



EN LO PRINCIPAL: Deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos que indica.

SEGUNDO OTROSÍ: Suspensión del procedimiento.

TERCER OTROSÍ: Acredita personería.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FRANCISCO JAVIER ARIAS ORTIZ, abogado, cédula nacional de identidad **16.123.787-6, abogado** con domicilio en Ahumada 312, oficina 521, Santiago. con correo electrónico para el efecto de las notificaciones que fuere procedente notificar por dicha vía: fco.abogado@hotmail.com, actuando en representación según se acreditará de doñ **KEVIN CERON RIQULEME**, cédula nacional de identidad número 19.420.550-3, domiciliado en Calle 25 sur, 3912. Comuna de Lo Espejo Actualmente con la medida cautelar de prisión preventiva, a VS. Excma., con respeto digo:

Que, en la representación que invisto y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra del artículo 1°, inciso 2°, de la Ley N° 18.216, por cuanto la aplicación concreta de este precepto legal en el proceso penal en causa **RIT 1612-2020, RUC 2000243563-3** del **11 JUZGADO DE GARANTIA DE SANTIAGO**, seguido en contra de mi representada, por el presunto delito de tenencia ilegal de arma de fuego, contemplado en el artículo 3° en relación con el Art. 13° de la Ley N° 17.798 Y homicidio frustrado a funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones delito contemplado en el art. 416 del Código de Justicia Militar, infringe los artículos 1° y 19, numerales 2° y 3°, de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Constitución Política de la República en su artículo 93 prescribe que, en lo pertinente, son atribuciones del Tribunal Constitucional: "6) Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución." Y agrega en el inciso 11° del mismo lo siguiente: "En el caso del

número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación este fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.

A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad". En los mismos términos se refiere el artículo 84 la Ley N° 17.997, orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que regula las causales de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad.

En consecuencia, se tratará por separado cada uno de los requisitos que ha de cumplir el requerimiento.

I.- BREVE SINTESIS DE LA GESTION PENDIENTE EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

1.- En la causa: **RIT 1612-2020, RUC 2000243563-3** del **(11) JUZGADO DE GARANTIA DE SANTIAGO** en la audiencia celebrada con fecha 4 de marzo se efectuó el de control de la detención y formalización de la investigación; en tal oportunidad el Ministerio Público formalizó la investigación en contra de don Kevin Cerón Riquelme, por el presunto delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 3º en relación al Art. 13 de la Ley N° 17.798. y por el delito de homicidio frustrado a funcionario policial contemplado en el art. 416 del código de Justicia Militar.

En el relato de los hechos de la formalización, el ente persecutor expuso:

HECHOS DE LA FORMALIZACION

“EL día 03 de Marzo del año 2020, aproximadamente a las 22:30 horas, funcionarios de motorizados de 39 º Comisaría de El Bosque realizaban un patrullaje por las inmediaciones de su comuna, fue en esa instancia que en momentos de llegar a Calle San Francisco al llegar a calle Lo Blanco se realiza un control vehicular a un vehículo marca Samsung, modelo SM 3, color beige, año 2013, PPU BXXH-51, en el que se movilizaban cuatro sujetos, el conductor de dicho vehículo intentó atropellar a uno de los funcionarios policiales, dirigiendo su vehículo contra la motocicleta que

éste conducía, a raíz de ellos se produce un seguimiento por diversas calles del sector por Avenida San Francisco en dirección al Norte, al llegar a calle Lo Martínez, todo esto a gran velocidad y al llegar a calle Camino del Inca, un sujeto que iba sentado en la parte posterior saca su mano realizando al menos dos disparos en contra del cabo primero Álvarez Llanquihuen, siguiendo la persecución del móvil para finalmente, en camino del Inca esquina pasaje Peralillo detener la marcha y descender los cuatro sujetos, entre ellos desciende el imputado aquí presente quien es el mismo sujeto que momentos antes realizó dos disparos contra los funcionarios policiales, al momento de bajar éste mantenía en una de sus manos un bolso cuadrillé azul con una imagen de una virgen, intentando introducir su mano al interior del bolso por lo fue repelido esta acción por los funcionarios de Carabineros haciendo uso de su arma de servicio, siendo sorprendido el imputado en circunstancias que mantenía, portaba, poseía y guardaba sin la competente autorización una pistola a fuego color negro, marca Ecol, modelo Fina Magnun, calibre 9mm, con su cañón modificado, liberado y apta para el disparo, además hacer presente que en el sitio del suceso se encontraron varios elementos como unos bolsos que en su interior mantenían una pistola marca Taurus, modelo 809, color negro y gris N° de serie TGZ 67146, con dos cargadores con 17 y 7 municiones 9 mm con encargo vigente por el delito de hurto, se encontró una pistola color negro sin marca ni modelo, al parecer a fuego, también adaptada y modificada para el disparo Número de serie borrada con un cargador, tres armas blancas tipo cortaplumas, elementos de caracterización como unos lentes oscuros, un par de guantes, una bandana de género con una imagen de calavera, teléfonos celulares, una cédula de identidad que al parecer sería de una tercera persona, no relacionada con el imputado. Calificación Jurídica: A juicio del Ministerio Público los hechos descritos serían constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 416 del Código de Justicia Militar homicidio frustrado a funcionarios de carabineros en el ejercicio de sus funciones y el delito de porte de arma prohibida previsto y sancionado en el artículo 14 de la Ley de Control de Armas 17798. El primer ilícito frustrado y el segundo en grado de desarrollo consumado en ambos ilícitos el imputado tiene participación en calidad de autor”

II.-PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA:

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.

Aun cuando se impugna solo uno de los incisos del artículo 1° de la Ley N° 18.216, se procederá a transcribir en forma Integra el artículo para una mejor comprensión de la solicitud de inaplicabilidad:

"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, 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 1V°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.

En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.

Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.

Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.

Respecto de este artículo, se requiere a este Excelentísimo Tribunal únicamente la 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 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 Tetras 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"**.

2.- Este precepto es una norma jurídica de rango legal, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N° 4 de la Ley N° 17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

Asimismo, se solicita la inaplicabilidad de un inciso de un artículo, lo que no es óbice para la declaración de inaplicabilidad porque se trata de una parte de un enunciado normativo que sin duda constituye un precepto, en el sentido de ser una unidad lingüística que establece las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas¹.

III.- CARACTER DECISIVO DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA

Resulta necesario que el precepto legal sea susceptible de ser aplicado en la gestión que se encuentra pendiente, es decir, que existe un efecto contrario a la Carta Fundamental que la acción constitucional de inaplicabilidad pueda evitar. En efecto el tribunal de atribución en la cuestión pendiente, sea el Juez de garantía si se recurre al procedimiento abreviado o simplificado (hipótesis del todo procedente atendida la pena fijada al delito) o al Tribunal Oral en lo Penal, si se determina aplicar el procedimiento de aplicación general, en el evento de condenar a mi representado -hecho altamente probable dada la confesión de mi representado y la flagrancia que motivo la detención de la imputado. Así las cosas -sin perjuicio de que aún no se ha pronunciado sentencia definitiva de condena- la redacción actual de la norma impugnada tiene un claro carácter decisivo por cuanto la misma establece caprichosamente una forma de cumplimiento de la pena corporal establecida, puesto que de no existir la norma que se cuestiona sería del todo plausible la aplicación de una pena sustitutiva al cumplimiento de la sanción corporal, misma diferenciación que resulta por una parte falta de proporcionalidad y por otra carece de toda justificación racional.

¹ Considerando 10° Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2007, Rol N° 626.

IV.- EXISTENCIA DE UNA GESTION PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL

La causa o gestión en que incide el presente requerimiento se encuentra en estado de investigación, existiendo ya formalización y estando mi representado con la medida cautelar de prisión preventiva, sin que se haya dictado sentencia definitiva que se encuentre firme y ejecutoriada. Tal como se expresa en el certificado adjunto.

V.- LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS NO HAN SIDO DECLARADOS CONFORMES A LA CONSTITUCION POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO.

En control preventivo realizado en los autos Rol N° 2770-15-CPR del proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.798, de Control de Armas, y el Código Procesal Penal (Boletín N° 6201-02), con fecha 29 de enero del presente año SS. Excma. dictó resolución que da cuenta de que no hubo pronunciamiento sobre el numeral 21 del Art. 1° del proyecto, que incorporó el artículo 17 B en la Ley N° 17.798 y tampoco del Artículo 4° del proyecto, que sustituyó el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, por no ser propias de ley orgánica constitucional, resolviendo al efecto:

“ Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 66, inciso segundo; 77, incisos primero, segundo y séptimo, y 93, inciso primero, N° 1°, e inciso segundo, de la Constitución Política de la República, y lo prescrito en los artículos 48 a 51 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1°. Que la disposición contenida en el numeral 22 del artículo 1° del proyecto de ley remitido, es constitucional.

2°. Que este Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de las demás disposiciones del proyecto de ley remitido, por no ser propias de ley orgánica constitucional".

La decisión anterior fue acordada respecto del carácter "no orgánica constitucional" del artículo 4° del proyecto de ley, con el voto en contra de los Ministros señor Ivan Arostica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristian Letelier Aguilar, "quienes estuvieron por declarar el artículo 4° del proyecto de ley examinado, en cuanto limita la aplicación del beneficio de penas alternativas respecto de algunos delitos, como propio de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77 de la Carta Fundamental, por lo que este Tribunal debió entrar a revisar su constitucionalidad, conforme a lo siguiente:

1°) Que la competencia de los jueces en sede penal se encuentra establecida en el Código Orgánico de Tribunales, ley que tiene rango de orgánica constitucional;

2°) *Que entre las atribuciones de la referida magistratura se encuentra la de aplicar, en su caso, alguno de los beneficios establecidos en la Ley N° 18.216, en la oportunidad procesal pertinente, y*

3°) *Que el artículo 4° del proyecto de ley, al suprimir la facultad de aplicar dicho cuerpo legal a los delitos que se especifican, restringe la potestad de los jueces que conocen de asuntos criminales, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política debió ser sometido a control preventivo de constitucionalidad por ser materia de ley orgánica constitucional”.*

VI.- FUNDAMENTO PLAUSIBLE.

En este punto nos referiremos a como la aplicación en el caso concreto de la disposición legal cuestionada, implica una infracción de las normas constitucionales y supranacionales que consagran el derecho fundamental de igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación arbitraria y, asimismo, al derecho fundamental a un procedimiento y una investigación racionales y justos.

De esta forma, luego de identificar las normas afectadas y de referirnos al sentido y alcance de las disposiciones legales cuestionadas, recurriendo al análisis de la historia fidedigna de su establecimiento concluiremos la existencia de ***una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar (1), que carece de fundamentos razonables y objetivos (2) y de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador (3).***

Que en cuanto a la afectación al derecho fundamental a un procedimiento y una investigación racionales y justos consagrado en el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, este se produce en razón que la aplicación del precepto cuestionado al caso concreto determina una dramática limitación de la capacidad del juez de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

A.1.- Normas constitucionales v de tratado que consagran el principio de no discriminación v la igualdad ante la ley

1.- Artículo 1° de la Constitución Política de la República

2.- Artículo 19 N° 2 de la Constitución política de la Republica.

3.- Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

4.- Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

A.2.- Normas constitucionales que consagran el principio de proporcionalidad inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

B.- BREVE REFERENCIA AL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y A SU HISTORIA FIDEDIGNA

Modificación introducida por la Ley N° 20.813 a la Ley N° 18.216, mediante la cual se incorporó el actual inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216.

C.- LA FORMA EN QUE LA APLICACION DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA AL CASO CONCRETO, INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DE TRATADO ANTES REFERIDAS

1.- En este caso se está ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.

2.- En el caso sub lite la diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos.

3.- Las diferencias denunciadas adolecen de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador

C.2.- El precepto legal impugnado infringe el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental

A.- NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE TRATADOS INTERNACIONALES QUE SERAN INFRINGIDAS POR LA APLICACION EN EL CASO CONCRETO DEL INCISO 2° DEL ARTICULO 1° DE LA LEY N° 18.216

A.1.- Normas constitucionales y de tratados internacionales ratificados por la República que consagran el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley

1.- Artículo 1° de la Constitución Política de la República

La igualdad es reconocida como valor constitucional básico en el inciso 1° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". Lo que reconoce la Carta Fundamental, en términos simples pero no menos potentes, es que todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; que ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y en derechos. Como señala Humberto Nogueira "(...) interpretada en sentido finalista y sistemático, la igualdad importa el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a

todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones, todo lo cual exige una coherencia interna del ordenamiento jurídico”².

La igualdad, considerada por la Carta Fundamental como un valor constitucional, constituye sin duda una opción ético social básica que el Estado debe propugnar y concretar. Constituye un objetivo fundamental para el Constituyente y prioritario para la sociedad. De allí que la igualdad, categorizada por el Código Político como un valor de tal entidad, presida el ordenamiento constitucional y los principios técnico-jurídicos operativos, a través de los cuales se realizan los valores³.

Cabe agregar que la igualdad no solo se vincula con los derechos fundamentales, sino que su aplicación se expande por todo el ordenamiento jurídico en su estructura objetiva completa, expresando un canon general de coherencia. En efecto, la naturaleza jurídica del principio de igualdad ante la ley lo tipifica como una regla de interpretación aplicable, de manera general y sin excepciones, a todo el ordenamiento jurídico, a la par que sirve de sostén o soporte al derecho público subjetivo consistente en no ser objeto de tratos discriminatorios, como será analizado más adelante⁴.

2.- Artículo 19 N°2 de la Constitución.

En el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República se establece:

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

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Uno de los principios en que se cristaliza el valor constitucional de la *igualdad* es el de *no discriminación*. Tal valor es desarrollado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución el que se asegura a todas las personas la igualdad ante la ley: "*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*". Este principio impone al legislador y a

² Al respecto Mario Verdugo Marinkovic y otros, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, páginas 108 y ss.

³ *Ibidem*.

⁴ Fernández, M.A. *Op. Cit.*, p. 41.

cualquier autoridad la obligación de no establecer diferencias en forma irracional, arbitraria e injusta. En palabras simples: la igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de razas, ideológicas, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal⁵.

Ahora bien, aun cuando la igualdad ante la ley no consagra con un carácter absoluto, de todas formas supone una distinción razonable, siendo la *razonabilidad* el estándar en virtud del cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. De esta forma lo ha resuelto esta Magistratura al expresar que: *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"*⁶.

De esta manera, para que un tratamiento desigual sea considerado discriminatorio, depende del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual⁷, o, en palabras del Tribunal Constitucional alemán: *"cuando para la diferenciación legal no sea posible encontrar (...) una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible"*⁸.

Por tanto, existe un tratamiento discriminatorio **cuando el trato desigual adolezca de razonabilidad, es decir, cuando sea susceptible de ser calificado de arbitrario**, debiendo esta Magistratura determinar si se está en presencia de una diferencia o igualdad razonables o ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un

⁵ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 25-11-1970, R.D.J., t. 67, sec. 1ra P. 530, citada por Humberto Nogueira en *Op. Cit.* p. 215.

⁶ Considerando 19º Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20-12-2007. En el mismo sentido STC 1254, c. 46, STC 1399, c. 12, STC 1732, c. 49, STC 1812, c. 26, STC 1951, c. 15, STC 1988, c. 64, STC 2014, c.9, STC 2259, c. 27, STC 2386, c. 13, STC 2438, c. 28, STC 2489, c. 18.

⁷ Fernández, M.A.. Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley, Editorial Jurídica Conosur, p. 53.

⁸ Citado por Fernández G., M.A., *Op. Cit.*, p.54.

tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato.

3.- Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "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". Por su parte, el artículo 26 del mismo tratado señala: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibiría toda discriminación y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Con relación a este tema, el Comité de Derechos Humanos —órgano de supervisión del Pacto- ha señalado que *"la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos"*. Y agrega, *"el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley...A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio"*. Por último, indica el Comité que *"no toda diferenciación de trato constituiría una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto"*⁹.

⁹ Observación General N° 18. No discriminación (37° periodo de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

4.- Artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.1 establece: "Obligación de Respetar los Derechos 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 señala en su artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental¹⁰ del sistema de protección de los derechos humanos instaurado por la OEA. La Corte Interamericana, por su parte, sostuvo que: "*La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos*"¹¹. Y agrego, que "*posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos*"¹².

Por otro lado, de la definición de discriminación, los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente. La distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma¹³. Es por ello que la Corte ha establecido, al igual como lo han hecho otros organismos y tribunales internacionales¹⁴, que "*no toda distinción de trato*

¹⁰ CIDH, Caso 11.625, Informe N° 4/01, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, publicado en OEA/Ser/L/V/II. 111 Doc 20 Rev., 16 de Abril de 2001, párr. 36.

¹¹ Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

¹² Ibid., párr. 88

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47.

¹⁴ El Comité de Derechos Humanos en el mismo sentido ha señalado que: "Una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no reviste el carácter de discriminación prohibida en los términos del artículo 26." CDH, *Caso Broeks contra los Rases Bajos*, Comunicación No. 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987, Informe del Comité de Derechos Humanos 1987, Doc. de la ONU A/42/40, Anexo VIII.B,

puede considerarse ofensiva, por si misma, de la dignidad humana"¹⁵. En este sentido, la Corte advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando *"carece de justificación objetiva y razonable"*¹⁶, pues existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie el principio de no discriminación. Al respecto, la Corte estableció que *"no habría, 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 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"*¹⁷.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que una distinción es permisible cuando concurren dos elementos: 1) el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo, y 2) existe una relación razonable entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido¹⁸.

En síntesis, para identificar un trato discriminatorio, por lo tanto, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentran en situaciones suficientemente análogas o comparables y que las distinciones de tratamiento sean contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas y que no guarden una conexión proporcional entre las distinciones y los objetivos de la norma.

A.2.- Normas constitucionales que consagran el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad y, especialmente, el principio de proporcionalidad de las penas, se puede reconocer en nuestro ordenamiento constitucional, como garantía del derecho a un

139; y *Zwaan-de Vries contra los Países Bajos*, Comunicación No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), (1987), párr. 12.5. Corte EDH, entre otros.

¹⁵ Corte ID, Opinión consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 55.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Corte ID, Opinión consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 55

¹⁸ Corte EDH, Caso *Pretty* contra el Reino Unido, supra nota 39, párr. 88.

procedimiento racional y justo establecido en el inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. En efecto, el principio de proporcionalidad de las penas, definido como adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita¹⁹, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Esta disposición asegura a todas las personas: "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral²⁰.

Al respecto, la Excm. Corte Suprema ha señalado que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho: *"El principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones (...), ha de determinar la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos"*²¹.

En el ámbito de determinación de la pena, la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena. Esto colisiona con un criterio de rigidez legal al que los jueces pudieran estar sometidos. Como se explicara, en el caso sub lite, de aplicarse el precepto impugnado, el tribunal de fondo vera severamente limitada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional proceso.

B.- BREVE REFERENCIA AL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO Y A SU HISTORIA FIDEDIGNA

B. 1.- Modificación introducida por la Ley N° 20.813 a la Ley N° 18.216, mediante la cual se incorporó el actual inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216

¹⁹ Según Mir Puig este principio significa "que la gravedad de la pena debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respectivamente"., Introducción a las Bases del Derecho Penal, Segunda Edición, ED, IBdef, 2003, p. 141.

²⁰ En este mismo sentido, Aldunate Lizana, E., Derechos Fundamentales, Legal Publishing 2008, páginas 205 y 206.

²¹ SCS Rol N° 5019-2006.

1.- La Ley N° 18.216, en su texto original fue promulgada con fecha 20 de abril del año 1983, y publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de mayo del mismo año. Los estudios y comentarios doctrinales que se tienen desde la fecha de entrada en vigencia de esta ley, dan cuenta de que la principal motivación del legislador para introducir esta normativa en nuestro sistema fue el inducir y propender a la reinserción social de la persona que ha delinquido. Así, en la dictación de esta ley se partió de la base que no todas las personas condenadas por algún delito deben, necesariamente, cumplir la pena impuesta en régimen de privación de libertad. Pues, ya desde esa época se entiende que la cárcel (hablando en forma genérica) no es la única alternativa de reacción social frente a actos antisociales.

Adicionalmente, las características personales y familiares de cada ciudadano cuya actuación u omisión ha sido reprochada por la Ley (por cierto diferentes en cada caso) deben ser tomadas en consideración para proyectar el cumplimiento del fin último del ejercicio del poder punitivo del Estado, el cual se traduce en la protección de los bienes jurídicos protegidos por cada tipo penal.

En el texto original de la comentada ley, se establecían tres tipos de cumplimiento de condenas alternativas a la privación de libertad, entendiéndola como la privación de libertad en recintos penitenciarios: la remisión condicional de la pena, la reclusión parcial y la libertad vigilada. Todas fueron creadas por el legislador para cumplir con el fin de reinsertar a la persona condenada en un entorno socialmente aceptado.

Pero, por diferentes circunstancias, este sistema cayó en una praxis que derivó en una naturaleza jurídica muy distinta a la querida y prevista por el legislador. Pues, de ser cumplimiento de penas alternativas a la privación de libertad, se les denominaba, en las ágoras judiciales como "beneficios". Claro está que nunca se les consideró a nivel legislativo como beneficios otorgados a los condenados.

2.- Ante esta realidad, el legislador dictó la Ley N° 20.603 que modificó la Ley N° 18.216, dotándola de un plexo normativo atinente a los tiempos actuales, y entregando nuevas herramientas a las autoridades judiciales y administrativas para su adecuada implementación y cumplimiento.

Es de diametral importancia destacar que la Ley N° 20.603 ha impuesto como primer tema el revitalizar el espíritu real de la Ley N° 18.216, este es, es **la reinserción social**. El mejor ejemplo de lo antes señalado, está dado precisamente por el mensaje del Ejecutivo al momento de ingresar el proyecto de Ley al Congreso Nacional, donde se señala:

"La modernización del sistema de justicia constituye uno de los principales ejes de este Gobierno y, en general, de todos los

gobiernos de la Concertación. En este entendido, se ha llevado a cabo paulatinamente una gran reforma a la justicia, adecuándola a las necesidades políticas, sociales y culturales de nuestro país.

Dentro del ámbito de la justicia criminal, y respecto de las leyes referidas a la ejecución de penas, y más específicamente, las llamadas medidas alternativas a las penas restrictivas y privativas de libertad, **existe consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas.**

Existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: **servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción,** y ser un arma efectiva en el control del delito. Por lo anterior, y en el marco del acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública, se han aunado las fuerzas de todos los sectores políticos en torno a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal.

En este entendido, las modificaciones que aquí se proponen van en la dirección que entendemos correcta, pues conservan el carácter de las penas sustitutas tal y como son entendidas no solo en Chile sino también en los sistemas comparados, esto es, una oportunidad para un tipo de delincuencia menor; pero establece una serie de medidas a través de las cuales se espera lograr que las medidas alternativas cumplan su objetivo final, introduciendo mecanismos de control más eficientes que impidan frustrar sus fines. De esta manera, al inyectar mayores y mejores formas de control de ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo, se estima que aquel sector de la sociedad que ha sido objeto de una medida alternativa, cumpla efectiva y satisfactoriamente sanción impuesta, haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo.

En este contexto, esta iniciativa legal constituye un primer paso en un proceso de reforma integral al sistema de medidas alternativas a la privación de libertad, en el marco del convenio suscrito entre el Ministerio de Justicia y la Fundación Paz Ciudadana, en actual ejecución, el que cristalizara en la generación de la ya citada reforma integral del sistema de medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad"²².

Con estas profundas modificaciones legales, se abandona la idea coloquial de "beneficios", y se retoma la idea original de

²² Historia Fidedigna de la Ley N° 20.603, Biblioteca del Congreso Nacional.

"pena", en cumplimiento alternativo a la privación de libertad en recintos carcelarios. Así, al catálogo del antiguo artículo 1° de la Ley N° 18.216, se introducen nuevas alternativas, como la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y se modifica las existentes, como la reclusión parcial y la libertad vigilada.

A pesar de que el legislador introdujo requisitos objetivos y subjetivos más estrictos para que el juez sustituyera las penas privativas de libertad, y se implementó un nuevo sistema tecnológico para controlar el cumplimiento de estas penas alternativas, nunca se dejó de observar que el fundamento primordial de la Ley es la **reinserción social**.

3.- No obstante, ya en plena ejecución la ley, su texto fue modificado, en particular el artículo 1°. En efecto, en el texto del artículo 1° de la Ley N° 18.216, introducido por la Ley N° 20.603, los delitos excluidos de cualquier tipo de pena sustitutiva eran todos tipos penales castigados con penas superiores a 5 años, esto es, crímenes, los que por su gravedad en abstracto no resultaba tampoco posible a su respecto la sustitución. Con la Ley N° 20.813 se incorporó al catálogo de delitos excluidos de toda pena sustitutiva algunas figuras la Ley N° 17.798, entre ellas, la prevista en el artículo 13°. Este tipo penal tiene asignado en abstracto actualmente de 3 años 1 día a 10 años. Debido a su gravedad, antes de la modificación de la Ley 20.813, se permitía al condenado acceder a la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° y ss de la Ley N° 18.216.

Ahora, veamos la evolución del texto del artículo 1° de la Ley N° 18.216.

El texto del artículo 1° de la Ley N° 18.216, introducido por la Ley N° 20.603, era el siguiente:

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

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, N° 1, del Código Penal, 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.

En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.

Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.

Para los efectos de esta ley, no se consideraran las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito."

Con posterioridad, con la Ley N° 20.779 se modificó el inciso 2° del artículo 1, para adecuar el alza de la pena del homicidio simple, sustituyéndose la expresión "390, y 391 N°1, del Código Penal", por "390 y 391, del Código Penal".

Luego, con la Ley N° 20.813 (que modifico la Ley N° 17.798, de control de armas, y el Código Procesal Penal) se sustituyó el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18216, con la finalidad de excluir también de las penas sustitutivas previstas en el inciso 1° (remisión condicional; reclusión parcial; libertad vigilada; libertad vigilada intensiva; expulsión; y prestación de servicios en beneficio de la comunidad) a los autores consumados de los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; 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.

De este modo, a partir de la modificación introducida por la Ley N° 20.813, el autor del delito consumado previsto y sancionado en el artículo 13° de la Ley N° 17.798-por el cual fue formalizado mi representado y cuya pena asignada es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años 1 día a 10 años)-, se encuentra excluido de toda pena sustitutiva, junto con los autores de los siguientes delitos consumados:

- Artículo 141 del Código Penal: secuestro agravado del inciso 3°, castigado con presidio mayor en su grado mínimo a medio; secuestro agravado del inciso 4, castigado con presidio mayor en su grado medio a máximo; secuestro agravado del inciso 5°, castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
- Artículo 142 del Código Penal: sustracción de menores, delito que se castiga con la pena mínima de presidio mayor en su grado medio a máximo, en las dos hipótesis que prevé el artículo.
- Artículo 361 del Código Penal: violación de mayor de 14 años, castigado con presidio mayor en su grado mínimo a medio.
- Artículo 362 del Código Penal: violación de menor de 14 años, castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados.
- Artículo 372 bis del Código Penal: violación agravada, castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.
- Artículo 390 del Código Penal: parricidio y femicidio, castigados con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
- Artículo 391 del Código Penal: homicidio calificado castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en el inciso 1°; homicidio simple castigado con presidio mayor en su grado medio en el inciso 2°.

Asimismo, con la modificación introducida por la Ley N° 20.813, el autor del delito consumado previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al Art. 13° de la Ley N° 17.798, se encuentra excluido de toda pena sustitutiva, aun cuando, como sucede con mi representado, no tenga condenas anteriores por crimen o simple delito o no sea reincidente en el delito, esto es, aun cuando cumpla con el requisito del literal a) del artículo 15 bis de la Ley N° 18.216, que requiere para conceder la Libertad vigilada intensiva "que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito".

Por otra parte, la exclusión que afecta a mi representado por aplicación del actual inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, resulta incoherente con el resto de dicho artículo donde se excluye de toda pena sustitutiva al condenado reincidente. En efecto, en el inciso 3° se excluye de toda pena sustitutiva a los reincidentes de los crímenes o simples delitos señalados en la Ley N° 20.000 (que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas), a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de dicha ley; y en el inciso final, se excluye de toda pena sustitutiva al autor del delito de robo con intimidación o violencia, si ha sido condenado anteriormente por las figuras penales previstas en los artículos 433, 436 y 440 del Código Penal.

Entonces, ante la aparente irracionalidad del actual inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216 (que excluye de toda pena

sustitutiva al autor de un simple delito cuya gravedad difiere, al menos en abstracto, notablemente de las otras figuras penales incluidas en la norma; que excluye de toda pena sustitutiva al autor de un simple delito aun cuando no sea reincidente o no tenga condenas anteriores por crimen o simple delito), este requirente indaga sobre las razones que el legislador tuvo para excluir de toda pena sustitutiva al condenado como autor del delito previsto en el artículo 3° en relación al Art. 13° de la Ley N° 17.798, sin embargo, como se verá, las razones para legislar un precepto legal como el impugnado no se dieron.

4.- La historia fidedigna del artículo 4° de la Ley N° 20.813, que introdujo la referida modificación al inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, comienza el 07 de noviembre del año 2014 (solo 90 días antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.813, con la orden de tramitación en suma urgencia), mediante el Boletín N° 4° del Sr. Vicepresidente de la República, el cual realiza diversas indicaciones al proyecto de Ley.

En aquel libelo, se señala que:

"35 A.- Del señor Vicepresidente de la República, para agregar el siguiente artículo 4°, nuevo:

"Artículo 4°, Sustituyese el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.216, por el siguiente:

"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 2o y en el artículo 3o de la 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".

Empero, en el texto de dichas indicaciones del Ejecutivo no se entregan los argumentos que justifican esta indicación. Tampoco en el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado ya que, a pesar que el Honorable Senador Araya sugirió estudiar la posibilidad de excluir los delitos cometidos con armas de la aplicación de las penas sustitutivas que establece la Ley N° 18.216, no se consigna ningún tipo de debate sobre su justificación racional. Salvo la intervención del Honorable Senador Prokurica, quien señaló que es positivo distinguir entre los portes ilegales de armas no asociados a otros delitos y esa misma actividad como forma de cometer un delito, pues en el segundo caso el poner en riesgo a una víctima concreta es un hecho mucho más objetivo. No obstante, la Comisión de Constitución del Senado decidió aprobar por unanimidad de sus miembros el proyecto de

Ley, incluyendo la indicación N° 35 A (materia de análisis), **sin mayor tipo de debate.**

En sala, fuera de la exposición del proyecto de Ley aprobado por la Comisión de Constitución realizada por el Honorable Senador Harboe, en la misma tónica ya descrita, tampoco se realizó ningún tipo de debate respecto de las modificaciones a la tan citada Ley N° 18.216.

En la Cámara de Diputados, en la misma línea anteriormente descrita, sin mayor debate el proyecto de Ley fue despachado por la Cámara de Diputados en el tercer trámite de formación de la Ley, a pesar que, ante el rechazo de algunas de sus disposiciones, debió enviarse a una comisión mixta, la cual reenvió el texto afinado a la Cámara de Origen.

Finalmente, el Congreso despacho el proyecto de Ley al Ejecutivo para el trámite de promulgación.

C.- LA FORMA EN QUE LA APLICACION DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA AL CASO CONCRETO, INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DE TRATADO ANTES REFERIDAS

C.1.- Los preceptos legales impugnados infringen los artículos 1° y 19 N° 2 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

Del análisis efectuado por parte de este Excelentísimo Tribunal acerca del concepto de *razonabilidad*²³, como ya hemos enunciado anteriormente, el "test de igualdad" comprende los siguientes elementos:

- *Que se esté ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.*
- *Que tal diferencia carezca de fundamentos razonables y objetivos.*
- *Que tal diferencia adolezca de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.*

Al tenor de estos elementos, a continuación se explicara la forma en que el precepto legal impugnado infringe en este caso concreto los artículos 1° y 19 N° 2 de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley.

1.- En este caso se está ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.

²³ STC 784, c. 19, En el mismo sentido STC 1138, c. 24, STC 1140, c. 19, STC 1340, c. 30, STC 1365, c. 29, STC 1133, c.17. En el mismo sentido STC 1217, c. 3, STC 1399, cc. 13 a 15, STC 1988, cc. 65 a 67.

a) En el tipo penal por el que fue formalizado mi representado, el bien jurídico protegido es el orden público, y dicha figura está estructurada como delito de peligro abstracto, es decir, basta con la peligrosidad de la conducta descrita por el legislador.

En nuestra legislación existen varias figuras penales que comparten la estructura del delito previsto artículo 3° en relación al Art. 13° de la Ley N° 17.798, con una penalidad igual o bastante mayor, algunas de ellas son las siguientes:

1) Delito de asociación ilícita previsto en el artículo 292 del Código Penal. En el 1° del artículo 293 del mismo código, se sanciona con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes.

2) Artículo 315 inciso 2°: *“El que efectuare otras adulteraciones en comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere, serán penados con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales”.*

3) Art. 366 quáter. *El que, sin realizar una acción sexual en los términos interiores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.*

b) No obstante lo anterior, aun cuando dichas figuras penales comparten con el delito por el cual fue formalizado mi representado una misma estructura (delito de peligro), el mismo bien jurídico protegido (orden público) y penalidad (incluso la mayoría de dichas figuras superan el umbral punitivo del porte ilegal de armas), solo los autores del delito consumado previsto en el inciso primero del artículo 9 y 13 de la Ley N° 19.718 no pueden acceder a la pena sustitutiva alguna, ni siquiera a la de una reclusión parcial o de libertad vigilada intensiva que son más intensas que una remisión condicional, lo que configura claramente **una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar.**

El delito sancionado en el artículo 13° de la Ley N° 17.718 prescribe: "Los que poseyeren, tuvieren alguna de las armas o elementos señalados en los incisos primero, segundo o tercero del Art. 3°, serán sancionados con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.". De manera que tiene asignado una pena que va de 3 años un día, a 10 años.

Asimismo, como se ha indicado, mi representado no ha sido condenado anteriormente por crimen, simple delito o falta, y cuenta

con incuestionables antecedentes de carácter social, laboral y familiar que lo podrían haber hecho acreedor de una pena sustitutiva, de hecho con independencia de la pena en concreto a imponer, le correspondería de igual forma una pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Sin embargo, su conducta previa llevada conforme derecho no tendrá ninguna incidencia en la forma de cumplimiento de la pena, por la aplicación inciso 2° del artículo 1° de la Ley 18.216, que le impide acceder a cualquiera de las penas sustitutivas de la Ley 18.216.

La diferencia de trato resulta aún más ostensible con los autores de otros delitos de peligro, los que si bien no protegen el orden público, amparan bienes jurídicos colectivos considerados por el legislador de vital importancia. Así, en el caso del autor del delito de tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas en pequeñas cantidades es sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa, sin embargo, la ley no le impide acceder a una pena sustitutiva. De hecho, el inciso 3° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, lo excluye únicamente de la pena sustitutiva de *Prestación de servicios en beneficio de la comunidad*; y solo el autor reincidente pierde la posibilidad de toda pena sustitutiva, a *menos que le hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000*. Y es más en el caso de un delito de tráfico de grandes cantidades del art. 1 y 3 de la Ley 20.000, si se baja en un grado a presidio menor en su grado máximo, también es perfectamente posible acceder a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva si el imputado cuenta con irreprochable conducta anterior.

En el caso de mi representado, no existe la posibilidad de acceder a ninguna de estas penas.

En consecuencia, ante supuestos que son iguales, las consecuencias jurídicas que se extraen de tales supuestos no son asimismo iguales.

c) Por otro lado, no sólo no hay razón alguna para efectuar una discriminación arbitraria respecto a la concesión de penas sustitutivas entre delitos de peligro abstracto, sino que además no hay razón alguna para que, tal como se describió en el acápite anterior, este específico delito de peligro abstracto sea asimilado a las conductas en carácter de consumado establecidas en el mismo inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, delitos que a todas luces revisten de una mayor gravedad.

En efecto, no parece existir duda alguna en cuanto a que la gravedad de delitos como el delito de violación del artículo 361 del Código Penal, como el delito de parricidio del artículo 390 del Código Penal,

el de homicidio calificado del artículo 391 del Código Penal o incluso uno como el de violación agravada del artículo 372 del Código Penal, revisten una mayor gravedad que la mera tenencia o porte de armas de fuego o de municiones.

Incluso en el caso de los delitos recién mencionados es posible acceder a penas sustitutivas en el evento de tratarse de etapas imperfectas del delito, sin embargo, en el caso del delito en comento ello no es posible por tratarse de delito de peligro abstracto, no admitiéndose a su respecto un grado de desarrollo distinto al de consumado.

Así las cosas, el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 18.216 cuestionado, discrimina sin razón “razonable” alguna entre delitos de peligro; no discrimina también sin razón aparente entre delitos consumados de mayor gravedad versus meros delitos de peligro, y por último, no hace distinción alguna entre las figuras del inciso 2° y del inciso 1° del artículo 9 para efectos de penas sustitutivas a pesar de ya haber efectuado una distinción evidente, en cuanto a su distinto reproche penal, al modificar el artículo en comento. Esto último también sin razón aparente alguna.

Si incluso nos detenemos en la tendencia legislativa sobre la restricción en la concesión de penas sustitutivas, específicamente respecto a la Ley 20.770, conocida como “Ley Emilia” –discusión respecto de la que se volverá a analizar más adelante-, esta si efectuó una distinción respecto de las conductas que se consideraban con un mayor disvalor de la conducta. En efecto, la restricción respecto de la cual no es posible comenzar a cumplir con una pena sustitutiva durante un año, suspendiéndose así durante ese periodo una eventual pena en libertad, es aplicable sólo respecto de aquellos manejos en estado de ebriedad que implican un resultado de lesiones graves, gravísimas o muerte, no así respecto de manejos en estado de ebriedad con otros resultados.

En este sentido, por qué razón la Ley 20.813 al modificar el artículo 1° inciso 2° de la Ley N° 18.216 no efectuó una distinción respecto de conductas que a juicio de la propia ley acarrearán un reproche penal o un disvalor completamente diferente?.

2.- En el caso sub lite la diferencia carece de fundamentos razonables y objetivos.

a) Como se expusiera, nuestro Tribunal Constitucional, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se muestran de acuerdo en que *"no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal*

diferenciación son razonables y objetivos"²⁴. Dicho de otra forma, la distinción es discriminatoria solo cuando *"carece de justificación objetiva y razonable"*²⁵.

Tal como hemos revisado, la historia fidedigna de la ley da cuenta de la falta de fundamentos razonables y objetivos en la diferenciación establecida por el legislador a través de las normas legales cuestionadas. En efecto, estas se presentan con un efecto discriminatorio en perjuicio de mi representado, sin que exista una razón reconocida como relevante, razonable y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado como propio de un Estado democrático de derecho, que permita tener como tolerable la distinción que en la práctica se efectúa. De tal modo, el trato desigual antes denunciado, deviene en arbitrario pues, como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una diferenciación o distinción que aparece *"como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual..."*²⁶.

A mayor abundamiento, en la historia fidedigna de la Ley N° 20.813 no existió un debate analítico de parte del legislador que permita entender la razonabilidad de las normas cuestionadas, en relación con otras figuras penales que detentan una estructura similar y que protegen los mismos bienes jurídicos colectivos u otros bienes jurídicos considerados de vital importancia por nuestra sociedad. Y las dudas e interrogantes que a este respecto tiene mi representado y esta defensa son muchas, por ejemplo: 1, Cuales fueron las razones para excluir de toda pena sustitutiva al autor del delito de porte ilegal de arma de fuego o de municiones y no al autor del delito de tráfico de drogas o al jefe de una asociación ilícita destinada a cometer crímenes? Qué criterio razonable e identificable utilizó el legislador para considerar que criminalmente el autor del delito de tráfico de drogas o el jefe de una asociación ilícita destinada a cometer crímenes si ha de poder acceder a una pena sustitutiva? El hecho que el autor de delito de porte ilegal de arma de fuego o de municiones deba inevitablemente cumplir la pena privativa de libertad de manera efectiva, es porque resulta más pernicioso para la comunidad la puesta en peligro del bien jurídico orden público que la salud colectiva? El hecho de que el autor del delito de porte ilegal de arma de fuego o de municiones deba inevitablemente cumplir la pena privativa de libertad de manera efectiva, es porque repugna más al legislador que el orden público sea puesto en peligro mediante un porte ilegal de arma de fuego que mediante una asociación ilícita que ha tenido por objeto la perpetración de crímenes?

²⁴ Observación General N° 18. No discriminación (37° período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

²⁵ Ídem.

²⁶ Evans de la Cuadra, E: *Los derechos Constitucionales*, Tomo II, p. 125.

Ante tal silencio legislativo, estimamos que la aplicación del precepto legal impugnado consolida en el caso concreto una situación de evidente arbitrariedad, pues se desconocen los fundamentos razonables y objetivos que tuvo el legislador para que mi representado, al ser imputado por el delito previsto en el artículo 3° en relación al Art. 13° de la Ley N° 17.798, no pueda acceder a ninguna pena sustitutiva de aquellas establecidas en la Ley N° 18.216.

b) En algunos pasajes de la discusión parlamentaria, se hizo presente que el precepto legal impugnado provendría de la intención de adecuar la persecución de los delitos de la Ley N° 17.798 a la Ley N° 20.770, conocida coloquialmente como "Ley Emilia". Sin embargo, en la génesis de la Ley N° 20.770, en relación con la concesión de penas sustitutivas, se dio una razón justificada y razonable, toda vez que los delitos en los cuales se limita el otorgamiento de dicha modalidad de pena son aquellos que comportan un mayor disvalor de la conducta (manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas o muerte), y lo más importante, es que aquella normativa no se le priva al autor del delito del derecho de solicitar la sustitución de pena, aquel derecho sigue intacto, solo se establece que dicha pena sustituida se suspenderá por un año, obligando al cumplimiento efectivo en privación de libertad por el mismo tiempo.

c) El único análisis de los preceptos legales cuestionados, estuvo dado por la intervención en el seno de la Comisión de Constitución del Profesor Jean Pierre Matus, quien señaló lo siguiente:

"El profesor Matus planteó a la Comisión la pertinencia de contemplar en este proyecto una modificación a la ley No 18.216, que estableció las penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

*Explico que la razón de la modificación introducida por la Comisión al artículo 17 **B** de la ley sobre control de armas consiste en que las personas que cometen los delitos considerados en los artículos 8o, 9o, 10°, 13, 14 y 14 D, o que sean autores de ilícitos comunes utilizando armas de fuego que portan o poseen ilegalmente, imponen, en esos casos, un riesgo evidente a todo el resto de la colectividad, aumentando también el peligro a que se ven expuestas las víctimas de los delitos comunes. Agrego que, por ello, el referido artículo 17**B** establece una regla de adición material de sanciones y un sistema especial de determinación de penas, que impide que el juez aplique menos del mínimo establecido por el legislador para el delito cometido. Sostuvo que esa disposición especial, cuya discusión y aprobación constituye uno de los aportes centrales realizados en este trámite reglamentario, perdería toda eficacia si, a renglón seguido, el juez de la causa aplica una de las penas sustitutivas contempladas por el artículo 1 o de la ley No 18.216. Por tal razón, propuso establecer una excepción expresa en dicho artículo 1°, de*

manera que haya armonía entre todas las normas del proyecto relativas a la aplicación y cumplimiento de las sanciones asignadas a los ilícitos que ella consagra."

Es decir, el profesor Matus razonó bajo la lógica que si se va a establecer un sistema especial de determinación de pena, en perjuicio de lo establecido en los artículos 65 a 69 del Código Penal, debe por correlato impedirse que el condenado pueda optar a la sustitución de pena. Pero, de sus palabras se desprende un importante alcance, que es el hecho que la modificación propuesta no es razonable ni acorde con el ordenamiento jurídico en su plenitud, ya que no se justifica de ninguna forma la falta de IGUALDAD respecto de otras situaciones que en la praxis pueden ocurrir, incluso cuando el disvalor de la conducta reprochada es aún mayor, como ya se planteó, en el ejemplo del tráfico ilícito de drogas. Piénsese en el ejemplo ya dado de la Ley N° 20.770, en cual el disvalor de la conducta se traduce en las lesiones graves gravísimas o la muerte de una persona, pero aun así el autor mantiene vigente el derecho a optar a una pena sustitutiva, mientras que en el delito por el cual fue formalizado mi representado, nada de ello ha ocurrido, elevando los delitos de peligro a una categoría supra sancionatoria, directamente en el marco del derecho penal del enemigo.

3.- *Las diferencias denunciadas adolecen de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador*

a) En este escenario, en el que resulta difícil identificar un fundamento razonable y objetivo, es casi imposible detectar la finalidad que tuvo en vista el legislador con los preceptos impugnados. Así, se vuelve difícil para SS. Excm. calificar la *idoneidad* de los mismos. Sin embargo, nos haremos cargo de un argumento deslizado durante la tramitación del proyecto que podría considerarse como la finalidad tenida a la vista por el legislador para aprobar los preceptos legales impugnados.

b) Pero antes se debe tener en consideración que en el ámbito penal el requisito de *idoneidad* exige que tanto el injusto como la consecuencia jurídica sean aptos para alcanzar la protección del bien jurídico o los fines de la pena. De esta forma, no solo deberá afirmarse la idoneidad respecto de la conducta prohibida, sino que también respecto de la pena con que se quiere evitar su realización. Esto significa que se debe evaluar el efecto que tiene la sanción establecida por la ley penal en los objetivos que atribuye a la pena el propio constituyente. Así, una Constitución que pone como punto central de la pena "la resocialización" de la persona, determinará que la evaluación de *idoneidad* se refiere especialmente a la aptitud de la pena para lograr la

rehabilitación del autor. En cambio, una Carta orientada a asignar a la pena un fin social como la prevención general, determinará que tal evaluación se refiera a la aptitud de la pena para intimidar a la población²⁷.

A nivel comparado y en el derecho internacional la reinserción social es el fin primordial de la ejecución de las penas. Así se verifica en la legislación alemana (§2 Ley de Ejecución de Penas); la legislación española (art.25.2 Constitución española y 1 Ley orgánica general penitenciaria); la legislación argentina (art.1 Ley de ejecución de la pena privativa de libertad); la legislación brasilera (art.1 Ley de Ejecución penal); la legislación de la República del Salvador (art. 2 Ley Penitenciaria). Y a nivel del derecho internacional en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (arts. 58 y 65); y en el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos (art.10.III.1).

En nuestro sistema, aun cuando nuestra Constitución no reconoce expresamente "la reinserción social del penado" como una finalidad de la pena, la misma se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento. Por lo pronto, la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada a nuestra legislación en virtud del artículo 5, inciso segundo, de la Carta Fundamental, señala en su artículo 5.6 que "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Asimismo, la prevalencia de esta finalidad sobre otros fines reconocidos a las penas, como la prevención general, se desprende del inciso 1° del artículo 1° de la Constitución, que reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; y con mayor claridad del inciso 4° de dicho artículo, que expresa: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Lo anterior, porque solo la reinserción social como fin primordial de la ejecución de las penas es compatible con la dignidad de la persona humana y con la concepción de un Estado que está al servicio de la persona humana. En efecto, como señala Zaffaroni, fines o funciones de la pena como la prevención general negativa, asumen una función utilitaria, libre de toda consideración ética, "la lógica de la disuasión intimidatoria propone una clara utilización de una persona como medio o

²⁷ Véase Cisternas Celis, Giovanni, "El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)", En: Premio "Tribunal Constitucional" 2010-2011, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 44, año 2011, p.68.

instrumento empleado por el estado para sus fines propios: la persona humana desaparece, reducida a un medio al servicio de los fines estatales"²⁸.

c) Una finalidad que el legislador pudo tener a la vista para aprobar los preceptos legales impugnados es quizás la que expuso el profesor Matus en la tramitación del proyecto de la Ley N° 20.813. El profesor Matus explicó que el referido artículo 17 B establece una regla de adición material de sanciones y un sistema especial de determinación de penas, que impide que el juez aplique menos del mínimo establecido por el legislador para el delito cometido, y sostuvo, además, que esa disposición especial, cuya discusión y aprobación constituye uno de los aportes centrales realizados en este trámite reglamentario, perdería toda eficacia si, a renglón seguido, el juez de la causa aplica una de las penas sustitutivas contempladas por el artículo 1° de la ley No 18.216.

En consecuencia, se puede inferir de esta explicación, que los preceptos legales tendrían la finalidad, si se va a establecer un sistema especial de determinación de la pena que desplaza el establecido en los artículos 65 a 69 del Código Penal, de impedir que el condenado pueda optar a la sustitución de pena privativa de libertad. Por tanto, el objetivo de los dos preceptos legales cuestionados es uno solo -porque que sin duda ambos se engarzan para lograrlo-, esto es, es evitar que el autor del delito previsto en el artículo 13° de la Ley N° 17.798 pueda cumplir la pena en libertad, y otorgarle así a la pena asignada a esta figura una función primordialmente de prevención general negativa.

Sin duda que esta finalidad no es *idónea* en un sistema como el nuestro que, como se dijo, consagra a la "la reinserción social del penado" como la función primordial de la pena. En efecto, el fundamento del sistema de penas sustitutivas instaurado por la Ley N° 20.603, que entro a regir poco tiempo antes de la vigencia de la Ley N° 20.813, fue el "consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas", porque "existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción", tal como fue expresado en el mensaje del Ejecutivo al momento de ingresar el proyecto de Ley al Congreso Nacional.

Que la cárcel sea contraria a cualquier propósito de reinserción social efectiva y constituya a su vez el inicio de carreras delictivas producto del contacto criminógeno que la misma genera, es un diagnostico nada nuevo en nuestro

²⁸ Zaffaroni, R. Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición. Ed. Ediar, 2002, páginas 57 y ss.

medio. Pero resulta interesante citar el estudio de "Reincidencia en el sistema penitenciario chileno" elaborado por la Fundación Paz Ciudadana el año 2012, que evidencia la alta tasa de reincidencia que presentan los condenados egresados de los sistemas carcelarios cerrados en relación con los condenados que cumplieron sus penas en sistemas abiertos. En este informe se indica que "En relación a sistema cerrado, la población en estudio consistió en 16.911 personas condenadas que egresaron en 2007 de las cárceles de nuestro país luego de haber cumplido una condena privativa de la libertad ... Del análisis de la reincidencia judicial se desprende que el **50,5%** de los condenados egresados presenta, al menos, un nuevo ingreso a la cárcel por una nueva condena durante su seguimiento. Adicionalmente, el **71,2%** de esta población presenta un nuevo contacto con el sistema de enjuiciamiento criminal (llamada reincidencia penal en el presente estudio), ya sea por nuevas formalizaciones o requerimientos. En otras palabras, 5 de cada 10 condenados egresados reingresan a régimen cerrado por una nueva condena, tardando, en promedio, 336 días en reincidir". Y se agrega: "Por otro lado, en relación a sistema abierto, la población bajo estudio fue de 23.736 personas condenadas que ingresaron a una medida alternativa a la reclusión con el objeto de cumplir su pena en libertad ... En este sentido, y de acuerdo a las cifras encontradas, el 27,7 % de las personas que ingresó a medio abierto durante el año 2007, reincidió durante su seguimiento de 36 meses"²⁹.

Por todo lo señalado, la aplicación el precepto legal impugnado al caso concreto no logra pasar con éxito el test de igualdad ya que la diferencia de trato en perjuicio de mi representado no se funda en criterios razonables y objetivos, consolidándose de este de modo una infracción a los artículos 1° y 19 N° 2° de la Carta Fundamental; a los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y a los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; que amparan el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley, situación que debe ser remediada por este Excelentísimo Tribunal Constitucional declarando inaplicable el precepto legal cuestionado en la gestión pendiente.

C.2.- El precepto legal impugnado infringe el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental

²⁹ Estudio de "Reincidencia en el sistema penitenciario chileno", Fundación Paz Ciudadana, 2012, páginas 172 y ss.

Con aplicación del inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216 a la gestión pendiente, se infringe el derecho establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que asegura a todas las personas "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", y, especialmente, el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer "siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral.

Esta fuera de toda duda que no resulta justo y racional un proceso en que el tribunal sea severamente limitada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

Para comprender este aserto conviene agregar la siguiente reflexión de Luigi Ferrajoli: "Tanto en su forma privativa de libertad como en la patrimonial, la pena moderna se configura por lo demás como técnica de privación de bienes desde el presupuesto, específicamente moderno, de la valorización cualitativa y cuantitativa de éstos también a efectos penales: de la libertad, tomada en abstracto como "tiempo de libertad" y sustraída por las penas privativas de libertad; de la propiedad, tomada en abstracto como "dinero" y sustraída por las penas pecuniarias; de la potestad de cambio, tomada en abstracto como capacidad de obrar o derecho de ciudadanía y sustraída por las penas privativas de derechos. Estos tres bienes y las privaciones penales correspondientes son cuantificables y mensurables. Es esta circunstancia la que confiere a la pena moderna el carácter de sanción abstracta además de igual, legalmente predeterminable tanto en la naturaleza cuanto en la medida como privación de un quantum (de un mínimo a un máximo) de valor: un determinado tiempo de libertad en las penas privativas de libertad, una determinada suma de dinero en las penas pecuniarias, un determinado tiempo en la capacidad de obrar en las penas privativas de derechos. Al mismo tiempo esta abstracción y mensurabilidad de la pena sirve para configurar su aplicación como calculo, dirigido en el caso específico a la determinación cuantitativa de la pena sobre la base, además de los mínimos y de los máximos previstos para el tipo de delito, de criterios accesorios también predeterminados cuantitativamente en forma de aumentos o reducciones de fracciones de pena (por las circunstancias agravantes o atenuantes, por el delito continuado, por los distintos tipos y grados de reincidencia, etc.). Así resulta asegurado un ulterior carácter de la pena moderna: la proporcionalidad de las penas a la gravedad de los delitos, o, más exactamente, considerada la naturaleza convencional de los delitos y de las penas, el ajuste

proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por el cómo merecedores de tutela"³⁰.

Asimismo, y esto es lo más importante para efectos del precepto cuestionado, considerar que la doctrina nacional ha señalado que en la individualización judicial de la pena deben añadirse las reglas que permiten bajo ciertas circunstancias sustituir la pena privativa de libertad por una medida en el medio libre: "además, como individualización judicial en sentido estricto, había que añadir las reglas que permiten, bajo ciertas circunstancias, sustituir la pena privativa de libertad por una medida en el medio libre, de las contempladas por la Ley N° 18.216 (Mañalich, 41-42); en sentido similar, Van Weezel, 1997, 462-463"³¹.

De esta forma, el principio de proporcionalidad como garantía de un procedimiento racional y justo, asegura que el juez no sea severamente limitado en su capacidad de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable, tanto en relación con la determinación del *quantum* de la pena como respecto de la decisión de conceder penas sustitutivas. En este sentido se pronunció el Ministro señor Mario Fernández Baeza en su disidencia contra la decisión adoptada en la SCS ROL 787-07-INA: "*10°. Que el criterio de lo tolerable socialmente respecto de una medida de política criminal, como factor de habilitación para otorgar legalmente margen legítimo a las así denominadas desigualdades de trato, debe considerarse restrictivamente en el caso sub lite, por dos razones. (...) Por otra parte, porque las políticas criminales modernas tienden a valerse de la proporcionalidad en el sentido de combinar penas y medidas y no en el de combinar delitos equiparando las penas. La tendencia civilizada de las políticas criminales, especialmente ante el agravamiento de la inseguridad social frente a determinados delitos, consiste en agregar a las penas privativas de libertad o de derechos medidas para asegurar la rehabilitación y resocialización de los sancionados*".

En consecuencia, si la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena, donde el juez pueda actuar con justicia según las características del caso y del

³⁰ Ferrajoli, L. "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1998, 3ª ed., pp. 391-392.

³¹ Couso, Jaime, "4. De la aplicación de las penas. Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno", En: Código Penal Comentado. Parte General, Ed. AbeledoPerrot, 2011, p. 524.

sujeto penalmente responsable, ello colisiona con un criterio de rigidez legal que lo limite para tal efecto.

Ello ocurre en el caso *sub lite*, pues, de aplicarse los preceptos legales impugnados, ajustándose estrictamente a las normas cuestionadas, el juez de fondo de la gestión pendiente vera severamente limitada su capacidad de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional proceso, ya que no podrá considerar en toda su amplitud las características del caso y del sujeto penalmente responsable. En efecto, si mi representado no ha sido condenado anteriormente por crimen, simple delito o falta, aunado al hecho de que mantiene importantes lazos con su familia, también social y un importante arraigo laboral, entonces mi representado cumpliría sin duda alguna con todos los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley N° 18.216 para poder acceder a la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena.

Sin embargo, su conducta previa llevada conforme derecho no tendrá ninguna incidencia en la forma de cumplimiento de la pena, por la aplicación inciso 2° del artículo 1° de la Ley 18.216.

De este modo, el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.216 y en conjunto con el inciso 2° del artículo 17 B de la Ley N° 17.798 – precepto legal que en esta oportunidad no se cuestiona – al consolidar perentoriamente la rigidez legal señalada, colisionan con lo dispuesto en el inciso 6° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, que exige al legislador "establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Por todo lo señalado, la aplicación del precepto legal impugnado, al caso concreto consolidará una infracción al artículo 19, numeral 3° de la Carta Fundamental, que ampara el derecho a un proceso justo y racional, situación que debe ser remediada por este Excelentísimo Tribunal Constitucional declarando inaplicables los preceptos legales cuestionados en la gestión pendiente.

VII.- COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni

administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control³².

Sin embargo, "el mérito del acto impugnado" no puede inhibir al Tribunal Constitucional, sin reemplazar la voluntad del legislador, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la aplicación de ley en el caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales. Así lo ha señalado el mismo Tribunal en la STC Rol N° 541-06: *"Que, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación. La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común."*

La pregunta clave, entonces, radica en saber quién determina si la decisión que llevó a instaurar el precepto legal impugnado, mediante el cual se le ha conferido un tratamiento diverso a mi representado en el ejercicio de su libertad, en el caso concreto, es arbitraria o contraria a la garantía de un procedimiento justo y racional. La respuesta es que aquello corresponde, en principio, al autor de la norma. Pero, requerido el Tribunal Constitucional para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado, procede que se superpongan las valoraciones de la Constitución y que el Tribunal asuma la defensa de la Carta Fundamental, o sea, de los derechos esenciales de las personas, incluso respecto de la ley, la que solo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional. Así lo señala la doctrina extranjera, la cual va más allá, pues asume —y en la práctica que no puede ser de otra manera— que las valoraciones de la Constitución son también de los tribunales, y por el control concentrado que prima en nuestro sistema, una tarea privativa el Tribunal Constitucional³³.

³² STC Rol N° 591-07.

³³ Fernández, M.A., *Op. Cit.*, p. 75.

POR TANTO, conforme lo disponen los artículos 1°, 5° inciso segundo, 19 números 2 y 3; y 92 y siguientes de la Constitución Política de la República; artículos 1.1, y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; y demás antecedentes que he expuesto y que se acompañan,

PIDO A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente Causa, **RIT 1612-2020, RUC 2000243563-3** del **(11) JUZGADO DE GARANTIA DE SANTIAGO**, imputado **KEVIN CERON RIQUELME**, por el presunto delito de porte ilegal de arma de fuego, contemplado en el artículo 3 en relación al Art. 139° de la Ley N° 17.798 y homicidio frustrado a funcionarios Policiales en el ejercicio de sus funciones contemplado en el art. 416 del Código de Justicia Militar; admitirlo a tramitación y declarar en definitiva **que el artículo 1° inciso 2° de la Ley N° 18.216 no sería aplicable** en la causa pendiente ya individualizada por cuanto su aplicación al caso concreto infringe los artículos 1° y 19 números 2 y 3 de la Constitución Política de la República; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PRIMER OTROSÍ: Pido a SS. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Copia Acata audiencia de formalización y control de detención.
- 2.- Certificado expedido por el Ministro de Fe del Tribunal del Tribunal de Garantía de Santiago
- 3- Patrocinio y poder.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dado el hecho que mi representado se encuentra hoy bajo la medida cautelar de prisión preventiva, y teniendo en consideración que únicamente en atención al hecho de no proceder penas sustitutivas a la pena conforme a la actual redacción del Art. 1 inciso 2° de la Ley 18.216, y especialmente considerando la irreprochable conducta anterior de mí representado, y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esta gestión, solicitamos a S.S. Excma.

decretar de igual forma la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a VSE, tener presente que venimos en representación del imputado conforme el patrocinio y poder otorgado en la causa penal en la que incide el presente requerimiento como consta del certificado que se acompaña, fijando domicilio Ahumada 312, oficina 521, Santiago, señalando como casilla de correo para el efecto de las notificaciones que procedan por esa vía fco.abogado@hotmail.com

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized 'O' followed by a series of connected, fluid strokes that suggest the letters 'M' and 'A'.