el tratamiento de justicia constitucional comparado, hay consenso en que la facultad del legislador para tipificar y establecer penas tiene límites constitucionales basados en los derechos fundamentales que estas medidas afecten. Al ser esta una restricción de derechos fundamentales, debe satisfacer ciertos requisitos mínimos para su legitimidad, particularmente, el principio de proporcionalidad.

3. Proporcionalidad en la Corte IDH

La Corte Interamericana desde sus primeros pronunciamientos ha establecido la necesidad de que las medidas restrictivas de derechos sigan ciertos parámetros de legitimidad, dentro de los cuales, la proporcionalidad cumple un rol central:

En la Opinión Consultiva OCV4/84,³³ refiriéndose explícitamente a la posibilidad de que la ley establezca algún tipo de trato diferenciado, señaló:

57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no

³³ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4.

pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Respecto de la proporcionalidad, la Corte ha hecho suyo el razonamiento del Comité de Derechos Humanos en esta materia y ha señalado:

En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que: 14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas³⁴.

La Corte ha sido muy clara en señalar que no basta con la dictación de una ley, sino que esta debe satisfacer ciertos requisitos de legitimidad para ser compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, particularmente, debe satisfacer el principio de proporcionalidad en caso de establecer algún tipo de restricción al derecho a la libertad personal. Señala la Corte Interamericana:

Este Tribunal ha manifestado, en relación con los incisos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención, relativo a la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, que: [s]egún el primero de tales supuestos normativos [artículo 7.2 de la Convención] nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos

³⁴ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 132.

en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto [artículo 7.3 de la Convención], se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad³⁵.

4. Proporcionalidad en Chile

El Tribunal Constitucional chileno también ha recogido este principio en su jurisprudencia. Al respecto ha señalado, que es posible que el legislador establezca ciertas diferencias de trato, pero que estas deben pasar el test de no arbitrariedad:

TERCERO. Que la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente, esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas³⁶.

Respecto de los requisitos para la procedencia de una restricción legítima de un derecho fundamental, señala nuestro Tribunal Constitucional:

una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales³⁷.

Asimismo, en la misma sentencia establece que uno de los criterios que debe satisfacer este trato diferenciado es el de la proporcionalidad:

³⁵ Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 105.

³⁶ Tribunal Constitucional chileno, rol 787-2007-INA, sentencia de 18 de noviembre de 2007.

³⁷ Tribunal Constitucional chileno, rol 519-2007, considerando 9°.

SEPTIMO. Que, por último, debe razonarse si el trato más gravoso que se aplica a los responsables de sólo algunos delitos, a quienes no se reconoce un beneficio general, en caso que los mismos no alcancen el grado de consumados, resulta proporcionado al beneficio que se espera obtener con el establecimiento de la diferencia. En la especie, el mayor gravamen consiste en la privación de un beneficio que no está exigido por la Carta Fundamental, sino que es una regla legal general. En virtud de su supresión, los responsables de delitos que hayan quedado en grado de tentados o frustrados recibirán las mismas penas asignadas por la ley a los respectivos delitos, sólo que sin beneficiarse de las disminuciones que la ley asigna, en general, a los responsables de otros delitos no consumados. Imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas como para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad³⁸.

Consecuencialmente, es plenamente procedente establecer una discusión acerca de la constitucionalidad de una norma que restringe desproporcionadamente el ejercicio de un derecho.

C. Infracción constitucional en la aplicación del caso concreto

Las normas que han sido objetadas por la DPP, como ya se ha señalado, están contenidas en la Ley Sobre Control de Armas y las consecuencias en la penalidad y la aplicación de medidas alternativas que se ven restringidas gravemente si el ilícito se ha cometido en el marco de dicha ley especial. No hay duda alguna que estas normas impugnadas establecen un trato diferenciado respecto del goce y ejercicio de su derecho a la libertad personal, agravando la situación de la persona a la que se le imputa un delito en el marco de la Ley N° 17.798. Las consecuencias de la aplicación de las normas imputadas, como ocurre en el caso de C.F.R.S., es una restricción más severa de su libertad personal.

El punto a resolver es si esta política pública dirigida a la mejora de la seguridad pública es proporcional con la afectación grave de la libertad personal de C.F.R.S.

³⁸ Ibidem.

La gravedad de la medida es evidente, ya que se ven agravadas las penas que pueden ser aplicadas al imputado y se restringen severamente las medidas de cumplimiento alternativo de las penas. Frente a este agravamiento de la sanción penal, es carga del legislador establecer claramente que dicho agravamiento es proporcional, esto es, que sea necesario, adecuado y proporcional. Tal como se expone en el requerimiento sometido a consideración del Tribunal Constitucional, no hay ningún antecedente en la tramitación de la Ley N° 20.813 que justifique este trato agravado.

Tal como se desprende de la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada, es necesario que existan antecedentes concretos que justifiquen un trato diferenciado desde la ley.

Respecto a esto Lopera Meza señala:

la falta de certeza sobre las premisas que justifican la intervención se traduce en un déficit de legitimidad, pues en tanto no logre acreditarse con certeza que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, no se pueden dar por satisfechas las condiciones necesarias para reputarla como un ejercicio legítimo del ius puniendi, aun cuando haya sido declarada válida e incluso aunque provenga de un poder democráticamente legitimado³⁹.

De esta forma, se tendría que haber justificado la necesidad de la medida y su adecuación para el fin buscado, pero además, se debiera establecer que dicho trato diferenciado era la única vía para obtener el resultado buscado a través de un agravamiento de la restricción a la libertad personal. Nada de esto se desprende de la discusión parlamentaria ni del texto de la ley aquí impugnada.

En efecto, tal como se explica en el requerimiento, la aplicación de la actual normativa implica que C.F.R.S. no podrá acceder a las penas alternativas contempladas en la Ley N° 18.216 actualizada mediante la Ley N° 20.603; asimismo, el juez tampoco podrá aplicar las normas de los Arts. 65 al 69 del Código Penal que permitirían determinar un quantum de la pena acorde a las condiciones de contexto y personales del imputado.

³⁹ Lopera Meza, op. cit., p. 255.

Ya sabemos que nuestra Constitución política se funda en la dignidad del ser humano (Art. 1 CPR) y que la soberanía del Estado tiene un límite material en los derechos que emanan de la naturaleza humana (Art. 5 inciso 2º). Desde estos principios deben ser analizadas las restricciones de derechos a la igualdad ante la ley (Art. 1 y 19 N° 3 CPR) y la libertad personal (Art. 19 N° 7 CPR).

En palabras de Lopera Meza:

Los derechos humanos han dejado de ser sólo exigencias éticas para devenir, una vez constitucionalizados, en derechos fundamentales que condicionan aquello que el legislador, y demás poderes públicos, pueden válidamente decidir o no decidir; del mismo modo, los requisitos sustanciales que a luz del garantismo debe satisfacer una intervención penal para ser legítima, y que condensan el legado de la filosofía penal ilustrada, una vez integrados en la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad, operan como una herramienta que emplean los Tribunales Constitucionales para establecer hasta qué punto un derecho fundamental tolera las limitaciones que se le imponen y, en esa medida determinar, si la norma penal que establece esa limitación es o no válida a la luz del sistema constitucional⁴⁰.

Una normativa que en el caso concreto no es posible de justificar como una medida necesaria, adecuada y proporcional, no puede ser considerada una medida razonable de restricción de derechos por parte del legislador. En este caso concreto la desproporción de las normas dice relación directamente con el pleno goce y ejercicio de un derecho fundamental (libertad personal) en condiciones de igualdad. El trato diferenciado en este caso no parece razonable, por lo que la legislación no satisface con el principio de supremacía constitucional y no se ve una forma distinta de respuesta por parte del Tribunal Constitucional que declarar su inaplicabilidad.

⁴⁰ Ibidem, p. 245.

IV. Infracción constitucional del Art. 19 N° 3, en relación con los Arts. 1 y 5.2 de la Constitución. Culpabilidad y margen de actuación judicial

A. Principio de culpabilidad en la ley penal y el rol de la judicatura

El principio de culpabilidad está íntimamente ligado con el desarrollo de la idea de estado de derecho y los derechos fundamentales. Su consagración es un paso esencial hacia la construcción de un uso racional del *ius puniendi* en una sociedad democrática. En palabras de Manuel de Rivacova y Rivacova:

es la culminación en nuestros días, de un proceso varias veces milenario por cobrar plena conciencia de él y por plasmarlo en las legislaciones, y constituye el logro de una tendencia por racionalizar esta rama del Derecho, o sea, por humanizarla, de manera que regule y sancione, no el mero operar naturalístico o la causación mecánica del hombre, sino su actuar en tanto ser capaz de captar valores y de dirigir su conducta a la realización de ellos⁴¹.

Se ha entendido que el principio de culpabilidad representa:

En un plano cuantitativo, en cambio, la exigencia se traduce en que la culpabilidad ha de ser el factor determinante de la medida de la pena o, por decirlo en otras palabras, se requiere que ésta guarde estricta proporción con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible efectuar al autor⁴².

Este principio está íntimamente ligado con los principios del constitucionalismo contemporáneo. Así, el Tribunal Federal alemán, sostuvo:

El principio del Estado de derecho es uno de los más elementales principios de la Ley Fundamental. Dentro de él se encuentra no solamente la seguridad jurídica sino también la justicia material. La idea de la justicia requiere que el supuesto de hecho y la conse-

⁴¹ De Rivacova y Rivacova, M. "El principio de culpabilidad en el Código Penal Chileno". En Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Celebración del Centenario del Código Penal Chileno (Valparaíso 1975), p. 54 ss.

⁴² Rodríguez, L y De la Fuente, F. "El Principio de Culpabilidad en la Constitución de 1980". En Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso. XIII (1989-1990), Valparaíso-Chile, p. 126.

cuencia jurídica estén en una proporción justa recíproca (...) Con la pena, inclusive con la contravencional, se formula un reproche al autor. Tal reproche jurídico-penal presupone reprochabilidad, es decir, culpabilidad. De otra manera la pena sería una retribución incompatible con el principio del Estado de derecho respecto de un suceso por el que el afectado no tiene por qué responder. La sanción jurídico-penal, o de naturaleza similar, de un hecho no cometido culpablemente por el autor es contraria al Estado de derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 2º.1 de la Ley Fundamental⁴³.

En nuestro sistema constitucional no hay una referencia expresa al principio de culpabilidad. La doctrina sí lo ha entendido como uno de los principios implícitos que se desprenden de la actual regulación de derechos fundamentales en el texto constitucional. La base normativa del principio de culpabilidad en el Art. 19 N° 3, que consagra el derecho a un debido proceso en el texto constitucional. Este principio constitucional se encuentra regulado en un texto muy formal, pero que ha sido complementado a través de la interpretación que ha hecho el propio Tribunal Constitucional.

El TC ha acogido esta consagración constitucional del principio de culpabilidad en términos indirectos, cuando ha definido la “política criminal”:

la configuración del Derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir la tarea de protección de la sociedad, incluyendo tres principios fundamentales: el principio de la culpabilidad, el principio del Estado de derecho y el principio de la humanidad (STC Rol 787507, considerando 8º; STC Rol 825507, considerando 8º)⁴⁴.

La consagración en el Art. 19 N° 3 de un debido proceso (numeral 1) y del principio de legalidad (numeral 6), son la base para considerar que la culpabilidad es parte del ilícito que debe ser regulado legalmente y bajo la idea de un vínculo entre la conducta ilícita y la culpabilidad del sujeto infractor. El propio

⁴³ Tribunal Constitucional Alemán, citado en Bacigalupo, E. “La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad”. En Principios constitucionales de derecho penal (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, pp. 145-146.

⁴⁴ Citado en ver Cisterna, G. El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad. (2006-2010). Tribunal Constitucional, Agosto 2011, Santiago-Chile, p. 82.

José Luis Cea⁴⁵ ha señalado que el Art. 19 N° 3 inciso 6 contempla todas las conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Para la plena vigencia del principio de culpabilidad es central la actividad del juez. La aplicación de la norma penal al caso concreto es el rol del juez penal (Art. 73 CPR) y este no es solo un ejercicio formal, sino que es la concreción del rol de los derechos humanos en una sociedad democrática. El juez, por una parte, es garante de los derechos de la persona imputada penalmente y por otra, es quien debe garantizar que la sentencia que se dicta esté debidamente fundada para poder destruir la presunción de inocencia y se aplique la sanción legalmente proporcionada al ilícito.

Para que el juez pueda hacer este ejercicio es necesario que la ley le dé al juez la posibilidad real de hacer un análisis de los hechos y aplicar el derecho al caso concreto. Este es un ejercicio que permite garantizar la vigencia del principio de culpabilidad y se eviten sanciones ilegítimas, aunque formalmente legales.

B. Jurisprudencia comparada

1. Corte IDH

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en algunos casos que le han sido sometidos a su conocimiento, donde la discusión giraba en torno a legislaciones que establecen la pena de muerte como pena única frente a determinados ilícitos⁴⁶. A partir de la resolución de estos casos es posible extraer ciertas consideraciones generales relativas al rol de la actividad jurisdiccional en la aplicación de la ley, y los límites a una configuración estricta por parte del legislador que restringe las posibilidades de la judicatura de resolver los casos penales atendiendo a las circunstancias de cada caso.

El criterio de la Corte IDH en estos casos ha sido que la legislación penal no puede establecer límites tan estrictos al juez para la imposición de una sanción que impidan que en el caso concreto se ponderen los elementos perso-

⁴⁵ Cea Egaña, José Luis. "La igual protección de los derechos". En *Revista Chilena de Derecho* 9 (1982), p. 533. Un completo análisis en Rodríguez y De la Fuente, op. cit., pp. 139-144. En el mismo sentido Kunsemüller, Mera y Guzmán, ver Cisterna, G., op. cit., pp. 76-78.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Sentencia de 24 de septiembre de 2009.

nales de responsabilidad penal. En este sentido, la determinación de la culpabilidad debe poder atender a factores de contexto y personales en el caso concreto que son propios de la labor jurisdiccional. La Corte IDH señala:

102. La privación intencional e ilícita de la vida de una persona (homicidio intencional o doloso, en sentido amplio) puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal, si bien bajo diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones entre el delincuente y la víctima, móvil de la conducta, circunstancias en las que ésta se realiza, medios empleados por el sujeto activo, etc. De esta forma se establecerá una graduación en la gravedad de los hechos, a la que corresponderá una graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable⁴⁷.

104. Conviene precisar que la Ley de Delitos contra la Persona ofrece dos particularidades principales: a) en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal, solamente autoriza al juzgador para encontrar responsable a una persona por homicidio intencional basándose en la categoría del delito, sin que pueda tomar en cuenta las condiciones personales del justiciable ni las circunstancias particulares del delito y b) en lo que toca a la determinación de la sanción, impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte para todo culpable de homicidio intencional e impide que dicha sanción pueda ser modificada por la vía de la revisión judicial.

105. La Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, 'se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miem-

⁴⁷ Corte IDH, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. En el mismo sentido: Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 53 y; Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 50.

*bro*s indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de ⁴⁸⁴⁹ .

Son dos las cuestiones que nos parecen relevantes del razonamiento de la Corte IDH y que son aplicables en la especie. Por una parte, que la legislación penal debe establecer la posibilidad cierta de que el juez pueda ponderar en el caso concreto las circunstancias fácticas y las personales que determinen el juicio de reproche. Por tanto, una legislación que no permita este ejercicio no está acorde a los estándares convencionales.

En segundo lugar, en aquellos casos en que el juez impone una sanción, debe estar en condiciones de ponderar en el caso concreto el *quantum* de la pena. Este *quantum* de la pena no puede venir determinado por el legislador sin la posibilidad de que se valoren elementos fácticos y personales que permitan que la pena sea la proporcional en el caso conforme a la culpabilidad individual⁵⁰.

Para la Corte IDH el fundamento de este razonamiento es similar al que al efecto ha tenido en consideración la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, esto es, que las personas deben ser tratadas como sujetos finales y la legislación no puede establecer límites para el juicio de culpabilidad personal propios de una sociedad democrática moderna.

La Corte IDH, además, ha relacionado esta determinación de la pena conforme a los diversos grados de culpabilidad con las garantías del debido proceso. Señala la Corte IDH:

⁴⁸ Cfr. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció que la condena obligatoria a la pena de muerte constituyó una violación de las garantías del debido proceso de la Enmienda XIV y del derecho a no ser sometido a un tratamiento cruel o inusual de la Enmienda VIII, en relación con la Constitución de Estados Unidos de América. Allí, la Corte también indicó que la imposición de la pena de muerte generalmente requiere una consideración de los aspectos relevantes del carácter del acusado y las circunstancias del delito particular. Cfr. *Woodson v. North Carolina*, 428 US 280, 304 (1976).

⁴⁹ Corte IDH. Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. En el mismo sentido: Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, 34 párr. 80; Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 58 y; Caso *Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 54.

⁵⁰ En el caso *Boyce vs. Barbados*, la Corte señaló expresamente sobre este aspectos lo siguiente: "Una pena de muerte obligatoria legalmente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito." (Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 57).

El estricto cumplimiento de ciertas garantías procesales es esencial para evaluar si la pena de muerte ha sido impuesta arbitrariamente. Conforme a la ley de Barbados, las defensas legales, jurisprudenciales y excepciones para los acusados en casos de pena de muerte, tienen incidencia únicamente en la determinación de la culpa o inocencia de la persona, y no en la determinación del castigo adecuado que debería aplicarse una vez que se ha establecido la responsabilidad penal del inculpado. Es decir, el acusado en un caso de pena de muerte, podría intentar evitar el veredicto de culpabilidad interponiendo ciertas defensas jurisprudenciales con respecto a la imputación del homicidio. Estas defensas buscan evitar condenas por homicidio y reemplazarlas con condenas por “manslaughter” (homicidio culposo), por ejemplo, que conllevan una pena de cadena perpetua o, por otro lado, excluir totalmente la responsabilidad penal del acusado por el homicidio. Sin embargo, cuando se encuentra que el acusado ha sido culpable del delito de homicidio, la ley no permite que el juez considere el grado de culpabilidad del acusado u otras formas de castigo que serían más acordes para ese individuo en las circunstancias particulares del caso. Es decir, los tribunales no tienen facultad para individualizar la pena de conformidad con la información concerniente al delito y al acusado⁵¹.

2. Jurisprudencia constitucional

Un criterio similar al de la Corte Interamericana han seguido diversos tribunales constitucionales.

Quien ha tenido la oportunidad de desarrollar ampliamente este tema ha sido el Tribunal Constitucional español. Una aproximación general la tuvo en un caso de 1999, en el cual declaró que, cuando el legislador opta por un tipo penal amplio o poco específico de la o las conductas sancionadas, dicha apertura debe ir acompañada de la consiguiente ampliación del marco punitivo, que a su vez haga posible poner a disposición del juez los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de las conductas. De otro modo, el aplicador del derecho se sitúa ante la disyuntiva, sea de incurrir en evidente desproporción, sea dejar impunes conductas particularmente reprochables. El precepto legal

⁵¹ Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párr. 55.

debe permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso, de lo contrario incurre en inconstitucionalidad⁵².

En un fallo reciente analiza esta relación entre proporcionalidad y culpabilidad a partir del principio de legalidad en un sentido muy completo y plenamente aplicable en la especie:

En idéntico sentido, la STS 62/2011, de 4 de febrero, en donde se lee que «del conjunto de tal privación de libertad, no puede deducirse inequívocamente el propósito inicial de una extensa prolongación de la privación de libertad», más allá de los citados tres días, por lo que procede la aplicación del subtipo atenuado, máxime cuando esta Sala Casacional tiene afirmado que los valores de libertad y justicia a los que se refiere el Art. 1.1 CE son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad, en cuanto opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al referido principio de proporcionalidad, ya que, en caso de duda, habría que estar por la vigencia del favor «libertatis». El valor justicia, en cuanto que en sí mismo integra la prohibición de un ejercicio de exceso en la imposición de la pena y se conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio, también resulta básico para el contenido del principio de proporcionalidad, que como todos los principios, constituye un mandato de actuación para la realización del contenido de un determinado valor y está fundamentalmente dirigido al legislador, en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimársele destinatario exclusivo de este precepto, ya que en virtud del principio de efectividad contenido en el Art. 9.2 CE, también el sistema judicial, en cuanto que intérprete y aplicador de la ley, es el responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados y, por tanto, responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que define el ordenamiento jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opera a través del sometimiento al superior valor de la ley 5 Art. 117 CE 5 no de una manera automática y mecanicista, sino desde el respeto y efectividad de tales valores (STS 1.6.2000). La imposición de la pena respecto del caso concreto ha de responder a las exigencias que el principio de legalidad comporta. Pero a su vez la legalidad implica la directa relación

⁵² Fundamento jurídico 30°, STCE 136/1999.

del principio con la proporcionalidad y la tipicidad. Se trata del juicio de ponderación que al amparo de la ley, a los jueces corresponde para relacionar la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la comunicación penal, en atención a la importancia del delito, a la intensidad del mal causado y a la reprobabilidad que su autor pueda merecer (STS 7.6.1994).

En otro caso, relativo a la libertad de expresión en el marco del conflicto con ETA, el Tribunal español, en la sentencia 136/1999 de 20 de julio de 1999, señala que la base de legitimidad de la ley sancionatoria es la Constitución:

20. Con todo, esta sanción sólo podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal del Art. 25.1 C.E., y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.

Enseguida, aclara que el destinatario de la obligación constitucional en esta materia es el legislador:

21. Conviene advertir al respecto que el derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador y no al Juez.

Respecto de la posibilidad de que la norma sea contraria a la Constitución, el Tribunal español hace referencia expresa a que la norma entre en contradicción con derechos constitucionalmente protegidos:

El juicio que procede en esta sede de amparo, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca «un patente derroche

inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho» (STC 5/1996, fundamento jurídico 8.) o una «actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona» (STC 55/1996, fundamento jurídico 9.) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. «Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6., y 161/1997, fundamento jurídico 9.)⁵³.

En cuanto al principio de proporcionalidad en su relación con el principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia 003-2005 PI/TC⁵⁴, estableció:

el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por los accionantes es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley. Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en los siguientes términos:

En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer (...)

⁵³ Ibidem, considerando 23.

⁵⁴ <http://www.tc.gob.pe/tc/causas/search?nro=003&anio=2005&accion=TD&dte=&ddo=>

(...) el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado.

Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifican como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º inciso 24) el cual se concreta también en que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, deben de ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.

En una sentencia más reciente, el mismo Tribunal Constitucional peruano señaló en su sentencia 01010-2012-PHC/TC⁵⁵ lo siguiente:

(...) Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

(...) Si, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138º de la Constitución, establece que “[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”, existe una presunción de que el cuántum de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica (STC 0012520105PI/TC, fundamento 3).

⁵⁵ *Ibidem*, considerando 23.

C. Infracción constitucional

No parece haber duda alguna que la Constitución garantiza una concepción fuerte de la dignidad del ser humano en su Art. 1º. Asimismo, la propia Constitución consagra el deber de todos los órganos del Estado de adoptar medidas para la protección y garantía de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (Art. 5 inciso 2º). Dicha centralidad de la persona y sus derechos no parecen ser compatibles con una legislación penal que establezca sanciones de la más grave envergadura, tratando al ser humano como un sujeto que no merece ser juzgado individualmente a la luz de todos los antecedentes que puedan ser aportados en juicio, para que el juez se forme un juicio de culpabilidad en el caso concreto.

La normativa que ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional si bien no es una normativa sobre pena de muerte ni establece una pena única, sí es una normativa que restringe desproporcionadamente la facultad de los jueces de evaluar las circunstancias de cada caso y las particularidades del sujeto imputado en el caso concreto, al no permitirse la aplicación de las normas de los Arts. 65 a 69 del Código Penal.

Tal como se desprende de las normas impugnadas, particularmente del Art. 17 B inciso 2º de la Ley N° 17.798, respecto de las personas que son condenadas por infracción del Art. 9 inciso 1º de la Ley N° 17.798, para la determinación de la pena, el juez no podrá aplicar los criterios establecidos en los Arts. 65 al 69 sobre determinación del *quantum* de la pena, salvo en lo que dice relación con las atenuantes y agravantes. El resultado de este proceso restrictivo es que la ley determina, previo al análisis judicial, que estos delitos siempre tendrán una sanción privativa de libertad.

Esta infracción al principio de culpabilidad es una infracción evidente al derecho de toda persona a ser juzgada conforme a un debido proceso. Esta garantía consagrada en el Art. 19 N° 3 de la Constitución no solo establece una faceta procedimental, sino que también una sustantiva y uno de los elementos centrales en esta faceta sustantiva es la satisfacción del principio de culpabilidad. No puede ser que una persona, como ocurre en el caso en que incide esta acción de inaplicabilidad, pueda ser sancionada penalmente sin considerar las circunstancias del caso y no se permita una graduación efectiva de la pena a la luz de los antecedentes contextuales y personales del ofensor penal. Si este es el precio que debemos pagar –según el legislador– para proteger la seguridad de las personas, es un precio que exceden los límites propios de una sociedad democrática basada en la dignidad e individualidad de los seres humanos.

En el mismo sentido, esta normativa impugnada entra en contradicción con el principio de legalidad. Este principio no sólo se vincula con que nadie sea juzgado sino por una ley previa, escrita y estricta, sino que en la aplicación de dicha ley el juez tenga el margen suficiente para aplicar la sanción que en el caso concreto amerita, tomando en consideración todas las particularidades de ese caso concreto. Como ya hemos señalado, esto no es posible respecto de las personas que son condenadas por infracción a la Ley de Control de Armas, aunque no se haya cometido un crimen con dichas armas.

De esta forma, la legislación impugnada contradice la garantía constitucional consagrada en el Art. 19 N° 3 inciso 6°, en relación con los Arts. 1, 5 inciso 2° y 19 N° 3 inciso 7°.

V. Infracción constitucional del Art. 19 N° 2, en relación con el Art. 5.2 de la Constitución y el Art. 10 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 5 N° 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fin resocializador de la pena

A. La pena en una sociedad democrática

No hay duda alguna que uno de los debates más controvertidos en materia penal es el fin de la pena. La evolución de la sanción penal es también la evolución de la humanización del derecho y particularmente, del derecho penal como expresión última del poder estatal.

Este no es un debate ajeno a este caso, ya que lo que está en el fondo de la discusión sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas por la DPP, es el sentido de la pena frente a ciertos casos donde la conducta es calificada por el legislador como especialmente peligrosa (el porte de armas), sin tomar en consideración la proporcionalidad de la sanción asociada a un actuar peligroso; donde dicho actuar peligroso rompe con el principio de culpabilidad; y, finalmente, establece un tipo de sanción que rompe con el sistema de penas dirigidas a la resocialización de la persona y no a un castigo puramente retribucionista.

La evolución de la sanción penal y el rol que a ésta se asigna en una sociedad democrática ha sido recogida en el debate sobre derechos humanos. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 10 N° 3, se señala:

El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y se-

rán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 5 N° 6 dispone:

Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Por tanto, la normativa constitucional chilena, algo parca en esta materia, debe ser leída a la luz de la normativa y jurisprudencia internacional de forma tal de dar una garantía efectiva a los derechos humanos, conforme al mandato constitucional del Art. 5 inciso 2° de la Constitución.

A continuación, exploraremos algunos razonamientos efectuados por la Corte Interamericana y tribunales constitucionales de otras latitudes que desarrollan este derecho a que la pena tenga un fin resocializador y no meramente punitivo.

B. Jurisprudencia comparada

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de realizar un profundo análisis de esta materia en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*⁵⁶ relativo a la aplicación de la pena de privación perpetua de libertad personal a menores de edad. En el marco del análisis de este caso, se formulan algunas consideraciones generales sobre el contenido y alcance del límite a la aplicación de sanciones privativas de libertad en el marco convencional americano.

La Corte Interamericana argumenta sobre los alcances del Art. 5 N° 6, señalando que una pena de prisión perpetua no tiene otro fin que el retributivo, lo que no sería compatible con la Convención que en esta materia adopta una perspectiva de reintegración social:

Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal

⁵⁶ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños (párr. 166).

Si bien el razonamiento de la Corte se dirige en particular a la situación de los niños/as condenados a prisión perpetua, el estándar es más amplio ya que establece que el parámetro para evaluar una sanción penal de prisión es si esta propende a la reintegración social, que es el objetivo propio de las sanciones penales.

En cuanto a la finalidad de resocialización de las penas, la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-261 de 1996⁵⁷, señaló que:

Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores.

En este sentido, el razonamiento de la Corte Constitucional va en el mismo sentido, el baremo para determinar la legitimidad de la sanción penal es el cumplimiento del objetivo reintegrador o el de reinserción social que debe tener como único objetivo la aplicación de una sanción penal de privación de libertad.

Por tanto, una legislación como la que se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional presenta serios reparos en este sentido. En efecto, la aplicación de esta normativa lleva necesariamente a establecer la respuesta penal como única reacción del poder punitivo del Estado como respuesta a conductas de peligro. No se permite ninguna ponderación ni graduación de las sanciones y la respuesta punitiva carcelaria se automatiza. De ahí que uno pueda concluir que la sanción no tiene un fin reintegrador o de reinserción social, sino que “opera en un sentido meramente retributivo” en los términos de la Corte Interamericana, lo que parece claramente en contradicción con el numeral 6 del Art. 5 de la Convención Americana.

⁵⁷ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/relatoria/1996/c-261-96.htm&CiRestriction= 23filename 20 2AC-261-96 2A.htm&CiBeginHilite= 3CB 20 CLASS=HIT 3E&CiEndHilite= 3C/B 3E&CiHiliteType=Full>.

C. Infracción constitucional

Conforme lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con base en lo dispuesto en el Art. 5 inciso 2º de la Constitución, es posible inaplicar una norma que viola un principio constitucional que se encuentra desarrollado en los instrumentos internacionales de derechos humanos. El Tribunal Constitucional ha aclarado los alcances de este razonamiento:

Que el requirente denuncia la vulneración del principio de inocencia, al que adjudica el carácter de presunción. La Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas.

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, en el artículo 8.2, dispone que ‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’ y que ‘durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas’ que enuncia. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Que dicho principio, que más bien se podría referir al “trato de inocente”, importa la obligación de considerar al imputado como si fuere inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones –como medidas cautelares⁵ tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación [...]”⁵⁸.

En el caso de las normas que se impugnan en este requerimiento de inaplicabilidad, ellas entran en contradicción con el Art. 19 N° 1, que consagra el derecho a la integridad personal (“El derecho a la vida y a la integridad física y

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de agosto de 2007, rol 739-2007, considerandos 7 y 8.

psíquica de la persona”) en concordancia con el Art. 5 N° 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 N° 3 que complementan el alcance del principio general en lo que dice relación con la prohibición de sanciones penales que no tengan como objetivo a reintegración de la persona del condenado a la sociedad.

Tal como se ha argumentado, la norma impugnada consagra un sistema que automatiza la sanción penal de cárcel frente a delitos de peligro y esto no tiene ningún fin de readaptación social, sino que uno meramente punitivo. Al eliminarse de las opciones del juez la posibilidad de graduar la pena, este queda limitado a la imposición de una sanción penal de cárcel, que es precisamente lo que busca evitar la normativa internacional vigente en Chile.

Pero la infracción más grave y directa es la restricción que impone el Art. 1 inciso 2° de la Ley N° 18.216, que establece la imposibilidad de que el juez establezca una pena sustitutiva a las privativas o restrictivas de libertad. Esta norma afecta en forma evidente el sentido de la Ley N° 18.216 y su modificación mediante la Ley N° 20.813; ambas legislaciones tenían un claro sentido resocializador de las penas y al establecer una restricción como la que se ha impugnado ante el Tribunal Constitucional, no se permite el cumplimiento del mandato constitucional e internacional de la efectividad de la integridad personal a través de penas que busquen la reinserción social y no tenga fines meramente punitivos.

En este sentido, al aplicarse el referido Art. 1 inciso 2° de la Ley N° 18.216, en el caso del sr. C.F.R.S entra en contradicción con una lectura amplia y pro persona de la garantía de la integridad personal consagrada en el Art. 19 N° 1 constitucional leído en conjunto con el Art. 5 N° 6 de la CADH y Art. 10 N° 3 del PIDCP, en los términos propuestos por el Art. 5 inciso 2° constitucional.

VI. Conclusiones

A la luz de los antecedentes de hecho y de derecho tenidos a la vista y desarrollados en este Informe, es posible concluir lo siguiente:

1. El Tribunal Constitucional está legitimado para evaluar la constitucionalidad de una ley que establece sanciones penales.
2. En el caso de la inaplicabilidad solicitada por la DPP que es objeto de este Informe, hay elementos suficientes para considerar que las normas impugnadas establecen una restricción desproporcionada del derecho a la libertad personal consagrado en el Art. 19 N° 7 en relación con el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el Art. 19 N° 2 del mismo

texto constitucional, a la luz de lo dispuesto en los Arts. 1, 4 y 5 de la Constitución.

3. Asimismo, hay elementos de juicio suficientes para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 17 B inciso 2º de la Ley N° 20.813, en atención a que viola el derecho a un debido proceso consagrado en términos amplios en el Art. 19 N° 3 de la Constitución, particularmente, por violentar el principio de culpabilidad e impedir a la judicatura una evaluación de todos los antecedentes fácticos y personales para la aplicación de la sanción penal; ello, a la luz de lo dispuesto en el Art. 1 y 5 de la Constitución.
4. Finalmente, también existen antecedentes serios para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 1 inciso 2 de la Ley N° 18.216, toda vez que esta norma contradice lo preceptuado en el Art. 19 N° 1, relativo a la integridad personal, toda vez que contradice el Art. 5 N° 6 de la CADH, aplicable en la especie a partir de lo dispuesto en el Art. 5 inciso 2º de la Constitución.

Es cuanto puedo informar.

IV. La legitimidad de sancionar penalmente el porte ilegal de arma de fuego permitida

Fernando Mardones Vargas¹
Abogado

I. Preámbulo

La Defensoría Penal Pública (o DPP) ha requerido mi opinión en relación a los siguientes temas:

1° ¿Aun cuando el delito de porte ilegal de arma de fuego se funda en la protección de la seguridad pública, en determinadas circunstancias esta conducta no afecta dicho bien jurídico, tal como sucede en el caso que motiva la consulta? En efecto, cuando el arma es utilizada para cazar, en ese sentido es posible afirmar que: ¿esta conducta permite más bien vislumbrar una eventual vulneración del derecho que tiene el Estado de controlar las armas, y no hay una afectación al orden público o a la seguridad pública?

2° El derecho que tiene el Estado de controlar las armas, ¿debería ser protegido por el derecho penal o por el derecho administrativo sancionador, por no contar con la relevancia necesaria para constituirse en un bien jurídico fundante de una conminación penal?

3° Considerando lo anterior, a partir del principio de proporcionalidad, se consulta si: ¿es posible afirmar que no resulta necesaria, útil y estrictamente proporcional, la conminación penal contra quien realiza una conducta que claramente no pone si quiera en riesgo la seguridad pública, y realiza más bien una actividad que puede eventualmente afectar el derecho del Estado a controlar las armas, que sólo ha servido para fundar contravenciones o faltas administrativas?

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

4° El Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad, ¿podría proceder a interpretar el precepto legal cuestionado, de manera de lograr una aplicación del mismo que sea conforme a la Constitución Política de la República?

II. Antecedentes de la consulta

1. Causa criminal en que incide la consulta

a) Hechos formalizados

La consulta se relaciona la causa RUC N° 1500406405-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Loncoche bajo el RIT N° 285-2015. En esta causa, el 28 de abril de 2015 se desarrolló audiencia de control de la detención y formalización de la investigación en contra de L.C.V., oportunidad en que el Ministerio Público le comunicó que era investigado por el presunto delito de porte ilegal de arma de fuego, contemplado en el inciso 1° del artículo 9° de la Ley N° 17.798, que señala: “Los que poseyeren, tuvieren o portaren algunas de las armas o elementos señalados en las letras b) y d) del artículo 2°, sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo”.

En la formalización, el ente persecutor expuso que el personal de Carabineros de Chile de la 6ª Comisaría de Loncoche, recibió un llamado a nivel 133, quien llamaba era una persona de sexo masculino, que se identificó como A.C.L., con domicilio en Loncoche. Según el Ministerio Público, esta persona informó que al interior de su parcela había ingresado una camioneta de color blanco, y que merodeaba en su domicilio con actitudes sospechosas. Una vez que el personal policial llegó al lugar de los hechos, en el kilómetro 6 de dicha arteria, fiscalizaron a una camioneta color gris, marca Mitsubishi, modelo L200, en la que se movilizaban 5 sujetos. Los funcionarios policiales controlaron la identidad de estos sujetos, y con ocasión del registro del vehículo en que se trasladaban, encontraron en el piso de los asientos traseros del móvil, una escopeta marca Boito calibre 12 doble cañon, serie N° D891, con culata de madera color café y una carabina marca CZ 452-2EZKM, serie N° 516386, con una mira telescópica marca Gamo con linterna color negro, adosada a la mira telescópica, la que en su cargador mantenía la cantidad de 3 tiros calibre 22. Al ser consultados por la propiedad de las armas, L.C.V. manifestó que eran de su propiedad y que no las mantenía inscritas porque que eran de unos familiares ya fallecidos, procediéndose en el lugar a la incautación de las armas y a la detención de L.C.V.

b) Diligencias registradas en la carpeta de investigación

- Parte de Detenidos redactado por Carabineros de Chile, de la 6ª Comisaría de Loncoche, en el cual se incluye acta de notificación del detenido; acta de información de derechos del detenido y apercibimiento del artículo 26 del Código Procesal Penal; acta de incautación; declaraciones del personal aprehensor; y registro de atención de urgencia del detenido.
- Extracto de filiación y antecedentes del detenido, en el cual no figura ningún tipo de anotación prontuarial.
- Registro de antecedentes penales de la Fiscalía Nacional de Chile, extraído desde el Sistema de Apoyo al Fiscal (SAF), en el cual no se registra ningún tipo de anotación del detenido, ya sea como investigado o condenado, apareciendo sólo como denunciante en calidad de víctima y en calidad de testigo en otras investigaciones.
- Fijación fotográfica de las armas incautadas.
- Informe evacuado por perito armero y artificiero.
- Declaraciones prestadas ante el fiscal de la causa por el personal aprehensor.
- Oficio de la Autoridad Fiscalizadora de Carabineros de Chile, dirigido a la Fiscalía Local de Loncoche, en el que se informa que el rifle marca CZ aparece inscrito a nombre de J.M.C.V., quien actualmente se encuentra fallecido; y que la escopeta marca Boito no tiene inscripción.

c) Informe pericial antropológico

En este peritaje, en lo medular, se señala que los hechos ocurren en camino Paya Km. 6, Loncoche, Región de la Araucanía, cuando el imputado se encontraba de caza con familiares y amigos, con uso de armas no inscritas.

En cuanto a los antecedentes del imputado, se indica en el informe pericial que:

L.C.V. nació en Loncoche, Región de la Araucanía. Luego de vivir un tiempo ahí y compartir la vida en un pueblo del sur de Chile se traslada a vivir a Santiago con toda su familia, ya que sus padres buscan mejores condiciones económicas y de vida. Su padre trabajaba en la construcción y su madre de maestra de cocina. Estudió la básica en el colegio Escritores de Chile y la enseñanza media en el Liceo Técnico Ignacio Domeyko, comuna de Recoleta... Cuando

L.C.V. tenía siete años sus padres y hermano menor (15 años) se trasladan desde Santiago a vivir nuevamente a Loncoche, donde hoy reside gran parte de sus familiares. Esta decisión fue tomada debido a que su padre se enferma quedando con un 50% de su cuerpo paralizado producto de una trombosis y posterior operación al corazón, desde ese momento recibe una pensión de invalidez, con esto la economía familiar se ve fuertemente afectada. Mientras esto ocurría L.C.V. seguía viviendo en Santiago y contactando regularmente a su familia, lo que implicaba viajar regularmente al sur de Chile y mantener vínculos con su familia y amigos del sur de Chile. Sin embargo hace cuatro años su papá se enfermó nuevamente, empeorando su condición física, por lo que L.C.V. decide trasladarse a vivir a Loncoche junto a su señora e hijos, para así apoyar de cerca a sus padres....En este sentido L.C.V. a pesar de vivir en Loncoche en una vivienda distinta a la de sus padres, es quien en gran parte sostiene económicamente a sus padres, quienes viven con una pensión de invalidez. En lo económico L.C.V. trabaja en Calama, en una empresa constructora, con un turno de 20 por 10, él es un maestro de primera, calificado para obras que requieren cierta especialidad, como es el caso de trabajo en fierro. L.C.V. mensualmente aporta a sus padres \$120.000 pesos más la manutención de su hermano menor, a quien le paga el furgón escolar que lo traslada al colegio todos los días, además aporta la ropa y materiales de colegio entre otros. Considerando que la pensión de invalidez del padre no le alcanza para subsistir, ésta asciende a \$110.000 pesos. Actualmente L.C.V. vive con su esposa y sus tres hijos. Los tres hijos pertenecen al mismo matrimonio y estudian en Loncoche. El mayor va en séptimo básico; la segunda en segundo básico y la bebé está al cuidado de su esposa. Los diez días que L.C.V. tiene libre viene a Loncoche donde hace trabajos esporádicos, comparte con su familia, padres y familiares y amigos. Además aprovecha a salir con sus amigos y parientes cercanos a recolectar, pescar y cazar. Como se verá estas prácticas son comunes en sectores rurales y los usos y costumbres asociados han sido parte relevante de la tradición familiar rural. Además la costumbre de heredar armas de fuego es una práctica común, así como también el hecho de no inscribirlas.

En relación con la costumbre de heredar armas de fuego así como también el hecho de no inscribirlas, se señala en la pericia que:

la caza es una actividad con un fuerte arraigo cultural que se viene practicando, de forma ininterrumpida, desde los albores de la humanidad. En el devenir histórico se pasa de una práctica de la caza inmersa en una economía predatoria, que toma de la naturaleza lo que necesita (Quesada 1998)...Como se describió brevemente en el apartado anterior, el uso de armas de fuego para la caza de aves y animales salvajes en el sector rural es una práctica común, tanto como estrategia de sobrevivencia alimentaria y económica, como así también pasa a ser una actividad recreativa y deportiva. En este sentido, en palabras de L.CV: "salir a cazar conejos u otros animales como el chanco jabalí" implica el encuentro de amigos, parientes, quienes a través del recorrido por el sector rural y preferentemente de noche buscan con uso de focos a su presa para poder cazarlas. Esta es una práctica común en el sector rural en Chile y en todo el mundo. L.CV. nos señaló en la entrevista respecto a la caza "Nos gusta el deporte al aire libre, salimos a acampar, pescar a orilla del río y también a cazar. Cazamos: conejos, patos, perdices y rara vez jabalí, conejos más común". La caza de animales con armas de fuego se realiza en grupos, a pie o en vehículos. ..Como nos describió L.CV. en detalle, la caza de animales se realiza por "recreación, alimentación, por deporte". De hecho es común que al día siguiente se junten los cazadores para comer los productos de la caza en un disco. Además en el sector rural el conejo es considerado una plaga y la caza de estos animales es una actividad beneficiosa, si tomamos en cuenta que los conejos ejercen una fuerte presión sobre retoños de arbustos y hierbas diversas, además de generar a lo largo procesos de erosión de los terrenos.

Se indica en el informe que:

La información descrita permite comprender que la tenencia de armas en el sector rural es algo común, el arma es una herramienta usada para diversos fines, como son la caza, protección de posibles robos de animales y en muchos casos estas armas no están inscritas, pues fueron heredadas. Las personas aprenden a disparar porque sus parientes o personas mayores les enseñan, esto ocurre cuando son niños... Aprendí a usar el arma con mi tío y no tenía permiso tampoco. El me sacaba a pasear, cazar y pescar, me llevaba con más gente a cazar, yo llevaba las cosas, era el perrito, íbamos a pescar a los ríos de por aquí [...] A los 12 años comencé a disparar, pero me daba medio, claro porque te pegaban el culatazo para

atrás, los rifles de ahora ya no pega nada, antes no, cuando salí por primera vez, salí de culo, si es un tremendo cañón. De ahí no paré de cazar, de pescar, hasta el día de hoy.

Se señala también que:

Si bien Chile ha hecho esfuerzos en temas legislativos y en relación al control y porte de armas de fuego, estos cambios realizados no han tomado en cuenta la diversidad de sectores de nuestra sociedad, como es el sector rural. Siendo una materia tan relevante se requiere una estrategia comunicacional que aborde la costumbre que tienen las familias en Chile en relación al uso y porte de armas, en especial en sectores rurales, donde el uso del arma puede estar vinculado a la defensa personas, cuidado de animales o como en el caso de L.C.V. a la caza y deporte...Al contrario del panorama nacional, a nivel mundial este debate sobre el uso y porte de armas de fuego sí ha existido. El interés y preocupación por las consecuencias de las armas de fuego se inicia desde principios de la década de los 90 particularmente en Estados Unidos donde se comienzan a realizar distintos estudios sobre la efectividad, ventajas y desventajas de las leyes de control de armas. Se busca con ello establecer teorías y patrones que permitan tomar decisiones con respecto a las armas en mano de civiles (Van Hemelryck, 2012:2).

Se concluye en el informe pericial que:

En el caso de este peritaje el imputado utiliza las armas exclusivamente para la caza de animales y esto ha sido parte de la tradición, de hecho en el sector rural y en Loncoche específicamente es común que las personas salgan en vehículos o a pie a cazar, para lo cual usan armas de fuego. Por otra parte y como sucede en muchos casos en que el arma no es inscrita, las armas adquiridas por L.C.V. fueron heredadas y como tal no existe la costumbre de inscribirlas, por lo que L.C.V. desconocía la ilicitud que implicaba la tenencia de armas no inscritas. El tío materno de L.C.V., fue quién le enseñó a usar armas, pescar. L.C.V. disparó por primera vez a la edad de 12 años. Como es una práctica tradicional que se transmite de adultos a niños, L.C.V. aprendió a cazar con un tío y él enseñó a su hijo esta práctica, replicando el modelo descrito de tradición rural... L.C.V. es una persona de esfuerzo y gracias a esto se ha podido comprar una camioneta y un bote zodiac, estos vehículos le sirven para rea-

lizar sus deportes favoritos, la caza y la pesca respectivamente. Es importante destacar que el tiempo libre de L.C.V. lo dedica a estas actividades, lo que constituye una importante información para considerar en esta causa, ya que la vida del imputado y su identidad transcurre en torno a la ruralidad y las relaciones sociales se constituyen en torno a la relación del hombre con el medio ambiente. En este sentido la caza, la recolección y la pesca pasan a ser actividades desarrolladas al aire libre con familiares y amigos, que permiten a las personas distraerse, compartir, recrearse y en algunos casos también pasa a ser una estrategia de sobrevivencia a partir de la generación de recursos para el autoconsumo o la venta.

III. Análisis de los temas consultados

1. El delito de porte ilegal de arma permitida de fuego previsto y sancionado en el artículo 9 de la Ley N° 17.798. Estructura típica, naturaleza jurídica del delito y bien jurídico protegido

a) Bien jurídico

Al estudiar un determinado tipo penal, hay que comenzar necesariamente por establecer el objeto de la tutela que hizo necesario el establecimiento de dicha norma, a este objeto de tutela, es denominado doctrinariamente como bien jurídico y como señala el profesor Muñoz Conde: *“el bien jurídico es la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento”*².

Para acotar el debate, es necesario además señalar que, desde la perspectiva del ataque al bien jurídico, el tipo del artículo 9 de la Ley N° 17.798 es de los llamados de peligro abstracto o presunto. En este punto, conviene distinguir dentro de la categoría de delitos de peligro abstracto una serie de grupos según el bien jurídico protegido. Así, se distingue entre los delitos que están dirigidos a la protección de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizables (sería el caso del porte ilegal) y los delitos que protegen bienes jurídicos individuales inmateriales. En el primer grupo, que se denominan delitos de peligro abstracto “propios”, se incriminan conductas potencialmente lesivas de la vida o la salud de las personas u otro bien individualizado, poseyendo una estructura paralela a los delitos de peligro concreto. Estos delitos de peligro abstracto vienen a adelantar la protección de bienes jurídicos indi-

² Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. E. Temis. Bogotá. 1984, p. 49.

viduales, incluyendo en este grupo, a los delitos en que se puede establecer una relación más o menos inmediata con bienes jurídicos individuales (o individualizables) esenciales, fundamentalmente la vida y la integridad, tales como los delitos contra la salud pública, la seguridad pública y la seguridad del tráfico. Por su parte, en los delitos con bien jurídico “intermedio espiritualizado” se protegen bienes jurídicos supraindividuales cuyo carácter inmaterial hace difícil la tipificación de la lesión o puesta en peligro concreto de los mismos y, por ello, se acude a la técnica de los delitos de peligro abstracto, a través de la tipificación de la afectación a un “bien intermedio con función representativa”. En estos delitos se trata no de anticipar la tutela de bienes jurídicos esenciales, sino de proteger bienes jurídicos colectivos, que tienen autonomía propia. En este tipo de delitos de peligro sería legítima la imposición de una pena al autor, siempre que éste ejecute la acción típica sin que sea necesario constatar si la misma es peligrosa en relación con el bien jurídico inmaterial que se trata de proteger, y ello porque formalmente estamos ante un delito de lesión³.

En el caso del porte ilegal el legislador ha amenazado con una pena porque, según su experiencia, en general, conduce a una lesión o a una puesta en peligro de otros bienes jurídicos y debido a este motivo se prohíbe. Esto es importante para la determinación del bien jurídico protegido, porque al configurar un determinado delito de peligro abstracto, como decía Rodríguez Mourullo, *“la Ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De suerte que el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico, específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. La seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un bien jurídico”*⁴. Por ello, si bien en el derecho comparado aún no resulta clara la concreción del objeto de tutela en los ilícitos de posesión o porte de armas de fuego, lentamente ha ido decantando hacia la idea de aseguramiento de otros bienes jurídicos, en particular, a la protección de la incolumidad personal de los ciudadanos, esto es, su integridad personal o la vida. Así, se ha concebido que en este tipo de delitos se

³ Véase Rodríguez Montañes, María Teresa. Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid, 1994, ps. 299 a 307. Schröder, propone la división de los delitos de peligro abstracto en dos categorías: aquellos que sirven a la protección de cierto objeto determinado, en los cuales en el caso concreto puede ser comparado con seguridad si típicamente han sido puestos en peligro y, aquellos otros, en los que el peligro abstracto se dirige contra la colectividad, como el medio ambiente. Citado por Aguado Correo, Teresa. El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Edersa, ISBN 84-7130-944-0. 1999, p. 275.

⁴ Citado por Díaz-Maroto y Villarreal, Julio. El delito de Tenencia Ilícita de Armas. E. Colex. 1987, p. 59.

protege el interés general de evitar los peligros a que pueda dar lugar el uso irrefrenado de las armas⁵.

De la historia de la Ley de Control de Armas y de la estructura típica del delito de porte ilegal de arma de fuego, se desprende que el delito en cuestión protege la “seguridad”, y en forma más específica la “seguridad pública”, ello porque el porte de armas de fuego por los particulares, acarrea un peligro para los bienes, vida e integridad corporal de las personas, o el patrimonio, aunque no siempre se consideró así. En efecto, del estudio de la historia de la ley se colige el siguiente itinerario. Los valores fundamentales que quería tutelar el legislador al dictar la ley eran velar por la “paz social” y, más precisamente, por la “seguridad del Estado”, a causa del clima de violencia que se vivía en el momento de su dictación⁶. En esa perspectiva y vigente el artículo 25 de la Ley de Control de Armas, podía sostenerse que el bien jurídico protegido era la Ley de Seguridad Interior del Estado; sin embargo, la derogación de esta

⁵ Véase Díaz-Maroto y Villarreal, Julio. Ob. Cit., páginas 60 y siguientes.

⁶ “Nuestra patria ha sido estremecida en estos últimos tiempos por acontecimientos de tipo político-delictual, que no se compadecen con su limpia tradición democrática, ni menos con el respeto que en un país civilizado merece la vida y la dignidad del ser humano, cualquiera que sea su ideología política, su postura intelectual o social, o su convicción religiosa. Sin entrar al análisis de las causas profundas que dieron origen a esos hechos delictuosos –misión de la que se encargará la historia una vez que se decanten los odios, se apacigüen las pasiones y retorne la tranquilidad a los espíritus– creemos cumplir con un deber elemental, al buscar, encontrar y proponer los mecanismos legales adecuados para que hechos tan insólitos e infames como los ocurridos no vuelvan a repetirse, y ayudar así a restablecer las condiciones necesarias para garantizar y hacer posible ese mínimo de convivencia nacional a que ansían, en estos instantes, la inmensa mayoría de los chilenos”.

“Es un hecho de todos conocido, que los viles asesinatos del ex Comandante en Jefe del Ejército don Rene Schneider Chereau, del ex Vicepresidente de la República don Edmundo Pérez Zujovic, de los funcionarios del Servicio de Investigaciones, señores Mario Marín Silva (Subinspector), Carlos Pérez Brettí (Detective) y Gerardo Enrique Romero Infante (Detective), y de Luis Fuentes Pineda, Luis Cofré López y Tomás Gutiérrez Urrutia, servidores del Cuerpo de Carabineros, fueron perpetrados en forma artera, calculada y alevosa, por miembros de agrupaciones o entidades que contaban y que posiblemente cuentan en la actualidad, con una fuerte organización y con toda clase de disponibilidades en dinero y armamento. Aún más, en estos últimos días, miembros de estas agrupaciones han sido sorprendidos con armamentos modernos de alto poder, algunos de ellos robados al Ejército de Chile, lo que significa agregar hechos más graves a los relatados. Se trata de verdaderos cuerpos armados que existen y actúan al margen de la Constitución y de la Ley. Si ellos persisten, si se les tolera, indudablemente que el país estará expuesto a contemplar en cualquier momento la repetición de hechos tan ignominiosos como los ocurridos y aun a que se pretenda enfrentar a nuestras Fuerzas Armadas...Es menester pues, dictar las disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, y a garantizar de que las armas sólo estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función”. Moción del honorable senador señor Carmona, con la que inicia un proyecto de ley que introduce diversas modificaciones a la Ley N° 12.927, de seguridad interior del estado, publicada el 1° de octubre de 1972, en <http://www.bcn.cl/historiade-laley/nc/historia-de-la-ley/2450/>.

norma por la Ley N° 20.014 (artículo 1 N° 23), plantea un cambio de rumbo que fue expresamente recogido en la discusión parlamentaria, ya que se desvincula estos delitos, y los problemas de soberanía interna insitos en ellos, ligándolos desde ahora a la delincuencia común. En efecto, del estudio de las actas de discusión de esta ley, se infiere que las modificaciones introducidas tenían por objeto “el combate contra la delincuencia” y velar, en consecuencia, por la “seguridad pública”, concepto normativo, que es entendido como seguridad de otros bienes jurídicos que se ponen en peligro en abstracto, como son la vida y la integridad de los ciudadanos, o la propiedad. De ello quedó testimonio expreso en la historia de la Ley N° 20.014: *“el señor Subsecretario del Interior subrayó que el proyecto opera sobre la lógica de cambiar el sentido de la legislación original, cuya finalidad principal era evitar que existieran grupos armados que alteraran el orden público. La idea es contar con una ley que sea eficaz en el combate a la delincuencia y, con este propósito, los ilícitos relacionados con la Ley sobre Control de Armas dejan de considerarse como delitos que siempre atentarian contra la seguridad del Estado. En esa línea, se propone un incremento en las sanciones por tenencia y porte ilegal de armas de fuego. También aumenta el tipo de armas que se consideran prohibidas”*⁷. También se recoge la idea del diputado Jorge Burgos quien señaló en la discusión parlamentaria, que la ley de control de armas *“tiene 32 años de vigencia y fue dictada para enfrentar circunstancias totalmente distintas a las actuales. Su objetivo era entregar instrumentos, en particular a Carabineros y las Fuerzas Armadas, para evitar la posesión de armas en manos de grupos subversivos a comienzos de la década de los 70. Nos hemos batido con esa ley durante treinta y tantos años para luchar con una cosa totalmente distinta, como es la delincuencia común”*⁸. Por último, en la historia de la Ley N° 20.813, como consta en el informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional, se reafirma que el objeto de protección de los tipos penales de tenencia y porte ilegal es la seguridad pública: *“La iniciativa legal en tramitación tiene por objeto dotar al Estado de mejores herramientas para el combate contra la delincuencia, previniendo el uso de armas de fuego en hechos delictuales. Los autores de*

⁷ Boletín 2219-02, de fecha 16 de julio de 2004. En www.bcn.cl.

⁸ Sesión de la Cámara de Diputados n° 61, de 17.03.04, ver en www.bcn.cl. En la misma sesión y en el mismo sentido, el ministro del Interior, J.M. Insulza señaló: “bien sabemos que la ley sobre Control de Armas fue dictada en circunstancias distintas. No voy a entrar en el tema político, pero en esa época la tenencia de armas estaba vinculada a la posesión de armas de fuego por parte de organizaciones, de grupos políticos, etcétera. Hoy se vincula fundamentalmente con el problema de la delincuencia y, por consiguiente, es necesario introducir en nuestra legislación modificaciones que la hagan más eficiente en función de ese objetivo principal”.

*la moción recordaron que durante 2007 se suscribió el acuerdo político-legislativo en materia de seguridad ciudadana por representantes del Ejecutivo de la época y de los partidos políticos con representación parlamentaria en ese momento, que tenía por objeto la aprobación de un conjunto de medidas destinadas a dotar al Estado de mejores herramientas para el combate de la delincuencia*⁹.

En consecuencia, la inseguridad ciudadana invita a configurar el delito de porte ilegal de arma de fuego como peligroso para la vida y la integridad corporal de las personas, no siendo más que la seguridad pública el bien jurídico protegido por el artículo 9° de la Ley N° 17.798. Y será precisamente esa seguridad pública la que queda lesionada cuando se portan armas de fuego sin haberse conseguido previamente las habilitaciones necesarias establecidas en la ley.

No obstante lo anterior, debe hacerse referencia a si el interés de la Administración del Estado, en cuanto al monopolio de que goza en el control de las armas, constituye el bien jurídico protegido en el artículo 9 de la Ley N° 17.798. De entrada debe señalarse, como expresa Bajo Fernández, que *“siempre que nos referimos al interés del Estado como objeto de protección jurídica estamos corriendo el riesgo de caer en el formalismo jurídico, y es evidente que no resulta deseable una concepción formal del bien jurídico por las consecuencias dogmáticas y políticas que conlleva”*¹⁰. Si se afirma que la función del derecho penal consistente en la protección de los más importantes bienes jurídicos, implica que la conducta contraria a derecho (el injusto) aparece desaprobada no por su exclusiva oposición formal o desobediencia a lo establecido en la norma estatal, sino porque lesiona tales bienes jurídicos. Esta necesidad de que el delito se defina no por la mera oposición de la conducta a la norma, sino por aparecer como lesivo de determinados valores de la comunidad social, protegidos por el derecho, es consecuencia directa de las corrientes liberales tendientes a destruir la arbitrariedad del poder estatal. Por tanto, el principio del bien jurídico sólo podrá cumplir sus funciones en la medida en que se entienda con contenido sustancial, y no anclado en un aislado interés del Estado.

A lo señalado, ha de considerarse que como los bienes jurídicos colectivos o institucionales generalmente adolecen de una formulación vaga e imprecisa (salud pública; orden público; seguridad pública, etc.), para legitimar su utilización como fundamento de una determinada incriminación, se precisa que

⁹ Boletín 6201-02, en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/>.

¹⁰ Citado por Díaz-Maroto y Villarrejo, Julio. Ob. Cit. p. 62.

obren en función y al servicio de los bienes individuales que son de carácter concreto, lo que no sería posible cuando el bien jurídico se asila únicamente en un aislado interés del Estado. Como indica Hassemer: *“en el derecho penal, la parte del derecho que más incide en la libertad humana, los bienes jurídicos deben ser precisados del mejor modo posible y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales”*¹¹. Y no puede ser de otro forma, porque los bienes jurídicos supraindividuales sólo deben recibir protección jurídico-penal cuando puedan inferirse a partir de intereses individuales. Esta idea refleja correctamente la relación entre el individuo y la sociedad establecida por el orden de valores de la Constitución, para el ámbito penal. Aún cuando la imagen del ser humano es parte de su naturaleza social, todas las colectividades que le rodean (hasta su institucionalización como Estado) deben girar en torno a él, correspondiéndoles exclusivamente una función de protección, promoción y servicio¹². Sternberg-Lieben lo señala en forma muy correcta: *“A este respecto, y en relación con su conciudadanos, al Estado se le asigna meramente una labor de prestación. El Estado existe para el ciudadano, y no al revés. De aquí se sigue para el establecimiento de sanciones penales que la protección estatal ni puede pretenderse a cualquier precio ni puede consistir en la prosecución de cualesquiera finalidades que se le ocurran al legislador. La dignidad de la persona está situada en lo más alto del texto constitucional. La Constitución ha resaltado la prioridad del ser humano y su dignidad frente al Estado. La Constitución se pronuncia así por el entendimiento de la persona como el valor jurídico más alto, a cuyo servicio ha de orientarse toda la actividad estatal. Siendo la dignidad humana y los derechos fundamentales el fundamento de nuestro Estado, y siendo al mismo tiempo el ordenamiento estatal la base necesaria para la libertad humana, todo el Derecho estatal ha de dirigirse al aseguramiento del libre desarrollo de la personalidad”*^{13,14}.

¹¹ Hassemer, Winfried. Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. E. Temis. 1999, p. 33.

¹² Véase Sternberg-Lieben Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal, en La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de la legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmáticos? Ed. Marcial Pons. 2007, p. 115

¹³ Sternberg-Lieben. Ob. Cit., p. 106.

¹⁴ El Tribunal Constitucional chileno ha señalado al respecto: “El contenido del Art. 19 CPR, conjuntamente con sus Arts. 1º, 4º y 5º, inc. 2º, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la CPR de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado”. STC 1185, considerandos 11 y 12.

En consecuencia, sólo es posible identificar el objeto de protección con la seguridad pública y no con el interés estatal en el control de las armas de fuego, por cuanto la primera, pese a su vaguedad, opera en función y al servicio de bienes jurídicos individuales. En este sentido, si del análisis de un caso concreto de porte ilegal, sólo se verifica el incumplimiento de los mandatos de autorización o inscripción, sin que concurra ni mínimamente un riesgo para el objeto jurídico tutelado del tipo objetivo, esto es, un concreto peligro para la vida, integridad personal o la propiedad, entonces, la conducta debería quedar acotada únicamente dentro del marco del derecho administrativo sancionador, como más adelante se explicará.

b) Estructura típica

Afirmar que el bien jurídico protegido es la seguridad pública y no el interés de la Administración del Estado, en cuanto al monopolio de que goza en el control de las armas, nos permite entender mejor la estructura típica del delito de porte ilegal de arma de fuego, prevista en el artículo 9° de la Ley N° 17.798. De su lectura se desprende que hay una acción y dos omisiones, de lo cual se podría pensar que se trata de un delito de naturaleza mixta, conformado como delito de comisión al exigir una conducta positiva: porte; y al mismo tiempo de omisión, al imponer el mandato de la autorización o inscripción. No obstante, es indudable que el acento del legislador está puesto en la acción de portar, es decir, en la conducta portadora de peligro. Mientras que las conductas imperativas que exige el tipo vienen a ser una cualidad o adjetivo de dicho porte. Por tanto, el delito es de comisión y su verbo rector el porte, y los mandatos de autorización e inscripción son elementos normativos del tipo objetivo. En efecto, se trata efectivamente de elementos normativos del tipo objetivo y no elementos de la antijuridicidad, puesto que el delito en comento presenta una particularidad: no se trata de una norma prohibitiva como la gran mayoría de tipos penales, en los cuales las conductas tipificadas sólo son justificadas por el derecho (permitidas) en determinadas circunstancias (cuando concurre alguna causal de justificación, las cuales se analizan en estadio de antijuridicidad). Se trata de una suerte de norma imperativa de requisitos, puesto que el porte de armas del artículo 2° no siempre está prohibida pues, cumpliendo con los requisitos que la ley y el reglamento estipulan, se pueden portar. Por tanto, cumpliendo con la autorización o inscripción, se elimina la tipicidad¹⁵.

¹⁵ En este punto, se puede apreciar una gran diferencia respecto de las armas prohibidas porque en este caso el tipo está configurado por una única acción, la portar armas prohibidas. Es lógico que no se presenten las omisiones de no contar con autorización ni contar con la inscripción, porque se tipifica el porte de armas respecto de las cuales hay una prohibición absoluta para su tenencia

No obstante, como el acento del legislador está puesto en la acción de portar, es decir, en la conducta portadora de peligro, el porte podría ser de todas formas punible aún tratándose de un arma inscrita. Ello sucede si el arma ha sido inscrita, pero se ha infringido el permiso de posesión/tenencia en un lugar determinado, como se expresa en el inciso 1° del artículo 6° de la Ley N° 17.798: “Ninguna persona podrá portar armas de fuego fuera de los lugares indicados en el artículo 5° sin permiso de las autoridades señaladas en el artículo 4°”. En tal caso, también se configura un porte ilegal del artículo 9°. En otras palabras, el arma inscrita tiene un ámbito legítimo de posesión/tenencia en la residencia, sitio de trabajo o lugar que se pretende proteger, fuera del cual el porte de ella está prohibida.

c) Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, el delito de porte ilegal de armas de fuego es un delito formal o de simple actividad, porque su comisión depende de la sola realización de la conducta prohibida por la ley, con prescindencia de cualquier resultado. Asimismo, es un delito de peligro abstracto, porque la penalidad depende de la peligrosidad típica de la conducta prohibida, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro.

Como sucede con todas las figuras de peligro abstracto, el delito de porte ilegal de arma de fuego supone un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico, fundamentado supuestamente en que la experiencia ha permitido tipificar suficientemente los límites de la norma de cuidado. En otras palabras, se entiende que para la sociedad el porte de armas sin la autorización administrativa correspondiente resulta peligrosa. De ahí que por el solo de hecho de portar un arma de fuego sin las autorizaciones a que se refiere el artículo 4°, o sin la inscripción establecida en el artículo 5°, se tiene por consumado el delito.

2. La difícil justificación de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto

Como se indicara, el delito de porte ilegal de arma de fuego permitida es un delito de peligro abstracto. Mientras que en los delitos de peligro concreto se

por particulares, no existiendo presupuestos bajo los cuales se puedan autorizar o inscribir por particulares. Al respecto se puede consultar Lara Camus, Ronny. Análisis Dogmático del delito de posesión o tenencia ilegal de armas de fuego. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.

requiere que se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo, es decir, un concreto riesgo de lesión¹⁶, en los de peligro abstracto se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Luego, la evitación de concretos peligros y lesiones es solo el motivo de la punibilidad, sin que su concurrencia sea requisito del tipo¹⁷. Horn ilustrativamente señala que: “El concepto de delitos de peligro abstracto tan sólo indica algo negativo: que el legislador no ha establecido como elemento del tipo ni la lesión ni la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido por la norma”¹⁸. Por ello, en palabras de Binding, en estos delitos “la peligrosidad no es atributo de la concreta acción, sino que en base a una observación a gran escala aparece como atributo de un grupo de acciones. La experiencia enseña que esta clase de acciones de forma fácil y relativamente frecuente se convierten en lesiones (del bien jurídico protegido): son generalmente peligrosas... En los delitos de peligro lo esencial no es la puesta en peligro (en el sentido de un resultado de peligro -concreto- y tampoco la peligrosidad de la acción concreta), sino tan sólo la pertenencia a grupos peligrosos...”¹⁹.

La falta de referencia en estos delitos al peligro en el caso concreto, ignorándose por completo los problemas que plantean aquellos supuestos en los que,

¹⁶ Se ha considerado para determinar o comprobar un resultado de peligro concreto, en primer lugar, que ha de existir un objeto de acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro; y en segundo lugar la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de acción. Véase Roxin, Clause. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. E.Civitas. 2001, p. 11

¹⁷ Lo cierto es que la opción adoptada por el legislador cuando se trata de proteger bienes jurídicos colectivos es la técnica del peligro abstracto, ya que suele acudir a la prohibición de acciones generalmente peligrosas para los bienes jurídicos fundamentalmente para evitar los problemas de prueba que se plantearían si se exigiese la puesta en peligro concreto o la lesión de estos bienes jurídicos colectivos. Se trata de ámbitos en los que es muy difícil tipificar la producción de resultados lesivos o de puesta en peligro concreto, al exigir los delitos de resultado el conocimiento y comprobación del nexo causal entre la acción individual y el resultado, siendo más fácil la determinación de la aptitud general de determinados comportamientos para poner en peligro el bien jurídico protegido. Consultar Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 280. Según Weber, citado por Aguayo, el legislador penal tiene varias formas de evitar las dificultades de prueba que se le puedan presentar, soluciones que redundan en una ampliación material del Derecho penal. Este autor ofrece varios ejemplos de legislación positiva alemana. Una de las posibilidades consiste en variar la definición del bien jurídico relevante: en vez de los tradicionales bienes jurídicos individuales se acude a bienes jurídicos universales, difícilmente tangibles, para cuya protección se requieren nuevos tipos penales que se construyen fácilmente sobre la base de la peligrosidad general de la acción del autor. El mismo efecto puede conseguir el legislador reemplazando los delitos de lesión por delitos de peligro y sobre todo cuando acude a los delitos de peligro abstracto. Citado por Aguado Correa, Teresa. Aguayo, Teresa. Ob. Cit. p. 320.

¹⁸ Idem p. 274.

¹⁹ Idem p. 275.

a pesar de haberse realizado la acción generalmente peligrosa, no se origina peligro alguno para el bien jurídico protegido debido a la concurrencia de determinadas circunstancias, es lo que ha originado las más intensas críticas de la doctrina a la categoría de los delitos de peligro abstracto. Porque aún cuando la vinculación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que solo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos, siendo suficiente una puesta en peligro, la ampliación del derecho penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo (adelantamiento de la punibilidad) y con bienes jurídicos protegidos cada vez más inaprensibles o poco claros, porque ello ya no es compatible con una concepción del derecho penal orientada al bien jurídico y se aproxima peligrosamente a un derecho penal de la actitud interna²⁰. Lo anterior, ha llevado a decir a Sternberg-Lieben respecto de los delitos de peligro abstracto que “cuanto menos concreta sea la prueba del peligro que se considere necesario para autorizar la utilización del instrumental penal, tanto mayor será la probabilidad que se aleguen peligros más o menos generales para justificar de forma aparentemente objetiva y racional una prohibición que no se orienta de modo principal a la protección de bienes jurídicos concretos. Al hacerlo se corre el riesgo que el derecho penal sea utilizado de manera espuria como una ética coercitiva creadora de valores en lugar de como un refuerzo de valores existentes, o como un acabado sustituto de las disposiciones del Derecho administrativo”²¹. Según Jakobs en gran parte no son legitimables en un Estado de derecho las incriminaciones en el campo previo a la lesión del bien jurídico y especialmente los delitos de peligro abstracto. Considera que el castigo en lo sustancial sólo estaría justificado si “la conducta peligrosa se ha ejecutado completamente”, pero en cambio no cuando una conducta “no sería en absoluta peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido”²². Hassemer, por su parte, afirma que “los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente”²³.

²⁰ Roxin, Claus. Ob. Cit. p. 60.

²¹ Sternberg-Lieben, Ob. Cit. p. 115

²² Jakobs, G. citado por Roxin en Ob. Cit. p. 407

²³ Hassemer, Winfried. Ob. Cit. p. 24.

Es un diagnóstico compartido que este tipo de delitos generan varios problemas con los principios constitucionales relacionados con el derecho penal. Así, el primer problema que se plantea es en relación con el principio de lesividad, puesto que si no se exige referencia alguna a la peligrosidad o al peligro concreto se está prescindiendo de la necesaria antijuricidad material y conformándose con la antijuricidad formal. Pero también, y debido a que esa peligrosidad no ha de ser abarcada por el dolo ni por la imprudencia, de manera que el error sobre la misma sería irrelevante, se estaría vulnerando el principio de responsabilidad subjetiva. En último lugar, los delitos de peligro abstracto no respetan el principio de culpabilidad en la medida en que se imputa un peligro general o presunto que no ha sido constatado en el caso concreto, y tampoco se respetaría su equivalente procesal, el principio *in dubio pro reo*, ni el principio constitucional de presunción de inocencia²⁴.

Es por ello, que para paliar este déficit de legitimidad la doctrina considera que debiera decaer la punibilidad si el peligro para el objeto material protegido estaba absolutamente excluido²⁵, o que para afirmar la punibilidad sea necesario la existencia de una “probabilidad de un peligro concreto”²⁶. Como decía Bustos Ramírez: *“en cuanto el peligro pertenece al núcleo del tipo, y es por ende fundante de la ilicitud, ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia y una presunción de derecho, además de no encontrar una clara fundamentación en el derecho positivo, es un rodeo para conducir a la incriminación de una sola desobediencia”*²⁷.

En sintonía con las críticas levantadas a los delitos de peligro abstracto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en los autos sobre requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 739-07, donde el requirente sostuvo que el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 292 del Código Penal, al castigarse exclusivamente “por el sólo hecho de organizarse” infligiría el principio de lesividad y la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal, declaró que, si bien este precepto ha sido estructurado como un delito de peligro abstracto, su aplicación resultará constitucional en la medida

²⁴ En relación con este último principio, así lo ha puesto de manifiesto incluso el Tribunal Supremo español en la sentencia de 25 de marzo de 1993, al afirmar: “Aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del artículo 344 constituye un tipo de peligro abstracto, no cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto”.

²⁵ Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General. E. Comares. Quinta edición. 2002, p. 282.

²⁶ Cramer, citado por Roxin, en Ob. Cit. p. 408. Al respecto Binding decía “En todos los delitos de peligro se debe demostrar en el proceso la peligrosidad de la conducta del autor, para imponer la pena”. Citado por Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 289.

²⁷ Bustos Ramírez, Juan. Control social y sistema penal. Ed. PPU Barcelona. 1987, pág. 329.

que se interprete como un delito de peligro concreto, porque “la doctrina penal mayoritaria no admite los delitos de peligro abstracto y cuestiona su compatibilidad constitucional”²⁸. El Tribunal Constitucional indica en el mismo fallo, que la única forma de salvar la constitucionalidad de un delito de peligro abstracto, que pugna contra el principio de lesividad es *“interpretar el precepto guiándose por la presunción de legitimidad que emana de los actos del legislador, concordándola con los principios y valores constitucionales, parece razonable y coherente con la protección del orden público y el recto ejercicio del derecho de asociación que la Constitución consagra”*²⁹, lo que *“se logra estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta y, por ende, dicha circunstancia debe ser acreditada”*³⁰.

El Tribunal Constitucional reafirmó esta doctrina en la sentencia de 13 mayo de 2008, recaída en los autos sobre requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 993-07, que incidía en un proceso penal seguido por el delito de microtráfico. Se señala en este fallo: “Que, en principio, se estaría en presencia de un delito formal, que no exige la producción de un resultado determinado, y de peligro abstracto, sancionatorio de la mera desobediencia a la norma y que no afecta un bien jurídico concreto. Ello importaría sobrepasar el principio de lesividad, que consagra la protección de bienes jurídicos determinados como condición de la configuración del tipo penal y garantía de conocimiento del contenido de la prohibición. Sin embargo, el texto del inciso final del mencionado artículo 4° permite arribar a otra conclusión. Este prescribe que “se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. Resulta inequívoco, entonces, que la conducta incriminada es la tenencia de las drogas prohibidas no destinadas al uso o consumo personal o con el propósito de traficar a cualquier título, quedando patente el bien jurídico protegido. En consecuencia, se trata de una peligrosidad concreta y que, por ende, debe ser acreditada en el proceso”³¹.

²⁸ Considerando 15°.

²⁹ Considerando 17°.

³⁰ Considerando 18°.

³¹ Considerando 10°.

Ahora bien, ¿debe acreditarse la peligrosidad concreta de la conducta respecto del bien jurídico colectivo o supraindividual o de los bienes jurídicos individuales que se pretenden asegurar? En mi opinión la peligrosidad concreta debería estar en referencia a los bienes jurídicos individuales que la figura de peligro pretende otorgar protección y, por ende, es dicha circunstancia la que debe ser probada en el proceso, por tres razones. Primero, porque la puesta en peligro de los objetos de protección supraindividual, sobre todo los de naturaleza compleja como la “seguridad ciudadana”, resulta difícil de demostrar, ya que estos bienes jurídicos solo pueden operacionalizarse de forma limitada para llevar a cabo una prognosis de peligro (por los mismos motivos, pero en sentido opuesto, apenas puede demostrarse que han sido puestos en peligro)³². Segundo, porque como se explicara *supra*, en este tipo de delitos la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien, generalmente de carácter individual, que es el que interesa dar protección. Y tercero, porque la legislación sobre control de armas ha tenido en cuenta para sancionar el porte ilegal con la pena privativa de libertad, que se determine la existencia de un riesgo o peligro concreto para otros bienes jurídicos, los que de acuerdo con la historia de ley estarían referidos a bienes jurídicos individuales –que son los que habitualmente se ven afectados por la delincuencia común– tales como la vida, la integridad personal o la propiedad. Así, por ejemplo, antes de la dictación de la Ley N° 20.014, publicada el 13 de mayo de 2005, el inciso 2° del artículo 11 de la Ley N° 17.798 señalaba: “Sin embargo, si las circunstancias o antecedentes del proceso permiten presumir fundadamente que la posesión o porte del arma no estaba destinado a alterar el orden público, a atacar a las Fuerzas Armadas o a las de Orden y Seguridad Pública, o a perpetrar otro delito, se aplicará únicamente la pena de multa de diez a quince ingresos mínimos”. Aunque con la modificación introducida por la Ley N° 20.014, se eliminó la posibilidad de dictar sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria si concurría la irreprochable conducta anterior del inculpado, se mantuvo la idea de utilizar la pena privativa de libertad solo cuando se determine la existencia de un riesgo o peligro concreto para otros bienes jurídicos: “Sin embargo, si de las circunstancias o antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o porte del arma estaba destinado a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se aplicará únicamente la pena de multa de once a cincuenta y siete unidades tributarias mensuales”.

³² Sternberg-Lieben. Ob. Cit. p. 110.

Pese a que la Ley N° 20.813 eliminó la posibilidad de aplicar multa en la hipótesis antes señalada, tal decisión legislativa se consideró una necesidad para combatir más eficazmente la delincuencia³³, pero jamás se tuvo la intención de castigar aquellos actos aislados en que no se observa ni mínimamente la posibilidad de un riesgo o peligro para la vida, la integridad personal o la propiedad. Es así como en el segundo Informe de Comisión de Defensa Nacional, Segundo Trámite Constitucional, se consigna que el senador Prokurika manifestó que “la posesión o tenencia de escopetas y armas de caza en los sectores rurales es un hábito común que tiene una finalidad, obviamente, diversa a la delinquir”³⁴. A mayor abundamiento, la modificación introducida por la Ley N° 20.813 no debiera inhibir a la magistratura constitucional en su cometido de asegurar el respeto de la supremacía constitucional, al revés, potencia la necesidad de requerir en la aplicación de este tipo penal la existencia de un riesgo concreto, para que el tipo sea consistente con el entramado constitucional, como lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional: “El irrestricto respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo derivado de la observancia del principio de supremacía constitucional que obliga a todos los órganos del Estado, según lo preceptuado en el Art. 6°, inc. 1°, CPR. Este imperativo se extiende al TC, muy especialmente cuando ejerce la atribución que le confiere el Art. 93, N°s 6 y 7, CPR”³⁵.

3. Parámetros para la intervención penal del Estado

Presuponiendo la existencia de un derecho del Estado a penar, la decisión legislativa a través de la cual una acción determinada es penada, lleva consigo trascendentales consecuencias para los derechos de las personas, si se considera sobre todo que el derecho penal posibilita las más profundas intromisiones que con carácter general conoce el ordenamiento jurídico en la esfera de libertad del ciudadano. Luego, deben ser tomadas garantías especiales en contra de su abuso.

³³ Como consta en el segundo Informe de Comisión de Defensa Nacional, Segundo Trámite Constitucional, el Subsecretario de Prevención del Delito enfatizó “que la inoperancia en la aplicación del artículo 9° de la Ley sobre Control de Armas representa una señal para los delincuentes, en el sentido de que pueden poseer o portar un arma sin sanción penal. Hizo un llamado a aprobar la indicación, para que los antisociales sepan de antemano que el tener un arma en su poder con la intención de cometer un ilícito constituye una infracción grave”. En <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/>.

³⁴ En <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/>.

³⁵ STC 521, considerando. 27.

Para resguardar la libertad de las personas frente al *ius puniendi*, necesariamente el legislador debe atender a tres parámetros de trascendental importancia que se encuentran concatenados entre sí, y que nos servirán para evaluar si es legítimo sancionar penalmente el porte ilegal en que aquellos casos en que no se vislumbra un concreto riesgo para el objeto de protección penal:

a) Cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla. Tan importante como reconocer un *ius puniendi* estatal, es determinar cómo el Estado puede legítimamente penar o, dicho de otro modo, bajo qué presupuestos materiales determinadas formas de comportamiento humano pueden ser amenazados penalmente. Por cuanto la determinación del objeto de regulación legítimo del derecho penal no puede resolverse sin atender a la legitimación de su propia aplicación. Esta forma parte de la actividad estatal, y por lo tanto la legitimación del Estado para llevar a cabo actividades de persecución lo justifica, pero también lo limita³⁶.

Como indica Roxin, ésta es la cuestión acerca del “concepto material de delito”, es decir, de la cualidad en cuanto al contenido de la actuación punible y de cómo tiene que estar configurada una conducta para que el Estado esté legitimado a penarla: “*el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune*”³⁷. En consecuencia, el concepto material de delito a que se ha aludido, que parte de la base de la pregunta relativa a qué se puede prohibir en el orden jurídico y social³⁸, constituye un límite de la discrecionalidad legislativa: “*Así como el juez no puede imponer una pena sin prueba de la culpabilidad del autor, tampoco puede el legislador amenazar una pena sin acreditar su necesidad*”³⁹.

Para entender por qué se pena, se utiliza generalmente la breve fórmula de la dañosidad social para aprehender el concepto material de delito. En este sentido *son socialmente dañosas aquellas conductas que eliminan o afectan en forma inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad*

³⁶ Cfr. Véase Sternberg-Lieben. Ob. Cit. p. 105.

³⁷ Roxin, Claus. Ob. Cit. p. 51. También denominada “función crítica” del bien jurídico, esto es, su función limitadora, que en cierto modo legitima el derecho penal desde “fuera”. Véase Sternberg-Lieben. Ob. Cit. p. 105.

³⁸ Desde un punto de vista formal el delito es aquello que el derecho ha definido como tal. Mientras que desde una perspectiva material, plantea la necesidad de fundamentación de la justificación de la pena impuesta por el Estado. Véase Maurach y Zipf. Derecho penal. Parte General. 1. E. Astrea. 1994, p. 212.

³⁹ Véase Maurach y Zipf. Ob. Cit. p. 215.

dad de la vida social. Subsecuentemente, la aplicación de normas penales es admisible solo cuando la exijan necesidades esenciales de la protección de la colectividad, o bien los intereses individuales del individuo. Desde esta perspectiva, son los bienes jurídicos, entendidos como valores sociales merecedores de protección, los que proporcionan la justificación de la existencia de un tipo penal y en consecuencia, toda norma penal debe legitimarse a partir de la protección de un bien jurídico.

b) El principio del Estado de Derecho. Como indica Jescheck, un importante criterio de política criminal es el principio del Estado de derecho que se erige en la Constitución como un principio director del conjunto de la actividad del Estado. Desde una perspectiva formal, destacan todos aquellos elementos de este principio que deben garantizar la seguridad jurídica (principio de primacía y reserva de ley; la prohibición de analogía; el mandato de determinación; la reserva de jurisdicción; la irretroactividad de la ley penal), pero también, en un sentido material, el principio del Estado de derecho indica cómo debe ser configurado internamente el derecho penal para corresponderse en la mayor medida posible con la figura ideal de un Estado justo. En este orden, la decisión legislativa en materia penal debe considerar el respeto a la dignidad de la persona, como norma básica del conjunto del sistema valorativo de nuestra Constitución, de lo que se deriva que el derecho penal debe limitarse a los ataques que por su naturaleza son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en comunidad⁴⁰.

c) El carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal. Dado que el respeto de la dignidad de la persona impone al legislador limitar la amenaza penal, el derecho penal posee, según una conocida expresión de Binding, un carácter fragmentario, lo que significa que el derecho penal no contiene un sistema comprensivo de la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo con el criterio del “merecimiento de pena”, que aparece como algo característico del Estado de derecho. El cometido del derecho penal se entiende, por tanto, como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”. De lo dicho se desprende que la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal solo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema. En palabras de Roxin: “*Como el Derecho Penal posibilita las más*

⁴⁰ Jescheck, Hans-Heinrich. Ob. Cit. págs. 28-29.

*duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico*⁴¹.

4. Por qué condicionar la punibilidad del delito de porte ilegal de arma de fuego permitida a la concurrencia de una peligrosidad concreta, y por qué en el caso de no existir tal peligrosidad la conducta debe quedar bajo el marco del derecho administrativo sancionador

Considerando los parámetros anteriores, en el control de legitimidad para punir penalmente el porte ilegal de arma de fuego debiera considerarse:

- (i) Que el derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos, siendo, por tanto, la lesión o la puesta en peligro en concreto de un bien jurídico el presupuesto de la punibilidad.

El bien jurídico, como fin del derecho penal, tiene un rol fundamental porque constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos⁴². En efecto, una visión liberal del derecho penal no puede atribuir a éste otra tarea que la de amparar, a través de la fuerza coactiva del Estado, determinados bienes jurídicos, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social. Luego, ha de ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de derecho, y no consideraciones respecto a la fidelidad o al sentimiento de las personas frente a dicha organización estatal, propias de los regímenes totalitarios del siglo pasado⁴³.

En este orden, el principio de “lesividad” –que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico– se alza así como uno de los limitativos del *ius puniendi* del

⁴¹ Roxin, Claus. Ob. Cit. p. 66.

⁴² Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal, Parte General, 5ª ed., 1999, pp. 319 y 324.

⁴³ Politoff, Matus, y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65.

Estado y obliga –también en el ámbito del enjuiciamiento– a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada. Por ello, si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro⁴⁴. Precisamente en estos términos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: “*Que las limitaciones impuestas por el derecho penal a los derechos esenciales derivan de su necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes. No se establecen para castigar la mera desobediencia del ordenamiento jurídico, sino que deben ser idóneas para la finalidad de protección referida. El principio de la lesividad que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política – deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad*”⁴⁵.

Luego, prescindir en los delitos de peligro abstracto, como es el caso del porte ilegal de arma de fuego permitida, de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “*praesumptio juris et de jure*” de la peligrosidad del comportamiento, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material⁴⁶, cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3, inciso 7°, de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal.

Así las cosas, aun cuando el porte ilegal de arma de fuego permitida esté estructurado como un delito de peligro abstracto, en el que porte ilegal es motivo para su penalización, para afianzar la constitucionalidad y legitimidad de su punibilidad, no puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, esto es, la vida, la integridad corporal o la propiedad de las personas. En otras palabras, el precepto del inciso 1° del artículo 9 de la Ley N° 17.798 debe interpretarse, concordándolo con los principios y valores constitucionales, lo que se logra estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta a las bienes jurídicos individuales que se pretenden

⁴⁴ Bustos y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90.

⁴⁵ STC Rol N° 739, C. 15°.

⁴⁶ Politoff, Matus, y Ramírez. Ob. Cit. p. 65.

asegurar y, por ende, dicha circunstancia debe probarse, de manera tal que la conducta contraria a derecho que se desaprueba por el tipo penal no sea una mera oposición formal a lo establecido en la norma sino en cuanto se pone en peligro concreto tales bienes jurídicos individuales.

(ii) Que el derecho penal solo puede proteger a los bienes jurídicos frente a determinadas formas de ataque.

Dado el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, la pena debe ser el único medio para proteger suficientemente el orden de la comunidad frente a ataques o conductas que eliminan o afectan en forma inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social; debiendo añadirse “la especial peligrosidad del ataque que es el que da lugar a una mayor protección de la comunidad”⁴⁷.

Aquí hay que ubicar el problema políticocriminal –y de justicia– de la delimitación entre hechos punibles y contravenciones, en el sentido que el legislador debe estatuir una contravención allí donde una sanción no penal basta para asegurar el fin que persigue. Por tanto, si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones administrativas) prometen o no un éxito suficiente, el legislador no puede echar sin más echar mano a la conminación penal. La idea de justicia inserta en el principio del Estado de derecho, como señalan Maurach y Zipf “*declara inadmisibles desde el punto de vista del derecho constitucional, que ciertos ilícitos indudablemente pertenecientes al núcleo del Derecho Penal fueren castigados con multa y, a la inversa, que contravenciones propias del ilícito administrativo, lo fueren con pena criminal*”⁴⁸.

En este sentido, si en el análisis de un caso concreto de porte, sólo se verifica el incumplimiento de los mandatos de autorización o inscripción, sin que concurra ni mínimamente un riesgo para el objeto jurídico tutelado del tipo objetivo, esto es, un concreto peligro para la vida, integridad personal o la propiedad, entonces, la conducta debería quedar acotada únicamente dentro del marco del derecho administrativo sancionador. Así, por lo demás, lo deja entrever la legislación, al sancionar administrativamente a quienes están en posesión irregular de un arma de fuego u obstruyen el control estatal. Por ejemplo, en la forma señalada se procede en el inciso 13° del artículo 5° de la Ley N° 17.798, que sanciona con multa de 5 a 10 UTM al heredero o legatario, que estando en tenencia de un arma de fuego, no comunique a la autoridad

⁴⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, *Ibidem*.

⁴⁸ Ob. Cit. p. 23.

contralora la circunstancia del fallecimiento y la individualización del heredero o legatario que, bajo su responsabilidad, tendrá la posesión provisoria de dicha arma y de sus municiones hasta que sea adjudicada, cedida o transferida a una persona que cumpla con los requisitos para inscribir el arma a su nombre; o en el artículo 5° B de la misma ley, que sanciona al poseedor o tenedor de un arma inscrita que la tenga en un lugar distinto de aquel declarado, que se negase a exhibir el arma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° o que no diese cumplimiento a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 5° A, con multa de 2 a 10 UTM, siendo aplicables, a estos efectos, el procedimiento y demás normas contenidas en la Ley N° 19.880.

5. Por qué la aplicación del artículo 9° de la Ley N° 17.798 en aquellos casos en que no se pone ni mínimamente en riesgo el bien jurídico protegido constituye una afectación al principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad⁴⁹, que caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de derecho, ofrece un parámetro para resolver la desmesura de la legislación penal.

Ya sea que la proporcionalidad se extraiga a partir del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental); del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3 de la Constitución); de la prohibición de afectar los derechos en su esencia (artículo 19 N° 26); o porque se trate de un principio general del derecho constitucionalizado; lo cierto es que los distintos subprincipios que conforman el principio

⁴⁹ La idea de proporcionalidad nacida en el derecho penal pasa al derecho de policía en su etapa de concepción liberal, inspirando posteriormente otros ámbitos del derecho administrativo, hasta convertirse en un principio general del derecho público, incluido el derecho penal, y posteriormente en un principio general del ordenamiento jurídico. El principio de proporcionalidad debe su formulación actual, en gran medida, al Tribunal Constitucional alemán (BverfG). No obstante, no se ha ocupado de forma exclusiva el Tribunal Constitucional alemán de este principio, sino que también ha sido objeto de un importante desarrollo por parte del Tribunal Constitucional americano, del Tribunal de las Comunidades Europeas y, en menor medida, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 29.

de proporcionalidad⁵⁰ (idoneidad⁵¹, necesidad⁵², proporcionalidad en sentido estricto⁵³), han sido utilizados por nuestro Tribunal Constitucional para evaluar si la limitación legislativa de un derecho fundamental resulta legítima. Es así como nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “Para decidir acerca de la constitucionalidad de la norma, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ella establece se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”⁵⁴.

En el derecho penal, las garantías del Estado de derecho han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, así como la función de minimizarlas y controlarlas. Y en este contexto, se puede afirmar que el principio central es el de la proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso. Nos encontramos ante un principio que opera tanto en el momento de creación del derecho por los legisladores⁵⁵ como en el de su aplicación por los jueces

⁵⁰ El principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin deseado. El principio de proporcionalidad, por consiguiente, concierne a la cuestión de que medios son admisibles para la consecución de un fin pretendido.

⁵¹ Idoneidad: en virtud de este principio, un medio es apto/idóneo para conseguir el fin pretendido cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado o cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido. El principio de aptitud permite, en el ámbito del principio de proporcionalidad en sentido amplio, excluir aquellos casos extremos en los que el medio no es idóneo.

⁵² Necesidad o “la alternativa menos gravosa”: en virtud de este principio, el medio adoptado por el legislador será necesario para conseguir el fin perseguido cuando el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida.

⁵³ Proporcionalidad en sentido estricto: en el examen del principio de proporcionalidad se trata de comparar si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia, guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia de los bienes, del interés estatal o colectivo que se trata de salvaguardar. Deberá considerarse desproporcionada toda medida cuya finalidad no consista en favorecer los intereses generales o en la que no exista proporción entre los intereses de la colectividad y el menoscabo de los bienes individuales que conlleva. El principio de proporcionalidad en sentido estricto conlleva, por lo tanto, una ponderación de bienes e intereses colectivos e individuales tutelados jurídicamente, para determinar si se encuentran en una relación razonable o no. Hay que tener en cuenta que cuanto mayor sea la gravedad de la injerencia en el ámbito de los intereses particulares mayor habrá de ser la importancia de los intereses colectivos que la justifican. En el ámbito del derecho penal, se trata de comprobar si el medio utilizado para proteger penalmente un bien jurídico, considerando la limitación de derechos fundamentales que conlleva, se encuentra en una relación razonable con la protección del bien jurídico por él ofrecida.

⁵⁴ STC 1262, considerando 24.

⁵⁵ En relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal, el Tribunal Constitucional ha declarado que la “relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputa-

o tribunales e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria. En este sentido se afirma que la prohibición de exceso puede tener relevancia de tres formas distintas en orden a la penalización: en primer lugar, una determinada figura delictiva, como tal, o su extensión, puede infringir la prohibición de exceso; en segundo lugar, el marco penal abstracto no está en armonía con la materia de injusto delimitada en el tipo legal, y, por último, la prohibición de exceso puede infringirse a través de la sentencia que dictan los jueces o tribunales.

Los tres subprincipios en los que cabe descomponer el principio de proporcionalidad en sentido amplio, se deberían concretar en el ámbito del derecho penal de la siguiente forma. En primer lugar, el principio de *idoneidad* requiere que el derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue. Por su parte, el principio de *necesidad* en derecho penal se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los dos postulados que lo integran: *ultima ratio* y carácter fragmentario del derecho penal. Por último, el principio de *proporcionalidad en sentido estricto* viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas de seguridad, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina⁵⁶.

Pasaremos a analizar cada uno de estos componentes en relación con el delito de porte ilegal de arma de fuego permitida, en particular cuando el porte no pone en riesgo o en peligro en forma concreta el objeto tutelado, que como se dijera es la seguridad pública en referencia a determinados bienes jurídicos individuales.

En términos generales, se puede afirmar que un tipo penal es *idóneo* para la protección de un bien jurídico siempre y cuando las acciones típicas por él descritas afecten de algún modo al bien jurídico. De ello se deduce que aquel

da, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viene a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley." STC 2658, considerando 7.

⁵⁶ La mayoría de la doctrina cuando analiza entre los tradicionalmente denominados límites al ius puniendi el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, tan sólo se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto, considerando que no es sólo preciso que el autor sea culpable, sino que además que la gravedad de la pena ha de ser proporcionada a la del hecho cometido. Pero otro sector, siguiendo la postura mayoritaria en Alemania, sostiene que existe un principio de proporcionalidad en sentido amplio, que se descompone en los principios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Véase Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 94

tipo penal en el que se tipifique acciones que de ningún modo afectan al bien jurídico que se pretende proteger a través del mismo, será inidóneo, puesto que la protección del bien jurídico no puede tener lugar a través de dicha prohibición. Al ser inidóneo para la protección del bien jurídico, dicho tipo se puede considerar inconstitucional por ser contrario al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Luego, no son idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección del bien jurídico cuando a través de los mismos se incriminan meras infracciones administrativas que no suponen peligro alguno para el respectivo bien jurídico⁵⁷. Por lo dicho, sería inidóneo incriminar un porte ilegal de arma de fuego si del análisis del caso concreto solo se advierte el incumplimiento de los mandatos de autorización o inscripción, sin que concurra ni mínimamente un riesgo para el objeto jurídico tutelado del tipo objetivo, esto es, un concreto peligro para la vida, la integridad personal o la propiedad. De lo contrario, se condicionaría el reproche penal a la falta de autorización administrativa, lo cual es ciertamente criticable, puesto que plantea el problema de la utilización del derecho penal para la penalización de la mera infracción formal de normas de autorización.

Desde la perspectiva del principio de necesidad, para que la intervención penal sea legítima debe atender a la exclusiva protección de bienes jurídicos y al respeto del correlativo principio de lesividad. De modo que para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de lesividad es necesario que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido, lo que no se cumple cuando con el tipo penal del artículo 9 de la Ley N° 17.798, puesto que se condiciona el reproche penal a la

⁵⁷ Véase Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 279. Aguado cita como ejemplos en su obra, lo que ocurría con el derogado artículo 343 bis del Código Penal español, en el cual se preveía una pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas para los que expidiesen medicamentos o medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias; la conducción de vehículos sin el correspondiente permiso o habilitación constituía un delito idóneo para la protección del bien jurídico, ya que se estaba incriminando una acción que no era apta para crear ni para incrementar un peligro para la seguridad del tráfico; los desaparecidos delitos de inhumación (Art. 339 ACP) y el de exhumación o traslado de cadáveres (Art. 345 ACP). En estos artículos se elevaba a la categoría de injusto criminal la mera infracción administrativa. Termina señalando "Lo más inquietante es que este problema, la criminalización de meros injustos administrativos, está adquiriendo de nuevo importancia en nuestro ordenamiento. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 319, que se incluye dentro del Capítulo dedicado a los «Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico», artículo en el que se tipifica el denominado delito urbanístico, y que parte de una configuración formal del injusto fundado en la «ausencia de autorización» o en el carácter «no autorizable» de la construcción o de la edificación, sin que se exija ni la lesión ni la puesta en peligro del bien jurídico protegido (ordenación del territorio)". Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 280.

falta de autorización administrativa, sin que se requiera ni la lesión ni la puesta en peligro del bien jurídico.

Por último, el examen del principio de proporcionalidad en sentido estricto, puede llevar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección, puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales. Y esto puede ocurrir, desde nuestro punto de vista, en todos aquellos casos en los que el bien jurídico es amenazado de forma tan variada, que las puestas en peligro que padece son de muy diversa intensidad, resultando una tarea muy difícil, si no imposible para el legislador, prever distintas medidas de protección atendiendo al diverso grado de peligrosidad de una determinada acción. De manera que puede haber casos en los que el legislador considera que la técnica más adecuada y necesaria para la protección de bienes jurídicos es la de prohibir comportamientos generalmente peligrosos para el bien jurídico en cuestión, considerando el comportamiento de peligro abstracto en cuanto tal como merecedor y necesitado de pena, sin que en principio exista posibilidad de “privilegiar punitivamente” aquellas formas de actuación que revisten una peligrosidad escasa. En otras palabras, cuanto más amplia es la tipificación que lleva a cabo el legislador penal de las conductas peligrosas en abstracto para el bien jurídico, más en serio ha de tomarse la posibilidad de que queden comprendidos por el tipo comportamientos que sólo resultan peligrosos para el bien jurídico de una manera insignificante. Y es para tales situaciones en las que el contenido de injusto es irrelevante, para las que el legislador ha de prever soluciones que permitan evitar un excesivo gravamen, un excesivo perjuicio al afectado por la persecución y, en su caso, evitar la imposición de la pena prevista en el correspondiente precepto, al cual en principio no cabe hacer reparo alguno. En este sentido, no debe olvidarse que el principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide en su efecto limitador de la pena con el principio de culpabilidad, de manera que la pena imponible a una determinada persona ha de guardar una relación de proporcionalidad tanto con el grado de injusto como con el grado de culpabilidad individual, por lo que el legislador habrá de incluir una regulación que permita a los órganos de persecución y al juez, adoptar en los casos concretos aque-

llas reacciones que se encuentren en una relación de proporcionalidad tanto con el correspondiente grado de peligrosidad como el grado de culpabilidad⁵⁸.

Como recordamos, con la dictación de la Ley N° 20.813 eliminó la posibilidad de aplicar la pena de multa si de las circunstancias o antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o porte del arma estaba destinado a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, de manera que al suprimirse la previsión que la legislación de control de armas históricamente disponía para hacer compatible el delito de porte ilegal de armas con el principio de proporcionalidad, como era la multa ante la inexistencia de un concreto peligro para el objeto de protección penal, convierte la aplicación del tipo penal en cuestión para estos comportamientos en una clara vulneración de la prohibición de exceso.

IV. Competencia del tribunal constitucional. ¿Puede interpretar los preceptos impugnados?

Como señala José Ángel Fernández Cruz⁵⁹, el Tribunal Constitucional ha desarrollado dos líneas de argumentación a la hora de entrar al conocimiento de la cuestión controvertida. Por una parte, sostiene que las interpretaciones que cabe dar al precepto impugnado corresponden a los jueces de fondo, las que deberán ser conformes a la Constitución; y por otra parte, es el propio Tribunal Constitucional el que debe señalar el modo en que deberá entenderse una disposición a fin de que no resulte contraria a la Constitución. En mi opinión, esta última es la línea correcta, porque es físicamente imposible que una ley pueda producir, por sí sola, un efecto contrario a la Constitución en una gestión determinada que se siga ante un tribunal ordinario o especial. Siempre que el precepto legal produzca efectos en un caso, lo será porque el juez le ha dado aplicación y para darle aplicación debe fijar su sentido y alcance. En razón de

⁵⁸ Ver Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 308. La autora señala que el propio Tribunal Constitucional alemán nos apunta las posibilidades que posee el legislador para respetar el principio de proporcionalidad en sentido estricto en los supuestos de injusto y culpabilidad insignificante: una solución jurídico-material y una solución formal. En virtud de la primera de ellas, el legislador puede, a través de tipos privilegiados, reducir el ámbito de aplicación de los preceptos penales o bien posibilitar la imposición de sanciones especiales para los casos de criminalidad de bagatela. La solución procesal, que es la que ha adoptado el legislador alemán en la Ley Procesal Penal, consiste en reducir o relajar las necesidades de persecución penal. Aguado Correa, Teresa. Ob. Cit. p. 346.

⁵⁹ Véase "Tribunal constitucional y derecho penal: un estudio crítico", en Estudios Constitucionales, Año 12, N° 2, 2014, pp. 187-238. ISSN 07180195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

ello, cuando el efecto contrario a la Carta Fundamental es producido por la interpretación del juez, el Tribunal Constitucional igualmente debe conocer. Si bien se trata de un problema de interpretación legal, que corresponde resolver a los jueces de la instancia, es el precepto legal, aplicado en una de sus posibles inteligencias, el que según la parte produce efectos contrarios a la Carta Fundamental. Los preceptos legales que los jueces deben interpretar y aplicar, se formulan a través de un lenguaje y ese lenguaje no significa nada si no es para quien lo descifra, para quien fija su sentido y alcance, usando para ello las convenciones propias de la semántica y sintáctica del idioma respectivo y recurriendo a los demás elementos de interpretación. Si un juez fija un sentido y alcance razonable y posible de un precepto legal y, aplicado en ese sentido el precepto legal al caso, produce efectos contrarios a la Carta Fundamental, es deber del Tribunal Constitucional evitarlo. Tal deber no puede eludirse en razón de que el efecto inconstitucional no está en la ley, sino en la interpretación, pues, como se ha demostrado, nunca el efecto va a ser producido por la ley al margen del juez y siempre y necesariamente el efecto va a radicar en el modo en que el precepto se entienda y aplique al caso⁶⁰.

Lo dicho además, ha sido la doctrina invariable de este Tribunal, quien, desde luego, en múltiples sentencias de control preventivo, ha reconocido que un precepto legal puede ser entendido en más de un sentido y lo ha aprobado en un determinado entendido, decidiendo que otros entendidos o sentidos posibles del precepto pugnan con la Constitución. Más precisamente en algunos fallos de inaplicabilidad, ha prohibido aplicar un precepto legal con un determinado alcance, sentido o interpretación que resultaría contrario a la Carta Fundamental o ha permitido su aplicación en el entendido o supuesto de que se le entenderá de un modo determinado. Así ha ocurrido en las sentencias de fechas 31 de agosto, 29 de noviembre y 11 de diciembre, todas de 2007, causas roles 747, 736 y 806 respectivamente⁶¹.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto es posible formular las siguientes conclusiones:

- 1) Siendo coherentes con lo expresado por la doctrina y el Tribunal Constitucional, para resguardar la legitimidad y constitucionalidad de la punibilidad del porte ilegal de arma de fuego permitida, el principio de lesividad demanda que se pueda colegir que el porte ilegal es concretamente

⁶⁰ Véase la prevención del Ministro Jorge Correa Sutil en la STC 810-2007-INA.

⁶¹ Ibidem.

peligroso, esto es, que genera al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado o, dicho de otro modo, que de la conducta derivare un concreto peligro para la vida, la integridad personal o la propiedad, permitiendo al juez distinguir entre lo que es más o menos dañino para la sociedad. De esa manera, según sean las circunstancias y el contexto de los hechos, podrá decidirse si se trata de un acto aislado, que no pone ni mínimamente en riesgo la vida, la integridad o el orden público o se trata de un hecho que configura el tipo penal en cuestión.

- 2) La modificación introducida por la Ley N° 20.813 no debiera inhibir a la magistratura constitucional en su cometido de asegurar el respeto de la supremacía constitucional, al revés, potencia la necesidad de requerir en la aplicación de este tipo penal la existencia de un riesgo concreto, para que el tipo sea consistente con el entramado constitucional, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional.
- 3) El riesgo concreto debería estar en referencia a los bienes jurídicos individuales que la figura de peligro pretende otorgar protección y, por ende, es dicha circunstancia la que debe ser probada en el proceso,
- 4) Si en el análisis de un caso concreto de porte, sólo se verifica el incumplimiento de los mandatos de autorización o inscripción, sin que concurra ni mínimamente un riesgo para el objeto jurídico tutelado del tipo objetivo, esto es, un concreto peligro para la vida, integridad personal o la propiedad, entonces, la conducta debería quedar acotada únicamente dentro del marco del derecho administrativo sancionador. Así, por lo demás, lo deja entrever la legislación, al sancionar administrativamente a quienes están en posesión irregular de un arma de fuego u obstruyen el control estatal.
- 5) Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, sería inidóneo incriminar un porte ilegal de arma de fuego si del análisis del caso concreto sólo se advierte el incumplimiento de los mandatos de autorización o inscripción. De lo contrario, se condicionaría el reproche penal a la falta de autorización administrativa, lo cual es ciertamente criticable, puesto que plantea el problema de la utilización del derecho penal para la penalización de la mera infracción formal de normas de autorización.
- 6) Desde la óptica de principio de proporcionalidad, para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de lesividad es necesario que en el caso concreto el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido, lo que no se cumple cuando con el tipo penal del artículo 9 de la Ley N° 17.798, puesto que se condiciona el reproche penal

a la falta de autorización administrativa, sin que se requiera ni la lesión ni la puesta en peligro del bien jurídico.

- 7) Al eliminarse con la dictación de la Ley N° 20.813 la posibilidad de aplicar la pena de multa si de las circunstancias o antecedentes del proceso pudiera presumirse fundadamente que la posesión o porte del arma estaba destinado a fines distintos que los de alterar el orden público, atacar a las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública o perpetrar otros delitos, se suprimió la previsión que la legislación de control de armas históricamente disponía para hacer compatible el delito de porte ilegal de armas con el principio de proporcionalidad, convirtiendo la aplicación del tipo penal a todo evento en una clara vulneración de la prohibición de exceso.
- 8) El Tribunal Constitucional, con ocasión del conocimiento de un requerimiento de inaplicabilidad, puede, además de inaplicar el precepto legal, declarar que puede ser entendido en más de un sentido y lo ha aprobado en un determinado entendido, decidiendo que otros entendidos o sentidos posibles del precepto pugnan con la Constitución.