



Revista de derecho (Coquimbo)

ISSN: 0717-5345

ISSN: 0718-9753

Universidad Católica del Norte

Grez Hidalgo, Pablo; Wilenmann von Bernath, Javier

Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales

Revista de derecho (Coquimbo), vol. 26, 14, 2019

Universidad Católica del Norte

DOI: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0014>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371065576015>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

doi: 10.22199/issn.0718-9753-2019-0014

R E V I S T A
D E R E C H O



Coquimbo

ISSN: 0718-9753 (En línea)

Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales

A worrying development in constitutional review of criminal legislation in Chile

Pablo Grez Hidalgo*  <https://orcid.org/0000-0002-7793-2709>

Javier Wilenmann von Bernath**  <https://orcid.org/0000-0003-4237-3537>

*Estudiante de Doctorado, University of Edinburgh. Master en Derecho Público, U. College London

 pablo.grez@gmail.com

**Universidad Adolfo Ibáñez, Peñalolén, Chile. Profesor. Doctor Juris, Albert-Ludwigs-U. Freiburg.

 javier.wilenmann@uai.cl



Resumen:

Se analiza críticamente la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional referida al otorgamiento de penas sustitutivas. El artículo critica el razonamiento de fondo vinculado a las dos líneas incompatibles de razonamiento generadas por el TC, así como el tipo de orientación que la evolución de la línea jurisprudencial expresa y, ante todo, sus consecuencias institucionales.

Palabras Clave: Derecho penal; Control constitucional de leyes; Principio de proporcionalidad; Fines de la pena.

Abstract:

The paper criticizes recent case law by the Chilean Constitutional Court regarding probation granting. It contains criticism of the two substantive (and incompatible) reasoning lines developed by the Court, the type of institutional orientation that the generation of those two lines supposes and, especially, the institutional understanding and consequences expressed by these decisions.

Keywords: Criminal law; Constitutional review; Proportionality principle: Aims of punishment.

Fecha de recepción: 07 de junio de 2017 | Fecha de aceptación: 10 de abril 2018

Introducción:

Con fecha 13 de diciembre de 2016 en la causa Rol 2983-16 ("STC 2983"), el Tribunal Constitucional ("TC") resolvió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 195, 195 bis y 196 ter de la Ley 18.290 ("Ley de Tránsito"), cuyo texto tiene su origen en las modificaciones introducidas por la Ley 20.770 ("Ley Emilia"). La decisión en cuestión puso en movimiento el desarrollo de la línea jurisprudencial que, cuantitativamente considerada, ha tenido por lejos el mayor alcance en la historia del TC. Desde entonces, buena parte del output del TC lo constituyen respuestas vinculadas a requerimientos de inaplicabilidad enmarcadas en esta línea. El presente artículo se concentra en analizar los razonamientos que se encuentran en el origen de esta línea jurisprudencial, tanto en la STC 2983 como en las sentencias que fueron desarrollándose hasta su consolidación.

En el requerimiento que dio origen a la línea en cuestión se encontraban presentes dos tipos de alegaciones distintas. En particular, las dos primeras disposiciones atacadas tipifican como delitos ciertas infracciones a reglas de tránsito, mientras que el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito establece un régimen especial de ejecución de la sustitución de la pena de presidio respecto de los hechos de los delitos anteriormente indicados, en el evento de que hayan sido causadas lesiones gravísimas o la muerte de alguien en el accidente de que se trate (artículo 195 y 195 bis inciso segundo y 196 inciso tercero de la Ley de Tránsito).

La STC 2983 rechazó la solicitud de declaración de inaplicabilidad de las dos disposiciones que establecen tipos penales (los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito), y acogió en cambio el requerimiento en lo referido al régimen especial de ejecución de la pena del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. Este fue el origen de la extensa actividad del TC en el control de las reglas de otorgamiento de penas sustitutivas.

Así, poco tiempo después, el 27 de marzo del año 2017, el TC volvió a resolver sobre una materia relacionada, al acoger parcialmente una serie de requerimientos de inaplicabilidad de los artículos 1º de la Ley 18.216 ("Ley de Penas Sustitutivas") y 17 B de la Ley 17.798 ("Ley de Armas"), en sus versiones modificadas por la Ley 20.813¹, justamente en lo que dice relación con las reglas especiales relativas a la aplicabilidad de penas sustitutivas incluidas en el artículo 1 de la Ley de Penas Sustitutivas. Tratándose de este grupo de sentencias, el TC rechazó el requerimiento de inaplicabilidad de las reglas especiales de determinación de la pena incluidas en el artículo 17 B de la Ley de Armas, pero lo acogió en lo que dice relación con la denegación de la posibilidad de suspensión. Desde entonces, el TC ha acogido de forma sistemática los reclamos de inaplicabilidad vinculados al art. 1 inc. segundo de la Ley de Penas

¹ En particular son quince las sentencias dictadas por el TC a este respecto, todas dictadas con fecha 27 de marzo de 2017 a saber, (i) Rol 3062-16; Rol 3095-16 ; Rol 3109-16. Rol 3120-16. Rol 3134-16.; Rol 3135-16.; todas redactas en voto de mayoría por el ministro Pozo con voto de prevención del ministro Romero; y (ii) Rol 2995-16; Rol 3053-16; Rol 3177-16; Rol 3127-16; Rol 3172-16; Rol 3173-16; Rol 3174-16. Rol 3185-16; Rol 3187-16, estas últimas redactadas por el ministro Romero con prevención del ministro Pozo.

Sustitutivas, en lo que dice relación con la Ley de Control de Armas, y al art. 196 ter de la Ley de Tránsito.

En todos estos aspectos – control de decisiones de criminalización en los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito, de reglas especiales de determinación de la pena en el artículo 17 B de la Ley de Armas y, ante todo, de reglas especiales de selección de la pena aplicable en los artículos 196 ter de la Ley de Tránsito y 1° de la Ley de Penas Sustitutivas –, la reciente línea jurisprudencial en cuestión tiene un interés central en la evaluación del modo en que la justicia constitucional chilena razona al controlar la práctica punitiva del Estado. En la experiencia comparada, esto debiera resultar obvio: el control de constitucionalidad tanto respecto de decisiones de criminalización², como respecto de reglas sobre determinación o ejecución de la pena³ es crucial en el conocimiento de los estándares de razonamiento empleados por la jurisdicción constitucional en materia penal. En otras palabras, más allá de la enorme importancia que tienen en sí las reglas penales que participan de la regulación del tráfico vial o de la tenencia y uso de armas de fuego, decisiones tales como la STC 2983 o las sentencias relativas a la Ley de Armas debieran resultar ilustrativas de prácticas de razonamiento en el control de decisiones de criminalización y de sanción penal.

Esta relevancia ilustrativa ciertamente se confirma, como veremos, en el análisis de la línea jurisprudencial que nos interesa: ella revela de un modo especialmente claro la falta de estándares serios de control de decisiones legislativas con implicancia penal y una preocupante falta de consistencia entre los estándares argumentativos utilizados y los resultados a los que llega el TC. Mucho más preocupante es la auto-comprensión institucional del TC que manifiesta la línea jurisprudencial: como veremos, sus ministros no han tenido problemas con producir una línea jurisprudencial con argumentos decisivos contradictorios. La línea jurisprudencial que nos ocupa ilustra así los enormes problemas de la justicia constitucional chilena incluso en ma-

² En los Estados Unidos, el lugar más conocido de discusión constitucional sobre criminalización es, por cierto, el aborto y, en particular, *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992). También las decisiones en materia de control no abortivo de natalidad (*Griswold v. Connecticut*, 1965), de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo (*Bowers v. Hardwick*, 1986), revertido en *Lawrence v. Texas* (2003) y de pornografía (*Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 2002) tienden a ser catalogadas como “*decisiones fundamentales*” de la Corte Suprema. En Alemania, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal sobre sodomía consentida (BVerfG, 10.05.1957); sodomización de un menor (BVerfG, 02.10.1973), posesión de cannabis (BVerfG, 09.03.1994); aborto (BVerfG, 25.02.1975); negación del holocausto (BVerfG, 13.04.1994) e incesto (BVerfG, 26.02.2008) también se refieren a decisiones de criminalización y tienden a ser consideradas decisiones fundamentales. En relación a la Corte Europea de Derechos Humanos, véanse las decisiones *Dudgeon V. The United Kingdom* (1981); *L and V v Austria* (2003) *Wolfmeyer v Austria* (2005) (sodomía); *Stübing v Germany* (2012) (incesto); *A, B and C v Ireland* (2010) (aborto); *Otto-Preminger Institut v Austria* (1994); *Handyside v The United Kingdom* (1976), *Wingrove v The United Kingdom* (1996); *Jersild v Denmark* (1994) (libertad de expresión y pornografía).

³ En los Estados Unidos, buena parte de la extensa jurisprudencia constitucional sobre pena de muerte es, en los hechos, relativa a sus condiciones de imposición y ejecución. En relación a reglas sobre *sentencing* (graduación y determinación de la pena) en condenas privativas de libertad, véanse las sentencias relativas a prisión perpetua (o extensión similar) por delitos menores en aplicación de la regla de “*three strikes you are out*” en *Ewing v. California* (2003) y *Lockyer v. Andrade* (2003). En Alemania, la sentencia fundamental sobre el presidio perpetuo (BVerfG, 21.06.1977) es a la vez una decisión sobre graduación, determinación y ejecución de la pena.

terias en que no es posible correlación entre preferencias políticas y orientación en el voto.

El presente artículo tiene por objeto develar críticamente estas falencias, concentrándose ante todo en la decisión que inició la línea jurisprudencial que nos interesa, a saber, la STC 2983. Esta decisión expositiva se justifica no solo en la mayor atención mediática que alcanzó la *"sentencia sobre la Ley Emilia"*, sino también porque ésta parece haber servido de modelo para las sentencias relativas al artículo 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas. Como veremos, el conjunto de sentencias relativas a esta segunda disposición reproduce, al menos en aquellas sentencias redactadas en su voto de mayoría por el ministro Pozo, los mismos defectos, siendo criticable por motivos algo distintos en el caso de las sentencias redactadas por el ministro Romero. Por ello, centrarse en la STC 2983 parece ser una buena decisión heurística en la exposición del contenido de la línea jurisprudencial que queremos explicar y criticar. Para ello, en primer lugar (1), el artículo explica de modo algo más detallado el contenido de la regla impugnada (artículo 196 ter de la Ley de Tránsito) y los argumentos examinados por el voto de mayoría al evaluar su inaplicabilidad. Las secciones 2 y 3 critican, en cambio, la argumentación del TC respecto del test de proporcionalidad de la regla (2) y a los fines que podría perseguir el legislador en materia penal (3). Finalmente, la sección 4 extiende la crítica a la línea jurisprudencial completa por la vía de considerar, brevemente, las sentencias que recaen sobre el artículo 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas.

1. El objeto de la STC 2983 y la estructura argumentativa del voto de mayoría

En lo que nos interesa a nosotros, la STC 2983 declaró inaplicable por inconstitucional el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. Comprender correctamente los argumentos que sustentan esta decisión requiere en primer lugar explicar la disposición misma que fue declarada inaplicable. Este es el objeto central de esta sección. Además, para clarificar el objeto de análisis de las secciones siguientes, presentaremos una breve descripción de los argumentos que parecen haber servido de base a la decisión, sin tomar en consideración los argumentos explícitamente declarados como irrelevantes por el voto de mayoría. El análisis particular de estos argumentos decisivos es luego el objeto de las secciones siguientes (2 y 3).

1.1. La regla que suspende la aplicabilidad de las penas sustitutivas

El artículo 196 ter de la Ley de Tránsito establece reglas especiales relativas a la modalidad de ejecución de la pena de presidio resultante de una condena por la realización del tipo contenido en el artículo 196 inciso tercero del mismo cuerpo legal o, en virtud del inciso segundo de los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito, por los delitos contenidos en dichas disposiciones. Para dar cuenta de su contenido, es por ello posible distinguir dos aspectos: (i) las condiciones de aplicación del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito –esto es, el contenido de los tipos de los artículos 195, 195 bis inciso segundo y 196 inciso tercero de la Ley de Tránsito–; y (ii) la consecuencia que se sigue de su aplicación.

(i) La aplicación de la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito se encuentra condicionada a la realización de alguno de los tipos contenidos en los artículos 195 inciso segundo, 195 bis inciso segundo o 196 inciso tercero de la Ley de Tránsito. Estas tres disposiciones penales tienen una estructura similar, operan como hipótesis calificadas del tipo básico establecido en el inciso primero de cada artículo. En todos los casos, el resultado calificante es el mismo: muerte o alguna lesión comprendida en el artículo 397 número 1 del Código Penal.

Así, por ejemplo, en el caso del artículo 196 de la Ley de Tránsito, la hipótesis básica consiste en *"inf(ringir) la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 110 de la Ley de Tránsito"*. La prohibición respectiva consiste en conducir *"cualquier vehículo o medio de transporte (...) en estado de ebriedad, bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o bajo la influencia del alcohol"*. De este modo, la realización del tipo del inciso primero, unida con la producción del resultado establecido en el inciso tercero (causación de "alguna de las lesiones indicadas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal o de la muerte de alguna persona") implica la realización del tipo calificado por el resultado respectivo y, con ello, la aplicabilidad de las consecuencias que revisaremos en (ii).

La lógica es equivalente en el caso de los incisos segundo de los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito, con la única complicación adicional de que se trata de delitos de omisión (omisión de auxilio y aviso a las autoridades y denegación injustificada de controles de alcohol o estupefacientes en accidentes de esta clase): si se cumple el tipo básico y se da la misma circunstancia calificante, la condena por el delito respectivo implica la aplicabilidad del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.

(ii) La realización de uno de los tipos calificados por el resultado que hemos descrito obliga a aplicar reglas especiales de determinación de la pena previstas en el inciso cuarto del artículo 196 y en el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito, así como a aplicar la regla especial de ejecución de la pena del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. Esta última es la consecuencia jurídica declarada inaplicable por inconstitucional por el TC y que, por ello, nos interesa revisar.

Conforme a esta disposición, el tribunal se encuentra obligado a suspender por un año la sustitución de la pena de presidio, cualquiera sea la pena sustitutiva que pueda ser impuesta por la perpetración de alguno de los delitos que hemos revisado en sus hipótesis calificadas por el resultado. En términos sencillos pero imprecisos, la regla en cuestión obliga así a que el condenado vaya hasta un año a la cárcel por realizar uno de los delitos en cuestión. En la línea jurisprudencial que siguió a esta decisión, la disposición objeto de control de inaplicabilidad – el artículo 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas – establece una consecuencia similar: la disposición en cuestión simplemente priva por completo la facultad de sustituir la pena privativa de libertad respecto de los delitos referidos en ella.

Las reglas declaradas inaplicables son, de este modo, siempre del mismo tipo: ellas impiden definitivamente sustituir penas privativas de libertad o suspenden la sustitución. Pese a que la enunciación del sentido de las reglas es sencilla, su relevancia solo puede ser percibida de modo completo por quien tiene una comprensión suficiente de las penas sustitutivas y su importancia para el sistema de justicia penal chileno. Por ello, ofrecemos una breve explicación a continuación.

La Ley de Penas Sustitutivas, en su versión modificada por la Ley 20.603, habilita a los tribunales a sustituir la ejecución de una pena de presidio por ciertos modos de cumplimiento alternativos (caracterizados en general por permitir su cumplimiento sin privación de libertad, salvo parcialmente en el caso de la reclusión parcial). Las condiciones en las que esta sustitución puede ser decretada varían levemente. La ley requiere en general de una condena en cualquier caso inferior a cinco años y un día de presidio, y que el sujeto en cuestión no haya sido condenado anteriormente por otros delitos. En la práctica judicial chilena, la aplicación de una pena sustitutiva del presidio se decreta así en casi todos los casos en que se cumplen estas condiciones, siendo por ello inusual que el sujeto condenado por un simple delito (i.e.: un delito cuya pena base sea inferior a presidio mayor en su grado mínimo) cumpla con la condena en un recinto penitenciario (Wilenmann von Bernath, Medina, Oliveras, y Del Fierro, 2019). En términos sencillos: en general, las penas de cárcel en Chile no se ejecutan en régimen cerrado a menos que se trate de un crimen, que haya reincidencia o algún otro antecedente especial que lo justifique.

Para un externo al sistema penal, este modo de funcionamiento puede parecer extraño o "*propio de un sistema garantista*". Pero el sistema de las penas sustitutivas no es más que la respuesta chilena (con múltiples falencias, por cierto) a la necesidad general de administrar los (escasos) recursos estatales en relación a dos fenómenos estructurales internacionalmente extendidos⁴: (i) el exceso de delitos perpetrados en relación con la capacidad persecutoria de los Estados y, pese a ello, (ii) el exceso de condenas versus la capacidad de ejecución de la pena que tiende a existir en los Estados contemporáneos. Esto es: en el ambiente urbano anónimo en que tienen lugar buena parte de los delitos que se perpetran en Estados modernos, estos tienen una capacidad marginal de perseguir la responsabilidad por su perpetración, y dentro de ese espectro, producen una proporción menor de sentencias condenatorias. Adicionalmente, los Estados tienen una capacidad marginal de aplicar penas de cárcel en relación con el universo total de condenas nominales a penas privativas de libertad que se siguen de la aplicación de sus reglas.⁵ El sistema de penas sustitutivas ("*probation*") constituye una de las dos tecnologías centrales de administración de este déficit. Y esa tecnología funciona en Chile bajo un criterio sencillo de distribución: distribuye en general la pena efectiva de cárcel bajo los dos parámetros que en la práctica judicial chilena dominan, a saber, la cuantía de la pena nominal concreta y la presencia o no de reincidencia.

⁴ Sobre el fenómeno general del paso desde sistemas con relativa consistencia entre previsión legal de pena y realidad hacia sistemas de administración de la persecución penal y de la ejecución de la pena, véase el trabajo fundamental de Garland (1996) y Garland (2001, pp. 11 y ss.). El ámbito central de discusión sobre el modo de distribución de la cárcel se encuentra en los Estados Unidos, probablemente por la influencia de la dispersión de criterios producto de su estructura federal y de la enorme variación que han tenido los distintos sistemas a partir de las reformas de los años 70. Al respecto véase Johnson (2014, pp. 696-724); Pfaff (2006, pp. 8 y ss).

⁵ De este fenómeno participa, por cierto, la contradicción que existe entre la declaración nominal de que la gran mayoría de los delitos debe ser castigado con presidio (cárcel) y la percepción de disfuncionalidad de la cárcel: es probable que parte del déficit asumido por los Estados en relación con la ejecución de penas nominales de cárcel se explique por desconfianza frente a ella. Pero aquí no se trata de valorar políticamente la cuestión, solo de dar cuenta que en condiciones de exceso de condenas a presidio frente a la capacidad de ejecución de las penas, la conversión del presidio en una pena nominal (dada por su sustitución en la mayoría de los casos) es una necesidad institucional.

La relevancia de las reglas de los artículos 196 ter de la Ley de Tránsito y 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas puede entenderse en este contexto. En la gran mayoría de los simples delitos existe la expectativa de que la ejecución no tendrá lugar en la cárcel. Los casos de excepción son aquellos en los cuales se justifica la imposición de una pena excepcionalmente alta (agravación sobre el marco) o aquellos en los cuales el autor es reincidente. La función de las reglas anteriormente individualizadas es precisamente revertir esa consecuencia, obligando a la imposición efectiva de la privación de libertad en un recinto penitenciario.

El contexto de origen del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito es conocido y, de hecho, dio origen al nombre con el que se conoce a la ley que introdujo la regla (la Ley Emilia): una menor que falleció como consecuencia del impacto por parte de un conductor que manejaba en estado de ebriedad al vehículo en el cual era transportada.⁶ La expectativa de las autoridades políticas, los medios de comunicación y buena parte de la opinión pública frente a casos de este tipo es que se imponga un castigo severo al autor. La aplicación de penas sustitutivas tiende así a aparecer frustrando esta expectativa y causando desconcierto, constituyendo una especie de escándalo político que genera expectativas de cambio legislativo.⁷ La Ley Emilia fue la respuesta política frente a la expectativa generada por el escándalo. Su pretensión es garantizar que casos similares (pero también en otras hipótesis de menor gravedad, tales como no dar aviso en caso de un accidente fatal) conlleven “*penas efectivas de cárcel*”.⁸

1.2. La argumentación del voto de mayoría

Clarificados los presupuestos de aplicabilidad y racionalidad de las disposiciones legales objeto de los requerimientos de inaplicabilidad, nos encontramos en condiciones de examinar los argumentos del voto de mayoría de la STC 2983. Para ello, la primera condición es clarificar qué argumentos sirvieron de base a la decisión del voto de mayoría.

En lo que nos interesa, el TC tuvo que examinar si la aplicabilidad del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito resultaba conforme a la constitución en el caso que originó el requerimiento de inaplicabilidad. El requirente fue condenado por los delitos de homicidio imprudente, no prestar auxilio a la víctima ni dar cuenta a la autoridad (artículo 195 inciso segundo Ley de Tránsito) y retardar injustificadamente el examen de alcoholémia (artículo 195 bis inciso segundo de la Ley de Tránsito). Por aplicación

⁶ En efecto, el mensaje del proyecto de ley que dio lugar a la Ley Emilia es explícito a este respecto: “*Este Proyecto de Ley tiene por fin principal hacerse cargo de la sensación de impunidad ante este tipo de delito, ya que la baja extensión de la pena y la existencia de penas sustitutivas finalmente llevan a que los autores de este delito cumplan las penas en libertad. Así ocurrió con el responsable de la muerte de la pequeña Emilia que, a pesar de la gravedad del delito, fue condenado a dos años de pena remitida, cumpliendo dicha condena en libertad*”. Mensaje N° 137-362, 28 de mayo de 2014.

⁷ Esta dinámica no es extraña en la política criminal contemporánea; al contrario, parece ser especialmente relevante. Así, por ejemplo, Pettit (2002).

⁸ Pese a lo llamativa que resulta la fórmula de la “*aplicación suspendida de la pena sustitutiva*”, ella es en cualquier caso preferible a la alternativa política que tiende a plantearse frente a la conciencia de la no ejecución generalizada de las penas de cárcel en simples delitos, a saber, aumentar el marco estableciendo un mínimo sobre los cinco años y un día pese a tratarse de ilícitos de menor gravedad. Esta era de hecho la alternativa que se manejó durante la tramitación del proyecto y que fue reemplazada por la fórmula de la suspensión de los efectos de la sustitución.

del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, el juez de fondo suspendió por un espacio de dos años la aplicación de la pena alternativa de libertad vigilada.

En lo que alcanza a advertirse del considerando décimo quinto y siguientes, la fundamentación de la decisión de declarar inaplicable al artículo 196 ter de la Ley de Tránsito *parece* fundarse en la desproporcionalidad de la regla, así como en el hecho de que ella perseguiría fines incompatibles con la constitución. La expresión “*parece*” no es superflua aquí, ya que el razonamiento del voto de mayoría es en general confuso. Pero pese a las dificultades de comprensión, la arrogación de un carácter central a los dos argumentos que hemos considerado y, en particular, a la invocación al principio de proporcionalidad, puede ser establecida con relativa seguridad. En efecto, el considerando vigésimo sexto declara explícitamente que la disposición juzgada (el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito) es “*desproporcionada e inequitativa*” (primer párrafo) y “*contraria al principio de proporcionalidad*”. Varios considerandos contienen a su vez declaraciones de incompatibilidad con los fines que el voto de mayoría le atribuye al sistema de justicia penal. Podemos por ello asumir de modo plausible que los dos argumentos en cuestión sustentan la decisión. Como veremos, también estos argumentos se encuentran en la base de las decisiones que complementan esta línea jurisprudencial. Por ello, nos concentraremos en las secciones siguientes en analizar el contenido y la plausibilidad de estos argumentos.

2. El principio de proporcionalidad como estándar de control

Como hemos visto, el voto de mayoría de la STC 2983 declara en el considerando vigésimo sexto que la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito es contraria al principio de proporcionalidad. La declaración es presentada como una conclusión (“*en consecuencia*”) que se seguiría de los argumentos expuestos en los considerandos anteriores. Varios considerandos posteriores también hacen alusión al principio de proporcionalidad, con lo que es plausible sostener que, al menos aparentemente, el voto de mayoría le atribuye al principio de proporcionalidad la condición de argumento determinante en su decisión. En lo que sigue, nos interesa revisar la plausibilidad de la argumentación del voto de mayoría y de la invocación al principio de proporcionalidad.⁹ Para ello, en primer lugar daremos cuenta del contenido canó-

⁹ Pese a que en lo que sigue presentaremos una reconstrucción generosa de la argumentación de mayoría de la STC 2983, como ilustración de la clase de argumentos que se encuentran detrás de la línea jurisprudencial que nos interesa revisar, es importante no pasar completamente por alto la enorme cantidad de contradicciones y argumentos abiertamente impertinentes que se encuentran en ella. Algunos ejemplos: (i) El considerando vigésimo octavo pretende ofrecer argumentos adicionales para justificar la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad mediante la cita a un autor. En ésta, se sostiene que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito; es decir, se hace referencia a otro concepto. Luego, inmediatamente a continuación, el considerando vigésimo noveno la expresión “*en la misma perspectiva*” vuelve a tematizar el principio canónico de proporcionalidad. Para rematar, el considerando trigésimo pretendiendo seguir tematizando el mismo concepto de proporcionalidad, hace referencia a la *ultima ratio* de las penas privativas de libertad; esto es, a un argumento de necesidad global e inespecífico. Pretendiendo mantener un mismo argumento, tres considerandos contiguos hacen de este modo uso de tres conceptos distintos. (ii) El voto de mayoría incurre constantemente en invocaciones de argumentos impertinentes. Esto es fácilmente reconocible en los considerandos 20°, 21°, 26°, 27°, 28°, 29° y 32°. Ejemplo: el considerando vigésimo noveno contiene una referencia al test de proporcionalidad en sentido estricto en el contexto del derecho a la vida privada. ¿Por qué ello sería relevante para clarificar su aplicación en el contexto de la afectación

nico del principio. A continuación, examinaremos la aplicación del principio en cuestión que parece realizar el voto de mayoría. Finalmente criticaremos la argumentación del voto de mayoría.

2.1. Función y contenido canónico del principio de proporcionalidad

Uno de los desafíos más importantes de la justicia constitucional consiste en dotar de racionalidad a sus decisiones de modo que neutralice, al menos parcialmente, las convicciones políticas del juez. Resulta importante reconocer como punto de partida la magnitud del desafío que enfrenta el juez constitucional: el desafío es complejo por (i) la indeterminación de contenido de sus fuentes y por (ii) la implicancia política de su objeto.

(i) La primera fuente de complejidad está relacionada con la naturaleza de los estándares de control de constitucionalidad. En efecto, los derechos fundamentales y otros principios y valores constitucionales que tienden a servir de fuente de las decisiones de control padecen de una indeterminación de contenido especialmente intensa. Si bien la distinción entre reglas y principios continúa siendo objeto de disputa, la contribución que realizara Dworkin (1984, pp. 74 y ss) aproximadamente 40 años atrás ofrece un buen punto de partida para entender la estructura normativa de parte importante de los estándares de control constitucional, incluyendo a los derechos fundamentales, y las razones por las que la argumentación en base a estos estándares tiende a ser problemática.

De acuerdo a Dworkin (1984), los principios se diferencian de las reglas producto de la falta de especificación tanto de sus presupuestos de aplicación como de las consecuencias que se siguen en caso de infracción. Los derechos fundamentales adolecen de ambos déficits. Adicionalmente, su contenido apela a estándares de justicia política y moral altamente controvertidos al interior de una comunidad política. Adjudicar sobre principios, en consecuencia, presupone una concepción (más o menos determinada) de justicia política y moral. Y sin embargo, si las decisiones del juez constitucional se fundan en pura voluntariedad política, el control de constitucionalidad no constituye más que una usurpación de funciones propias de los órganos políticos con legitimidad democrática orgánica. La justicia constitucional opera sobre esa tensión: sus estándares son indeterminados y están cargados de significado político y, sin embargo, deben razonar de un modo que no sea expresivo de voluntad política.

(ii) Una segunda fuente de complejidad la constituye el objeto de control. Las leyes son decisiones estatales de naturaleza eminentemente política. En un sistema político democrático, su aprobación recibió la adhesión de la mayoría representada. En dicha medida, la ley es expresión de la idea de autogobierno colectivo, y su con-

de la libertad que supone la pena? El segundo párrafo del considerando vigésimo noveno adolece del mismo defecto: contiene una extensa cita a una sentencia referida al análisis de proporcionalidad de las medidas cautelares. No es en absoluto claro qué rol puede jugar una consideración de esta clase en el argumento de proporcionalidad que parece desarrollar el voto de mayoría. El mismo problema se manifiesta en relación con el análisis de la igualdad y del debido proceso en los considerandos quinto y sexto. La falta de pertinencia es tan importante aquí que parece incluso haber errores de edición.

trol pone en cuestión el ideal democrático. Como tal, no solo la fuente sino también el objeto del juicio están cargados de valoraciones políticas.

La conjunción de estas dos complejidades, la primera relativa al estándar de control y la segunda al objeto de control, tornan al ejercicio de una jurisdicción constitucional justificada racionalmente en una tarea altamente improbable. El desarrollo y aplicación consistente de estándares imparciales es, por ello, uno de los desafíos institucionales centrales de la justicia constitucional y de su apoyo académico en la dogmática constitucional.

El principio de proporcionalidad, desarrollado a partir de la pretensión del Tribunal Federal Constitucional alemán y de la dogmática constitucional alemana de elaborar una herramienta racional para controlar la legitimidad de actos que afectan derechos fundamentales (Habermas, 1998, pp. 327 y ss.)¹⁰, es el estándar argumentativo más extendido en su uso en la práctica constitucional comparada de control de legitimidad constitucional de actos que afectan derechos fundamentales de un modo formalmente permitido por el sistema constitucional (Klatt y Meister, 2017, pp. 4 y ss. y Möller, 2012, pp. 13 y ss.). Es de hecho común escuchar actualmente que debatir sobre control constitucional de afectaciones de derechos fundamentales es, en el fondo, discutir sobre el principio de proporcionalidad (Huscroft, Miller, y Webber, 2014, p. 1). El TC chileno no ha sido ajeno a este desarrollo del derecho constitucional comparado, y la sentencia que comentamos se enmarca en esta tradición al constituir al principio de proporcionalidad en el centro de su argumentación.

Como sentencia representativa de la tendencia a la invocación del principio de proporcionalidad en la justicia constitucional chilena, la STC 2983 es ilustrativamente decepcionante: como veremos más adelante, el voto de mayoría muestra una incomprensión conceptual básica de la estructura y contenido de este estándar¹¹. Como parte de la crítica se centra en la incomprensión del estándar que es aplicado por el propio voto de mayoría, nos vemos en la obligación de explicar el contenido y estructura del principio de proporcionalidad en su versión canónica.

En términos generales, el principio de proporcionalidad se compone de cuatro test fundamentales¹². El primer test evalúa normativamente la legitimidad consti-

¹⁰ La pregunta sobre si el principio de proporcionalidad cumple lo que promete, sin embargo, es altamente disputada en la dogmática constitucional comparada. Para una crítica clásica a la capacidad de los derechos fundamentales entendidos como principios de controlar racionalmente las decisiones del legislador.

¹¹ El problema no se limita, sin embargo, en ningún caso a la STC 2983 o a la línea jurisprudencial vinculada a ella. Una ilustración elocuente del mismo problema puede encontrarse en el voto de disidencia de la decisión sobre la constitucionalidad de la ley de interrupción voluntaria del embarazo (Tribunal Constitucional, 28 de agosto 2017).

Los considerandos 68 y siguientes del voto disidente también invierten los factores del principio de proporcionalidad (primero necesidad, después idoneidad); le atribuyen al concepto de idoneidad el significado que canónicamente se le atribuye al concepto de necesidad; y le atribuyen al concepto de necesidad el sentido de legítimo o debido. Tanta confusión cómo es posible.

¹² Pese a que aquí se ofrece una exposición canónica del principio de proporcionalidad, es importante tener presente algunas variaciones cuando se compara entre culturas constitucionales. En el “Commonwealth”, por ejemplo, las Cortes Supremas de Canadá y el Reino Unido desarrollan el test de proporcionalidad como una metodología compuesta de cuatro pasos. Adicionalmente, en el primer test se analiza que la finalidad sea “suficientemente importante” como para justificar la afectación de un

tucional de la finalidad perseguida por el acto estatal y del medio empleado para ello. Por supuesto, como el organismo estatal que crea la norma de que se trata no siempre explicita los fines perseguidos, es el juez constitucional quien usualmente debe *atribuirle* fines y, a partir de ello, evaluar la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida. Sin embargo, dado que tanto la atribución de fines específicos a la actividad estatal como la evaluación de la legitimidad de la persecución de fines por parte del Estado son actos fuertemente influidos por categorías políticas, la justicia constitucional debe y tiende a operar con especial deferencia en este paso: la atribución de fines debe ser tan fidedigna y generosa como sea posible, y la declaración de ilegitimidad solo es excepcionalmente procedente (Pieroth y Schlink, 2010, pp. 86 y ss.)¹³. Algo similar ocurre con la evaluación de los medios: en general se considera que solo hay ilegitimidad de medio en sí en aquellas ocasiones en que la Constitución declara explícitamente ilegítimos a ciertos medios¹⁴. En consecuencia, el primer test cumple más bien la función de posibilitar el test de proporcionalidad al permitir una evaluación lógica de racionalidad instrumental (*¿sirve el medio para conseguir el fin?*).

Por ello, cualquiera sea la estructura explícita que se asuma, el potencial de control del test de proporcionalidad se concentra en los tres siguientes pasos del test: asumiendo legitimidad de fines y medios, corresponde evaluar que el medio escogido por el Estado sea (i) idóneo; (ii) necesario; y (iii) proporcional en sentido estricto para conseguir el fin pretendido. Que el medio legislativo sea (i) “*idóneo*” significa aquí que permita la realización del fin perseguido por el legislador. Que sea (ii) necesario, quiere decir que no es posible identificar medios alternativos a aquel escogido por el legislador que permitan obtener un nivel equivalente de realización de la finalidad perseguida, pero con consecuencias lesivas de menor intensidad de derechos fundamentales. Finalmente, que sea (iii) proporcional en sentido estricto significa que existe una adecuada relación entre el nivel de realización del fin perseguido por el legislador, de una parte, y la intensidad de la afectación del derecho fun-

derecho fundamental, y no se contempla un análisis de la legitimidad de medios. El Reino Unido ha seguido la sistematización desarrollada por la Corte Suprema Canadiense. En Canadá, ver *R v Oakes* (Supreme Court of Canada, 1986). Para el Reino Unido, ver por ejemplo, *de Freitas v The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* (The Court of Appeal of Antigua and Barbuda, 1998) y *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2)* (Supreme Court, 2013). En Alemania, es usual distinguir entre un test preliminar de determinación de legitimidad de fines y de medios, para luego realizar el test de tres pasos de idoneidad, necesidad, proporcionalidad. En otras ocasiones, sin embargo, la cuestión es descrita derechosamente como test de cinco pasos. Así, por ejemplo, Schlink (2012, pp. 722-725). Esta misma variación de estructuras se repite en otras tradiciones, como muestra Barak (2012, p. 742).

¹³ El estándar de deferencia utilizado, al menos explícitamente, tiende a variar entre tradiciones. En Alemania en general se reconoce discrecionalidad en la elección de fines. Solo hay control cuando la constitución excepcionalmente prohíbe u ordena la persecución de ciertos fines. En otros países, los tribunales dicen exigir al legislador que identifique fines suficientemente valiosos para justificar la vulneración de un derecho fundamental. Sin embargo, cuan estricto es el control depende del tipo de derecho fundamental que se afecte (ejemplo: típicamente exigencia real de persecución de fines específicos valiosos en afectación de libertad de expresión, no así en afectación de libertad general). Al respecto Barak (2012, p. 743).

¹⁴ Por ejemplo, el artículo 19 Nº 1 de la Constitución impone restricciones formales a la aplicación de la pena de muerte en su inciso penúltimo y prohíbe en su inciso final la aplicación de “*apremios ilegítimos*”; el Nº 7 letra g) prohíbe la pena de confiscación de bienes y la letra h) la sanción de pérdida de beneficios previsionales.

damental por parte del medio empleado, de otra. Así por ejemplo, una afectación muy intensa del derecho fundamental es desproporcionada si el medio empleado solo permite obtener un bajo nivel de realización de la finalidad pretendida.

Los diversos test del principio de proporcionalidad operan sucesivamente, esto es, bajo una regla de prevalencia lógica. Esto significa, por una parte, que la aplicación del test de necesidad presupone que el acto restrictivo de derechos superó el test de idoneidad, y la aplicación del test de proporcionalidad en sentido estricto supone que el acto satisfizo tanto el test de idoneidad como el de necesidad. Y ello implica a su vez que si el acto no satisface alguno de los test, no se justifica la aplicación de los test subsiguientes. Así, la sola afirmación de falta de idoneidad del acto restrictivo de derechos fundamentales deviene en la inconstitucionalidad de la norma y hace de hecho absurdo (Igual lógicamente imposible) preguntarse por el cumplimiento del paso posterior.

Clarificados estos aspectos básicos del principio, corresponde ahora revisar la particular aplicación de los diversos test de proporcionalidad en el caso concreto por el voto de mayoría.

2.2. La argumentación del voto de mayoría en la STC 2983

A causa de la falta de claridad argumentativa general de la que adolece el voto de mayoría, comprender la aplicación del principio de proporcionalidad requiere de un esfuerzo de reconstrucción de los considerandos, incluso al precio de esconder algunas de sus múltiples deficiencias. Bajo esta premisa, es posible distinguir una argumentación en tres estadios, más o menos concordantes con la estructura del estándar de proporcionalidad: (i) los considerandos vigésimo segundo a vigésimo cuarto se preocupan de demostrar que el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito efectivamente afecta negativamente derechos fundamentales (*“ámbito de protección”* y *“afectación”*). Luego, los considerandos vigésimo cuarto y siguientes desarrollan – de modo más bien desordenado – una revisión de (ii) *“idoneidad”* y (iii) *“necesidad”* de la medida respectiva. Consideraciones de esta clase luego se repiten, sin ningún orden reconocible, en los considerandos vigésimo noveno y trigésimo.

(i) El voto de mayoría comienza argumentando que efectivamente hay una afectación de un derecho fundamental por la disposición impugnada. Ello, por cuanto podría sostenerse que el artículo 196 ter Ley de Tránsito constituiría una mera limitación de un *“beneficio”* de cumplimiento alternativo frente a una restricción originaria (el presidio) generalmente aceptada. La argumentación podría así tener la forma de un argumento *a maiori ad minus*: si el legislador puede simplemente mantener la plena ejecución del presidio respecto de toda clase de delitos, puede asimismo restringir aquellos casos en que se permite el cumplimiento alternativo de la pena de presidio. El análisis de proporcionalidad de la medida, en consecuencia, resultaría improcedente.

Los considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero argumentan, sin embargo, que las *“penas sustitutivas”* tendrían un carácter punitivo, por cuanto restringirían la libertad general de acción. El voto de mayoría agrega que esta interpretación es confirmada por la reforma de la Ley N° 20.603, cuyo artículo 1 numeral 1

sustituyó el epígrafe de la Ley de Penas Sustitutivas desde la anterior denominación de “*beneficios*” o “*medidas alternativas*” a “*penas sustitutivas*”. Ello sería asimismo requerido por “la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Si bien la atribución de esta función argumentativa a los considerandos en cuestión no es especialmente clara, de ser ese su sentido, el argumento es hasta aquí completamente plausible.

(ii) Resuelto lo anterior, el voto de mayoría parece proceder a aplicar el test de proporcionalidad respecto del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. Comienza con el test de idoneidad, esto es, determinando si el medio legislativo utilizado (la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito) permite conseguir el fin perseguido por el legislador. A este respecto, el voto de mayoría atribuye como finalidad de las penas sustitutivas (o de la pena, en general) “*la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección de las víctimas*” (considerando vigésimo cuarto, segundo párrafo). Luego, procede a analizar la conexión racional entre el medio y el fin, asumiendo que el fin de la medida en cuestión debe ser aquello que le atribuye a las penas sustitutivas. Su conclusión, contenida en los considerandos vigésimo sexto y vigésimo séptimo, es que la suspensión de la aplicación de las “*penas sustitutivas*” es inidónea para la consecución del fin de resocialización.

El argumento aquí es, por cierto, abiertamente falaz. Siendo que el objeto de control es la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, la atribución de una finalidad relativa precisamente a aquello que cancela (la aplicación de las penas sustitutivas) es argumentativamente injustificable y un modo paradigmático de razonar sin ninguna deferencia hacia el legislador. La finalidad de dicha disposición, en este contexto, debe ser necesariamente algo diverso de aquello que niega. Por ello, el argumento desarrollado por el voto de mayoría más bien constituye (veladamente) una imposición de finalidades al legislador: la legislación de ejecución de las penas *debe*, de acuerdo a la opinión del voto de mayoría, necesariamente perseguir la resocialización. El voto de mayoría confundió, de este modo, la evaluación de la legitimidad del fin perseguido por el legislador con el test de idoneidad racional del medio empleado. Su argumento, propiamente entendido, es uno sobre la ilegitimidad del fin perseguido por el legislador. Pero el voto de mayoría trata la cuestión aplicando el test de proporcionalidad como verificación de idoneidad y sostiene que la medida es inidónea para conseguir el fin pretendido.

(iii) Por supuesto, en la comprensión canónica del principio de proporcionalidad, el fracaso del test de idoneidad constituye razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la regla. La consideración anterior, en consecuencia, debiera haber sido suficiente, en la propia lógica argumentativa del voto de mayoría, para acoger el requerimiento. No obstante ello, el voto de mayoría continuó su análisis con el siguiente paso del test de proporcionalidad. De manera algo confusa y asistemática, los considerandos vigésimo quinto, vigésimo sexto y trigésimo postulan que el artículo 196 ter es “*innecesario*”. El voto de mayoría considera que existen medios menos lesivos para conseguir la misma finalidad perseguida, a saber, mediante el mantenimiento de la aplicabilidad de las penas sustitutivas.

2.3. Falta de progresión lógica y errores en la aplicación del principio de proporcionalidad

Lo expresado en la sección anterior permite advertir parte importante de los defectos argumentativos del voto de mayoría de la STC 2983. Esta sección tiene por objeto examinar los defectos en que dicho voto incurre al aplicar el principio de proporcionalidad. Con el objeto de facilitar la exposición, hemos seguido un orden lógico que no se encuentra presente en su argumentación, ya que de otro modo sería imposible realizar una exposición ordenada.

Resulta especialmente decepcionante que tanto la estructura como contenido básico del principio de proporcionalidad (ver sección 2.1.) parecen ser desconocidos por el voto de mayoría. Por cierto, la recepción en el derecho doméstico de conceptos, instituciones y metodologías comparadas supone márgenes de adecuación a la realidad nacional (Perju, 2012)¹⁵. Nuestras propias tradiciones argumentativas, precedentes jurisprudenciales y debates doctrinarios tienen contextos de desarrollo que no siempre son equivalentes con aquellos que se dan en otras tradiciones. En consecuencia, el TC bien podría desarrollar una versión razonablemente adaptada (u otro estándar) de la versión canónica del principio de proporcionalidad. Pero esta no parece ser la pretensión del voto de mayoría. Por ello, antes que desarrollar su propia concepción del principio, el voto de mayoría más bien incurre en serios problemas de metodología y conocimiento¹⁶.

Los problemas de metodología ya han sido, en parte, analizados. El caso más obvio lo constituye la aplicación de un test de necesidad pese a declarar la falta de idoneidad de la medida controlada. La sentencia desconoce directamente la progresión lógica de la proporcionalidad. Esto es fácilmente identificable en el considerando vigésimo sexto. Así, en su párrafo segundo, el voto de mayoría afirma que la medida es *"inidónea e innecesaria"*. La declaración parece ser una contradicción en los términos. ¿Cómo es siquiera posible evaluar si una medida legislativa es la menos lesiva de derechos fundamentales entre las medidas que permitirían cumplir con la finalidad, si ella no permite conseguir la finalidad perseguida?

Por supuesto, alteraciones a la estructura canónica del principio de proporcionalidad deben haber sido necesarias para que el voto de mayoría *pudiera* siquiera aplicar el test de necesidad; de otro modo el ejercicio no sería pensable. Estas alteraciones consistieron en: (a) manejar diversos conceptos paralelos de *"necesidad"*; y (b) una tendencia constante a *cambiar la atribución de fines* al artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.

En relación con el punto (a), el considerando vigésimo quinto del voto de mayoría postula que las penas privativas de libertad constituyen un último recurso del cual el Estado solo debe echar mano cuando otros medios alternativos (menos lesivos) fracasan en la protección de los bienes jurídicos más importantes en nuestra

¹⁵ La reflexión sobre este problema en el desarrollo del derecho constitucional comparado, contrario a lo que podría pensarse, es un fenómeno relativamente reciente. Escéptico sobre la recepción de la versión canónica del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (pero sin considerar sentencias en materia penal), véase Covarrubias Cuevas (2014).

¹⁶ Véase nota al pie de página de 13.

sociedad. En razón de ello, el considerando 26 concluye que la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito es innecesaria. En esta línea de razonamiento, el voto de mayoría confunde el test de necesidad del principio de proporcionalidad con los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad. Estos principios – desarrollados por dogmática jurídico penal – postulan que el derecho penal solo debe ser empleado si es “*absolutamente necesario*” para la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, el estatus “*institucional*” de dichos principios es indeterminado. Es más, el uso de un concepto de “*necesidad*” con este grado de extensión por la justicia constitucional resulta problemático: a diferencia de la dogmática penal, tanto la justicia como la dogmática constitucional administran discursos con consecuencias institucionales relevantes en la conformación del sistema democrático. Los principios e instrumentos de evaluación necesitan, por ello, ser conscientes de la influencia que tendrían, por universalización, en la competencia reconocida al legislador democrático. Un TC autoconsciente de su déficit de legitimidad democrática, y respetuoso de la posición institucional del legislador, debe, en cambio, reconocer márgenes de discrecionalidad en la elección de los medios para la obtención de los fines que interpretativamente le atribuye al legislador¹⁷. El voto de mayoría, por su parte, defiende una concepción estricta de subsidiariedad respecto de las decisiones relativas a la aplicación de penas privativas de libertad (y al uso general del sistema penal) cuyo respeto sería exigible mediante control constitucional de la legislación. Al hacer esto, el voto de mayoría ni siquiera tematiza las consecuencias institucionales que se seguirían de esta constitucionalización de principios de esta clase¹⁸.

Precisamente esta diferencia crucial entre dogmática penal y constitucional explica que las diversas versiones de los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y proporcionalidad disponibles en los manuales de derecho penal no hayan sido adoptadas por la jurisprudencia constitucional comparada como estándares de control. Son consideraciones institucionales y de legitimidad política las que explican que el test de necesidad se juzgue en relación con los fines plausiblemente atribuibles a las medidas legislativas. Toda otra consideración es, en cambio, relativa al juicio de legi-

¹⁷ Es, por lo demás, llamativo el hecho de que el voto de mayoría confiera diversos márgenes de discrecionalidad al legislador en distintos momentos del fallo. Cuando se trata de juzgar la proporcionalidad de los delitos establecidos en los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito, es deferente. Así, los considerandos décimo tercero y décimo cuarto reconocen un amplio margen al legislador tanto para determinar los bienes jurídicos cuya protección pretende reforzar penalmente, como para configurar los tipos penales y determinar la sanción penal aplicable (el marco penal abstracto). Sin embargo, la lectura conjunta de los considerandos 17°, 21°, 27°, 30° y 31° sugiere que a juicio del voto de mayoría, este amplio margen de discrecionalidad no opera tratándose de la etapa de ejecución de la pena. Dicha etapa se encontraría constitucionalmente sometida a la persecución de una única finalidad legítima: la resocialización del infractor de la norma y la protección de las víctimas.

¹⁸ Por cierto, el voto de mayoría pasa completamente por alto las dificultades en la evaluación de la necesidad de una medida legislativa y el modo en que esa complejidad de juicio se eleva a medida que la atribución de finalidad es más genérica y alcanza a sistemas institucionales complejos (como el sistema penal en general). Las dificultades epistemológicas que pueden reconocerse a este respecto sugieren que el ejercicio comparativo de medios alternativos es más complejo que simplemente constatar que el derecho penal es el medio más lesivo a disposición del Estado. Y ciertamente el juez constitucional no está en la mejor posición para evaluar las dimensiones empíricas implicadas en un juicio de esta clase: carece de conocimiento técnico experto, su acceso a información es limitado a aquello que pongan las partes a su disposición y está sometido a restricciones de tiempo. Estas limitaciones han sido extensamente investigadas en materia contenciosa administrativa. En cambio, el congreso y el ejecutivo poseen al menos potencialmente medios y oportunidades para producir esa información.

timidad en sí de fines legislativos; allí, la jurisprudencia constitucional comparada es más deferente con el legislador por la evidente implicancia política de la cuestión¹⁹. La doctrina penal, en cambio, utiliza categorías a este respecto con mayor alcance normativo precisamente porque no le impide demasiado los problemas institucionales y democráticos que puedan vincularse a los estándares de juicio que crea reconocer en un ordenamiento jurídico. Ello, porque no tiene responsabilidad en el funcionamiento institucionalmente aceptable de la justicia constitucional.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que el uso de un concepto de necesidad (institucionalmente problemático) de esta clase libere a la argumentación del voto de mayoría de sus problemas de consistencia. Incluso la concepción del test de necesidad a la luz de los principios de subsidiariedad/*ultima ratio* empleada por el voto de mayoría es incomprensible sin referencia a alguna finalidad: la cárcel debe ser considerada última medida posible *para* algo. El test de necesidad resultaba incomprensible si previamente el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito había sido declarado no idóneo para conseguir la finalidad perseguida. Es por ello que el voto de mayoría se vio en la necesidad de (b) modificar constantemente su propia atribución de fines a dicha disposición. Esta es la segunda estrategia argumentativa que nos interesa criticar en esta sección.

(b) Así, en algo que también puede observarse de inmediato en el considerando vigésimo sexto párrafo segundo, el voto de mayoría a veces evalúa la proporcionalidad de la medida atribuyendo la finalidad “*reinserción social*”, mientras que, en otras ocasiones, se le atribuyen otras finalidades (en el considerando en cuestión: “*protección de la víctima*”)²⁰. Como a juicio del voto de mayoría la falta de idoneidad ocurre solo respecto de lo primero – la medida solo es inidónea para “*resocializar al condenado*” pero no así para “*proteger a la víctima*” –, el test de necesidad puede ser (¡sorprendentemente!) realizado, pero ello no es más que el resultado de la inconsistencia de la argumentación. Es así esta falta de consistencia entre las finalidades atribuidas a nivel de test de idoneidad, y aquellas atribuidas (o subyacentes) cuando se examina la necesidad, la que permite al voto de mayoría continuar el examen de proporcionalidad, a pesar de la evidente contradicción lógica propia de un examen de necesidad de un medio que previamente fue juzgado incapaz de obtener la finalidad atribuida.

Lo anterior puede comprobarse al analizar los distintos argumentos sobre falta de necesidad presentes en la STC 2983. Bajo su peculiar versión del test de necesidad, el voto de mayoría esgrime tres argumentos para justificar la falta de necesidad del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. Primero, el considerando vigésimo sexto postula que existen delitos más graves que aquellos contenidos en los artículos 195 y 195 bis respecto de los cuáles no procede la medida de suspensión de la apli-

¹⁹ En la jurisprudencia constitucional alemana, la fórmula “*el legislador es ampliamente libre en la determinación de los fines que persigue*” o “*el legislador es en lo esencial libre en la determinación de lo que debe ser protegido mediante el derecho penal*” se encuentra constantemente en la evaluación de medidas penales y no penales. En materia penal, así por ejemplo, BVerfG (28.05.1993), BVerfG (17.01.1979); BVerfG (26.02.2008). Curiosamente, el voto de mayoría redactado por el ministro Pozo en lo relativo al examen de constitucionalidad de los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito constituye un buen ejemplo en Chile de esta práctica.

²⁰ Creemos que aquí el voto de mayoría quiso decir “*protección general de la vida e integridad corporal*”.

cación de la “*pena sustitutiva*”. Segundo, el mismo considerando agrega que existirían medios alternativos menos lesivos para la obtención del fin perseguido. A este respecto, el voto de mayoría considera, por ejemplo, la sola suspensión de la licencia de conducir como medida suficiente. No queda claro de la lectura del considerando vigésimo sexto, sin embargo, cuál es la finalidad que la suspensión de licencia de conducir sirve de mejor manera que la suspensión de la “*pena sustitutiva*”. ¿Constituye la suspensión de la licencia una medida idónea para alcanzar la resocialización, el uso racional de la pena y la protección de la víctima?²¹ ¿O constituye más bien una medida alternativa menos lesiva para alcanzar el fin de protección de la norma prohibitiva (el fallo dice en realidad: ¡de la víctima!) contenida en los artículos 195 y 195 bis de la Ley N° 18.290?²² La confusión del voto de mayoría parece derivarse de su incapacidad de distinguir entre su pretensión de limitar aquellos fines que pueden ser perseguidos por el legislador en materia penal, y aquello que es propio del análisis del principio de proporcionalidad. La invocación de la suspensión de la licencia de conducir es un argumento relativo a una posible (aunque ciertamente implausibile) atribución de fines a la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. Se trata, por tanto, de un análisis propio del test de necesidad. No obstante ello, en otras ocasiones el voto de mayoría examina la idoneidad y necesidad de la medida a la luz del fin de resocialización que, con algo de confusión, le atribuye en general al sistema penal y a las penas sustitutivas en particular.

La confusión se reproduce de modo inverso en el considerando trigésimo. Aquí el voto de mayoría parece sostener que la medida en definitiva aplicada, esto es, la prisión efectiva, es menos idónea que la “*pena sustitutiva*” para alcanzar la finalidad de resocialización. La mención a la “suspensión de la licencia de conducir”, en consecuencia, pierde toda relevancia en la progresión del argumento. El foco pasa a ser nuevamente una comparación *vis-a-vis* entre las penas privativas de libertad y las “*penas sustitutivas*” en el cumplimiento de la función que el voto de mayoría atribuye a las penas sustitutivas y, como veremos, al sistema penal en general: la eficacia resocializadora. El voto de mayoría sostiene genéricamente que las penas sustitutivas gozan de mayor eficacia resocializadora.

Todo esto no es solo confuso, sino que la maniobra nuevamente revela el manejo de un concepto de proporcionalidad institucionalmente problemático. El hecho de que el examen de la necesidad funcione, en la práctica comparada, en función de una atribución plausible de fines a la medida legislativa objeto de control constitucional y no, en cambio, al sistema penal en general, es la expresión de reconocimiento de primacía legislativa y de la configuración de un sistema que efectivamente controle aplicabilidad (o, en su caso, constitucionalidad abstracta) de actos estatales específicos y no preferencias de estructuración general del sistema legal. Un tribunal constitucional que puede revisar si las medidas legislativas son concordantes con la finalidad que este le atribuye en general al sistema penal o, incluso más, al derecho en general, es un tribunal que tiene atribuciones excesivas de control político. El hecho de que el principio de proporcionalidad tenga una estructura relativa y

²¹ Estas son las finalidades del artículo 196 ter identificadas por el considerando 24.

²² El voto de mayoría no es completamente claro en relación con las finalidades que atribuye a estas normas punitivas. En ocasiones el voto de mayoría parece razonar sobre la base de una consideración de protección a la víctima. Sin embargo, en el considerando 13 parece atribuirles la finalidad de proteger “*la seguridad vial y el interés social comprometido en el tráfico de vehículos motorizados*”.

aplicada con deferencia no es, por ello, casual, sino expresivo de que la justicia constitucional debe evitar traspasar el ámbito de prerrogativa de decisión política del legislador²³. En razón de ello, el Tribunal Constitucional carece de amplias potestades de imposición de fines al Estado. Nuevamente, esto revela que, de tener alguna voluntad reconocible, la invocación al principio de proporcionalidad por parte del voto de mayoría es antes una excusa argumentativa y que el fallo pretende más bien controlar (de modo completamente inverosímil) los fines que puede perseguir el legislador en materia penal.

3. Control de finalidades políticas constitucionalmente legítimas

3.1. La STC 2983 como control de finalidades constitucionalmente lícitas de la pena

Como hemos visto, buena parte de las enormes contradicciones y confusiones que aquejan a la argumentación relativa al principio de proporcionalidad en la STC 2983 encuentran su origen en el hecho de que, en realidad, el voto de mayoría pretende restringir con base en la Constitución las finalidades perseguibles mediante el sistema penal. En diversos considerandos se formulan declaraciones sobre las finalidades que puede perseguir el sistema penal. Así, el considerando décimo quinto declara expresamente que *"lo que compete al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos (...)"*. El considerando décimo sexto agrega, a su vez, que *"una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho (...)"*.

Los considerandos en cuestión, ubicados al principio de las argumentaciones pertinentes del voto de mayoría en lo relativo a su decisión sobre el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, parecen sugerir que el voto de mayoría considera que (i) debe controlar los fines que persigue el legislador penal y (ii) que la persecución de fines intimidatorios (la así denominada prevención general negativa) es considerada ilegítima por la Constitución. El considerando décimo séptimo parece complementar la argumentación al declarar que el sistema penal tiene un *"objetivo resocializador"*²⁴, aunque no es completamente claro en qué medida esto es conciliable con su declaración inmediatamente posterior (*"los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido..."*)²⁵. En cualquier caso, el voto de mayoría parece considerar que la Constitución Política impide la persecución de finalidades puramente intimidatorias por falta de evidencia empí-

²³ Naturalmente, el principio de proporcionalidad puede ser aplicado de manera más o menos deferente con los poderes del Estado, y ello dependerá de cómo el órgano adjudicador calibre su aplicación conforme a otras premisas, tales como el principio democrático y de separación de poderes, por ejemplo.

²⁴ Este planteamiento es reiterado en los considerandos vigésimo sexto, vigésimo séptimo y trigésimo.

²⁵ Una declaración similar se contiene en el considerando trigésimo primero.

rica y, en cambio, mandaría la configuración de un sistema penal cuyo fin sea la resocialización²⁶.

Más adelante, el considerando vigésimo primero le atribuye a la ejecución de la pena la función de “tratar” (siendo, a su vez, la función de la justicia la de “sancionar”) y el considerando vigésimo séptimo declara expresamente que “el fin de la pena correctamente comprendido es idéntico al objetivo del tratamiento”. Finalmente, el considerando trigésimo le atribuye una “finalidad resocializadora a la pena”.

Pese a toda la oscuridad del razonamiento del voto de mayoría, su argumento central parece ser, de este modo, sencillo: el fin de la pena es (¿debe ser?) resocializar y el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito no persigue esa finalidad, por lo que sería constitucionalmente ilícito. En las secciones siguientes criticaremos este razonamiento. Para estos efectos, daremos en primer lugar cuenta de las razones por las que el control de fines perseguidos por la legislación penal no tiende a tener lugar en la justicia constitucional comparada (3.2). La crítica es, en ese sentido, externa. Al mismo tiempo daremos cuenta como más allá de los problemas del tipo de argumentación que pretende desarrollar el voto de mayoría, ella es completamente inverosímil en los argumentos que desarrolla (3.3).

3.2. ¿Fines impuestos por la constitución al legislador en materia penal?

Como hemos visto, la argumentación del voto de mayoría se sustenta en la supuesta imposición de una finalidad “resocializadora” a la pena, al menos en su etapa de ejecución. El voto parece declarar que la persecución de toda otra finalidad por parte del legislador mediante reglas de ejecución de la pena sería inconstitucional. En algunos pasajes, el voto de mayoría va todavía más lejos: no solo las reglas de ejecución de la pena sino que el sistema penal en general debiera tener por finalidad la resocialización del hechor. El fallo declara al mismo tiempo que un sistema orientado a la intimidación “carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de derecho” (considerando décimo sexto). Todo ello llevaría a declarar inaplicable (y, en su lógica, inconstitucional en sí) la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.

Estas declaraciones chocan frontalmente con la tendencia de la justicia constitucional comparada al enfrentarse a estas cuestiones. La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, por ejemplo, tiene una larga historia de tratamiento de la cuestión de los fines constitucionalmente permitidos al hacer uso del castigo penal. Esta jurisprudencia se funda en una interpretación expansiva de la Octava Enmienda²⁷

²⁶ Con toda su ligereza, la invocación de argumentos empíricos del voto de mayoría es sorprendente, ya que parece invertir las afirmaciones que constituyen verdaderos lugares comunes de la criminología desde los años 70: en general, la capacidad de producir efectos resocializadores de los sistemas penales orientados a ello fue puesta en duda de modo determinante (el famoso y exagerado *nothing works*) y determinó la reorientación completa de los sistemas penales anglosajones hacia un *just deserts* (o, en su versión conservadora y con mayor impacto real, *law and order*). Sobre la historia de la discusión sobre la eficacia de la rehabilitación en los Estados Unidos, véase críticamente Cullen (2013). Sobre el cambio en las políticas penales a partir de la discusión, en Tonry (2011, pp. 17 y ss.); Johnson (2014, pp. 695 y ss.).

²⁷ La interpretación expansiva de la Octava Enmienda se origina en lo esencial en la declaración de la Corte Suprema en *Weems v. United States* (1910), sobre la incorporación progresiva de valoraciones

bajo la cual la prohibición de irrogación de sufrimiento excesivo deriva de una consideración de dignidad humana que implica, al mismo tiempo, una prohibición de exceso (Trop v. Dulles, 1958). El test que, en los hechos, domina la cuestión es, sin embargo, especialmente amplio: la legislación penal es constitucionalmente lícita en la medida en que contribuya de algún modo a conseguir algún fin socialmente valioso²⁸. El test es aplicado con tanta (aquí: excesiva) deferencia que cuestiones tales como el presidio perpetuo en casos de reincidencia en hurtos menores en tiendas no han sido declarados contrarios a la constitución federal (Ewing v. California, 2003). En el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), sus decisiones en materia penal que implican alguna clase de revisión de medidas penales tienden a contemplar una descripción de finalidades lícitas del sistema penal²⁹. La fórmula en general utilizada (*"protección de los valores fundamentales de la comunidad"*) es tan vaga que su función es antes la de expresar rechazo al control de los fines que persigue el legislador en materia penal (Gärditz, K., 2010 y Appel, I. 1996, pp. 428 y ss). Por cierto, en su famosa resolución sobre el presidio perpetuo, el BVerfG (21.06.1977) declaró de forma explícita que la etapa de ejecución de la pena debe permitir establecer alguna expectativa de resocialización, y por ello ordenó contemplar alguna posibilidad de concesión de beneficios de libertad. Pero esto no es más que una garantía negativa derivada de la dignidad humana: el castigo no debe *renunciar definitivamente* a la posibilidad de la mejoría. El BVerfG no ha ido más lejos que esto.

La jurisprudencia constitucional europea ha procedido de un modo similar. En el año 2013, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("TEDH") declaró en el caso *Vinter v United Kingdom*³⁰ que el presidio perpetuo sin posibilidad de obtención de libertad³¹ (*whole-life sentence without prospect of release*) es contrario a la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, el TEDH reconoció expresamente la legitimidad de las diversas finalidades de la pena, entre las cuales identificó la retribución, la prevención general negativa, la protección de la sociedad y la resocialización (nm. 111). Para el TEDH, el balance entre dichas finalidades es dinámico en el sentido que resulta necesario mantener bajo constante revisión la justificación del castigo durante su ejecución. Y puede llegar a ser el caso que el condenado progrese en el proceso de resocialización. En este caso, el presidio perpetuo sin posibilidad de obtención de libertad torna cualquier progreso desde el punto de vista de la resocialización en algo irrelevante (nm. 112). Siguiendo el razonamiento de la sentencia del BVerfG citada anteriormente, declaró así que negar la posibilidad de acceso a beneficios de cumplimiento de la pena en libertad en el evento de resocialización es contrario a la dignidad humana (nm. 113). En consecuencia, bajo el

objetivas en lo que es un castigo cruel e inusual. Sobre la historia de su variación y su uso para discutir sobre fines del sistema penal véase Murphy (1988).

²⁸ *Gregg v. Georgia* (1976); *Coker v. Georgia* (1977). Ya antes *Weems v. United States* (1910).

²⁹ BVerfG (16.07.1969); BVerfG (25.02.1975); BVerfG (21.06.1977); BVerfG (02.03.1993); BVerfG (26.02.2008).

³⁰ *Applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10*, sentencia de 9 de julio de 2013.

³¹ Conforme a la regulación existente en el Reino Unido, los jueces podían imponer respecto del delito de homicidio una pena de presidio perpetuo, pero sujeta a un periodo mínimo de privación de libertad, luego del cual el condenado podría postular ante el *Parole Board* para el cumplimiento bajo régimen de libertad vigilada (*release on licence*). Sin embargo, si la gravedad del delito era particularmente elevada, el juez podría imponer una *whole life order*, conforme a la cual la posibilidad del condenado de ser liberado queda entregada a la decisión discrecional del Ministerio del Interior (*Home Office*), en el evento de padecer una enfermedad terminal, o encontrarse gravemente incapacitado.

contexto del sistema europeo de derechos humanos la etapa de ejecución de la pena también debe garantizar una expectativa de otorgamiento de beneficios (nm. 114, 119 y 121) sin que haya una prescripción fuerte respecto a finalidades excluyentes del sistema.

El voto de mayoría llama también profundamente la atención a la luz de la jurisprudencia del tribunal constitucional español, probablemente la jurisdicción constitucional comparada más citada por nuestro TC. A diferencia del caso chileno, en España la Constitución declara expresamente en su artículo 25.2 que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad *"estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"*³². No obstante ello, el Tribunal Constitucional español no ha ido tan lejos como el voto de mayoría. En la sentencia 19/1988 de 16 de febrero, dicho tribunal examinó la constitucionalidad del artículo 91 del Código Penal español, que establecía el reemplazo de la pena de multa en caso de falta de pago por la de presidio (*"arresto sustitutorio"*). Entre otras cosas, analizó su compatibilidad a la luz del artículo 25.2 de la Constitución. El tribunal reconoció el potencial efecto contrario a la resocialización de las penas privativas de corta duración. Sin embargo, consideró que ello no es suficiente para declarar inconstitucional dichas penas. En el fundamento jurídico 9º de la sentencia, el tribunal expresó enfáticamente que de la norma constitucional no se sigue que los fines reeducadores y resocializadores *"sean los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista"*. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional español³³.

Finalmente, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que es *"finalidad esencial"* de las penas privativas de libertad la *"reforma y la readaptación social de los condenados"*. En Mendoza y otros vs. Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013) en aplicación del artículo 5.6 de la Convención declaró que la imposición de la pena de presidio perpetuo a menores de edad era contraria al fin de reintegración de los niños porque operaba exclusivamente con una lógica retributiva al excluir definitivamente al menor de la sociedad (Mendoza y otros vs Argentina, 2013, par. 165-167). Si bien la regulación aplicable contemplaba la posibilidad de acceder a beneficios de cumplimiento alternativo en el medio libre luego de 20 años, la Corte estimó que el fin de resocialización tratándose de menores de edad requería un examen periódico de los progresos del menor en su proceso de resocialización (Mendoza y otros vs Argentina, 2013, par. 175).

Atendida la existencia de disposiciones especiales en la Convención sobre Derechos del Niño respecto de la resocialización, es improbable que la Corte defendería este criterio tratándose de mayores de edad. La sentencia se encuentra así en línea con la jurisprudencia comparada alemana, norteamericana y de la Corte Euro-

³² En términos similares, aunque menos prescriptivos, la Constitución italiana de 1947 dispone en su artículo 27 que las penas deben tender a la reinserción del condenado.

³³ Ver por ejemplo, Sentencia 28/1988 (Tribunal Constitucional de España, 1988), fundamento jurídico 2; Sentencia 150/1991 (Tribunal Constitucional de España, 1991), fundamento jurídico 4 letra b; Sentencia 55/1996 (Tribunal Constitucional de España, 1996), fundamento jurídico 4; Sentencia 234/1997 (Tribunal Constitucional de España, 1997), fundamento jurídico 7; y Sentencia 120/2000 (Tribunal Constitucional de España, 2000), fundamento jurídico 4 letra a.

pea. La disposición contenida en el artículo 5.6 de la Convención Americana es relevante en Chile en razón de lo dispuesto por el artículo 5 inciso 2º de la Constitución. Resulta claro que se trata de una disposición que no refuerza la tesis defendida por el voto de mayoría en la STC 2983. Al elevar la finalidad de resocialización al carácter de esencial, no por ello se excluyen otras posibles finalidades que el legislador pueda considerar relevantes, tales como la prevención o la pura retribución.

En consecuencia, a pesar de la diversidad de estándares de control utilizados, la justicia constitucional comparada es deferente en el control de finalidades legislativas y de su realización mediante instrumentos legislativos. Y si bien puede exigir la no-renuncia definitiva a ciertas finalidades, no tiende nunca a atribuirle un fin específico al sistema penal. El voto de mayoría de la STC 2983 procede, en cambio, de un modo constitucionalmente asombroso: no solo no hace uso de alguna clase de test negativo en el control de finalidades legislativas penales (algo de por sí problemático), sino que más bien pretende afirmar que el sistema en general debe dirigirse solo a realizar un fin determinado. La finalidad de la pena debe ser así resocializar según el voto de mayoría y toda medida que limite, por sujetar a privación de libertad, una expectativa de esta clase, sería inconstitucional. Una afirmación de esta clase es probablemente fácil de encontrar en textos académicos de filosofía política o de derecho penal y, por cierto, en programas políticos. Que ese sea su lugar es decidor: se trata de argumentación claramente política. Desde un punto de vista institucional, sin embargo, la atribución de *un fin* a la pena es inaceptable e inverosímil. La pretensión del voto de mayoría de fijar un fin que debe perseguir el sistema penal bajo exclusión de todo otro (*"intimidación"*, bajo expresa declaración del voto de mayoría, pero seguramente también otros candidatos en la poco expresiva disputa de la teoría de la pena como *"retribución"*) es, de este modo, una arrogación de potestades y modos de razonamientos inaceptables en un tribunal constitucional.

3.3. La debilidad de la argumentación del voto de mayoría

Sin embargo, más allá de lo inaceptable que es el tipo de argumentación desarrollada por el TC, ella es en su propia lógica especialmente poco convincente. En primer lugar, considerada de cerca, la argumentación es extraordinariamente genérica y, a partir de ello, muchas veces difícil de comprender. El fin atribuido a las penas por el voto de mayoría es cándidamente unívoco (*"las penas"* buscan la resocialización) y ese mismo fin es juzgado de modo cándidamente unívoco respecto de toda clase de delitos. Esto no parece ser plausible. Pese a cumplir la misma función (restringir la procedencia de penas sustitutivas), el fin de una medida como el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito no parece ser el mismo que el de las reglas que impiden la aplicación de una pena de esta clase en casos de reincidencia. Decir, además, que en todos los casos debe tratarse de *"reinserción"* o *"resocialización"* es difícil de comprender. ¿Significa lo mismo *"resocializar"* en el caso de delitos típicamente vinculados a marginalidad que en delitos de tránsito?

Pero, más allá de lo anterior, la argumentación es completamente inverosímil e inconsistente con las conclusiones a las que llega. La atribución de una finalidad general al sistema penal de buscar la *"resocialización"* de los condenados no resiste ningún análisis. La pena nominalmente general del sistema (la cárcel) tiende más bien a reproducir estructuras y comportamientos delictivos. El voto de mayoría ad-

vierte correctamente esto, pero de ello deriva la conclusión implausible de que las penas sustitutivas sí son resocializadoras y que esa debiera ser la orientación general del sistema por mandato constitucional.

Nada de esto es plausible. Del mero hecho de que las penas sustitutivas eviten la aplicación de una medida que puede tener efectos criminógenos no se sigue en ningún caso que sean medidas tendientes a la *“resocialización”*. Lo que revelan antes las penas sustitutivas es que la orientación general del sistema *no* es la búsqueda de la resocialización del delincuente al punto que el propio sistema, más allá de su déficit estructural, debe buscar vías de escape para no producir efectos criminógenos al ejecutar penas de corta duración. Uno puede, por cierto, lamentar esta realidad político criminal, pero afirmar que toda orientación no resocializadora del sistema es *inconstitucional* solo puede llevar a la declaración general de *inconstitucionalidad total* del sistema penal chileno. En otras palabras, si nos tomamos en serio el voto de mayoría, el derecho penal chileno debería ser abolido por declaración del TC. Esa es la única conclusión consistente que debiera seguirse de la argumentación del voto de mayoría. Que este no lo vea o no lo declare solo confirma la falta de verosimilitud y de consistencia de su argumentación.

4. La STC 2983 convertida en línea jurisprudencial

Como vimos en la introducción, el 27 de marzo de 2017 el TC resolvió quince requerimientos similares que, en lo esencial, solicitaban la declaración de inaplicabilidad de los artículos 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas, en lo relativo en particular a delitos contenidos en la Ley de Control de Armas, y 17 B de la Ley de Control de Armas. El TC acogió los requerimientos en cuestión en lo relativo a la primera disposición, la que, como hemos visto, cumple una finalidad equivalente al artículo 196 ter de la Ley de Tránsito: declarar la inaplicabilidad de las penas sustitutivas respecto de ciertos delitos y, con ello, obligar a la ejecución efectiva del presidio³⁴. Las sentencias en cuestión constituyeron una verdadera línea jurisprudencial que se ha confirmado con el tiempo y parece inalterable, al menos mientras se mantenga la actual composición del TC.

Esta línea jurisprudencial es problemática por dos razones que no dicen necesariamente relación con su resultado. En primer lugar (i), al menos en el caso de las sentencias redactadas en voto de mayoría por el ministro Pozo, ellas mantienen el tipo de razonamiento y la clase de argumentos que aparecieran ya en la STC 2983 y que resultan, como hemos visto, completamente injustificables. Pero en algo que hace que la cuestión sea todavía más preocupante, (ii) las sentencias en cuestión se produjeron por así decir *“cuoteando”* la redacción de los votos de mayoría entre los ministros Pozo y Romero, conteniendo sus argumentaciones fundamentos *derechamente contradictorios* entre sí y, por lo mismo, dando lugar a prevenciones del mi-

³⁴ Sin embargo, a diferencia de la regla del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, no se trata de una mera suspensión hasta por un año de la aplicación de la pena sustitutiva, sino de la imposibilidad absoluta de acceder a las mismas.

nistro no redactor para dar cuenta de la contradicción. En algo que puede parecer difícil de creer, los restantes ministros de la mayoría se plegaban a firmar el voto redactado por los ministros Pozo o Romero según correspondiera, firmando así en una misma fecha sentencias basadas en argumentos asumidos como contradictorios. Y, para hacerlo explícito, a partir del 18 de julio de 2017³⁵, la mayoría favorable a la inaplicabilidad pasó a generar una sentencia *per curiam* – sin designación de ministro redactor – en esta línea jurisprudencial, la que explicita que dentro del TC hay dos líneas argumentativas contradictorias que llevan al mismo resultado y que se corresponden con los razonamientos ya producidos antes por Pozo y Romero. Esto parece ser una situación inédita que merece ser observada de cerca dada su gravedad.

(i) Como hemos visto, las sentencias del 27 de marzo son problemáticas ante todo por el tipo de razonamiento que contienen. Las seis sentencias redactadas por el ministro Pozo tienen una estructura similar y son, en general, criticables por las mismas razones por las que es criticable la STC 2983, también redactada en voto de mayoría por este: sus sentencias contienen una serie de reflexiones casi filosóficas sobre el derecho penal. No es claro cuál es el estándar utilizado para llegar a la conclusión final, entre otras cosas porque se citan muchos de ellos (proporcionalidad, *ultima ratio*, persecución de fines ilícitos). Al igual que en la STC 2983, el único fundamento que puede ser atribuido a estas sentencias sin ser contradictorio es la atribución de una finalidad determinada al sistema penal, lo que como hemos visto no solo es inadmisible en la justicia constitucional, sino que además es completamente inverosímil en este caso.

Las nueve sentencias redactadas por el ministro Romero en voto de mayoría, en cambio, se fundan en lo esencial en un argumento que, a primera vista, no parece tener la ligereza de la línea contraria: habría una exigencia constitucional de proporcionalidad retrospectiva de las penas fundada en consideraciones de igualdad, en el sentido de que la gravedad de la pena sea proporcionada a la gravedad del delito. De acuerdo a este grupo de sentencias, el modo de cuantificar esa gravedad vendría dado por la cuantificación de la pena hecha por el propio legislador. Como, sin embargo, en los hechos la gravedad de la pena dependería también del modo de ejecución, establecer modos de ejecución claramente más lesivos (como la cárcel efectiva) para delitos menos graves en cuanto a su cuantía nominal, sería contrario a la igualdad ante la ley.

Pese a tratarse de un argumento que resulta fácilmente comprensible, su poder de convicción es en abstracto, y ante todo como cuestión constitucional, limitado. En abstracto, el voto de mayoría en las sentencias redactadas por Romero priva

³⁵ El inicio de esta modificación de la línea jurisprudencial se encuentra en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional, todas dictadas con fecha 18 de julio de 2017 a saber, (i) Rol 3274-16; (ii) Rol 3275-16; (iii) Rol 3277-16; (iv) Rol 3280-16 y Rol 3282-16. Desde entonces, en general los requerimientos de inaplicabilidad, cuando son acogidos, se fundamentan con el texto de aceptación de la existencia de fundamentos contradictorios internos establecidos aquí.

de cualquier facultad de disponer la necesidad de aplicar efectivamente penas de cárcel que no sea su cuantía. En los hechos, ello implica que el sistema político va a tender a reaccionar a los escándalos, como ha sido hasta ahora la práctica chilena, elevando sustancialmente las penas con el objeto de evitar que ciertas clases de delitos sean castigadas solo con penas sustitutivas. Las consecuencias que esta práctica ha tenido para el sistema chileno han sido nefastas: aumento constante de penas y, más allá de los delitos más graves, generalización del peso punitivo real en delitos que tienden a cometerse recurrentemente, haciendo aparecer en cambio que tratándose de otros delitos (típicamente: de cuello y corbata) todo el peso punitivo se concentre en el proceso penal: la prisión preventiva ha pasado a ser el efecto buscado para esta clase de casos.

Pero más allá de la evaluación del argumento en sus resultados, los argumentos de las sentencias redactadas por el ministro Romero no parecen tener sustento constitucional. En efecto, el sustento del criterio establecido por Romero consistente en que la gravedad del marco penal abstracto funda expectativas de un trato punitivo proporcionado a dicho marco es débil. El ministro Romero se contenta con citar una serie de disposiciones que utilizan el umbral de la pena afflictiva para asociar consecuencias penales accesorias relativas a derechos políticos (arts. 13, 16 n° 2, 17 n° 2 y 3 de la Constitución). El resto del argumento depende de consideraciones legales que ciertamente no son oponibles al legislador. El *"patrón general de proporcionalidad"* identificado por el ministro Romero, en consecuencia, depende fundamentalmente de decisiones legales respecto de los cuales el legislador puede indudablemente apartarse porque él mismo lo ha establecido.

Probablemente anticipando la objeción, el ministro Romero funda, sin embargo, su razonamiento en expectativas de igualdad derivadas del artículo 19 número 2 de la Constitución: no mantener la proporción entre entidad de la reacción punitiva real y graduación nominal de la pena vulneraría esas expectativas. El argumento es, por cierto, una petición de principios. Es relativamente claro que la graduación de marcos penales abstractos por parte del legislador se funda no solo en consideraciones de graduación de gravedad, sino también en la persecución de fines determinados en relación con ciertos delitos. Adicionalmente, es indudable que en sus decisiones operan criterios de oportunidad política. Que por ello esta práctica política funde expectativas de igualdad es todo menos evidente. Aunque uno aceptara que existe una expectativa de igualdad de trato en función de la gravedad del marco penal abstracto, el control constitucional requiere no solo demostración de un trato diferenciado sino derechamente de arbitrariedad. En qué medida se produce, en ese sentido, un trato arbitrario y, además, una afectación desproporcionada del derecho fundamental invocado, es algo que no puede advertirse de su argumentación. El ministro Romero curiosamente más bien pretende demostrar arbitrariedad utilizando un criterio arbitrario.

(ii) Excepcionalmente preocupante en la línea jurisprudencial en cuestión es algo que parece ser inédito en su historia: la producción de una especie de dispersión de fundamentos en lo relativo no solo a un problema particular (inaplicabilidad del art. 1º inc. segundo de la Ley de Penas Sustitutivas), sino a la comprensión del TC de los estándares de control de las decisiones legislativas. En un primer momento, en las quince sentencias dictadas el 27 de marzo de 2017, la dispersión de fundamentos se expresó cuoteando la responsabilidad por la redacción del voto de mayoría entre los ministros Pozo y Romero. Pero dado que desde entonces el TC ha acogido sistemáticamente, con sentencias en general similares y estandarizadas, las solicitudes de inaplicabilidad del art. 196 ter de la Ley de Tránsito y del art. 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas, este pasó a normalizar en todavía mayor medida la dispersión de fundamentos por cuoteo con la que se constituyó la línea en cuestión. Así, en su estado actual, las sentencias que declaran rutinariamente la inaplicabilidad del art. 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas afirman expresamente que hay división de argumentaciones y dan cuenta de las dos líneas contradictorias.

Es importante entender lo que este fenómeno significa: respecto de un asunto, el TC ha producido a sabiendas decisiones con *ratio decidendi* contradictoria. Esto por supuesto es problemático no solo por su condición de tribunal, sino que ante todo si uno se toma en serio la cuestión desde el punto de vista del legislador. A partir de esta línea jurisprudencial, es imposible saber si el TC le exige respetar la finalidad irrenunciablemente resocializadora del sistema penal que el ministro Pozo parece defender, o una consideración de estricta continuidad entre gravedad en la ejecución y gravedad en la cuantía que defiende el ministro Romero.

Conclusiones

En el presente artículo, junto con desarrollar un análisis crítico de la línea del TC sobre inaplicabilidad de reglas que hacen variar los criterios generales de otorgamiento de penas sustitutivas, hemos formulado algunas críticas más generales sobre el control de constitucionalidad de decisiones legislativas en materia penal en nuestro país. A nuestro juicio, la STC 2983 y la línea jurisprudencial que ésta inauguró son relevantes porque develan algunos de los estándares utilizados por nuestro tribunal constitucional en el control del ejercicio de la potestad punitiva estatal. En razón de ello, ofrecen también una oportunidad para evaluar críticamente dichos estándares.

Comenzamos ofreciendo el contexto necesario para la comprensión del fallo. Explicamos la estructura y racionalidad de estas reglas, y las situamos en el contexto del debate criminológico sobre la ejecución de la pena y la aplicación de penas sustitutivas. Luego, ofrecemos una exposición de los principales argumentos considerados por el voto de mayoría para declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 196 ter. A continuación, concentraremos nuestra atención en dos aspectos fundamentales del fallo, a saber, el empleo de la metodología del principio de proporcionalidad, y sus consideraciones relativas a las finalidades de la pena a la luz de la Constitución.

Nuestra conclusión es que, en tanto sentencia exemplificadora de las prácticas argumentativas del Tribunal Constitucional en materia penal, la STC 2983 ofrece buenas razones para preocuparse. En lo relativo al principio de proporcionalidad, el voto de mayoría pretende emplear una concepción canónica del principio, de amplia difusión en el derecho comparado. Sin embargo, en su aplicación al caso concreto, el principio de proporcionalidad aparece desdibujado, desconociendo el voto de mayoría la progresión lógica de sus diversas etapas, incurriendo en contradicciones lógicas, tales como sostener falta de idoneidad y falta de necesidad al mismo tiempo, y defender concepciones del test de necesidad diversas.

En lo relativo a las finalidades de la pena, el voto de mayoría nuevamente incurre en contradicciones. En ocasiones parece sostener, enfáticamente, que la prevención general negativa es una finalidad de la pena contraria a la Constitución. En numerosos pasajes sostiene que la resocialización constituye la única finalidad legítima a la luz de la constitución chilena. Sin embargo, en una ocasión parece reconocer la retribución como una finalidad legítima. La asunción de verdadera inconstitucionalidad abstracta de las reglas sometidas a control a partir de consideraciones de esta clase es, sin embargo incompatible con el reconocimiento de márgenes de discreción al legislador en la definición de las finalidades de la pena y no parece ser posible tomarla en serio. En efecto, de ser argumentación auténtica, la concepción extremadamente restringida de las finalidades lícitas de la pena contenida en la STC 2983 debería conducir a la abolición del derecho penal chileno: el sistema penal no tiende en ninguna medida a conducir a “resocialización”. Las sentencias en cuestión ciertamente no pretenden decretar esta abolición. Ello no hace más que demostrar que la argumentación no tiene pretensiones de seriedad.

Todos estos problemas se confirman y acentúan en las sentencias dictadas el 27 de marzo referidas al artículo 1º inciso segundo de la Ley de Penas Sustitutivas, y en la línea jurisprudencial que ha seguido: ellas no solo confirman, al menos cuando fueron redactadas por el ministro Pozo, la clase de argumentación que aparece en la STC 2983, sino que en un hecho especialmente llamativo y preocupante, se construyen bajo la oposición de dos bloques de sentencias (posteriormente explicitado como “*dos líneas argumentativas*”) con fundamentos contradictorios entre sí. La línea jurisprudencial no solo llama, por ello, a preocupación por la calidad argumentativa de las sentencias del TC o por la escasa deferencia que muestra frente al legislador, sino ahora incluso por la falta de relevancia que esta dispersión refleja respecto a su posición institucional.

Referencias Bibliográficas

A, B and C v. Ireland, 25579/05 (European Court of Human Rights 16 December 2010). Recuperado de <https://bit.ly/35s2bTh>

Appel, I. (1998). *Verfassung und strafe. Zu den verfassungsrechtlichen grenzen staatlichen Strafens*. Berlin: Duncker & Humblot.

Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional...

Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (U.S. Supreme Court 15 April 2002). Recuperado de <https://bit.ly/2KJhr69>

Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No 2), UKSP 39 (Supreme Court 19 Jun 2013). Recuperado de <https://bit.ly/2QVgP1n>

Barak, A. (2012). Proportionality (2). En M. Rosenfeld y A. Sajo, (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law* (pp. 739-754). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0036>.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (U.S. Supreme Court 1986 June 29). Recuperado de <https://bit.ly/2KGZHs6>

1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 (BVerfG 25.02.1975). Recuperado de <https://bit.ly/2QSSNEc>

1 BvL 7/72 (BVerfG 02.10.1973). Recuperado de <https://bit.ly/2OxaKVY>

1 BvL 14/76 (BVerfG 21.06.1977). Recuperado de <https://bit.ly/2Dh83Cu>

1 BvR 23/94 (BVerfG 13.04.1994). Recuperado de <https://bit.ly/2O7fRNq>

1 BvR 550/52 (BVerfG 10.05.1957). Recuperado de <https://bit.ly/2sbDsnD>

1 BvR 1213/85 (BVerfG 02.03.1993). Recuperado de <https://bit.ly/2Dg4QTS>

2 BvL 2/69 (BVerfG 16.07.1969). Recuperado de <https://bit.ly/2KSPjOc>

2 BvF 2/90 (BVerfG 28.05.1993). Recuperado de <https://bit.ly/2OjuUE4>

2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80, 2031/92, 2 BvR 2031/92 (BVerfG 09.03.1994). Recuperado de <https://bit.ly/2OCd3ap>

2 BvR 392/07 (BVerfG 26.02.2008). Recuperado de <https://bit.ly/35Cduby>

Chile, Ministerio de Justicia. (1874). *Código Penal*. Recuperado de <http://bcn.cl/1uvs0>

Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (U.S. Supreme Court 28 June 1977). Recuperado de <https://bit.ly/34jSnKR>

Covarrubias Cuevas, I. (2014). ¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del tribunal constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la cámara de los lores y del tribunal europeo de derechos humanos). *Estudios constitucionales*, 12(1), 163-237. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002014000100005>.

Cuestión de inconstitucionalidad 593/1987. En relación con el art. 91 del Código Penal, 19/1988 (Tribunal Constitucional de España 16 de febrero de 1988). Recuperado de <https://bit.ly/2rhbl0u>

Cuestiones de inconstitucionalidad 1407/1989, 2187/1989, 187/1990 y 188/1990 (acumuladas). En relación con el art. 10.15 del Código penal, 150/1991 (Tribunal Constitucional de España 04 de julio de 1991). Recuperado de <https://bit.ly/2OzGPMS>

Cuestión de inconstitucionalidad 961/1994 1.125/1995 2.736/1995 (acumulados). En relación con los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 C.E. del apartado 3 del art. 2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre. Voto particular, 55/1996 (Tribunal Constitucional de España 28 de marzo de 1996). Recuperado de <https://bit.ly/2qqrLsZ>

Cuestión de inconstitucionalidad 2.755/1996 4.783/1996 342/1997 581/1997 582/1997 1.135/1997 1.591/1997 2.606/1997 3.203/1997 1.592/1997 1.621/1997 1.623/1997 1.640/1997 1.892/1997 2.688/1997 2.083/1997 2.281/1997 2.632/1997 2.888/1997 2.905/1997 (acumulados). Promovidas por diversos órganos judiciales acerca de la posible inconstitucionalidad del art. 380 del Código penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Votos particulares, 234/1997 (Tribunal Constitucional de España 18 de diciembre de 1997). Recuperado de <https://bit.ly/2QOsHCh>

Cuestión de inconstitucionalidad 2.594/1994. Planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gavá (Barcelona) respecto del artículo 586 bis del Código Penal de 1973, en cuanto requiere la previa denuncia del ofendido para perseguir la falta de imprudencia simple que causa mal a las personas, y la sanciona con un arresto de corta duración, 120/2000 (Tribunal Constitucional de España 10 de mayo de 2000). Recuperado de <https://bit.ly/2KJCEgr>

Recurso de amparo 580/1987. Contra Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolutoria de recurso de casación contra la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, condenatoria por delito de robo, 28/1988 (Tribunal Constitucional de España 23 de febrero de 1988). Recuperado de <https://bit.ly/37qn9U9>

Cullen, F. (2013). Rehabilitation: beyond nothing works. *Crime and justice* 42(1), 299-376. <https://doi.org/10.1086/670395>.

Dudgeon v. The United Kingdom, 7525/76 (European Court of Human Rights 22 October 1981). Recuperado de <https://bit.ly/2qq8N5O>

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. (M. Guastavino, Trad.). Barcelona: Ariel.

Ewing v. California, 538 U.S. 11 (U.S. Supreme Court 04 March 2003). Recuperado de <https://bit.ly/2qspr4M>

Freitas v The Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing, UKPC 30(The Court of Appeal of Antigua and Barbuda 30 june1998). Recuperado de <https://bit.ly/2XHtl0g>

Gärditz, K. (2010). Strafbegründung und demokratieprinzip. *Der Staat*, 49(3), 331-367. Recuperado de <https://bit.ly/2QNqjeL>

Garland, D. (1996). The limits of the sovereign state. strategies of crime control in contemporary society. *The british journal of criminology*, 36(4), 445-471. <https://10.1093/oxfordjournals.bjc.a014105>.

Garland, D. (2001). *The culture of control. Crime and social order in contemporary society* Oxford: Oxford University Press.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (U.S. Supreme Court 1 July 1976). Recuperado de <https://bit.ly/37uBnU2>

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (U.S. Supreme Court 7 June 1965). Recuperado de <https://bit.ly/35kxgrR>

Habermas, J. (1998). *Factividad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (M. Jiménez Redondo, Trad.) (4a ed.). Madrid: Trotta

Handyside v. The United Kingdom, 5493/72 (European Court of Human Rights 7 December 1976). Recuperado de <https://bit.ly/2KIQsl6>

Huscroft, G., Miller, B., y Webber, G. (2014). Introduction. En su *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning* (pp. 1-18). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107565272.002>.

Jersild v Denmark, 15890/89 (European Court of Human Rights 23 September 1994). Recuperado de <https://bit.ly/37u22jl>

Johnson, B. (2014). Sentencing. En M. Tonry (Ed.). *The Oxford handbook of crime and criminal justice* (pp. 696-724). New York (NY): Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195395082.013.0022>.

Klatt, M., y Meister, M. (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. (R. Sánchez Gil, Trad.). México (DF): UNAM.

L. and V. v. Austria, 39392/98 y 39829/98 (European Court of Human Rights 9 January 2003). Recuperado de <https://bit.ly/2QFrHQM>

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (U.S. Supreme Court 25 June 2003). Recuperado de <https://bit.ly/2D0A2q2>

Ley 17.798, de 20 de octubre de 1972, Establece el control de armas, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 21 de octubre de 1972. Recuperado de <http://bcn.cl/1v8xv>

Ley 18.216, de 20 abril de 1983, Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 14 de mayo de 1983. Recuperado de <http://bcn.cl/1uxtl>

Ley 18.290, de 27 de diciembre de 2007, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 29 de octubre de 2009. Recuperado de <http://bcn.cl/1uv0o>

Ley 20.603, de 13 de junio de 2012, Modifica la Ley nº 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 27 de junio de 2012. Recuperado de <http://bcn.cl/1v2mc>

Ley 20.770, de 15 de septiembre de 2014, Modifica la Ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 16 de septiembre de 2014. Recuperado de <http://bcn.cl/1uw39>

Ley 20.813, de 31 de enero de 2015, Modifica Ley nº 17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 06 de febrero de 2015. Recuperado de <http://bcn.cl/1v322>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín oficial del Estado, (81), Madrid, 24 de noviembre de 1995. Recuperado de <https://bit.ly/2KMItcR>

Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (U.S. Supreme Court 04 March 2003). Recuperado de <https://bit.ly/2OcrUt9>

Mendoza y otros vs. Argentina, Serie C No. 260 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de mayo de 2013). Recuperado de: <https://bit.ly/2OBm9Eb>

Möller, K. (2012). *The global model of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press.

Murphy, R. (1988). The significance of victim harms: *Booth v. Maryland* and the philosophy of punishment in the supreme court. *The University of Chicago law review*, 55(4), 1303-1333. Recuperado de <https://bit.ly/2XuSErF>

Otto-Preminger Institut v Austria, 13470/87 (European Court of Human Rights 20 September 1994). Recuperado de <https://bit.ly/2QGXtNo>

Organización de los Estados Americanos (1969). Convención americana sobre derechos humanos. oas.org. Recuperado de <https://bit.ly/2pMylnO>

Perju, V. (2012). Constitutional transplants, borrowing, and migrations. En M. Rosenfeld y A. Sajo (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law* (pp.1304-1326). Oxford: Oxford University Press. <https://10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0065>.

Pettit, P. (2002). Is criminal justice politically feasible?. *Buffalo criminal law review*, 5(2), 427-450. <https://doi.org/10.1525/nclr.2002.5.2.427>.

Pfaff, J. (2006). The continued vitality of structured sentencing following blakely: the effectiveness of voluntary guidelines. *UCLA Law Review*, 54(235), 235-307. Recuperado de <https://bit.ly/2r2qat9>

Pieroth, B. y Schlink, B. (2010). *Grundrechte*. (26a ed., Vol. 2) Heidelberg: C.F. Müller.

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (U.S. Supreme Court 1992 June 28). Recuperado de <https://bit.ly/37s75Bi>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el abogado Juan Carlos Manríquez Rosales, en representación de Aldo Javier Rojas Hernández, 2983-16 (Tribunal Constitucional 13 de diciembre de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/35bPBr0>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por José Francisco Gutiérrez Gamboa, 3062-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/37gV95p>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Cristián Peña Rojas, 3095-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/32XV03m>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Etiel Hermosilla Garrao, 3109-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2CRVu0u>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Viviana Olivares Herrera, 3120-6 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2pu6m1l>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Francisco Javier Sarmiento Troncoso, 3134-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2OpRJEU>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Nicole Vilches Arenas, 3135-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/37kEKg8>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Marco Guzman Meneses respecto de la frase que indica contenida en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216, en los en el proceso penal RIT 1611-2015, RUC 1501049141-7, seguido ante el Juzgado de Garantía de Pucón, 3053-2016 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2OAXK1B>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Matías Gallardo Araya respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216, en el proceso penal RIT 19-2016, RUC 1500180517-4, sobre delito de amenazas y porte ilegal de municiones, seguidos ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por recurso de nulidad, bajo el Rol N°Reforma procesal penal, 2995-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2pD3BuJ>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Khaled Olwan respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC 1501185225-1, RIT 14271-2015, de que conoce el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 3127-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/37rJ3XI>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Francisco Yáñez Rodríguez respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RIT 1436-2016, RUC 1600564134-2, seguidos ante el Juzgado de Garantía de San Vicente de Tagua Tagua, 3172-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/35sYFbj>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Vicente Valdivia Contreras respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RIT 294-2016, RUC 1501049215-4, seguidos ante el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, 3173-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/37kpboZ>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Cristián Vargas Leiva respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RIT 156-2016, RUC 1501054083-3, seguidos ante el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, 3174-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2KF96Am>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Francisco Lipimán Calpán respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RIT 82-2016, RUC 1510035995-K, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, 3185-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/37novPA>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Eladio Primitivo Carvajal respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y de los incisos

Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional...

segundo del artículo 17 B y primero del artículo 9, ambos de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RIT 2072-2015, RUC 1500757264-3, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Quillota, 3187-16 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/338XwUB>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Concha Alarcón respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC 1510021232-0, RIT 364-2016, seguidos ante el Juzgado de Letras y Garantía de Curacautín, 3274-16 (Tribunal Constitucional 18 de julio de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2Om9NRp>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Segundo Pereira Aguayo respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC 1600271967-7, RIT 120-2016, seguidos ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, 3275-16 (Tribunal Constitucional 18 de julio de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2rob3uq>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Nicolás Bruna Vilches respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC 1500513498-3, RIT 342-2016, del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 3277-16 (Tribunal Constitucional 18 de julio de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2OYxsXp>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Rivera Rocha respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC 1501080279-K, RIT 107-2016, seguidos ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, en actual recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Concepción, bajo el Rol N° Reforma procesal penal – 910 ? 2016, 3280-16 (Tribunal Constitucional 18 de julio de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2OYySkH>

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Danilo Rojas Rivera respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N° 18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N° 17.798, en el proceso penal RUC 1600619205-3, RIT 8159-2016, seguidos ante el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 3282-16 (Tribunal Constitucional 18 de julio de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2OIFWbT>

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, 3729-17 (Tribunal Constitucional 28 de agosto de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2KS3enH>

Roe v Wade, 410 U.S. 113 (U.S. Supreme Court 22 January 1973). Recuperado de <https://bit.ly/37suX84>

R. v. Oakes, 17550 (Canada Supreme Court, 1986-02-28). Recuperado de <https://bit.ly/2qHm0XK>

Schlink, B.(2012). Proportionality (1). En M. Rosenfeld y A. Sajo (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law* (pp. 719-736). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0035>.

Senato della Repubblica (1947). *Costituzione della Repubblica italiana. Testo vigente*. Roma; Tiburtini Srl. Recuperado de <https://bit.ly/34dD1HK>

Stübing v. Germany, 43547/08 (European Court of Human Rights 12 April 2012). Recuperado de <https://bit.ly/2KI886l>

Tony, M. (2011). Crime and criminal justice. En su *The Oxford handbook of crime and criminal justice* (pp. 3-23). New York, NY: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195395082.013.0001>.

Trop v. Dulles, 356 US 86 (U.S. Supreme Court 30 March1958). Recuperado de <https://bit.ly/2DgrPOA>

Weems v. United States, 217 U.S. 349 (U.S. Supreme Court 2 May 1910). Recuperado de <https://bit.ly/35CufDv>

Wilenmann von Bernath, Medina, J., Oliveras, E. y Del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial chilena. *Política criminal*, 14(27), 457-490. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992019000100456>.

Wingrove v. The United Kingdom, 17419/90 (European Court of Human Rights 25 November 1996). Recuperado de <https://bit.ly/37qZWkS>

Wolfmeyer v. Austria, 5263/03 (European Court of Human Rights 26 May 2005). Recuperado de <https://bit.ly/2D1WU8N>

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Grez Hidalgo, P. y Wilenmann von Bernath, J. (2019). Un desarrollo preocupante: sobre una tendencia reciente en el control constitucional de leyes penales. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 26, e3859. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0014>



DOI

Copyright del artículo: ©2019 Pablo Grez y Javier Wilenmann



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.