

## 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - DERECHO PENAL

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR JOSÉ FRANCISCO GUTIÉRREZ GAMBOA RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 18.216 Y DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 17 B DE LA LEY N° 17.798. INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. SISTEMA DE PENAS APLICABLES.

### HECHOS

*Se dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216, que Establece Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad y del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas. Tribunal acoge el requerimiento respecto del primer precepto impugnado, pero se rechaza la impugnación del artículo 17 B, inciso segundo, de la ley N° 17.798.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acogido)*

ROL: *3062-2016, de 27 de marzo de 2017*

PARTES: *José Francisco Gutiérrez Gamboa*

MINISTROS: *Sr. Carlos Carmona Santander, Sr. Iván Aróstica Maldonado, Sr. Gonzalo García Pino, Sr. Domingo Hernández Emparanza, Sr. Juan José Romero Guzmán, Sra. María Luisa Brahm Barril, Sr. Cristián Letelier Aguilar, Sr. Nelson Pozo Silva y Sr. José Ignacio Vásquez Márquez*

### DOCTRINA

- 1. Que la individualización judicial de la pena es la adecuación de ésta a las condiciones del sujeto sobre quien recae, por estimarse que sólo de esa forma puede la pena, como entidad, cumplir su finalidad reeducadora y correctiva. No debemos olvidar que el legislador realiza un juicio de valor-disvalor sobre el derecho ofendido. En cambio, la individualización judicial, por su parte, consiste en adecuar la pena a cada figura delictiva básica, y después la mitiga o agrava según la racionalización o compensación racional prevista en los artículos 65 a 69 del Código Penal. En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, los criterios de individualización de la pena deben someterse también a un juicio de proporcionalidad en concreto, es decir, determinar si*

*la entidad del hecho concreto merece castigarse con la pena impuesta por el juez dentro del marco penal mínimo y máximo previsto en la ley. Se trata, por tanto, de la apreciación de las circunstancias concretas que permiten considerar la gravedad del hecho delictivo y, por tanto, aplicar la pena conforme a esta gravedad. La pena impuesta por el juez debe corresponderse necesariamente con la gravedad del delito completo que se somete a su juicio, siendo, por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado. (Considerandos 37 y 38)*

- II. *El establecimiento del sistema de penas aplicables luego de acreditarse el hecho punible y la participación del imputado, no puede estar separado del sistema penal general, en tanto ambos forman parte del ius puniendi estatal. Esto quiere decir que el Derecho penal no tiene una teoría de la pena que le sea propia, aunque parezca asombroso. A veces la pide prestada al Derecho administrativo y en otras ocasiones al Derecho civil, sin perjuicio de combinaciones que por lo general llevan a producir un discurso penal que se identifica con el discurso de coerción tutelar. (Considerando 40)*
- III. *El principio de humanidad, derivado de la dignidad humana, es un presupuesto del principio de proporcionalidad, y este último permite concretar las consecuencias de aquella en relación con las penas asociadas a la comisión de un delito. Es más, tanto el reconocimiento o aceptación social de tales principios, expresión del carácter democrático del Estado, además de contribuir a su fundamentación, comporta que su vigencia y afirmación simbólica desplieguen un efecto preventivo general de carácter positivo y tengan un significado utilitarista, además del fundamento axiológico de los principios antes referidos. (Considerando 43)*
- IV. *Que en relación a la resocialización como un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento, a partir del propio artículo 1° de la Constitución al establecer el principio de la dignidad de la persona, también, en segundo término no pueden excluirse los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo los debilita de forma difícilmente mensurable; pues también una pena atenuada actúa de forma preventiva general. Criterio que recoge la opinión de Claus Roxin. (Tratado de Derecho Penal, 4ª Edición, Madrid, 2006, § 3, nm. 41). (Considerando 44)*
- V. *Que, por su parte, en el ámbito de la suspensión de la ejecución y prevención de la pena como limitación significativa de su eficacia preventiva general, en la medida en que limita la expresión del desvalor que la mayoría atribuye al delito cometido y la correspondiente afirmación de los valores y principios que se asocian al Derecho penal de un Estado de Derecho, la inexistencia de un riesgo claro y significativo, tanto de su reiteración como de una efectiva afectación de bienes jurídicos, lleva aparejado la infracción al principio de proporcionalidad. No obstante lo razonado, la relevancia de la gravedad*

*del delito cometido tiene un efecto concomitante o confluyente con la determinación de la duración de la pena, y la necesidad de valorar también este dato al decidir sobre la suspensión de su ejecución. (Considerando 45)*

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

VII. *Que refleja un tema de relevancia constitucional el análisis que se ha efectuado sobre la entidad, naturaleza y modalidad que ha adquirido la sustitución de una pena original por otra en el artículo 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.216, en la medida que dicha disposición legal restringe considerablemente la operación de la individualización de la pena por parte del sentenciador, produciendo la conjunción de dos enunciados, uno de los cuales es la negación del otro, generándose una contradicción que vía interpretación no resulta posible obviar, razón por la cual debe acogerse la posición expuesta por la requirente, sólo en lo que refiere a la primera impugnación formulada, en la forma que se señala en la parte resolutive de esta sentencia. (Considerando 47)*

*Cita online: CL/JUR/1299/2017*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 65 a 69 del Código Penal; 1º de la Constitución Política de la República; 1º de la ley N° 18.216; 17 B de la ley N° 17.798.*

## SÍNTESIS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se acoge el requerimiento, en lo que respecta al artículo 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.216. Se rechaza la impugnación al artículo 17 B, inciso segundo, de la ley N° 17.798.

Hay disidencias y votos particulares.

### I. ARTÍCULO 1º, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 18.216

Se declara inaplicable en la gestión pendiente, por mayoría de votos. El establecimiento del sistema de penas aplicables luego de acreditarse el hecho punible y la participación del imputado, no está separado del sistema penal general, en tanto forman parte de un único *ius puniendi* estatal. En nuestro país, donde se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el *ius*

*puniendi* estatal, sino que también proscribe el uso abusivo de la potestad punitiva. En tal sentido, la finalidad de castigar estos ilícitos está relacionada con el uso del arma o, a lo menos, que exista un peligro real e inminente que dicho uso implique una vulneración de un bien jurídico protegido o un peligro concreto al que ese uso esté asociado a la comisión del ilícito, circunstancias todas que, a partir de la historia fidedigna de la ley, impliquen un elemento gravitante en la punibilidad de la acción. Es del caso ponderar que el principio de humanidad, derivado de la dignidad humana, es presupuesto del principio de proporcionalidad, y este último permite concretar las consecuencias de aquélla en relación con las penas asociadas a la comisión de un delito. Es más, tanto el reconocimiento o aceptación social de tales principios, expresión del carácter democrático del Estado, además de contribuir a su fundamentación, comporta que su vigencia y afirmación simbólica desplieguen un efecto preventivo general de carácter positivo y tengan un significado utilitarista, además del fundamento axiológico de los principios antes referidos. En relación a la resocialización como imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento, a partir del propio artículo 1º de la Constitución que establece el principio de la dignidad de la persona, también, en segundo término, no pueden excluirse los efectos preventivos generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable, pues también una pena atenuada actúa de forma preventiva general. Por su parte, en el ámbito de la suspensión de la ejecución y prevención de la pena como limitación significativa de su eficacia preventiva general, en la medida en que limita la expresión del desvalor que la mayoría atribuye al delito cometido y la correspondiente afirmación de los valores y principios que se asocian al Derecho penal de un Estado de Derecho, la inexistencia de un riesgo inminente y significativo, tanto de su reiteración como de una efectiva afectación de bienes jurídicos, lleva aparejado la infracción al principio de proporcionalidad. No obstante lo razonado, la relevancia de la gravedad del delito cometido tiene un efecto concomitante o confluyente con la determinación de la duración de la pena, y la necesidad de valorar también este dato al decidir sobre la suspensión de su ejecución. La ausencia de peligrosidad criminal del sujeto pasará a ser relevante para determinar las condiciones de cumplimiento de la pena, obviamente, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penitenciaria respectiva. Por ello, resulta indispensable asociar los efectos criminógenos a la ejecución de la pena, en principio, el saldo preventivo global de las distintas alternativas y, en su caso, el principio de proporcionalidad que justificará la suspensión. Así, refleja un tema de relevancia constitucional el análisis que se ha efectuado sobre la entidad, naturaleza y modalidad que ha adquirido la sustitución de una pena original por otra en el artículo 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.216, en la medida que esa disposición legal restringe, considerablemente, la operación de la individualización de la pena por parte del sentenciador, produciendo la conjunción de dos enunciados, uno de los cuales es la negación del otro, generándose una

contradicción que vía interpretación no resulta posible obviar, razón por la cual debe acogerse la posición expuesta por la requirente, sólo en lo que refiere a la primera impugnación formulada.

II. ARTÍCULO 17 B, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798.  
SE RECHAZA POR MAYORÍA DE VOTOS

El precepto contenido en el artículo 17 B de la Ley N° 17.798, de Control de Armas, modifica el régimen general de determinación de la pena, obligando al juez a graduar ésta en concreto, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por el legislador. En principio, el legislador tiene primacía para efectuar decisiones de política criminal (STC Rol N° 825), si se mantiene dentro de los límites constitucionales de la pena (prohibición de apremios ilegítimos, confiscación, tratos inhumanos y degradantes). Su carácter conforme con la Constitución Política, en la gestión pendiente, viene determinado por las siguientes características: La Constitución reconoce como bien jurídico al control de armas para la protección de la seguridad pública. El artículo 103 es un precepto constitucional y no una norma penal. Por tanto, no regula la tipicidad de las conductas de “posesión” y “tenencia” de armas bajo una regla de autorización estatal previa, dejando libre el “porte” de armas, siendo una norma que atribuye una finalidad constitucional y refleja un marco de competencias para su obtención. Analizado así, la normativa impugnada constituye un mecanismo coherente con el mandato respecto de que no hay excepciones a la expresión “ninguna persona” puede poseer o tener armas al margen de una autorización legalmente obtenida. Lo anterior, facilita los mecanismos de control, objetiviza la fiscalización de Carabineros de Chile y consigna que el uso o la amenaza de uso de armas de fuego no constituyan un medio legítimo más allá de las excepciones reguladas para el ámbito de la caza y el deporte. El precepto impugnado restringe el marco del tipo penal y no la individualización judicial de la pena a aplicar. Si bien el precepto impugnado limita la determinación de ésta, lo que restringe más exactamente es el marco penal y no la individualización judicial de la misma. De este modo, si bien en la práctica se aplicará una pena más severa, no puede concluirse que este giro de política criminal sea inconstitucional. El juez aún está facultado de aplicar las circunstancias agravantes y atenuantes del caso concreto, en relación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad que siempre ha aplicado. No hay una disminución del juicio de culpabilidad judicial ni afectación del principio de dignidad personal. El modelo penal chileno entrega al legislador el deber de fijar delitos, penas, modalidades de ejecución, así como las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal para establecer el juicio de culpabilidad. Al realizar una ponderación más acotada de eximentes, atenuantes y agravantes, el juez individualiza una pena sin afectar el principio de culpabilidad. Lo anterior, porque no hay ninguna de estas circunstancias modificatorias de la

responsabilidad que no pueda tasar. Con ello, respeta el principio de dignidad humana (artículo 1º, inciso 1º, de la Constitución), que está en la base del principio de culpabilidad. Otra cuestión diferente es que el *quantum* de la pena resultante le impida o permita acceder a una pena sustitutiva. No hay infracción al principio de proporcionalidad ni a la igualdad. Las medidas que modifican la individualización judicial de la pena tienen por objeto permitir la aplicación de las sanciones que realmente configuró el legislador, siendo idóneas a ese propósito. Esta idoneidad debe verificarse en el marco de las finalidades constitucionalmente legítimas que lo permiten, siendo el control de armas una razón constitucional habilitante para aproximar las penas potenciales a las reales. Opción por el carácter retributivo de la pena. Resulta claro que la sociedad, por medio de los canales institucionales, tiene derecho a ejercer el *ius puniendi* priorizando el efecto retributivo, como reafirmación de los valores fundamentales transgredidos por el autor, por sobre los efectos preventivos, generales o especiales. En este punto, no existe una respuesta única respecto de la forma de equalizar la cuestión de la naturaleza y fines de la pena. Mucho menos ella tendrá una sola respuesta constitucional. En tanto no se transgreden derechos humanos fundamentales –lo que en el caso concreto no acontece–, el Estado puede, mediante la reacción penal institucionalizada, priorizar o anteponer al efecto el ya anotado efecto retributivo de la sanción penal.

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE IMPIDEN LA APLICACIÓN  
DE PENAS SUSTITUTIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

GUILLERMO SILVA OLIVARES  
*Universidad de Chile*

La decisión comentada se refiere a un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 1º de la ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la ley N° 17.798. Ambas disposiciones establecen modificaciones<sup>1</sup> –al modo de casos de excepción– a las reglas generales sobre determinación de la pena: la primera enumera varios tipos penales respecto de cuya comisión a título de autoría se elimina la facultad judicial de sustituir la pena privativa de libertad por alguna de las modalidades enumeradas en el inciso primero del artículo 1º de la misma ley; la segunda cancela la aplicabilidad de las reglas generales del Código Penal [en adelante: CP] sobre valoración y aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad (arts. 65 a 68), dejando

---

<sup>1</sup> Establecidas por la ley N° 20.813, que modificó ambos cuerpos normativos.

abierto a este respecto el marco penal abstracto para la individualización judicial, de no concurrir otros factores de determinación. Respecto de ambas, se reclama en base a una eventual vulneración de los principios constitucionales de no discriminación e igualdad ante la ley (arts. 1º y 19 N° 2 de la Constitución Política [en adelante: CPR]) y proporcionalidad (art. 19 N° 3, inciso 6 CPR), en concreto para el caso de quien cometa a título de autoría un delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones (art. 9º en relación al art. 2º, ambos de la ley N° 17.798) y que eventualmente pueda contar con la atenuante del art. 11 N° 6 CP (“irreprochable conducta anterior”).

*(In)constitucionalidad del artículo 1º, inciso segundo, de la ley N° 18.216.* La decisión del Tribunal Constitucional [en adelante: TC] para acoger la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esta disposición (en especial: considerandos 37º y siguientes) se basa en la premisa correcta que sólo la pena (concretamente impuesta) que se corresponde con la gravedad del delito satisface el principio de proporcionalidad y sólo así la pena “cumple su finalidad”. Sin embargo, la argumentación que supuestamente se asienta sobre esta premisa la termina desvirtuando. Por un lado, la decisión de mayoría asume que la disposición en cuestión impone una limitación a la individualización judicial de la pena que no guarda proporción con el fin preventivo perseguido por el tipo penal. Esta finalidad estaría “relacionada con el uso del arma o, a lo menos, [con] que exista un peligro real e inminente que dicho uso implique una vulneración de un bien jurídico protegido o un peligro concreto al que ese uso esté asociado a la comisión del ilícito” (considerando 42º). De este modo, la decisión de mayoría del TC parece basar su argumentación en un rechazo de la caracterización del delito de porte ilegal de arma de fuego como uno de peligro abstracto, pese a la insistencia legislativa en lo contrario.<sup>2</sup>

Este dato es importante para entender la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del TC, pues para la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad sería esencial “la inexistencia de un riesgo claro y significativo, [...] de una efectiva afectación de bienes jurídicos” (considerando 45º). Luego, el argumento que busca construir la falta de proporcionalidad se completaría con la “limitación significativa” de la “eficacia preventiva general” de la pena que trae

---

<sup>2</sup> Véase el inciso primero del mismo artículo 74 B de la ley N° 17.798, que establece una solución de concurso real entre los delitos que se cometen empleando las armas ahí señaladas y, entre otros, el delito de porte ilegal de arma de fuego, por la vía de hacer aplicable el artículo 74 CP. Con esta solución la ley N° 20.813, que como ya se dijo introdujo el art. 74 B a la Ley de Control de Armas, buscaría reafirmar el carácter de delito de peligro abstracto “puro” del porte ilegal de arma de fuego. La similitud manifiesta entre los artículos 74 B inciso segundo de esta ley y el 449 inciso primero y regla 1º CP, referido a delitos contra la propiedad, en cuanto modifican el régimen general de determinación de la pena en atención a circunstancias modificatorias, no parece ser coincidencia.

aparejada la imposibilidad de imponer penas sustitutivas, sumado a que estas modalidades satisfacerían de mejor manera el principio de resocialización (considerandos 44° a 46°).

La línea argumentativa seguida por la decisión de mayoría del TC genera algunas confusiones y dudas. En primer lugar, no ofrece una explicación clara sobre la relación entre la manera como entiende el sentido o las razones que justifican la punibilidad del porte ilegal de arma y la crítica en materia de proporcionalidad. La razón de punibilidad de estos delitos, argumenta el Tribunal, estaría siempre relacionada con la lesión o puesta en peligro concreta de bienes jurídicos (individuales) por medio de su uso. De esto parece desprenderse, como ya se dijo, que el Tribunal no considera el porte ilegal de arma de fuego como un delito de peligro abstracto como modalidad de menoscabo de algún bien jurídico colectivo. La llamada de atención de la segunda parte de la decisión principal del TC (referida a la constitucionalidad de la aplicación del art. 17 B, inciso segundo de la ley N° 17.798), de que la propia Constitución en su artículo 103 reconocería como bien jurídico digno de protección al *control* de armas para la protección de la seguridad pública, parece contradecir esta postura. ¿Cómo entender, entonces, la decisión del voto de mayoría en esta parte? El argumento adolece de una suficiente fundamentación de su postura que permita relacionar este punto con un análisis de proporcionalidad.<sup>3</sup> En efecto, la identificación del bien jurídico protegido y de la modalidad de menoscabo, por ejemplo, permite llevar adelante de mejor manera un “test” de proporcionalidad al comparar la penalidad aparejada a distintas formas delictivas similares.

La segunda parte de la argumentación del TC se basa en la idea de que las penas sustitutivas sirven de mejor manera al principio de resocialización que las penas privativas de libertad, y que la restricción de su aplicación resultaría desproporcionada e inequitativa (considerandos 21° a 26°). En concreto, el “objetivo esencial” que tendría la pena “de propender tanto a la prevención general del delito como a su prevención particular” no se vislumbraría “en el cumplimiento efectivo de una pena de restricción total de la libertad de una persona que no tiene antecedentes penales”, por lo que, a juicio del TC, “sólo se aviene con los derechos esenciales del requirente, la imposición de una sanción que efectivamente propenda a su

---

<sup>3</sup> Podría argumentarse que el TC está, en realidad, interesado en llevar a cabo una problematización de la legitimidad de la norma de comportamiento que prohíbe la posesión o porte de arma, en relación con su estrategia preventiva de protección de un bien jurídico determinado. Es decir, que se trate de una objeción a la proporcionalidad prospectiva del delito en cuestión y, secundariamente, a la penalidad que trae aparejada. Pero el TC no pone en entredicho en este sentido la constitucionalidad de la norma de comportamiento del art. 9° de la ley N° 17.798, sino que se trata de la constitucionalidad de una norma de sanción o secundaria que limita la facultad judicial de imponer penas sustitutivas.



resocialización, menos lesiva de su dignidad humana y que equilibra las funciones y objetivos de las penas” (considerando 31º). Al menos dos puntos pueden aquí ser cuestionados. Primero, la idea de que la resocialización, expresión de la prevención especial, sea entendida al modo de un “imperativo constitucional” que se desprendería sin más del principio de dignidad de la persona incluido en el art. 1º CPR. Que una pena deba respetar la dignidad de una persona y no constituir un castigo cruel, inhumano o degradante debería ser presupuesto de toda pena legalmente impuesta y en ningún caso patrimonio teórico exclusivo de la tesis resocializadora. Segundo, que el argumento de trato desigual y desproporcionado se haga depender del hecho que el imputado no cuente con antecedentes penales. Aquí ya no se trata de llamar la atención sobre la concurrencia de una circunstancia atenuante (de irreprochable conducta anterior), sino de calificar al autor como una persona no peligrosa, siguiendo la lógica de la ley N° 18.216, que le otorga gran relevancia a los antecedentes personales del autor (su no reincidencia) para la declaración de procedencia de las penas sustitutivas. Como salta a la vista, cabría preguntarse si este mismo fundamento no sería, a su vez, susceptible de una crítica de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad ante la ley o de no discriminación.

En definitiva, la decisión de mayoría muestra que los argumentos reseñados buscan impugnar la constitucionalidad del art. 1º, inciso segundo de la ley N° 18.216, mediante argumentos de corte preventivos que –con independencia de su razonabilidad– distan mucho de configurar un test de proporcionalidad suficiente para hacer caer la constitucionalidad de su aplicación al caso concreto por tratarse de un caso de tratamiento desigual y arbitrario. Un buen punto de partida para responder a la pregunta si estamos frente a un caso de trato desigual es construir un argumento de proporcionalidad que permita constatar que en casos de comisión de delitos (con circunstancias) semejantes, se imponen castigos diferentes en razón de motivos que no dicen relación con la gravedad del delito cometido.<sup>4</sup> Esta comparación de penas, en el sentido de lo que Von Hirsch llamó *proporcionalidad ordinal*, se basa en la idea de que los castigos más severos expresan un mayor grado de desaprobación, por lo que sólo es posible imponerlos en casos en que la realización delictiva es realmente más grave.<sup>5</sup> Los criterios de proporcionalidad ordinal también pueden jugar un papel importante para comparar penas sustitutivas y penas privativas de libertad.<sup>6</sup>

Con todo esto no estoy afirmando que la disposición impugnada (e, incluso, la alta penalidad que establece el art. 9º de la ley N° 17.798) no adolezca de problemas

---

<sup>4</sup> HIRSCH, Andrew von, *Censurar y Castigar* (Madrid: Trotta, 1998), pp. 45 y ss.

<sup>5</sup> Lo importante es que la proporcionalidad ordinal es relativa en el sentido que exige de una comparación entre diversos delitos y circunstancias semejantes del sistema penal.

<sup>6</sup> Véase HIRSCH, ob. cit., pp. 102 y ss.

de proporcionalidad, o que se trate de una buena medida legislativa. Sólo he anotado algunas dudas sobre la forma en cómo se configuró la decisión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en especial, en lo relativo a la supuesta utilización del principio de proporcionalidad, pues se mezclan varios argumentos diferentes de manera imprecisa y sin una fundamentación contundente.

*Constitucionalidad del artículo 17 B, inciso segundo, de la ley N° 17.798.* El set de normas cuya aplicabilidad cancela (por especialidad) este artículo se refiere a aquella parte del sistema general de determinación legal de la pena del CP que regula la valoración y efectos de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Como consecuencia de la modificación, la concurrencia de atenuantes y/o agravantes no ha de ser tomada en cuenta para la alteración (y concreción) del marco penal abstracto que la ley asigna a los delitos que ella enumera. Es decir, para el caso del porte ilegal de arma de fuego, conminado con una pena privativa de libertad constituida por un solo grado de presidio menor en su grado máximo, concurriendo o no circunstancias modificatorias, ha de imponerse una pena que va entre los tres años y un día a los cinco años de privación de libertad. Dentro de ese marco el juez deberá utilizar los criterios generales de individualización judicial de la pena: el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

La decisión de mayoría respecto a este punto enfatiza que el efecto de la aplicación del artículo 17 B tiene lugar en materia de determinación legal y no de individualización judicial de la pena. Es correcto que el legislador, en uso de su prerrogativa y legitimidad democrática, desestima algunas reglas de determinación que prefiguraban (alterando y/o concretando) el marco penal dentro del cual luego el juez debe individualizar la pena. De no concurrir otro factor de determinación de la pena, el juez puede entonces desarrollar esta tarea de individualización a lo largo de todo el espectro del marco penal abstracto. Que el juez ya no cuente en esta actividad de *concreción* con las directrices que pueden extraerse del conjunto de reglas contenidas entre los artículos 65 a 68 bis CP –por ejemplo, el mayor peso específico de las atenuantes frente a las agravantes–, si bien puede abrir otro flanco de crítica a la legislación comentada, difícilmente puede admitirse por sí mismo como un argumento en favor de su inconstitucionalidad. El tribunal sigue estando sometido al deber de fundamentar su decisión condenatoria, también en lo concerniente a su apreciación de circunstancias modificatorias, no obstante, esto sea una práctica no siempre observada por nuestros tribunales.<sup>7</sup>

Por otro lado, el artículo 17 B de la ley N° 17.798 impide la *alteración* del marco penal abstracto. En relación con nuestro caso concreto, es decir, con el art. 9° de

---

<sup>7</sup> Una mención expresa en el art. 342 del Código Procesal Penal (como sí existe en el inciso final del art. 343) podría ser un buen primer paso para contrarrestar esta situación.

la misma ley, el art. 17 B elimina indirectamente una facultad propia de la individualización judicial: la posibilidad de aplicar la mayoría de las penas sustitutivas a la pena privativa de libertad, pues el marco penal que establece el art. 9º como mínimo –3 años y un día de presidio menor en su grado máximo– no podrá verse alterado “hacia abajo”.<sup>8</sup> Así, por ejemplo, el art. 17 B cerraría de inmediato la puerta a la posibilidad de acceder a la aplicación de –suponiendo la concurrencia del resto de sus requisitos– la remisión condicional o de la libertad vigilada simple, también para el caso en que concurran dos o más atenuantes o una atenuante muy calificada. La pregunta, entonces, se reconduce nuevamente al problema de si negar legislativamente (ahora de manera indirecta) la procedencia de penas sustitutivas implica un tratamiento arbitrariamente desigual o la vulneración del principio de proporcionalidad. Al respecto me remito a lo señalado en el punto anterior.

---

<sup>8</sup> Aquí vale la pena llamar la atención nuevamente sobre la similitud de este caso, *mutatis mutandis*, con la regla contenida en el artículo 449 CP respecto a, por ejemplo, el autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, quien no podría optar tampoco a la libertad vigilada intensiva.