

**La deferencia razonada del Constituyente para controlar la ley de armas:  
Y ahora ¿Quién podrá defender a la Constitución?**

**The reasoned deference of the Constituent to control the law of arms:  
And now, who can defend the Constitution?**

Carolina Carreño Orellana  
Tribunal Constitucional<sup>1</sup>  
cscarreno@uc.cl

*“Las armas de fuego son las segundas en importancia  
tan sólo después de la Constitución,  
ellas son los dientes de la libertad de la gente.”*  
GEORGE WASHINGTON

**RESUMEN:**

*El presente artículo tiene por objeto hacer un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de los recientes fallos dictados en materia de la Ley de Armas, en específico, sobre la declaración de inaplicabilidad por inconstitucional de los artículos 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216 y 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, que se refieren a la imposibilidad del Juez de aplicar penas alternativas en caso de ciertos delitos de la ley de control de armas. Para ello, primero revisaremos sucintamente la historia legislativa sobre tenencia y control de armas en nuestro país, haciendo especial énfasis a las reformas legales que motivaron dicha modificación, para luego estudiar los casos que ha debido revisar en Tribunal en la materia, cuyo crecimiento ha incrementado de manera exponencial en los últimos años. En relación a la doctrina de estas decisiones, analizaremos en especial los efectos que estas tienen a propósito de la intención del juez constituyente de evitar a través de ellas afectar la separación de poderes con el legislativo, fundando sus decisiones en una deferencia razonada al legislador. No obstante, ello traería como consecuencia que los derechos que estiman los requirentes como vulnerados, con motivo de la aplicación de estas normas a los casos concretos finalmente se mantendrían afectados constitucionalmente, suscitando una grave vulnerabilidad de los derechos y garantías resguardados por nuestra Constitución. En ese sentido, es que proponemos tres vías alternativas para que la Magistratura Constitucional efectúe su valor de último interprete de la carta política que creemos podrían subsanar la situación expuesta.*

**ABSTRACT:**

*The purpose of this article is to make a critical analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court regarding recent rulings in the matter of the Weapons Law, specifically, on the declaration of inapplicability as unconstitutional of articles 1, second paragraph, of Law No. 18,216 and 17 B, second paragraph, of Law No. 17,798, which refer to the impossibility of the constitutional judge to apply alternative penalties in case of certain crimes of the gun control law. To do this, we will first briefly review the legislative history on the possession and*

---

<sup>1</sup> Abogada. Analista Biblioteca Tribunal Constitucional. Magister © en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile

*control of arms in our country, with special emphasis on the legal reforms that led to this modification, and then study the cases that the Court has had to review in the matter, whose growth has increased exponentially in recent years. In relation to the doctrine of these decisions, we will analyze the effects that these have on the intention of the constitutional judge to avoid through them to affect the separation of powers with the legislature, founding their decisions in a reasoned deference to the legislator. However, this would result in the fact that the rights that the petitioners consider to have been violated, due to the application of these norms to the concrete cases, would finally be affected constitutionally, causing a serious vulnerability of the rights and guarantees protected by our Constitution. In this sense, we propose three alternative ways for the Constitutional Court to make its final interpretation of the political letter that we believe could correct the situation described.*

PALABRAS CLAVE: Ley de control de armas. Medidas alternativas de libertad. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Tribunal Constitucional. Deferencia razonada. Derechos fundamentales.

KEYWORDS: Weapons control Law. Alternative measures of freedom. Requirement of inapplicability due to unconstitutionality. Constitutional Court. Reasoned deference. Fundamental rights.

## 1. Introducción

La regulación normativa de nuestro país en cuanto al uso o tenencia de armas de fuego se ha caracterizado por configurarse mediáticamente, como respuesta a sucesos de alta connotación social o circunscrita a épocas de alta criminalidad. En materia penal, la política criminal del legislador se ha orientado a responder con respuestas rápidas y efectistas en contra de la delincuencia, muchas veces carente de una profunda discusión y análisis sociopolítico. Como resultado de lo anterior, se ha producido en las últimas décadas un incremento progresivo de las penas que recaen sobre esos delitos y un aumento exponencial de personas cumpliendo penas privativas de libertad, lo que ha originado una sobrepoblación de reos en el 47% de los recintos penitenciarios chilenos<sup>2</sup>.

Por otro lado, el creciente protagonismo de las jurisdicciones constitucionales, y también ordinarias, en la protección de los derechos fundamentales, han vuelto necesarias y obligatorias una interpretación de tipo constitucional de las normas vigentes en el ordenamiento jurídico y, en especial, en materias de derecho penal, que es donde más se ha prodigado esta técnica interpretativa en nuestra jurisprudencia constitucional<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Fiscalía Judicial, Corte Suprema. (2018): *Principales problemas detectados en las visitas de las cárceles realizadas el año 2017 por los fiscales judiciales*. Informe N° 1. [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2018]. [Disponible en: [https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180219/asocfile/20180219123321/informe\\_fiscalia\\_carceles.pdf](https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180219/asocfile/20180219123321/informe_fiscalia_carceles.pdf)]

<sup>3</sup> Para un estudio más acabado sobre la interpretación conforme a la Constitución revisar: Fernández Cruz, José Ángel (2016): “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 22, N° 2), pp. 153-188.

A propósito de la temática de la política criminal, queremos revisar las más recientes decisiones del legislador penal chileno, particularmente, la Ley N° 20.813 que reformó la aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en el delito de posesión y tenencia ilegal de armas y prohíbe, actualmente al juez de la causa, salirse de los límites que la ley establece como pena abstracta señalada al delito<sup>4</sup>. Particularmente, queremos detenernos en lo que ha dicho el juez constitucional en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la importante cantidad de consultas en las que los requirentes han estimado que, en el caso concreto, dichas normas afectarían, entre otros, su derecho a la igualdad ante la ley y el debido proceso. En efecto, el Tribunal Constitucional ha rechazado, consistentemente, las inaplicabilidades que han impugnado la referida norma por considerar que ello forma parte de la actual política criminal del legislador y es una materia respecto de la cual no le cabe pronunciarse en atención a la deferencia razonada que existe entre los poderes del Estado<sup>5</sup>. En ese sentido, y destacando la importancia que tiene prestarle atención a la revisión constitucional de las normas penales, cabría aquí hacerse la pregunta: si el Tribunal Constitucional ha estimado que el Legislador puede afectar ciertos derechos fundamentales en razón de un respeto a la política criminal actual, entonces ¿quién defenderá ahora a la Constitución?

## **2. Tratamiento legal al manejo y control de armas en nuestro país. Breve reseña histórica**

La legislación que estableció el control sobre las armas, y especialmente de armas de fuego, es relativamente nueva en nuestro país. Su publicación y entrada en vigencia se remonta al año 1972, circunscrita en un período de álgida efervescencia política y con un ordenamiento carente de un marco normativo que controlara el manejo de armamento en poder de particulares. Por aquellos años, sucesos de alta violencia y connotación pública se suscitaban en la esfera de lo político calificados por la autoridad como “actos terroristas”<sup>6</sup>.

En ese entonces, el marco normativo vigente que poseía nuestro país se caracterizaba por abarcar una serie de cuerpos dispersos que regulaban de manera individual las materias relacionadas. Así, mientras la Constitución entregaba monopólicamente a las Fuerzas Armadas, Carabineros y a la Policía de Investigaciones el uso de la fuerza pública<sup>7</sup>, era la Ley de Seguridad del Estado<sup>8</sup> la encargada de calificar como delito, entre otros, todo acto

---

<sup>4</sup> Cea Cienfuegos, Sergio y Morales Contardo, Patricio (2018): *Control de Armas*. (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

<sup>5</sup> Ver, entre otras, STC Rol N° 3547-17 de 19 de octubre de 2017.

<sup>6</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (1972): “Historia de la Ley N° 17.798” [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018], [Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/2450/>]

<sup>7</sup> Constitución de la República del año 1925, que en su artículo 22 disponía “La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros, instituciones esencialmente profesionales, jerarquizadas, disciplinadas, obedientes y no deliberantes”

<sup>8</sup> Ley N° 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado. Diario Oficial, 6 de agosto de 1958.

insurgente de grupos armados en contra del Gobierno<sup>9</sup> y a la fabricación, venta y uso de armas dentro de los límites urbanos. Sin embargo, la normativa carecía de aplicación práctica, toda vez que las acciones para perseguir las infracciones sólo se encontraban radicadas en algunas autoridades dependientes del Poder Ejecutivo como, por ejemplo, el Ministro del Interior<sup>10</sup>.

Como decíamos, la propuesta legislativa del Ejecutivo dictada en 1972, tuvo como objetivo principal neutralizar la proliferación de milicias armadas<sup>11</sup>, incorporando al ordenamiento penal nuevas formas penales. Así, la norma resultante<sup>12</sup> establecía que debían someterse a control las armas de fuego -sea cual fuere su calibre-, las municiones, y las instalaciones destinadas a la fabricación, almacenamiento y depósito de dichos elementos. Además, negaba a cualquier persona -bajo amenaza de una pena de presidio menor en su grado medio a máximo-, la posesión o tenencia de armas automáticas, tales como ametralladoras, subametralladoras o cualquiera otra de mayor poder destructor<sup>13</sup>, como también, artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, venenosos, lacrimógenos o paralizantes, de sustancias corrosivas, o incendiarias y de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, ni los implementos destinados a su lanzamiento<sup>14</sup>. Por su parte, la tenencia, posesión e inscripción de las armas de fuego permitidas (no todas eran prohibidas) requerían de una autorización y debían ser inscritas a nombre de su poseedor en un Registro llevado por las autoridades sindicadas en el reglamento<sup>15</sup>. Con todo, se buscaba

---

<sup>9</sup> No así contra otros órganos del Estado, que se sancionaban como asociaciones ilícitas.

<sup>10</sup> Aguayo Vásquez, Felipe. Cáceres Díaz Jorge (2016): “Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.813 respecto de los delitos que contempla la ley de control de armas”. Memoria de prueba para la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018] [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142393/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-de-las-modificaciones-introducidas-por-la-Ley-No.%2020.813.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ]

<sup>11</sup> Bascur Retamal, Gonzalo Javier (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas”. [fecha de consulta: 10 de noviembre de 2018] [Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23D1.pdf)]

<sup>12</sup> Ley N° 17.798, que establece el Control sobre las Armas. Diario Oficial, 21 de octubre de 1972.

<sup>13</sup> Artículo 9° de la ley N° 17.798

<sup>14</sup> Quedaban exceptuados de esta prohibición a los miembros de las Fuerzas Armadas, del Cuerpo de Carabineros, de la Dirección General de Investigaciones, del Servicio de Vigilancia de Prisiones y los demás organismos estatales autorizados por ley, con las limitaciones que establecen los respectivos Reglamentos de cada Institución.

<sup>15</sup> La inscripción sólo autoriza a su poseedor para mantener el arma en su domicilio, sitio de trabajo o lugar que se pretenda proteger. La falta de inscripción constituía presunción de tenencia clandestina del arma. La infracción a esta disposición será sancionada con presidio menor en su grado mínimo o multa de un sueldo vital mensual escala A), del departamento de Santiago. Ahora bien, en cuanto al porte de armas de fuego sin permiso de la autoridad competente, se facultaba a la Dirección General de Reclutamiento y Estadística a conceder la autorización para el uso y porte de armas a particulares, por ser las autoridades militares

reducir al mínimo la existencia de armas en la población civil y prevenir así todo acto que atentara contra la seguridad del Estado.

Cabe destacar aquí que con esta nueva ley pasó a ser delito tanto la “tenencia” como el “porte” ilegal de armas<sup>16</sup>, acciones que en sí mismas no son lesivas, sino tan sólo de manera potencial, pero que el legislador estimó penalizar en atención al bien jurídico que se buscaba proteger<sup>17</sup>. La seguridad de la sociedad era entendida, ante todo, como una necesidad básica para restablecer el orden en el país. Respecto de la jurisdicción y competencia, la nueva ley entregó el conocimiento de los delitos a los tribunales ordinarios, por regla general, y sólo tratándose de delitos graves -como la tenencia o posesión de armas prohibidas-, a los tribunales militares<sup>18</sup>.

Ahora bien, la definición de arma había que buscarla en otro cuerpo normativo. Así, el Código Penal delimitaba el término a *“toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él”*<sup>19</sup>.

Por su parte, la nueva Constitución vendría reforzar la idea de la centralización en el control del uso de armas exigiendo autorización para su posesión o tenencia<sup>20</sup> y varios decretos leyes se orientarían a reprimir actos contra la integridad física del personal de Carabineros y Fuerzas Armadas<sup>21</sup>. En esa época, además, se configuró, por primera vez, el delito de porte ilegal de armas prohibidas<sup>22</sup> y se determinó que la autorización para la

---

más capacitadas para ejercer ese control, imponiéndose una sanción de presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio en caso de incumplimiento.

<sup>16</sup> Para un estudio más acabado sobre ambos delitos revisar Cea y Morales (2018), p. 211

<sup>17</sup> Cea Cienfuegos, Sergio. Morales Contardo, Patricio (2018): *Control de Armas*. (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

<sup>18</sup> Por su parte, el Procedimiento quedaba sometido a las reglas contenidas en el Título II del Libro II del Código de Justicia Militar, llamado “Del Procedimiento Penal en Tiempo de Paz”, con ciertas modificaciones. Ante cualquier infracción, la denuncia podía ser ejercida por las autoridades dependientes del Presidente de la República que se desempeñaban en el área de la seguridad, además del Director General de Reclutamiento y Estadística de las Fuerzas Armadas y los Comandantes de Guarnición. Además, podía ser interpuesta por los fiscales de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, los Prefectos de Carabineros y los Alcaldes y Regidores

<sup>19</sup> *Ibíd.* Art 132.

<sup>20</sup> Fuente. Artículo 103.- Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta. Artículo 92 original fue incorporado por la Constitución por D.O. 24.10.1980

<sup>21</sup> Decreto Ley N°5, que declara que el estado de sitio decretado por conmoción interna debe entenderse como “estado o tiempo de guerra”. Diario Oficial, 22 de septiembre de 1973.

<sup>22</sup> Decreto Ley N° 559, que modifica las leyes sobre seguridad del Estado, control de armas y navegación aérea. Diario Oficial, de 12 de julio de 1974.

Otros decretos dictados fueron: Decreto ley N° 230 de 3 de enero de 1974 que determinó que toda arma sujeta a control y que fuese incautada pasara a dominio fiscal. Decreto Ley N° 1060 de 18 de junio de 1975 que agregó los Servicios Policiales y Especializados de las Fuerzas Armadas y se le encomendó a la Dirección General de Reclutamiento y Estadística

tenencia o posesión de las armas contenidas en la ley sólo sería posible para el bien raíz declarado como residencia, sitio de trabajo o lugar que se pretendiera proteger. Además, la autoridad estimó necesario elevar las penas en el caso del porte ilegal de armas del tipo bélico y en uso de tiempos de guerra, tipificar como delito el abandono de armas o todo elemento sujeto a control por la legislación, presumiéndose el abandono en casos que se hubiera extraviado el arma sin informar a las entidades correspondientes dentro de los cinco días de la pérdida.

Años más tarde, el retorno a la democracia no trajo reformas legales en materia de armamentos, hecho que vendría cambiar con la llegada de nuevo siglo. En efecto, a fines de los noventa, se observó un aumento sustancial de la criminalidad y, particularmente, de delitos cometidos contra de la propiedad civil con altos índices de violencia y, particularmente, con el uso de armas para su concreción. Lo anterior, obviamente, generó un clima de inseguridad social y dio paso a un progresivo cambio en el paradigma de las políticas criminales. Ahora, ya no era al Estado a quien había que proteger contra actos terroristas, sino que era la propia sociedad la que se veía afectada con nuevos y más violentos actos delictuales. Lo anterior, motivará al legislador penal de la época a reformar la ley y endurecer las penas por el uso y porte de armamentos ilegales.

Entonces, pasó a considerarse como prohibida toda arma cuyo número de serie se encontrara adulterado o borrado, las de fabricación artesanal y las bombas y artefactos incendiarios<sup>23</sup>. Además, se aumentó la pena al delito de porte ilegal de arma de fuego, aunque el autor tendría el beneficio de la presunción -bajo fundamento plausible-, que el armamento detentado no tenía por finalidad alterar el orden público o a atacar las fuerzas de orden y seguridad públicas.

---

velar por la regularidad de las inscripciones y los permisos para portar armas. Decreto ley N° 1970 de 12 de noviembre de 1977 que incorporó a nuevas autoridades con facultad para requerir o denunciar los delitos contemplados en la ley, como gobernadores provinciales e intendentes regionales, no obstante fueron sustraídos de ello los alcaldes y regidores. Con el Decreto ley N° 2553 de 19 de marzo de 1979 fueron incorporados los explosivos, las sustancias químicas y pasan a considerarse como prohibidas las armas largas y cortas, las de fantasía, automáticas y semi automáticas del tipo calificado en la norma. Luego, se reducen a dos –de cinco- el número de armas que puede detentar un civil y se tipifica como delito la construcción, acondicionamiento o uso de instalaciones para la elaboración o depósito de armamentos. Por su parte, La Ley N° 18.342 de 26 de septiembre de 1984 incorpora por primera vez como arma objeto de control el material de uso bélico, entendido en la propia ley como “armas, cualquiera sea su naturaleza, construidas para ser utilizadas en la guerra, medios de combate terrestres, navales y aéreos, fabricados o acondicionados especialmente para esa finalidad”; las bombas y toda sustancia química que sirva de base para la elaboración de municiones, proyectiles, así como también, todo implemento destinado a la activación de artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos. Se agregan también las armas especiales, consideradas como tales las armas químicas, las biológicas y las nucleares

<sup>23</sup> Conjuntamente, se implementó un procedimiento para regularizar la tenencia y posesión de armas y su correspondiente inscripción, respecto de los poseedores y tenedores fallecidos, estableciéndose -ahora en la ley y no en un reglamento- los requisitos necesarios para su inscripción. Ley N° 20.014 de 13 de mayo de 2005

Un cambio importante significó, por su parte, la entrega del conocimiento de estas infracciones a los recién estrenados Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal. De ese modo, los nuevos jueces penales, instaurados por medio de la reforma constitucional de 1999, pasaron a tener competencia para conocer de los delitos en materia de control de armas, restando de ella a los tribunales militares<sup>24</sup> lo que significó una importante centralización de la regulación de estas materias, logrando la consolidación de un sistema completo y único de la autoridad dirigida de manera exclusiva a la protección de la sociedad civil, que en el nuevo siglo, mostraba nuevos problemas y exigía nuevas respuestas.

### **3. La Ley N° 20.813 que modificó la aplicación de las penas sustitutivas en la nueva política criminal del legislador.**

En el nuevo siglo se observarían nuevas modalidades de criminalidad y, en especial, un especial aumento de delitos con uso de armas de fuego, tanto en la vía pública como en la propiedad privada, lo que originó una sensación de creciente inseguridad en la ciudadanía, hecho que motivaría la incorporación de importantes reformas a la legislación vigente.

Así, la nueva normativa tenía como objetivo principal regular el uso de armas por parte de los particulares con el fin de desincentivar su uso y reducir el número de éstas en circulación. La moción proponía, entonces, incorporar como medidas cautelares la prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, así como prohibir la inscripción de éstas a quienes se encontraran sujetos a esas medidas, so pena de incautación en ambos casos. Se sumaría, además, como agravante la acción de vender, ceder o transferir un arma inscrita a nombre de un menor de edad, así como sancionar pecuniariamente a todo aquel que, teniendo un arma inscrita, no diere aviso de un cambio de domicilio<sup>25</sup>.

Durante su tramitación se incorporaron nuevas exigencias. Entre otras, el requisito de que el solicitante de inscripción de un arma no hubiera sido condenado anteriormente por algún crimen o simple delito, así como el hecho de sancionar con multas a quienes entregaran armas a un menor de edad. Una de las propuestas que suscitó mayor debate fue la de sancionar, privando de libertad, al padre o madre que tuviera a su cuidado un menor de edad que detentara en su poder armas de fuego u otras, a menos que estuviera acreditado debidamente como deportista. El objetivo buscado, era hacer responsables de sus conductas no sólo a los jóvenes, sino también a los padres frente a las conductas de sus hijos ya que serían ellos los primeros llamados a hacer efectiva esa responsabilidad y a enseñarla<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Ley N° 20.477, que modifica la competencia de los Tribunales Militares. Diario Oficial, 30 de diciembre de 2010.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> Finalmente, la sanción fue modificada por una multa -con el fin de respetar el principio de proporcionalidad de las penas- y se eliminó la necesidad de que el padre o madre supiera de la existencia del arma, puesto que ello habría significado la exigencia de dolo directo siendo que, en la realidad, esa conducta podría ejecutarse perfectamente con otra intencionalidad que significara un resultado diferente. *Ibíd.* Pág. 47

Pero el artículo que merece para nosotros una especial atención es la que incorporó una regla especial para la determinación e individualización de las penas<sup>27</sup> consistente en declarar inaplicables las reglas generales sobre los efectos de la concurrencia de circunstancias modificatorias de efecto ordinario<sup>28</sup>. De esa manera, independientemente de cuántas de estas circunstancias se configuraran en el caso concreto, el juez penal solo podría, en principio, individualizar la pena dentro del margen abstracto prefijado por el legislador, pudiendo aplicarse, además, respecto a cada delito en forma particular o conjunta.

Este artículo fue incorporado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado a iniciativa del profesor Jean Pierre Matus y cabe destacar aquí además, que ella igualmente prohíbe aplicar el beneficio del artículo 103 del Código Penal, esto es, el aplicar dos o más circunstancias atenuantes o agravantes en caso de que el responsable fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena habiendo, transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos<sup>29</sup>, para tales prescripciones, debiendo el juez determinar “su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

De la historia de la Ley N° 20.813, se extrae que la intención de incorporar esta nueva regla fue dar una solución a “las ostensibles rebajas de penas” que se les aplicaban a los delitos contemplados en la ley de armas, sustituyéndose, además, muchas veces por sanciones de la Ley N° 18.216 que dejaban al imputado sin antecedentes para una futura reincidencia. Su fundamento quedaba radicado en la búsqueda de adecuar las valoraciones realizadas en abstracto por el legislador con la aplicación real e la ley penal, limitando las facultades discrecionales de los tribunales al momento de la determinación de la sanción para evitar una eventual distorsión de las penas originalmente previstas<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> "Artículo 17 B.- Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.

Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena." Ley N° 20.813, publicada el 6 de febrero de 2015.

<sup>28</sup> Artículos 65 a 69 de Código Penal

<sup>29</sup> Cea Cienfuegos, Sergio. Morales Contardo, Patricio (2018): *Control de Armas*. (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

<sup>30</sup> Bascur Retamal, Gonzalo Javier (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas”. [fecha de consulta: 10 de noviembre de 2018]. [Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23D1.pdf)]



A lo anterior debía agregarse -lo que en opinión de Matus era- una equivocada interpretación de los jueces al considerar la pena de la posesión tenencia o porte ilegal dentro de los delitos base, a pesar de ir en consonancia con los principios de inherencia, insignificancia y *non bis in idem*. En opinión del penalista, ello era teóricamente equivocado, toda vez que los delitos de porte y tenencia de armas, al ser de carácter permanente y además, de peligro común, su comisión sería independiente de si en un momento determinado se emplearan para intimidar, herir o maltratar<sup>31</sup>.

Para Cea y Morales, el problema entendido como “las ostensibles rebajas de penas que se les aplican a estos delitos” merece un análisis crítico, ya que cabría preguntarse si los argumentos dados por el legislador son motivos suficientes para privar a los imputados de esta ley de los beneficios que reciben tradicionalmente todos los condenados por delitos diferentes. Para estos autores, bastaría contrastar la naturaleza de los delitos de la ley de control de armas con otros del código penal o de otras leyes especiales, que a diferencia de la primera sí son de lesión efectiva y no de meramente de peligro. Y, que si bien se comprende que las razones eran de política criminal en un ánimo de “establecer una pena mayor a los delincuentes que cometen delitos portando un arma de fuego”, no se contrastarían con las lógicas dogmáticas, necesarias para legitimar las simples intenciones de aumento en la persecución penal. Hubiera sido necesario, a su juicio, un debate sobre la proporcionalidad de los resultados prácticos de la aplicación de este artículo, ya que es válido preguntarse por qué el autor de un delito de peligro abstracto no puede tener el beneficio que sí puede acceder el autor de delitos de innegable gravedad como el homicidio o robo.

Por último, cabe aquí mencionar la relación que tiene este artículo 17 B con el artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.216<sup>32</sup> que también modificó la Ley N° 20.813. El fundamento

---

<sup>31</sup> Biblioteca del Congreso Nacional (2015): “Historia de la Ley N° 20.813”. [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2018], [Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/>]

<sup>32</sup> Ley N° 18.216. 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, 150 A, 150 B, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código. (el destacado es nuestro)**

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

de ello fue guardar armonía con el sistema de determinación de las penas entre ambos preceptos, en relación a lograr asegurar la imposición de un régimen de cumplimiento efectivo de privación de libertad<sup>33</sup>.

#### **4. Revisión de la constitucionalidad de la norma y el aumento exponencial de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre ley de armas**

##### 4.1. Cimentando la deferencia razonada hacia el legislador.

En el año 2015, le correspondió al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad del proyecto de ley que, como ya hemos dicho, pasó a restar a los autores de delitos de la ley de control de armas de acceder a las reglas modificatorias de responsabilidad penal<sup>34</sup>. Desde entonces, y hasta la fecha, un número muy importante de requerimientos solicitando su inaplicabilidad han llenado las tablas de dicha Magistratura, debiendo incluso elaborar tablas extraordinarias y vistas de causa conjuntas para su discusión.

Si bien en dicha instancia no le fue encomendada la tarea de revisar el artículo 17 B, por no estimar el Congreso que fuese materia propia de ley orgánica constitucional, tampoco fue de su iniciativa el analizar su constitucionalidad.

Cabe advertir que, años atrás, el TC ya habría estado cimentando una línea argumentativa de fuerte deferencia al legislador en materias de diversa índole. E incluso, para la profesora Marcela Peredo, se podrían observar, a partir de ello, tres criterios que la magistratura ha ido elaborando y aplicando en sus sentencias respecto a la política criminal del legislador<sup>35</sup>. Así, en primer lugar no sería su tarea legislar o administrar, pues no estaría

---

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.

Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33.

<sup>33</sup> Bascur Retamal, Gonzalo Javier (2017): "Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas". [fecha de consulta: 10 de noviembre de 2018]. [Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23D1.pdf)]

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2015, Rol N° 2.770-2015.

<sup>35</sup> Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters)

en sus facultades analizar el mérito y la oportunidad de la ley. Luego, utilizaría como sinónimos los conceptos: margen de apreciación, libertad de configuración y deferencia y, por último, habrían, a su juicio, ciertos derechos que, siendo parte del debido proceso, serían posible de verse como una opción política.

Así, en relación al primer criterio, en la sentencia Rol N° 1.065-08 por ejemplo, el TC le habría concedido de legislador cierta esfera de autonomía, como depositario de la voluntad democrática, lo que comprendería el conjunto de apreciaciones de política, conveniencia y oportunidad que lo llevaban a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica y sólo cuando el Congreso Nacional se excediera de su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, podría entonces intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste hubiera incurrido<sup>36</sup>. A su juicio, el Tribunal “no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional<sup>37</sup>”, expresión que será reiteradamente usada en las decisiones sobre la ley de control de armas.

En otras varias oportunidades, se le ha visto recordar al propio legislador sus límites, estimando que “si bien la política criminal le corresponde al legislador, ella está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho positivo nacional e internacional<sup>38</sup>”. O cuando ha puesto como condición para respetar su autonomía, el deber que tiene de respetar los derechos fundamentales<sup>39</sup>. Aunque en otras, ha resuelto de manera enfática las competencias exclusivas del legislador –en ese caso se trataba del acceso al recurso procesal penal- por tratarse a su juicio de una opción de política legislativa en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y de racional y justo procedimiento<sup>40</sup>. E incluso en varias instancias el Tribunal se ha puesto límites a sí mismo, como cuando le reconoció al legislador un amplio margen para adoptar las políticas que considerase más adecuadas y una autocontención prudente, en la que pudiera distinguirse una auto contención política que evitase involucrarse en cuestiones políticas, y una autocontención funcional que implicase el cuidado de no extralimitarse en las resoluciones a las respuestas de las demandas planteadas<sup>41</sup>.

#### 4.2. El aumento de requerimientos al TC en materia de ley de armas y su persistencia en la razonada deferencia hacia la política criminal del legislador.

---

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional, 18 de diciembre de 2008, Rol N° 1065-2008, considerando 35° y siguientes

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, 11 de enero de 2007, Rol N° 591-2006, considerando 9°.

<sup>38</sup> Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters)

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 2010, Rol N° 1.443-2009. considerando 13°.

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional, 20 de julio de 2011, Rol N° 2.025-2011.

Problemático se ha vuelto para el Tribunal Constitucional el aumento sostenido de requerimientos que se han presentado solicitando la inaplicabilidad del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley N° 18.216 y del artículo 17 B, inciso segundo, de la Ley N° 17.798, debiendo incluso hacer modificaciones en su funcionamiento ordinario, tanto en horarios como en la cantidad de sesiones destinadas a la revisión de dichas causas.

En su mayoría, los requirentes han fundado sus peticiones considerando que la aplicación concreta de los preceptos legales en el proceso penal de la causa pendiente infringirían lo preceptuado en el artículo 1° de la Constitución, es decir, el deber del Estado de propugnar la igualdad en dignidad y derechos se estaría incumpliendo al establecer una pena privativa de libertad como única opción aplicable al legislador penal. Asimismo, se veía afectado el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2, CPR) al aplicar normas carentes de razonabilidad, así como también lo protegido en el artículo 19, numeral 3, del mismo precepto normativo, en el entendido de que las normas refutadas afectarían el derecho a un procedimiento racional y justo basado, en primer lugar, en la exigencia de la concurrencia de penas proporcionadas a la gravedad del hecho y, en segundo lugar, porque ellas limitarían el actuar del juez del asunto tanto en la ponderación de los hechos del caso como en la posibilidad de elegir la pena más idónea al caso concreto.

Para el Tribunal no obstante, el legislador es quien tiene la primacía para efectuar decisiones de política criminal, si es que se mantiene dentro de los límites constitucionales de la pena, y que por lo demás, lo que en realidad se vería limitado no es la individualización judicial de la pena, sino que el marco penal y que aunque en la práctica lo que se aplicara será una pena más severa, no podría concluirse que ese giro de la política criminal fuese inconstitucional, toda vez que el juez aun estaría facultado de aplicar las circunstancias agravantes y atenuantes del caso concreto, en relación con los principios de culpabilidad y proporcionalidad que siempre ha aplicado<sup>42</sup>.

Por otro lado, en un importante porcentaje, el TC ha resuelto que las penas sustitutivas no operan por el sólo ejercicio de la ley y que la política criminal la fija el legislador dentro de los límites de la Constitución y que el derecho internacional de los derechos humanos, si bien establece límites para la política criminal, no crea derechos a las penas sustitutivas y que en nuestro ordenamiento no existe un derecho subjetivo a la aplicación de una pena sustitutiva. Luego, no estima posible impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal y que, por lo demás, no existe un trato discriminatorio propiamente tal. Por otro lado, ha estimado que no se produce una afectación de la igualdad ante la ley ni al principio de no discriminación, así como tampoco una infracción al principio de proporcionalidad en la estimación de la pena y sus beneficios y que no se ve restringida la discrecionalidad judicial. En ese sentido, y en virtud del principio de la deferencia razonada, el Tribunal Constitucional entiende en estos casos que, en materia de política criminal es el legislador quien ostenta la primacía para tomar las decisiones, siempre que se mantenga dentro de los límites constitucionales de la pena y que, por lo demás, la propia Constitución reconoce como bien jurídico al control de armas para la protección de la seguridad jurídica y que es la propia sociedad la que tiene derecho a ejercer el *ius puniendi* priorizando el efecto retributivo por sobre los preventivos, teniendo como única restricción no afectar los derechos humanos fundamentales.

---

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional, de 19 de octubre de 2017, Rol N° 3.547-17.

Ahora bien, llama poderosamente la atención que así como el TC ha estado rechazando de manera consistente la inaplicabilidad del artículo 17 B, haya estado acogiendo de igual manera la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.216 que, como dijimos, también fue modificado por la ley N° 20.813 con la finalidad de mantener la armonía entre ambos preceptos. Para acoger la inaplicabilidad se ha valido del argumento de la proporcionalidad, estimando que existe en esos casos una desproporción significativa de la respuesta punitiva del Estado entre el delito atribuido al caso y el resto de los delitos excluidos del beneficio y que en relación al quantum de la pena de este delito, versus otros establecidos en el Código Penal, el primero presenta un tratamiento legal manifiestamente desproporcionado lo que lo lleva a resolver que el delito de porte ilegal de municiones no debiera quedar excluido de la aplicación de la ley de sustitución de penas.

## **5. Análisis del problema desde el ámbito constitucional y de política criminal**

### **5.1. La labor del legislador de modificar las normativas penales como medio para ordenar la sociedad y el fenómeno de la hiperpenalización.**

En esta parte del análisis, creemos importante destacar dos temas que son de especial relevancia. El primero, dice relación con la potestad que tiene el legislador (en sentido amplio), y particularmente el legislador penal, de crear nuevas penas con el fin de que ordenamiento jurídico se adecúe a los requerimientos sociales aplicando nuevas políticas criminales. Por lo demás, al ser el representante de la voluntad del pueblo, elegido democráticamente, su deber es materializar las necesidades de la comunidad. No obstante lo anterior, ello ha traído como consecuencia un crecimiento exponencial del Derecho Penal y de una hiperpenalización de las conductas estimadas por la sociedad como potencialmente amenazantes, lo que ha significado un aumento en la elaboración de leyes penales dispersas y de dudosa calidad jurídica.

Lo segundo, dice relación con el deber del Tribunal Constitucional de ser el máximo intérprete de la Carta Política, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, numeral 6, y de velar porque toda norma (naciente o ya existente) se adecúe a los preceptos constitucionales, consagrando el principio de supremacía constitucional. En ese sentido, tendría la potestad legítima de declarar inconstitucional una norma de política criminal creada por el legislador por estimar que ella atenta contra derechos fundamentales. Así, ambos poderes están facultados por la ley para ejercer los mandatos que se les han encomendado, ejerciendo dichas potestades en el entendido de que deben orientarse a su deber máximo como lo es la concreción del bien común de la sociedad.

Luego, y en relación a la prolífica actuación del legislador penal de crear más tipos punitivos con el objeto de resguardar la seguridad social, se ha entendido como un fenómeno mundial de los tiempos modernos el hecho que los países apliquen con especial entusiasmo políticas criminales que han recogido las peticiones de una sociedad demandante de mayor seguridad y de una legislación más dura a la hora de castigar los actos delictivos. Es la actualmente llamada *sociedad del riesgo*, que busca incluso prohibir ciertas acciones en la medida que no demuestren su carácter completamente inofensivo, que ha pasado del paradigma del riesgo aceptable al riesgo aceptado y que busca, incluso, saber la medida aceptable del riesgo no previsible o incierto. Todo ello ha creado el modelo penal de seguridad ciudadana conocido comúnmente como “tolerancia cero”, que a juicio de

Fernández Cruz, Dálbora, Hoeker y otros -y que Garland ya lo habría estudiado a comienzos de siglo-, se caracteriza por el protagonismo de una delincuencia clásica, alta prevalencia del sentimiento de inseguridad ciudadana, populismo y politización y, en especial, por un redescubrimiento de la prisión<sup>43</sup>.

Lo anterior, iría en contra de la idea tradicional del derecho penal de la previsibilidad dando paso a la idea de incertidumbre del riesgo en donde el principio de precaución toma protagonismo y el resultado de ello será el impulso de adoptar medidas de protección con anterioridad a que aparezca el daño incluso si aún no hubiera una evidencia comprobada de la nocividad de la actividad o producto<sup>44</sup>. En efecto, este actual desarrollo del sistema punitivo ha conducido a posturas *neocriminalizadoras*, lo que ha provocado tanto una expansión del Derecho Penal como una alteración de su configuración. Así, el sistema punitivo actual se caracteriza por un *derecho penal de enemigos* que somete bajo sospecha al ciudadano considerado como un posible creador de peligros no permitidos, de modo tal que se buscará eliminar un peligro adelantando la punibilidad, ósea se pasa a sancionar ya no el hecho producido sino el hecho que se va a producir<sup>45</sup>.

En ese sentido, se le ha llamado *peligrosidad predelictual* a un medio penal cuyo fin principal es justificar, no ya medidas generales, sino un sistema de prevención especial. No se tratan de medidas indirectas sino que directas sobre el individuo, sea delincuente o no, pero sí peligroso. Para Soler, este criterio de la peligrosidad sería una mala ficción jurídica que envuelve el concepto de una delincuencia posible, no deducido de un análisis objetivo del sujeto, sino que aplicado por vía abstracta, teórica y deductiva para justificar teóricamente la medida de seguridad. Tiene como dificultades la complejidad del juicio del delincuente, lo intrincado de su aplicación y, en especial, su consecuente inseguridad civil ante la posibilidad de un eventual futuro despótico<sup>46</sup>.

A mayor abundamiento, esta inflación del Derecho Penal en las sociedades modernas se ha visto reforzada por fenómenos criminales propios de ellas y por el actuar de grupos de presión, gestores de la moral colectiva que propugnan por un mayor intervencionismo, mayor criminalización y mayor severidad en el sistema punitivo. Se trata de un inflacionismo del derecho penal normalmente poco respetuoso con los principios básicos de necesidad y de *última ratio* de la intervención penal. Ahora, si bien es cierto que a estos grupos no se les puede exigir dominio del conocimiento técnico jurídico sobre la conveniencia o no de un endurecimiento punitivo de ciertas leyes, sí se le puede exigir a sus destinatarios, y es por ello que resultaría especialmente censurable que los poderes del Estado aprueben o reformen muchas veces proyectos de leyes penales en base a factores emocionales o que

---

<sup>43</sup> Fernández Cruz, José Ángel (2014): "Tribunal Constitucional y Derecho Penal: un estudio crítico", en: *Revista Estudios Constitucionales* (Año 12, N° 2), pp. 187-238.

<sup>44</sup> Romeo Casabona, Carlos María (2007): *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. (México. Ediciones Coyoacán)

<sup>45</sup> Jacobs, Günther. Polaino Navarrete, Miguel (2006): *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal* (Lima, Perú. Editorial jurídica Grijley).

<sup>46</sup> Soler, Sebastián (2018): *Exposición y crítica de la teoría del Estado peligroso* (Santiago, Chile. Ediciones Oljenik).

cedan ante las reivindicaciones de dichos grupos de presión, propiciando la aprobación de disposiciones punitivas que resultan en ocasiones superfluas o contraproducentes<sup>47</sup>.

Todo lo anterior, como podría pensarse, no ha estado exento de crítica. Así, para Robinson no sería posible que el Derecho Penal siguiera los puntos de vista de la comunidad, tanto por tener visiones vagas y diferentes sobre la justicia, tanto porque las visiones de la comunidad de responsabilidad penal y pena se basan más bien en principios de disuasión y de incapacitación de las personas peligrosas que sobre la responsabilidad penal<sup>48</sup>.

Así, para la doctrina crítica de la actual inflación del Derecho Penal, éste no puede actuar a impulso de reacciones sociales irracionadas o alentadas al calor de lacerantes casos de la realidad social. No le cabe pues legislar a golpe emocional de sangriento suceso con consecuencias de un resultado insatisfactorio, ineficaz y contraproducente. El legislador penal debe actuar con extrema cautela, previsión y ponderación en su tarea incriminadora de nuevas formas delictivas. Una actuación precipitada podría acarrear más dificultades y problemas de los que pretende resolver<sup>49</sup>.

A juicio de estos detractores, el Derecho Penal debe ser entendido como una manifestación sistemáticamente ordenada de los límites constitucionales para la aplicación de una pena legítima con el objeto de asegurar cierto estándar de legitimidad de la aplicación del poder estatal de sancionar penalmente. Un Derecho Penal que no manifieste estos límites terminaría en puro ejercicio arbitrario de poder sin ningún tipo de legitimación ética o institucional. La teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal que debe ser por lo demás igualitaria y racional, lo que se ha entendido como la función democrática de la dogmática jurídico-penal. Y ello sólo será posible si ante cada caso sometido a juzgamiento se parte de los mismos puntos de origen normativo-constitucionales<sup>50</sup>.

Por último, para Husak, este fenómeno de la *sobrecriminalización* debiera preocuparnos. Entre otras razones, porque lleva a vulnerar el estado de derecho ante la necesidad de que el derecho penal salga de sus propios límites para determinar con certeza las nuevas conductas que se encuentran prohibidas, externalizando, con la consecuencia de que muchas veces se le imputa de responsabilidad penal a quien comete alguna conducta que en ningún caso satisface la teoría de la criminalización<sup>51</sup>.

Una idea interesante que cabe destacar aquí es, que en las últimas décadas, los planteamientos jurídicos constitucionales han ido adquiriendo importancia progresivamente

---

<sup>47</sup> Jacobs Günther. Polaino Navarrete, Miguel (2006): *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal* (Lima, Perú. Editorial jurídica Grijley).

<sup>48</sup> Robinson, Paul H. (2012): "El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena", en Hortal Ibarra, Juan Carlos, *Constitución y Sistema penal*. (Madrid, España. Marcial Pons).

<sup>49</sup> Jacobs Günther. Polaino Navarrete, Miguel (2006): *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal* (Lima, Perú. Editorial jurídica Grijley).

<sup>50</sup> Rusconi, Maximiliano (2007): *El origen constitucional de la imputación penal*. (Buenos Aires, Argentina. Editorial IB de F)

<sup>51</sup> Husak, Douglas (2013): *Sobrecriminalización. Los límites del derecho pena*. (Madrid, España. Marcial Pons)

en el Derecho Penal. La interpretación conforme a la Constitución -que ordena escoger aquella posibilidad interpretativa que sea conforme a la Carta Fundamental y desechar la que no lo sea- se ha vuelto un instrumento totalmente indiscutible a las reservas seguras del método de la ciencia jurídica<sup>52</sup>. Curiosamente, para algunos penalistas, la Constitución Chilena sentaría las bases de un modelo de derecho penal del enemigo como modelo general de ejercicio de la potestad punitiva lo que se manifestaría, por mencionar un caso, cuando ella condena a perder el derecho a sufragio a quien sea procesado por un delito que merezca pena aflictiva. Para Mañalich, por ejemplo, esto podría llevar a que el mencionado modelo del *derecho penal del enemigo* pudiera corresponderse con un modelo constitucional aplicado, tal como lo sería el Derecho Penal<sup>53</sup>.

Ahora bien, y volviendo al legislador (en sentido amplio), la existencia del Parlamento como componente del Estado es indispensable para la sociedad, pues se traduce en la participación democrática de los ciudadanos, a través de ellos, y con ello se vuelve un ente comunicador entre la sociedad y el Estado<sup>54</sup>. Luego, para la elaboración de normas, el legislador parlamentario recibe el apoyo de las Comisiones Investigadoras<sup>55</sup> las que quedan, así como él, subordinadas al deber de que sus actos respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos, volviéndose un verdadero objeto de sus investigaciones. Así, como poder público, están obligadas a respetar los derechos de las personas, de modo que no pueden investigar una materia que suponga violación de alguno de los mismos y, de ser necesario, la intensidad de una eventual intromisión de los derechos fundamentales tiene que ser ponderada con la importancia del fin de la investigación, lo que permite circunscribir los límites de investigación de las Comisiones a terrenos razonables con contornos claros, ausentes de excesos en el uso de las mismas que podrían desprestigiar su funcionalidad<sup>56</sup>.

Luego, la mayoría parlamentaria, aparte de sus procedimientos normativos, debe respetar una serie de contenidos porque la democracia constitucional supone el ejercicio de la libertad política dentro del marco de los principios y directrices. La primera consecuencia de este diseño institucional es que el legislador tiene prohibida la arbitrariedad, y en ese sentido la ley es susceptible de revisión por la justicia constitucional. La segunda consecuencia, es que puede exigírsele al legislador que sus políticas gocen de justificación, que haga públicas las razones por las que sus leyes encuentren justificación en el marco constitucional, en especial, cuando estas generan controversia en la sociedad<sup>57</sup>. No obstante

---

<sup>52</sup> Kühlen, Lothar (2012): *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons)

<sup>53</sup> Kindhäuser, Urs. Mañalich, Juan Pablo (2011): *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. (Buenos aires, Argentina. Editorial IB de F)

<sup>54</sup> Pérez Casaverde, Efraín (2013): *Manual de derecho constitucional*. (Lima, Perú. ADRUS editores)

<sup>55</sup> Las Comisiones Investigadoras son órganos internos de la Cámara y su función es informar los proyectos de ley sometidos a su consideración. Su objetivo es facilitar el estudio y análisis de los distintos proyectos de ley. Para un estudio más acabado ver en: MARTÍNEZ, Gutemberg (1998): *Fiscalización Parlamentaria y Comisiones Investigadoras. Análisis y propuestas*. (Santiago, Chile. Editorial Andrés Bello)

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> Marcilla Córdoba, Gema (2012): "Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal. En: constitución y sistema penal", en Hortal Ibarra, Juan Carlos, *Constitución y Sistema penal*. (Madrid, España. Marcial Pons).



ello, Aranda pone en evidencia que aunque en el debate parlamentario se esgriman doctas exposiciones jurídicas, ni tal argumentación sería indispensable ni la decisión final habría de adecuarse a ella, porque la decisión de la Cámara se toma por la fuerza de los votos y no por la fuerza del derecho. Es la decisión de un órgano político, en una actuación política, entendiendo como acto político aquel cuya aprobación queda a disposición de la oportunidad política del órgano parlamentario<sup>58</sup>.

En ese sentido, es importante recordar que en materia de política criminal, el problema del caso queda circunscrito a la naturaleza de las normas rebatidas por el requirente, lo que hace especialmente relevante cuál es la materia que se aprueba por el Parlamento. En efecto, como hemos revisado, el legislador penal tomó la decisión de introducir ciertas modificaciones tanto a la Ley N° 18.216, excluyendo la facultad de sustituir la pena privativa o restrictiva de libertad por parte del juez penal de la causa a los autores de, entre otros, los delitos consumados de porte ilegal de armas de fuego, y a la Ley N° 17.798, excluyendo de ella la aplicación de las penas sustitutivas previstas en su artículo 1° a los autores consumados del mismo delito empleando alguna de las armas sindicadas en los artículos de dicha norma. Así, en el caso que estudiamos, el autor del delito de porte ilegal de armas de fuego pasa a quedar excluido de toda aplicación de pena sustitutiva y a quedar sujeto, inevitablemente a cumplir con la pena privativa de libertad de manera efectiva.

Dicha modificación, tuvo por objetivo principal evitar -en ciertos delitos- la aplicación de una pena menor a la impuesta naturalmente por la ley ante la eventual concurrencia, en el caso concreto, de alguna circunstancia atenuante de responsabilidad que diera como resultado la rebaja de la pena. De la historia fidedigna de la ley se colige que la intención del legislador penal con esta modificación era lograr una modernización del sistema penal de justicia, buscando adecuarla a las necesidades políticas, sociales y culturales del país. Así, se buscaba reformar la aplicación de las medidas alternativas de libertad en ciertos delitos con el fin de lograr efectivamente la reinserción y de constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal. Su objetivo era entonces, establecer una serie de medidas alternativas que cumplieran su objetivo final, introduciendo mecanismos de control más eficientes que impidieran frustrar sus fines. De esa manera, al inyectar mayores y mejores formas de control de la ejecución de esas medidas, se estimaba que aquel sector de la sociedad que había sido objeto de una medida alternativa, cumpliera efectiva y satisfactoriamente la sanción impuesta, haciendo de ese sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo.

## 5.2. La tarea del juez constituyente como defensor constitucional y su control a las leyes criminales

Retomemos ahora la tarea del Tribunal Constitucional. Esta Magistratura tiene la importante tarea de revisar que las normas que existan en el ordenamiento jurídico sean acordes con los mandatos constitucionales. Recordemos que la principal característica de la Constitución como norma jurídica es su supremacía, es decir, ella puede decidir la jerarquía del resto del ordenamiento y la suya propia. Como fuente de derecho, posee eficacia directa,

---

<sup>58</sup> Aranda Álvarez, Elviro (1998): *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional. Centro de estudios políticos y constitucionales*. (Madrid, España. Editorial Marcial Pons)

tiene efectos derogatorios respecto de normas previas y determina la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a ella. Es la norma jurídica fundamental por excelencia, ya que todo el ordenamiento debe interpretarse conforme a ella y, de existir varias formas de interpretación, deberá elegirse aquella que sea conforme a sus mandamientos a fin de evitar el vacío que se produce cuando la norma se declara nula. Como norma fundante, explicita valores, principios reglas y derechos fundamentales que constituyen límites y obligaciones que deben ser respetados por los poderes públicos. Y como norma propia de una democracia constitucional, ello irradia a todo el ordenamiento jurídico<sup>59</sup>.

Luego, en su labor, el Tribunal deberá revisar la constitucionalidad tanto de normas que ya existen en el ordenamiento jurídico, como de normas que están a la espera de nacer. Pero también deberá interpretar una norma con el fin de encontrar si existe algún sentido que sea acorde al texto constitucional de manera de permitir su aplicación al asunto discutido. Así por ejemplo, cuando deba revisar la constitucionalidad de una norma circunscrita a una política social especialmente diseñada por el legislador. O, por otro lado, cuando deba hacerlo respecto de normas penales que conforman una política criminal. Ahí, la tarea del intérprete constitucional sólo se limitará a una revisión constitucional de los preceptos y nunca un enjuiciamiento de las decisiones del legislador. Lo anterior, por cuanto va en consonancia con el principio de la separación de poderes de un Estado Democrático.

Ahora bien, la interpretación constitucional constituye, desde el punto de vista estructural, una interpretación sistemática, es decir, una determinación del sentido de la ley a través de las normas constitucionales, de tal forma que no es la Constitución la que se interpreta sino que son las propias normas infraconstitucionales<sup>60</sup>. Su relevancia radicaría, por una parte, en el hecho de ser una técnica de interpretación que tiene la finalidad de evitar en abstracto la constitucionalidad de una norma infraconstitucional, cuya legitimidad se materializa a través de la argumentación y, por la otra, en atención a que en muchas ocasiones constituye la última instancia en la solución del problema jurídico. Para Fernández Cruz, todos los anteriores serían argumentos más que suficientes para sostener que los jueces constitucionales tienen una mayor obligación de fundamentar sus decisiones<sup>61</sup>.

La legitimidad de la actuación del Tribunal Constitucional es un factor fundamental por el hecho de ser el mediador de la democracia, teniendo como parámetro a la Constitución impuesta por el propio constituyente para decidir el derecho correctamente. Su deber es actuar con imparcialidad, independencia, teniendo como guía al libro sagrado político y jurídico que ocupa la más alta jerarquía de normas y su desarrollo debe ser reflejo de la Carta Política, de manera que su razonamiento y motivación ante un asunto de controversia constitucional esté dentro del marco constitucional que garantice el fundamento por el cual fue creado. De lo anterior, se desprende que no sería posible que respecto de sus sentencias exista el influjo de repercusiones políticas por cuanto el juez constitucional no podrá nunca decidir contra ley y sólo podrá enjuiciarla dentro de lo que la propia Constitución establece. De este modo, un Tribunal Constitucional no podrá rehusar a la validez constitucional de una ley sólo por las consecuencias políticas implicadas en ella, así como tampoco podría validarla a propósito de ellas y, si bien es cierto que este juez cuenta con la libertad

---

<sup>59</sup> Henríquez Viñas, Miriam (2009): *Las fuentes formales del derecho*. (Santiago, Chile. Legal Publishing).

<sup>60</sup> Fernández Cruz, José Ángel (2016): "La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual", en: *Revista Ius et Praxis* (Año 22, N° 2), pp. 153-188.

<sup>61</sup> *Ibíd.*

discrecional para decidir la cuestión litigiosa constitucional llevada a su conocimiento, ello en ningún modo significa que dicha discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, que juzgue lo que le plazca o que lo haga en favor de tal consigna política, porque su deber es con el derecho<sup>62</sup>.

En ese sentido, Barak decía que, como juez constitucional, él no tenía una agenda política, no se involucraba en la política de partidos o de otra clase, ya que su preocupación como juez era la política judicial. Para él, una de las funciones del juez en una democracia era proteger a la Constitución, a la democracia misma y a los derechos humanos y, si bien el pueblo crea una ley a través de sus representantes que son los legisladores y ella se diseña para efectuar una política pública que la legislatura desea realizar en nombre de sus electores, no es efectivo que el gobierno del pueblo implique la supremacía legislativa, porque la supremacía pertenece a la Constitución y no al legislativo. En una democracia constitucional, ni el legislativo ni el judicial son supremos, porque sólo la Constitución es suprema y la tarea de los jueces es proteger las normas constitucionales y asegurar que el legislativo cumpla con su obligación y es sólo el juez quien puede darle un efecto real a la democracia, porque el recurso más importante con el que cuenta es la falta de rendición de cuentas directa ante el pueblo a diferencia del político que está obligado a hacerlo. Entonces, sería siempre posible que existan tensiones entre el Tribunal Constitucional y las otras ramas del derecho lo que para Barak no sólo sería natural, sino también deseable, porque la crítica ayudaría a vigilar a los guardianes quienes, ante las tensiones, deberán permanecer fieles a su aproximación judicial, ser conscientes de esa tensión y no ceder ante ella.

Häberle llevaría esa idea al extremo al querer incorporar a todos los participantes en el proceso interpretativo constitucional, en especial a los materiales a quienes considera como los verdaderos destinatarios de la norma, los que viven con ella. En su hipótesis, estima que ya no es posible elaborar una interpretación constitucional con la sola participación de los elementos formales del espectro jurídico y político, sino que es necesario que además sea incorporada a ella toda la sociedad porque la interpretación constitucional contribuiría a la Constitución recurrente de la propia sociedad abierta y que es, a su vez, constituida por ella y donde sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista<sup>63</sup>. No obstante ello, creemos que esta teoría tiene el problema de que la sociedad suele ver de una manera muy diferente sus intereses y preocupaciones, dejándose llevar por los medios de comunicación y las masas lo que provoca mayor miedo y desconfianza y con el consecuente reclamo a los legisladores de un aumento en las penas y delitos, tal como lo vimos mas arriba.

Con todo, somos de la opinión que el Tribunal debe respetar la implementación del Ejecutivo de una ley y debe abstenerse de imponer sus propias preferencias respecto de la implementación en la sociedad en la que opera, pero ese respeto se debe dar siempre y cuando los medios de implementación de la ley estén dentro de una zona de razonabilidad y una decisión será razonable si se ponderaron las consideraciones necesarias, incluyendo a

---

<sup>62</sup> Pérez Casaverde, Efraín (2013): *Manual de derecho constitucional*. (Lima, Perú. ADRUS editores)

<sup>63</sup> Häberle, Peter (2008): "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución", en: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho* (Año 6, N° 11) Pp. 29-61. [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2018] [disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3743350>]

los valores fundamentales en general y los derechos humanos en particular. Finalmente, los derechos humanos pueden limitarse, pero existen límites a esos límites y el papel del juez en una democracia es preservar ambos límites. Los jueces deben asegurar la seguridad y existencia del Estado Democrático así como la realización de los derechos humanos, deben determinar y proteger la integridad del equilibrio adecuado

Finalmente, creemos pertinente aquí retomar la pregunta que nos hacíamos en un comienzo sobre la importancia de prestar atención a la revisión constitucional de las normas penales. Concordamos con Chia en el hecho de ver al derecho penal como uno de los instrumentos más poderosos con los que cuenta el Estado para modelar ciertas conductas ciudadanas y para lograr ese objetivo aplica un mal gravoso sobre un bien valioso<sup>64</sup>. Luego, si pensamos que por regla general esos bienes valiosos se expresan en la forma de derechos fundamentales, nada impediría pensar que el establecimiento de los tipos penales -mal gravoso- y sus consecuentes penas deviene necesariamente en la afectación de estos derechos. En especial, si aceptamos que parte del contenido normativo de un enunciado jurídico tiene su explicación en las relaciones de poder de quienes las elaboran, ese contenido de poder demandaría, para Fernández Cruz, una interpretación de la ley conforme con la Constitución capaz de cumplir una función de garantía y límite al poder del Estado, así como de transformación social. Dicho lo anterior, no sería posible ni admisible, entonces, como decía Peredo, entregarle en “carta blanca” al legislador la regulación de los derechos que la Constitución resguarda.

## **6. Propuestas de solución al caso.**

### **La importancia de recordar el mandato del artículo 6° de la Constitución.**

No podemos perder de vista que las Constituciones son un límite al poder y no les está permitido a los jueces constitucionales que se desvinculen de lo prescrito por ella<sup>65</sup>. De tal manera que cualquiera sea la solución que tome el Tribunal Constitucional debe ser aquella que vaya en directa consonancia con los preceptos que mandata la Carta Política. Podría entenderse, entonces, que el legislador penal, si bien posee cierta discrecionalidad en su actuación -tal como ocurre con otros poderes del Estado-, esa “libertad” decisional esta demarcada por los límites que le impone el respeto por los derechos fundamentales. Y es él, en virtud del principio de funciones, precisamente el encargado de resguardar que así se cumpla. En esta parte, queremos ofrecer tres alternativas que podría tomar el juez constituyente para decidir, a nuestro juicio, conforme a la Constitución.

#### 6.1. Primera alternativa:

No existe un real conflicto de derechos y es necesario limitar al legislador en materia de política criminal

#### *a) La protección del núcleo esencial de los derechos fundamentales.*

---

<sup>64</sup> Chia A. Eduardo (2012): “El Tribunal Constitucional chileno y los límites del derecho penal: breve examen crítico”, en Revista de Derecho Público. (Vol. 76, 1er semestre) pp.355-371.

<sup>65</sup> Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters)

Recordando lo dicho más arriba, el Tribunal Constitucional, como último intérprete de la Constitución, tiene el deber de proteger y, en su caso, restaurar la supremacía constitucional. La interpretación judicial de la Carta Magna es una tarea de una gran responsabilidad puesto que plantea el problema de la politización de la justicia y la juridificación de la política, ya que en ambos casos existe el riesgo de caer en el vicio del activismo judicial, riesgo que implica que los jueces puedan quedar atrapados por la opinión dominante que pudiera ser contraria con las normas constitucionales. Es importante, entonces, que la revisión judicial evite constituirse en un poder ilimitado en manos de los jueces constitucionales<sup>66</sup>.

Para revisar la constitucionalidad de una norma aplicada a un caso concreto, el Tribunal puede utilizar -y así lo ha hecho el TC chileno- diferentes métodos que le permitirán dilucidar si el precepto impugnado posee un sentido constitucionalmente idóneo. Lo anterior, se traducirá en interpretar el precepto con la norma constitucional de manera que para que pueda existir en el ordenamiento ella deberá estar acorde con el texto constitucional y con ello consagrar el Estado Constitucional de Derecho<sup>67</sup>. Este procedimiento no tiene la pretensión de disminuir el valor de las leyes, sino sólo busca resguardar que éstas guarden coherencia con el texto constitucional de manera que el sistema jurídico se encuentre en plenitud y sintonía constitucional.

Luego, frente al caso que hemos estado revisando, el Tribunal podría aplicar diferentes alternativas de solución. Una primera opción, sería entender que en el asunto sometido a su revisión existe un real conflicto de derechos entre el garantía constitucional de la igualdad ante la ley del imputado, afectada por la imposibilidad de acceder a la medida alternativa de libertad condicional y el derecho punitivo del Estado. Con ese punto de partida, procedería luego a decidir dos opciones respecto a los derechos: si jerarquizarlos o ponderarlos. Sin embargo, la jerarquización no parecería una solución idónea para este asunto, puesto que no podría entenderse a ninguno de los derechos involucrados como superior al otro, ya que si así lo hiciera la solución pasaría por dejar fuera al derecho de “rango inferior”, alternativa del todo inviable dados los bienes jurídicos involucrados.

Una segunda alternativa para el TC sería aplicar el *balancing test* o ponderación, sopesando el derecho de igualdad del imputado y el *ius puniendi* estatal para lograr determinar cuál de los dos sería el derecho más importante en el caso concreto, en otras palabras el que tendría “más peso”. Para Fernández Cruz, este sería el criterio estructural para la concreción de los derechos fundamentales que otorgaría una mayor protección constitucional a los principios y límites al *ius puniendi* estatal, no obstante su inherente irracionalidad. La libertad, entendida como uno de los supervalores del Estado de Derecho, haría merecedor de un juicio de proporcionalidad que permitiría reprimir, eficazmente, toda sospecha de alguna presencia de excesos en las intervenciones estatales<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*

<sup>67</sup> Pérez Casaverde, Efraín (2013): *Manual de derecho constitucional*. (Lima, Perú. Adrus editores)

<sup>68</sup> Fernández Cruz, José Ángel (2010): “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?” en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 17, N° 1), pp. 51-99

Sin embargo, los resultados que traería esta segunda alternativa podrían generar graves consecuencias, algunas de las cuales el propio autor había ya vislumbrado. En efecto, Fernández Cruz es consciente de que el juicio de proporcionalidad como medio de racionalización del derecho en sede constitucional ha sido objeto de una intensa crítica, en atención a su carácter irracional y a la ilegitimidad que tendría el TC para aplicarlo como parámetro de constitucionalidad de las leyes<sup>69</sup>. Concordamos con su crítica, respecto a la irracionalidad de la medida, por cuanto es un juicio cargado de subjetividad, con un alto componente valorativo y que, finalmente, no asegura que la decisión adoptada sea la única decisión correcta al no poder desligarse de valoraciones que no son controlables por el propio juicio de constitucionalidad aplicado, tal como el propio Alexy sostenía. Luego, en atención al segundo argumento, porque el juicio constitucional de proporcionalidad le correspondería, con exclusividad, a los órganos políticos<sup>70</sup>.

Por otra parte, el test de proporcionalidad utiliza un sistema que, en definitiva, no es posible de aplicar porque entre derechos no habría nada que ponderar, entendiendo esto último como el acto de limitar un derecho para alcanzar un cierto fin. Se aplicarlo al caso que estamos revisando, sería difícil imaginar que el derecho a un igual trato del imputado debiera verse afectado por el derecho del Estado a aplicar penas, así como tampoco podría pensarse que se redujeran las políticas criminales de protección de la sociedad, aplicándolas de manera parcial. Ambos derechos son igualmente necesarios y deseables para cada parte, de modo que no podría darse como solución el considerar un derecho “más pesado que el otro”, dejando el “más liviano” en evidente indefensión.

En ese sentido, para García Amado, el problema de la ponderación es que con ella los derechos fundamentales ya no son límites en sí, sino que el límite o su falta lo determina la balanza del ponderador, lo que él llama el *ponderometro*<sup>71</sup>. Y el problema grave que vislumbra sobre ello es que, basándose en las ideas de Alexy, será el mismo juez el que decida si se trata de una regla ordinaria, principio o una regla de validez estricta. Ósea, si es norma derrotable o no, lo que sin duda irá en directa relación con la ideología del sujeto. Con ello, las normas constitucionales se vuelven dúctiles y los derechos de los ciudadanos se vuelven “modosos”. Por último, el juicio de control constitucional de proporcionalidad plantea un problema de compatibilidad con la exigencia de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En efecto, “la determinación del núcleo central del derecho” plantea que la imagen del conflicto puede colaborar activamente a plantearse la necesidad de definir el contenido esencial para despejarlo. Así, para los profesores Pablo, Rubio, Gómez y Alfonso “la distinción entre el núcleo o contenido esencial y los contenidos periféricos de cada derecho podrían ser una alternativa adecuada para resolver ciertos casos, ya que -estiman- siempre será preferible sacrificar el contenido periférico de un derecho fundamental cuando colisione con el contenido esencial de otro”<sup>72</sup>. Luego y tal como lo sostienen Serma y Toller, en la situación planteada será necesario pensar ambos derechos desde su contenido esencial y,

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> García Manado, Juan Antonio (2016): *Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven*, en: García Amado, Juan Antonio, *Razonar sobre derechos*. (Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch) pp. 15-80.

<sup>72</sup> En ese sentido también: Aldunate, Eduardo (1993). “Interpretación Constitucional y Decisión Política”, en: *Revista de Derecho*, (N° XV), pp. 31-66.

para resolver este asunto, se requerirá delimitar adecuadamente su naturaleza para así poder concluir qué se encuentra amparado en el derecho y qué se ha extralimitado determinando el ámbito de los derechos supuestamente colisionantes. De tal forma, se podría llegar a la conclusión de que no existiría en este caso un conflicto real de derechos, sino que lo que debe revisar en realidad el Tribunal en cada derecho involucrado es su núcleo esencial.

Para Peredo, por su parte, el contenido mínimo de un derecho es aquel reconocido en las Cartas Fundamentales a partir de las prohibiciones y afirmaciones que lo constituyen y el legislador sólo podrá regular los derechos reuniendo los requisitos de determinación y especificidad, respetando el contenido esencial del derecho, y los postulados de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo demás, lo que busca la teoría del contenido mínimo es precisamente evitar que la ley sea arbitraria, es decir, que la actuación del legislador sea “intrínsecamente injusta”<sup>73</sup>

En ese mismo sentido, los derechos fundamentales no son creación del Estado sino que éste sólo los reconoce por medio de la Constitución y garantiza su ejercicio por medio de un orden jurídico. Son normas imprescindibles, inalienables e innegociables, pero no así ilimitados porque están sujetos a límites inmanentes derivados de su coexistencia con otras normas constitucionales<sup>74</sup>. Existe, pues, en ellos un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos constitucionales garantizados y, de otra parte, está el contenido esencial absolutamente intangible para el legislador. Así, si bien los derechos fundamentales tienen límites, éstos no pueden disminuir la esencia del valor de la dignidad de la persona. Existe en ellos un núcleo resistente que debe ser preservado aún cuando concurren razones justificatorias de su limitación y ese contenido esencial debe entenderse como una garantía constitucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos por la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos fundamentales.

Aún más, el Tribunal debería también considerar que el legislador se encuentra vinculado con la Constitución, pero también con el resto del ordenamiento jurídico y de las otras normas que lo vinculan, como el denominado bloque de constitucionalidad. Desde la Constitución aparecería parcialmente programada la acción del legislador, lo que no involucra las opciones políticas y de gobierno. En ese sentido, los derechos fundamentales no serían simples derechos subjetivos, sino que incluyen aspectos objetivos en los que es fundamental la acción del legislador. El contenido esencial de los derechos es, pues, fuente de obligaciones legislativas y es ahí desde donde el legislador debe partir a la hora de legislar. Y la noción de este contenido esencial, como garantía constitucional, es inmutable en la medida que su fijación está entregada a un proceso interpretativo del que es protagonista el Tribunal Constitucional. De modo tal, que la adopción de una medida legislativa constituirá un deber jurídico constitucional en cuanto sea condición previa y necesaria para desplegar la actividad pública que condiciona el ejercicio efectivo del derecho; eso sí, siempre dentro de los límites de su contenido esencial<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters)

<sup>74</sup> Pérez Casaverde, Efraín (2013): *Manual de derecho constitucional*. (Lima, Perú. Adrus editores)

<sup>75</sup> Gómez Puente, Marcos (1997): *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. (Madrid, España. Editorial Macgraw-Hill).

Lo anterior, guardaría estrecha relación con el artículo 19, numeral 26, de la Constitución Política que garantiza que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, derecho que, por lo demás ha sido citado en un sinnúmero de sentencias por el propio Tribunal Constitucional. Así por ejemplo, la Magistratura ha sostenido que “es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas. El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular (...)”<sup>76</sup>.

Así, con lo arriba expuesto, y aplicando la teoría del núcleo esencial, el TC podría llegar a la convicción de que el contenido esencial del *ius puniendi* estatal es la finalidad para lo cual está consagrado, esto es, la defensa de la sociedad contra hechos dañosos de los sujetos que cometen delitos, resaltando con ello el valor de la dignidad humana<sup>77</sup>. Luego, la acción punitiva del Estado no busca infligir el mal por sí mismo y la opción de privar de libertad al sujeto debe adoptarse sólo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia<sup>78</sup>. A ello debe sumarse el hecho de que la aplicación de medidas sustitutivas de las privativas de libertad no es sinónimo de impunidad ni de beneficio y que, en definitiva, la medida que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad al delito consumado de porte ilegal de arma de fuego resulta desproporcionada e inequitativa en relación a otros condenados por delitos incluso más graves<sup>79</sup>. Luego, que el *ius puniendi* estatal, al encontrarse inspirado por las normas del derecho penal, exige que se cumpla con el principio de proporcionalidad de las penas, lo que en el caso concreto no se cumpliría toda vez que el incremento de la pena no dice relación con la gravedad del delito expresado a través del *quantum* de la pena<sup>80</sup>, lo que además advierte una sustancial desproporción en relación con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad. Con estos argumentos, el Tribunal podría acoger la impugnación del precepto impugnado de la Ley N° 18.216.

Ahora bien, y en relación a la norma impugnada de la ley N° 17.798, el Tribunal podría hacerse cargo de los conceptos de política criminal y de deferencia razonada. En ese

---

<sup>76</sup> Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 1995, Rol N° 226 considerando 47°. En el mismo sentido, STC roles N°s: 280 c. 29; 2475 cc. 6 y 20; STC Rol N° 2684, c. 27; STC Rol N° 2841, c. 22

<sup>77</sup> Tribunal Constitucional, 4 de septiembre de 2008, Rol N°4602-2018, considerando 2° de la disidencia de los Ministros Aróstica, Romero, Brahm y Letelier.

<sup>78</sup> *Ibíd.* Considerando 3.

<sup>79</sup> *Ibíd.* considerando 5°.

<sup>80</sup> *Ibíd.* considerando 7°



sentido, la legitimación de la aplicación del Derecho Penal forma parte de la actividad estatal y justifica sus actividades de persecución, pero también lo limita puesto que la provisión de seguridad es una actividad que desde hace mucho tiempo es considerada una de las bases del Estado, tanto como omisión a la intromisión en los bienes y libertades de los ciudadanos como de su protección. Luego, en el Estado Constitucional, el legislador penal tiene como único límite jurídico las disposiciones de la Constitución, de modo que ésta cláusula del Estado de Derecho, en conjunto con los derechos fundamentales, sienta los límites a la potestad estatal de restringir la libertad mediante la definición de ciertas conductas como delito<sup>81</sup>.

*b) Limitaciones constitucionales al legislador en materias de política criminal.*

En relación a las (proliferación de) políticas criminales actuales, el Tribunal podría tener en consideración el complejo diagnóstico que desde hace veinte años viene declarando Zagrebelsky respecto del Derecho Penal<sup>82</sup>. Así, el autor evidencia la pulverización del derecho legislativo penal ante la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, de reducida generalidad, hasta el extremo de llamarlas *leyes-medida* en las que no existe una intensión regulativa en sentido propio, es decir medidas en lugar de normas. Lo anterior, vendría a complejizar la ya existente confusión en la relación autoridad pública-libertad privada. Para el autor, las razones de ello habría que buscarlas en los caracteres de la sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en lo que llama el “mercado de las leyes”. Luego, la intervención creciente de estos grupos determina situaciones sociales de rápida transformación que requieren normas jurídicas ad hoc, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. A lo dicho, Zagrebelsky le agrega la gran cantidad de entes que participan en la elaboración de la ley, orientando su elaboración a un espíritu ocasional que atenta el principio de abstracción propio y necesario de la ley. Para el autor, lo anterior reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación y pasa, en su defecto, a expresar un desorden al que intenta poner remedio *ex post factum*. Esta crisis de la ley también lo ve en su actual personalización, es decir, que proviene de grupos identificables y se orienta, a su vez, a grupos igualmente identificables que persiguen intereses definidos y particulares. De lo anterior a la crisis de la codificación hay, a su juicio, sólo un paso.

Luego, y como consecuencia de esta proliferación del Derecho Penal en las sociedades modernas, al Tribunal debiera resultarle interesante la relación entre la Criminología, como ciencia, y el Derecho<sup>83</sup>. De dicha ciencia emanan muchas de las políticas criminales aplicadas en nuestros días, lo que ha producido que el derecho se vaya orientando a una deriva científicista. El problema que ello trae consigo es que la ciencia hoy en día es origen de múltiples incertidumbres, las que no son resueltas por ella misma, ya sea

---

<sup>81</sup> Sternberg-lieben, Detlev (2016): “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en: Hefendehl, Roland y otros, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, España. Editorial Marcial Pons).

<sup>82</sup> Zagreblesky Gustavo (2012): *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*. (Madrid, España. Editorial Trotta).

<sup>83</sup> Esteve Pardo, José. Tejada Palacios, Javier (2013): *Ciencia y derecho: la nueva división de poderes*. (Madrid, España. Fundación Coloquio Jurídico Europeo)

porque ha renunciado a ello o porque se ve incapaz de ofrecer certezas inapelables, al menos a corto y mediano plazo. Y es ahí donde el derecho y los poderes públicos se han visto enfrentados al deber irrenunciable de tomar una decisión sin que la ciencia les ofrezca certidumbre alguna, al menos en el corto plazo. Entonces, ha resultado que el derecho ha renunciado a los modelos de decisión y regulación propios de una ciencia que nunca había tenido que construir expedientes de regulación. Como ciencia, la Criminología no resuelve incertidumbres, sino que las amplifica con sus avances y sus conocimientos. Luego, la decisión no quedará en la órbita de la ciencia, sino que del derecho y con ello se lo estará aplicando bajo razonamientos de ciencia. Todo esto ha traído como consecuencia que el derecho ha dejado de cumplir con su función de dotar de legitimidad y seguridad a esas mismas decisiones y regulaciones. Y con todo, lo más complejo: la eventualidad de que en un tiempo futuro la Criminología estime revisar sus postulados, lo que haría pensar en la necesidad de que el derecho también lo hiciera. Y, en el caso de que ambos se reformularan por considerar que sus postulados han perdido vigencia, es de imaginar que ello traería como consecuencia un sinnúmero de perjuicios producto de medidas consideradas ahora como infundadas. Al parecer, no parecería del todo acertado entregarle la responsabilidad de elaborar nuevas formulas de decisión a las ciencias, renunciando con ello a la construcción de fórmulas de decisión acordes con los requerimientos y objetivos propios del Derecho<sup>84</sup>.

De lo anteriormente expuesto, el Tribunal podría inferir que la modificación a la Ley N° 17.798, vendría a estar inserta dentro del fenómeno de las políticas criminales de los últimos años, conformadas por leyes desorgánicas y episódicas. Luego, que su multiplicación ha provocado una dificultad por parte de la sociedad de ser conocidas, así como un sentimiento de inseguridad ante sus frecuentes modificaciones. Lo anterior, ha visto comprometida la igualdad en la aplicación de la ley, toda vez que se utilizan leyes-medida, a falta de normas generales y abstractas. En el caso analizado, la normativa impugnada sería, en efecto, una ley-medida por cuanto impondría un trato diferenciado a todo aquél que porte armas de fuego sin autorización, independiente de si con ella hubiese cometido un delito empleado en un fin lícito. Lo anterior, importaría un trato desigual entre iguales e infringiría desmesuradamente la garantía de la igualdad ante la ley.

Por otra parte, el TC no debiera olvidar que el Derecho Penal es la *ultima ratio*, de manera que la necesidad de criminalización de una conducta sólo debiera ser considerada cuando la pena sea el único medio efectivo restante para la protección de bienes jurídicos. En términos precisos, la criminalización de una conducta sólo puede considerarse necesaria cuando la conducta a omitir pueda poner en peligro un bien jurídico considerado digno de protección penal. Y si bien el legislador goza de la prerrogativa de evaluar cuándo una conducta legitima medidas de evitación, habrá que exigirle también que en todos los casos demuestre la existencia del peligro mediante pronósticos operacionables. Una total ausencia de éste debiera ser el medio de control más efectivo en la jurisdicción constitucional<sup>85</sup>.

Luego, en relación a la deferencia razonada al legislador, el Tribunal podría señalar que, en un principio, ella no es absoluta. Así, si bien la deferencia razonada se funda en los pilares del respeto al ámbito de autonomía del legislador y de la presunción de

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> Naucke, Wolfgang (2016): "Prevención general y derechos fundamentales de la persona", en Naucke-Hassemmer-Lüderssen, *Principales problemas de la prevención general*. (Buenos Aires, Argentina. Editorial Ib de F) pp. 15-44.

constitucionalidad que gozarían sus actos, el legislador no es totalmente autónomo en sus decisiones, pues éstas deben inspirarse en la supremacía constitucional. De modo tal, que si bien es cierto que dentro de ella podrá crear normas según las consideraciones políticas, sociales, y económicas que estime pertinentes, en ningún caso eso significa que ostenta para su concreción de un espacio discrecional<sup>86</sup>, puesto que dicha “discrecionalidad” sólo se traduce en la libertad de dictar las normas que le permite su esfera de potestades. Así, el legislador no actúa a su arbitrio, puesto que siempre tiene un marco de acción.

Ahora, si bien es cierto que la política criminal la fija el legislador dentro de los límites constitucionales<sup>87</sup>, y que al Tribunal no le corresponde ponderarla, al legislador tampoco le está permitido crear leyes fuera del marco constitucional. Y para que ello se cumpla efectivamente, el TC tiene la potestad de revisar que el legislador no atente en contra de la supremacía constitucional dictando normas contrarias a la Carta Fundamental. Lo anterior, no es un mérito político sino jurídico, el más importante.

Por otra parte, y en relación al segundo pilar, la deferencia razonada no consiste en aceptar acríticamente el parecer del legislador, sino que obliga al ejercicio crítico serio y disciplinado de la observación del juez constitucional. De forma tal, que no bastará la simple duda del Tribunal para destruir la presunción de legalidad, sino que deberá hacerlo proporcionando argumentos sólidos que prueben la existencia de los vicios concretos de inconstitucionalidad que justifiquen la decisión invalidatoria<sup>88</sup>.

## 6.2. Segunda alternativa: Volver al origen y aplicar los principios jurídicos

Todo lo anterior se vería reforzado con más fuerza si el TC incluyera en su argumentación algunos de los principios que informan su labor hermenéutica. Así, podría enunciar el principio de unidad de la Constitución, que exige que todas las disposiciones constitucionales sean vistas como un todo armónico y sistemático. El principio de concordancia práctica, que ordena que las disposiciones constitucionales se encuentren en una relación de concordancia vistas dentro de un sólo sistema, a pesar de que sus disposiciones puedan referirse a hechos diversos. Este principio, en particular, se vuelve el mejor recurso de legitimación del Tribunal para la búsqueda del consenso y de diálogo social, ya que por medio de él se busca optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre las que puede darse una relación de tensión en la práctica. Exige, en definitiva, determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otras exigencias constitucionalmente relevantes y orienta la decisión, entre dos preceptos constitucionales en colisión en un caso concreto, a evitar la exclusión de uno en perjuicio del otro y con ello su sacrificio<sup>89</sup>.

Podría enunciar también el principio de la función integradora, que le exige al juez constitucional elegir aquella interpretación que sea justa, razonable, adecuada y que

---

<sup>86</sup> Zapata Larraín, Patricio (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Chile. Editorial Jurídica).

<sup>87</sup> Tribunal Constitucional, 4 de septiembre de 2018, Rol N° 4602-2018, considerando 4°.

<sup>88</sup> Zapata Larraín, Patricio (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Chile. Editorial Jurídica).

<sup>89</sup> Pérez Casaverde, Efraín (2013): *Manual de derecho constitucional*. (Lima, Perú. Adrus editores).

garantice la efectividad de los derechos fundamentales que justifique la decisión tomada, permitiendo la integración de todas las disposiciones constitucionales. Por último, podría valerse del principio de la fuerza normativa de la Constitución, que ordena valorar la norma como un rango supremo puesto que sus disposiciones son mandatos de optimización, de modo que el operador jurídico está en la obligación de interpretar las disposiciones constitucionales como órdenes superiores sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Por la fuerza normativa de la Constitución la interpretación debe expresar razones propiamente constitucionales, es decir, consagrar los valores y los principios constitucionales y ordenar que toda interpretación ajena a la conformidad constitucional deba ser rechazada de plano con el fin de no contaminar la supremacía constitucional y la conformidad de sus enunciados como principios y valores superiores.

De la aplicación de estos principios, el TC podría argumentar que la política criminal del legislador, en el caso concreto, afectaría la igualdad ante la ley del requirente al tratarlo diferente respecto de otros que se encuentran en iguales circunstancias y le impide, sin justificación razonable, a optar una pena sustitutiva.

### 6.3. Alternativa tres:

Aplicar el test de margen proporcionado en la revisión de la constitucionalidad de la norma cuestionada

Para la aplicación de esta prueba, la profesora Peredo señala que el TC debe realizar un test de subsunción de la Constitución a la ley y dilucidar si el legislador ha cometido un error evidente o abiertamente contrario a ella. Y para ello, se siguen tres pasos: primero, el Tribunal deberá determinar si existe arbitrariedad en la ley a partir de las competencias constitucionales del legislador subsumiendo la ley a la Carta Fundamental. Luego, debe revisar si existe una inconstitucionalidad (por arbitrariedad) patente a primera vista, de modo que tuviera dudas al respecto, podría aplicar el control de margen de apreciación del legislador proporcionado. Por último, deberá resolver si el legislador está afectando el contenido mínimo del derecho conforme a las normas vigentes y, en particular, al mandato constitucional de no afectación de la esencia de los derechos (artículo 19, N° 26, CPR). Ello, pues hay que recordar, como decía Alexy, que el legislador no es garante de los derechos<sup>90</sup>

Así, aplicando el test de margen proporcionado en el conflicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 17 B de la ley de control de armas, se podría ver que la primera fase del test resultaría insuficiente para solucionar el conflicto, toda vez que de la mera evidencia de la aplicación en subsunción de la norma impugnada a la única norma constitucional que condiciona el porte de armas (artículo 103 CPR) se extrae que no es posible deducir su constitucionalidad. De modo tal, que habría que pasar a la segunda fase, o sea, verificar si la norma impugnada resulta desproporcionada en la restricción de los derechos fundamentales que la misma Constitución entrega al margen de apreciación del legislador penal. En ese caso, a juicio de la profesora Peredo no habría error manifiesto o evidente porque la propia Constitución establece que el legislador es quien debe configurar los delitos y sus penas, de manera tal que sí se encontraría ejerciendo labores dentro de sus competencias de lo que queda dilucidar si acaso el mandato legal, de excluir el delito de porte ilegal de armas de fuego al acceso a las reglas generales de determinación de las

---

<sup>90</sup> Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters)

penas resulta proporcionada en relación a los preceptos constitucionales que regulan las garantías penales.

Para Peredo, lo anterior nos llevaría a la necesaria conclusión que el establecimiento del régimen especial ya señalado es una especie de discriminación arbitraria por ser una exclusión desproporcionada en relación a los otros delitos que están excluidos de esa medida. Ello, sumado a la imposibilidad del juez de fijar el quantum de la pena respecto de esos delitos versus otros aún más graves, lleva a considerar que se trata de una desproporción no del tipo intrínsecamente injusta, sino de un ejercicio arbitrario del margen de apreciación que la Constitución entregó al legislador. Además se deduciría que habría una infracción al debido proceso por existir una alteración en el peso de la prueba penal y una infracción por exceso de poder por parte del legislador al establecer como regla la presunción de culpabilidad, ello en relación al artículo 19, N° 7, letra e). Por último, el test arrojaría que el legislador excedería su margen porque la legislación que limita la aplicación de los beneficios para esta clase de delitos altera el sentido resocializador de las penas y la justa determinación de ellas<sup>91</sup>.

En definitiva, quedaría manifiesto para la autora que los Tribunales Constitucionales no poseen competencia para participar directamente en el proceso de decisión política, sino que sólo pueden actuar como remedio ante la política mal diseñada, irracional, injusta o desproporcionada, operando como *ultima ratio* en razón de su competencia constitucional. De igual modo, se comprende que es el legislador quien posee un amplio margen de decisión sobre los asuntos políticos, debiendo velar por adoptar las decisiones dentro de su competencia. Y esta tensión que pudiera llegar producirse entre ambos poderes, y que para Peredo se produce entre las variables de discrecionalidad-inmunidad, no hay que olvidar que las políticas son materias de inmunidad limitada, versus los derechos que son áreas de inmunidad plena por ser inherentes a la naturaleza humana<sup>92</sup>. Con ello, volvemos a la idea expuesta en el título de este acápite: es el Congreso quien hace leyes y el TC las revisa, aunque ello pudiera afectar las decisiones del primero; y eso está bien, porque lo que importa, en definitiva, y en especial, lo que le importa a los destinatarios de las políticas públicas es que se respete lo que dice la Constitución, por ser su garantía ante los abusos de poder.

Es interesante destacar aquí que el margen de apreciación se encuentra en estrecha relación con la segunda alternativa aquí expuesta, esto es, con el contenido mínimo de los derechos<sup>93</sup>. Así, la Constitución asegura derechos en los que preexiste un contenido mínimo o intrínseco, que no admite ningún margen de apreciación de parte del legislador, no obstante la potestad a él encomendada por el principio de reserva legal. En ese sentido, queda de manifiesto que el contenido mínimo de los derechos supone facultades e inmunidades para su ejercicio y el legislador no podrá, so pretexto de regularlos, anular el contenido de lo que esta encomendado no afectar. Lo anterior, también alcanza para el Tribunal Constitucional

---

<sup>91</sup> Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters)

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> *Ibíd.*

## 7. Conclusiones

Luego de haber revisado pormenorizadamente cada uno de los aspectos del asunto que fue sometido a revisión ante el Tribunal Constitucional, es posible extraer algunas conclusiones:

1. Primero, que no es necesario que el TC aplique preferentemente el test del balance para resolver la eventual inconstitucionalidad de una norma. Ello, por cuanto existen otros métodos incluso menos lesivos para los derechos ponderados que igualmente permiten obtener una respuesta constitucional, en muchos casos con resultados más óptimos. Por otra parte, existe en todo derecho fundamental un núcleo esencial que delimita su afectación y que no puede verse afectado jamás.
2. Es efectivo que el legislador ostenta la potestad para crear las políticas criminales que recojan las inquietudes de la comunidad ante incrementos de las conductas delictivas y mayores sensaciones de riesgo. Ello, por cuanto el Parlamento representa la voluntad soberana del pueblo, que lo ha escogido democráticamente. Sin embargo, esa potestad no es ilimitada, ya que se encuentra circunscrita a las normas y principios constitucionales, de modo que no le está permitido dictar normas contrarias a la Carta Fundamental. Por lo demás, tampoco es absoluta la deferencia razonada hacia el legislador.
3. Que si se diera el caso arriba expuesto, es decir, la creación de una norma con vicios de constitucionalidad, le corresponderá al Tribunal Constitucional la su revisión constitucional teniendo la facultad de declarar su inconstitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, N° 1, de la Constitución.
4. No es óbice para declarar dicha inconstitucionalidad que el legislador haya dictado la norma dentro de una determinada política criminal requerida por la sociedad, ya que no podría obviar la existencia de dicho vicio porque de hacerlo estaría incumpliendo con el deber que la propia Constitución le encomendó.
5. Luego, la competencia entregada al Tribunal no es discrecional, ya que está fijada por el derecho. Así, el artículo 93 de la Constitución, en su numeral 6°, le ordena expresamente resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a ella.
6. En la mayoría de los asuntos revisados por el TC donde ha rechazado la inaplicabilidad de estas normas, el Tribunal ha resuelto entre otras razones, que no se ve afectada la igualdad ante la ley del requirente y que la norma se circunscribe en una política criminal respecto de la que no le está permitido referirse.
7. En relación a lo anterior, estimamos que el Tribunal no ha cumplido de manera efectiva con el mandato impuesto por la Constitución, ya que, en estos casos, no ha realizado un análisis pormenorizado de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma justificando el respeto que le debe a las decisiones jurídico-penales del legislador en el

marco de la conformación de políticas criminales. A nuestro juicio, ello importaría una grave afectación del Estado de Derecho.

8. Que revisar la constitucionalidad de una norma no significa per se una intromisión por parte del TC a la actuación del legislador, por cuanto son actuaciones diferentes y con finalidades diversas. De este modo, no es posible subsumir una intervención al legislador contraía a la separación de poderes fundada en una revisión constitucional.
9. No está permitido por nuestra Constitución que se apliquen políticas criminales que atenten en contra el Derecho. Es deber del legislador, como creador de éstas, respetarlo y será la protección de los derechos fundamentales la que actuará como un límite a la expansión de dicha política.
10. Que la deferencia razonada debe tener un límite y ese límite lo pone la Constitución, como estandarte del respeto por el Estado de Derecho. Si el TC, bajo el argumento de esta deferencia, no declara la inconstitucionalidad de una norma inserta en una política criminal, ello provocaría un grave atentado a todo el ordenamiento jurídico y dejaría a los ciudadanos en la indefensión de la vulneración de sus derechos fundamentales. Una adecuada interpretación constitucional es especialmente necesario, en especial cuando de libertades a los ciudadanos se trata y siempre velando por la esencia de cada derecho, tal como lo mandata el artículo 19, N° 26, CPR. De lo contrario, ocurrirá, como en el caso revisado, que si el TC no declara la inconstitucionalidad ante la presencia de un error manifiesto en una norma, ¿Quién protegerá entonces a la Constitución?

## Bibliografía

Aguayo Vásquez, Felipe. Cáceres Díaz Jorge (2016): “Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.813 respecto de los delitos que contempla la ley de control de armas”. Memoria de prueba para la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2018], [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142393/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-de-las-modificaciones-introducidas-por-la-Ley-No.%2020.813.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ]

Aldunate, Eduardo (1993). “Interpretación Constitucional y Decisión Política”, en: *Revista de Derecho*, (N° XV), pp. 31-66.

Aranda Álvarez, Elviro (1998): *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional. Centro de estudios políticos y constitucionales*. (Madrid, España. Editorial Marcial Pons).

Bascur Retamal, Gonzalo Javier (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas”. [Fecha de consulta: 10 de

noviembre de 2018], [Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_23/Vol12N23D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23D1.pdf)]

Cea Cienfuegos, Sergio y Morales Contardo, Patricio (2018): *Control de Armas*. (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

Chia A. Eduardo (2012): “El Tribunal Constitucional chileno y los límites del derecho penal: breve examen crítico”, en *Revista de Derecho Público*. (Vol. 76, 1er semestre) pp.355-371.

Esteve Pardo, José. Tejada Palacios, Javier (2013): *Ciencia y derecho: la nueva división de poderes*. (Madrid, España. Fundación Coloquio Jurídico Europeo).

Fernández Cruz, José Ángel (2010): “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?” en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 17, N° 1), pp. 51-99

Fernández Cruz, José Ángel (2014): “Tribunal Constitucional y Derecho Penal: un estudio crítico”, en: *Revista Estudios Constitucionales* (Año 12, N° 2), pp. 187-238.

Fernández Cruz, José Ángel (2016): “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 22, N° 2), pp. 153-188.

Fiscalía Judicial, Corte Suprema. (2018): *Principales problemas detectados en las visitas de las cárceles realizadas el año 2017 por los fiscales judiciales*. Informe N° 1. [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2018]. [Disponible en: [https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180219/asocfile/20180219123321/informe\\_fiscalia\\_carceles.pdf](https://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20180219/asocfile/20180219123321/informe_fiscalia_carceles.pdf)]

García Manado, Juan Antonio (2016): *Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven*, en: García Amado, Juan Antonio, *Razonar sobre derechos*. (Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch) pp. 15-80.

Gómez Puente, Marcos (1997): *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. (Madrid, España. Editorial Macgraw-Hill).

Häberle, Peter (2008): “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en: *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho* (Año 6, N° 11) Pp. 29-61. [Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2018], [Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3743350>]

Henríquez Viñas, Miriam (2009): *Las fuentes formales del derecho*. (Santiago, Chile. Legal Publishing).

Husak, Douglas (2013): *Sobrecriminalización. Los límites del derecho pena*. (Madrid, España. Marcial Pons).



Jacobs Günther. Polaino Navarrete, Miguel (2006): *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal* (Lima, Perú. Editorial jurídica Grijley).

Kindhäuser, Urs. Mañalich, Juan Pablo (2011): *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*. (Buenos Aires, Argentina. Editorial IB de F).

Kühlen, Lothar (2012): *La interpretación conforme a la constitución de las leyes penales*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons)

Marcilla Córdoba, Gema (2012): “Argumentación en el ámbito legislativo y prestigio de la ley penal. En: constitución y sistema penal”, en Hortal Ibarra, Juan Carlos, *Constitución y Sistema penal*. (Madrid, España. Marcial Pons).

Martínez, Gutemberg (1998): *Fiscalización Parlamentaria y Comisiones Investigadoras. Análisis y propuestas*. (Santiago, Chile. Editorial Andrés Bello).

Naucke, Wolfgang (2016): “Prevención general y derechos fundamentales de la persona”, en Naucke-Hassemer-Lüderssen, *Principales problemas de la prevención general*. (Buenos Aires, Argentina. Editorial Ib de F) pp. 15-44.

Peredo Rojas, Marcela Inés (2018): *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

Pérez Casaverde, Efraín (2013): *Manual de derecho constitucional*. (Lima, Perú. ADRUS editores) .

Robinson, Paul H. (2012): “El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena”, en Hortal Ibarra, Juan Carlos, *Constitución y Sistema penal*. (Madrid, España. Marcial Pons).

Romeo Casabona, Carlos María (2007): *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. (México. Ediciones Coyoacán).

Rusconi, Maximiliano (2007): *El origen constitucional de la imputación penal*. (Buenos Aires, Argentina. Editorial IB de F).

Soler, Sebastián (2018): *Exposición y crítica de la teoría del Estado peligroso* (Santiago, Chile. Ediciones Oljenik).

Sternberg-lieben, Detlev (2016): “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en: Hefendehl, Roland y otros, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, España. Editorial Marcial Pons).

Zagrebesky Gustavo (2012): *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*. (Madrid, España. Editorial Trotta).

Zapata Larraín, Patricio (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Chile. Editorial Jurídica).

#### **Jurisprudencia citada:**

(1995): Tribunal Constitucional, 30 de octubre de 1995, Rol N° 226-1995.

(2008): Tribunal Constitucional, 18 de diciembre de 2008, Rol N° 1.065-2008.

(2015): Tribunal Constitucional, 21 de enero de 2016, Rol N° 2.841-2015.

(2015): Tribunal Constitucional, 29 de enero de 2015, Rol N° 2.770-2015.

(2017): Tribunal Constitucional, 19 de octubre de 2017, Rol N° 3547-2017.

(2018): Tribunal Constitucional, 4 de septiembre de 2018, Rol N° 4602-2018.

#### **Normas jurídicas citadas:**

Decreto Ley N°5, que declara que el estado de sitio decretado por conmoción interna debe entenderse como “estado o tiempo de guerra”. Diario Oficial, 22 de septiembre de 1973.

Decreto Ley N° 230, que reajusta los sueldos de los trabajadores del sector público y privado. Diario Oficial, de 3 de enero de 1974.

Decreto Ley N° 559, que modifica las leyes sobre seguridad del Estado, control de armas y navegación aérea. Diario Oficial, de 12 de julio de 1974.

Decreto Ley N° 1060, que modifica la ley sobre control de armas. Diario Oficial, de 18 de junio de 1975.

Decreto Ley N° 1970, sobre normas acerca de adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. Diario Oficial, de 12 de noviembre de 1977.

Decreto Ley N° 2553, que modifica la ley sobre control de armas. Diario Oficial, de 19 de marzo de 1979.

Ley N° 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado. Diario Oficial, 6 de agosto de 1958.

Ley N° 17.798, que establece el control de armas. Diario Oficial, 21 de octubre de 1972.

Ley N° 18.216, que establece Medidas que indica como sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad. Diario Oficial, 14 de mayo de 1983.

Ley N° 18.342, que modifica el Código de Justicia Militar y otras disposiciones legales. Diario Oficial, 26 de septiembre de 1984.

Ley N° 20.014, que modifica la Ley N° 17.798. Diario Oficial, 13 de mayo de 2005.

Ley N° 20.477, que modifica la competencia de los Tribunales Militares. Diario Oficial, 30 de diciembre de 2010.

Ley N° 20.603, que modifica la ley N° 18.216. Diario Oficial, 27 de junio de 2012.