

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL: UN ESTUDIO CRÍTICO\*

CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT AND CRIMINAL LAW:  
A CRITICAL ANALYSIS

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ\*\*  
Universidad Austral de Chile  
josefernandez@uach.cl

*RESUMEN: Este estudio tiene como principal finalidad sistematizar y exponer algunas de las características de la jurisprudencia del TC en materia penal sustantiva desde la Reforma de la Constitución de 2005. Desafortunadamente, la principal característica de nuestra jurisprudencia constitucional radica en el incumplimiento de la mínima protección exigida a un TC en el control de las leyes penales. A partir del análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional este estudio propone una serie de cambios jurisprudenciales, algunos de la mayor urgencia.*

*ABSTRACT: The present study provides a critical analysis about the policies and some specific practices from the Chilean Constitutional Court's criminal jurisprudence from the Constitutional Reform Act 2005. Unfortunately, the principal feature of the Chilean Constitutional Court's criminal jurisprudence lies in the lack of minimal protection demanded to any Constitutional Court. As an urgent call to changes, this analysis then puts forward a number of recommendations to amending criminal case law in Chile.*

*PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional y sistema penal, Control de constitucionalidad de las leyes penales, Límites al Ius puniendi.*

*Key words: Constitutional law and Criminal Justice System, Constitutional review of criminal laws, Principles of criminal law.*

### INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) fue concebido en 1971 conforme a la forma clásica del Constitucionalismo de Estado, orientado a resolver los conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Con su reinstauración en 1980, fue articulado también para un defensa de los derechos

---

\* Investigación realizada en el seno del Proyecto Fondecyt Regular N° 1130076. Trabajo recibido el 2 de diciembre de 2013 y aceptado el 1 de octubre de 2014.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad Europea de Madrid. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Austral de Chile.

fundamentales, situación que contrasta con la legitimación autoritaria del Texto Constitucional y la suspensión de la mayoría de estos hasta la restauración de la democracia. Pero, sin duda, el impulso definitivo en la protección de los derechos fundamentales se ha dado con la reforma de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) del año 2005, donde la justicia constitucional ha sido objeto de una profunda reforma, destacando de manera especial la instauración y nueva formulación del requerimiento de inaplicabilidad.

Este estudio, por tanto, tiene como principal finalidad sistematizar y exponer algunas de las características de la jurisprudencia del TC en materia penal sustantiva desde la citada Reforma de 2005. Ahora bien, este estudio tampoco renuncia, a partir del análisis crítico de la jurisprudencia del TC, a plantear una serie de cambios sobre la comprensión por parte del TC de los límites y principios penales, la utilización de las herramientas argumentativas e, incluso, sobre su especial deferencia ante el legislador penal.

#### 1. EL INCUMPLIMIENTO DE LA MÍNIMA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES

A pesar de los buenos augurios que presentaba esta reforma de la CPR de 2005, el TC no ha cumplido con las expectativas a la hora de ahondar en la protección de los derechos fundamentales en el ámbito jurídico penal sustantivo. Todo lo contrario. Dos sentencias han comprometido gravemente el límite mínimo de protección exigible a cualquier tribunal constitucional en el marco de un Estado de Derecho. Nos referimos a las SsTC Rol N° 1191-2008, concerniente al delito de hurto de energía eléctrica y Rol N° 1683-2010 sobre el denominado delito de sodomía (artículo 365 CP).

Desde posiciones político criminales críticas se suele pedir una mayor intervención a los tribunales constitucionales en el control de las leyes penales y, en especial, respecto de las constantes manifestaciones del modelo penal de seguridad ciudadana. Pero este estudio, no debe catalogarse como una exposición crítica sobre la jurisprudencia constitucional dentro de una determinada concepción político-criminal, sino como una denuncia desde las mismas entrañas del Estado constitucional de derecho, imputación que debería compartir todo jurista comprometido con los principios básicos del Estado de derecho, a saber, el cumplimiento de la reserva de ley (penal) y la prohibición de discriminaciones fundamentadas exclusivamente en las características personales, como es el caso de la orientación sexual.

El Estado constitucional ha instalado una tensión entre democracia y derechos que se manifiesta principalmente en la delimitación de las competencias

entre el Poder Legislativo y los órganos con jurisdicción constitucional. A mayor abundamiento, los tribunales constitucionales se ven abocados a ocuparse de programas políticos orientados al futuro y, por tanto, corren el peligro de asumir competencias legislativas para las que carecen de legitimidad democrática. A lo anterior, debemos añadir su tendencia a transformar las constituciones en un orden de valores, en lugar de considerarlas como un sistema de reglas estructuradas de acuerdo a principios, lo que les lleva a convertirse en una instancia autoritaria o en una jurisdicción que trata de optimizar todos los valores sin contradecir ninguno de ellos e, incluso, concurriendo ambas situaciones a la vez.

Esta tensión se ha pretendido resolver a partir de cuatro modelos constitucionales, donde cada uno de los cuales comporta un peculiar entendimiento del control constitucional de las leyes: el puramente procedimental, el de detalle o restrictivo, el puramente material y el material-procedimental o marco. Pues bien, ambos preceptos penales, de acuerdo con el modelo procedimental —que constituye el sistema de control de constitucionalidad más deferente con el Poder legislativo— deberían haber sido expulsados de nuestro maltrecho Derecho penal.

En el modelo ideado por Kelsen, el control de constitucionalidad de las leyes ha de ceñirse a la verificación de los procedimientos establecidos para su creación, modificación y, en su caso, derogación, excluyéndose cualquier revisión material de su contenido. Una visión actual del modelo procedimental, podemos encontrarla en la propuesta de John Hart, donde las constituciones deben prescribir procesos legítimos y no resultados legítimos. Ahora bien, debemos destacar a efectos de este estudio que, junto a la protección de los derechos de participación política, el autor citado incluye un control material destinado a proteger a las minorías discriminadas que corren el peligro de que sus intereses no sean tenidos en cuenta con la misma consideración que respecto de la mayoría, poniendo como ejemplo la discriminación por razones de sexo. En estos casos, los jueces deben establecer un test de constitucionalidad más estricto<sup>1</sup>.

Como he mencionado al inicio de este estudio, desafortunadamente, la principal característica de nuestra jurisprudencia constitucional en el control de las leyes penales estriba en el incumplimiento del mínimo control exigible en un Estado constitucional de derecho. Las dos sentencias del TC que, a continuación comentaremos, se caracterizan por declarar como conformes con la CPR la vulneración de una regla constitucional (el mandato de reserva de ley) y una discriminación por razones personales, con independencia que este caso sea considerado como

---

<sup>1</sup> HART, John (1997): pp. 117, 169 y ss.

una regla, como un principio que deba ser sometido a un especial escrutinio o, simplemente, sometido al juicio general de arbitrariedad o proporcionalidad<sup>2</sup>.

### *1.1. El incumplimiento de la regla de reserva de ley en materia penal*

La STC Rol N° 1191-2008-INA tiene como origen el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso en la causa RUC 0700364853-7, RIT 186-08, en relación con la aplicación del artículo 137 del D.F.L. N° 1, de 22 de junio de 1982 del Ministerio de Minería, que tipifica el denominado hurto de fluido eléctrico. En el momento que se conoció de la causa por el TC la figura delictiva se encontraba tipificada en el artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, del año 2006 del Ministerio de Economía, Fomento y reconstrucción.

Conforme con el mandato de *Lex scripta* –regulados en los artículos 19, N° 3, incisos 7° y 8° y 64 inciso 2°, de la CPR– los decretos con fuerza de ley no poseen la idoneidad para ser *fuentes creadoras de delitos y penas*. A pesar de que ambos decretos con fuerza de ley fueron dictados con posterioridad a la CPR, el TC consideró que esta figura delictiva no vulneraba el mandato de reserva de ley.

Un rechazo enérgico ha merecido, junto con los decretos leyes, las leyes que delegan la criminalización primaria en el Poder Ejecutivo. Dos son los principales reparos. El primero, compartido con los decretos leyes, radica en el socavamiento del principio de división de poderes y la consecuente ausencia del control parlamentario en una de las áreas más sensibles de injerencia en los derechos y garantías constitucionales. Y el segundo, referido a los límites impuestos a la legislación delegada, donde se suelen excluir de su ámbito de aplicación a los derechos y garantías constitucionales y, por ende, al derecho penal ya que los limita, no solo a través de la pena, sino también como consecuencia del ámbito de libertad restringido por todo injusto típico.

Estas razones llevaron al establecimiento de la primera regla iusfundamental en materia penal: el mandato de reserva de ley. Como regla, por ende, debe aplicarse a través del mecanismo de la subsunción, prohibiéndose cualquier tipo de juicio de razonabilidad o proporcionalidad con otros derechos fundamentales o intereses superiores como medio para enervarla. Y esto último es, precisamente, lo que hace el TC en esta sentencia.

<sup>2</sup> El comentario de ambos fallos del TC tiene como referencia: FERNÁNDEZ CRUZ, (2013): pp. 219-244.

En primer lugar, el TC mantiene que, a pesar de que el delito de hurto de energía eléctrica que conoce el presente recurso de inaplicabilidad estaba regulado por un D.F.L. promulgado con posterioridad a la CPR de 1980, esta norma solo se limitó a *recoger* la misma figura penal tipificada con anterioridad por los D.F.L. de 1931 y 1959. De esta manera, a efectos de su control constitucional debe entenderse como un D.F.L. anterior a la Constitución vigente, y, por tanto, sometido a la jurisprudencia del propio Tribunal sobre estas normas que reconoce su conformidad con la CPR siempre y cuando no “lesionen los derechos y libertades fundamentales que esta reconoce en sus aspectos materiales o concretos”<sup>3</sup>. La justificación a favor de la constitucionalidad del delito de hurto de fluido eléctrico regulado, tanto el D.F.L. N° 1, de 1982, como el actual D.F.L. N° 4 de 2006, pende, por tanto, de su compatibilidad con los derechos y garantías constitucionales. Pero el TC, inexplicablemente, olvida el pequeño detalle que el principio de legalidad penal constituye una vulneración de una garantía constitucional reconocida en el artículo 19 CPR. Además, este quiebre del principio de legalidad manifestada en un delito tipificado por un reglamento afecta a principios tan básicos como la libertad deambulatoria. En otras palabras, el TC hace caso omiso de su propia doctrina expresada en el fallo.

En segundo lugar, el TC establece como fundamentación a favor de la constitucionalidad del delito de hurto de fluido eléctrico una curiosa regla de vigencia temporal de los D.F.L.: un delito establecido en un D.F.L. anterior a la promulgación de la CPR, que posteriormente vuelve a tipificarse en un D.F.L. bajo la vigencia de la Carta Fundamental, resulta constitucionalmente válido siempre y cuando la redacción del delito sea prácticamente similar. De esta manera, el delito de hurto de fluido eléctrico no estaría regulado, a efectos de reserva de ley, por el actual D.F.L. N° 4 de 2006, sino por el D.F.L. N° 4 de 1959, donde se estableció por primera vez su actual redacción.

Esta fundamentación resulta tan simple como absurda. Debemos afirmar con rotundidad que el D.F.L. de 1982 puso bajo la vigencia directa de la Constitución el delito de hurto de energía eléctrica, vulnerándose, por tanto, el principio de reserva de ley. Cuando el legislador penal toma la decisión de tipificar un delito bajo la vigencia de la CPR queda sometido a los límites al *Ius puniendi* que establece esta con independencia de si su redacción coincide o no con la establecida en una norma preconstitucional. El hecho de que se pueda atropellar el principio

<sup>3</sup> STC, Rol N° 1191-2008-INA, considerando 20°.

de legalidad penal con una *fundamentación léxica*, es decir, meramente formal, no soporta una mínima fundamentación.

En tercer lugar, el TC acude a los efectos que conllevaría la aplicación del principio de retroactividad más favorable al reo en el caso de declarar inaplicable o inconstitucional este delito. En principio, no llegan a comprenderse los temores del TC sobre la posible aplicación retroactiva de un eventual fallo declarando inaplicable el delito de hurto de fluido eléctrico, puesto que el propio requerimiento de inaplicabilidad solo tiene efectos respecto al caso *sub judice*. Este problema, *stricto sensu*, se plantearía en el caso de que se declarara inconstitucional el precepto conforme con el artículo 93, N° 7, CPR. No obstante, el propio TC parece estar consciente de que nos encontramos ante una regla constitucional (procedimental) que no permite ponderar principios en conflicto y, por lo tanto, el requerimiento de inaplicabilidad en estos casos se transforma en la antesala de una posterior declaración de inconstitucionalidad. Por esta razón, el requerimiento de inaplicabilidad, a pesar de estar expresamente destinado a resolver casos concretos de inconstitucionalidad, cuando se enfrente a reglas constitucionales o procedimentales no tiene más remedio que tratar la cuestión de manera abstracta o general, como paso previo al recurso de inconstitucionalidad que, en este caso, simplemente debería reproducir o, a lo sumo, profundizar en lo establecido en el propio requerimiento de inaplicabilidad.

Pero a la anterior afirmación debemos añadir el hecho de que el artículo 94, inciso 3°, CPR en relación con el artículo 93, N° 7, CPR prohíbe la aplicación retroactiva de los *preceptos legales* declarados inconstitucionales por el TC, incluyéndose los D.F.L. En otras palabras, los problemas de retroactividad, en principio, no supondrían ningún obstáculo para declarar inaplicable e, incluso, inconstitucional el hurto de fluido eléctrico, sin causar los “indudables perjuicios al sistema jurídico y consecuentemente a la paz social<sup>4</sup>” que el TC manifiesta en la sentencia *in comento*. Ahora bien, la mención a los problemas de retroactividad quizá sea debido al conocimiento por parte del TC del conflicto que se produce entre los artículos 94, inciso 3°, y 19, N° 3, inciso 7°, CPR, donde se consagra la retroactividad más favorable al reo. En efecto, nos encontramos ante un conflicto de normas constitucionales, en concreto ante dos reglas que no permiten, por tanto, un juicio de ponderación. Aquí, estamos, lisa y llanamente, ante un problema de jerarquía normativa, fundamentada en los derechos y garantías constitucionales. Conforme con la concepción material del principio de retroactividad favorable

<sup>4</sup> STC, Rol N° 1191-2008-INA, considerando 20°.

al reo, incluido dentro de los derechos y garantías recogidos en el artículo 19 CPR –que poseen una especial prelación, incluso, respecto de otras normas de la CPR– podemos concluir que las sentencias del TC que declaren inaplicable o inconstitucional una norma no tendrán efectos retroactivos, salvo aquellas que versen sobre cuestiones penales y sean más beneficiosas para el reo<sup>5</sup>.

El cuarto argumento de fondo del fallo radica en la afirmación de que esta norma cumple con la exigencia de seguridad jurídica (considerando 25º). Aquí se evidencia una errónea y parcial comprensión del principio de legalidad. El mandato de reserva legal, no solo encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica, sino en los principios de soberanía democrática y de división de poderes. Es opinión común que el principio de legalidad responde, desde su formulación originaria por los ilustrados, al principio político de la división de poderes: solo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas (tipificar delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas). En definitiva, el principio de reserva de ley no radica, tanto en una exigencia de seguridad sobre el ámbito de libertad que posee el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como en una exigencia de legitimación a la hora de regular y restringir libertades fundamentales a través de su atribución exclusiva de la voluntad general. Como ya advirtió Bricola, el reglamento también ofrece esa seguridad o certeza y, por tanto, la identificación entre el fundamento de la reserva absoluta de ley con la exigencia de seguridad jurídica conduce a una devaluación del carácter absoluto del mandato de *lex scripta*<sup>6</sup>. La invasión del D.F.L. en materia de derechos fundamentales y libertades públicas conculca la voluntad de los constituyentes de evitar su limitación por una minoría, en este caso, el Ejecutivo, mediatizado por su función social de reprimir la criminalidad. Por tanto, esta perversión del sistema de fuentes solo puede ser evitada por el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>.

El quinto argumento esgrimido por el TC alude a consideraciones empíricas. Así, manifiesta que la eventual declaración de inconstitucional “conllevaría indudables perjuicios al sistema jurídico y consecuentemente a la paz social”. Sin perjuicio de la legitimidad del TC para considerar aspectos fácticos en sus decisiones, uno no llega a atisbar los graves perjuicios a la paz social que conllevaría

<sup>5</sup> CABALLERO BRUN, (2006): p. 177.

<sup>6</sup> BRICOLA, F. (1980): “Legalità e crisi: l’Artículo 25 comma secondo della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ‘70” en *La questione criminale*, p. 184. Citado por: ARROYO ZAPATERO (1993), p. 13.

<sup>7</sup> ARROYO ZAPATERO, (1993), p. 15.

la declaración de inconstitucionalidad de este precepto. El TC debería habernos ilustrado con las estadísticas criminales sobre el número de delitos imputados, condenados o que se encuentren cumpliendo una pena privativa de libertad por esta figura penal. En otras palabras acude a la realidad social sin ninguna base empírica. En todo caso, estamos ante un tipo de delito que posiblemente posea una alta tasa de criminalidad no detectada y que, por lo tanto, es ajena a este supuesto problema social. Además, a tenor de la lesión al bien jurídico protegido, las penas impuestas y del creciente hacinamiento de las prisiones chilenas, la excarcelación de los presos juzgados por este delito, a mi modesto entender, no generaría una alarma social en la ciudadanía. A lo anterior, y desde una perspectiva antropológica y no exenta de ciertos tintes clasistas, los posibles condenados que quedarían en libertad son unos simples ciudadanos que realizan una conexión eléctrica ilegal y no ante peligrosos criminales que pueden socavar la paz social. Y como colofón, no debemos perder de vista la implicación de importantes corporaciones industriales que, en el caso de declarar inconstitucional esta figura penal, presionarían para que el legislador imprimiera la misma *velocidad legislativa* a la aplicada en las sucesivas reformas de la falta hurto del artículo 495 bis CP.

El último argumento aducido por el TC recurre a la tradición cultural y doctrinal chilena, es decir, a una suerte de legitimación discursiva. El presente estudio no puede dejar pasar por alto lo expresado en el considerando 22º *in fine*:

“En otras palabras, la norma en cuestión, salvo esta precisión semántica, en lo fundamental tiene su origen en una norma del año 1931, modificada en el año 1959, la cual ha producido innumerables efectos jurídicos, está incorporada en la conciencia jurídica del pueblo como asimismo validada por notables profesores y por la jurisprudencia (Cfr. Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo I, p. 81)”.

Sin perjuicio, de la pertinencia política de utilizar el término “conciencia jurídica del pueblo”, que inevitablemente nos trae a la memoria épocas oscuras de la primera mitad del siglo XX, para fundamentar la constitucionalidad de una norma bajo la vigencia de una dictadura militar, resulta inaceptable semejante afirmación. El Estado de derecho constitucional se fundamenta, precisamente, en la superación de la tradición a la hora de legitimar sus decisiones y, en especial, las leyes. Esta tradición histórica se verifica a juicio del TC con una supuesta ausencia de crítica sobre la utilización del decreto con fuerza de ley como fuente de tipificación de delitos y penas. Esta afirmación resulta, cuando menos, matizable. Así, la Defensoría Penal Pública puso expresamente en conocimiento del TC una variada jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que entiende el

delito de hurto de energía eléctrica derogado tácitamente por la CPR. En el ámbito dogmático tampoco la crítica se encuentra ausente, tildando esta tradición histórica como anacrónica<sup>8</sup>.

Y como colofón, el TC en su último Considerando exhorta a los órganos colegisladores a revisar la legislación delegada preconstitucional existente que “puedan quedar al margen del límite máximo de una interpretación razonable y prudente, por afectarse derechos y libertades fundamentales”. Tal afirmación supone un ataque a la *base de flotación* de nuestro sistema constitucional, donde el TC se convierte en este caso en un órgano consultivo de constitucionalidad. Es cierto que esta apelación al legislador nos aproximaría a una *sentencia exhortativa de inconstitucionalidad simple*, que se caracteriza por constatar que una norma es o podría ser inconstitucional, pero que no resulta proscrita del ordenamiento jurídico por los efectos desastrosos que podrían derivarse de su declaración de inconstitucionalidad. Pero este tipo de sentencias, de por sí cuestionadas por la doctrina constitucional, requieren, por una parte, que estos perjuicios sean de tal entidad que generen una imposibilidad material o racional para hacerla efectiva, situación que no concurre en este caso, más cuando nos encontramos ante un requerimiento de inaplicabilidad; y por otra, la posibilidad de varias interpretaciones constitucionales del precepto impugnado, donde la aplicación de uno de ellos resulta de facto imposible de cumplir<sup>9</sup>, situación que tampoco se da en este caso, ya que el mandato de reserva de ley constituye una regla procedimental<sup>10</sup>.

Como conclusión, el TC debería haber declarado inaplicable el delito de hurto de fluido eléctrico para posteriormente, bien de oficio, bien a través de una acción pública, expulsarla del Ordenamiento jurídico chileno, teniendo esta sentencia efectos retroactivos respecto de todos los supuestos contemplados en el artículo 18 CP. Por el contrario, esta sentencia ha supuesto traspasar los límites impuestos, tanto por el modelo procedimental, como del minimalista de control constitucional de las leyes penales.

<sup>8</sup> CURY, (2011), pp. 170-171; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, (2004), p. 95.

<sup>9</sup> SAGÜES (2006), pp. 192-194.

<sup>10</sup> Estamos también ante un caso del denominado por Weelzel como “constitucionalidad al revés”, es decir ante un caso donde el análisis abstracto arroja que el precepto es contrario a la Constitución, en este caso al mandato de reserva legal, pero circunstancias especiales o excepcionales del caso concreto podrían conducir a una sentencia que rechazara la impugnación. WEELZEL (2011), pp. 133 y ss. El autor se muestra favorable ante este tipo de sentencias, aunque debemos precisar que su estudio se centra en el mandato de *lex certa*, mandato que, a *priori*, no funcionaría como una regla procedimental, sino como un principio o, al menos, como una regla valorativa.

### 1.2. *La discriminación penal por razón de orientación sexual*

La STC del 4 enero de 2011, Rol N° 1683-2010 aborda el homofóbico artículo 365 CP modificado por Ley N° 19.617. Antes de comenzar con el estudio del fallo resulta conveniente realizar un pequeño comentario sobre el ámbito de aplicación de esta figura, para así entender la manifiesta naturaleza discriminatoria de este delito. El carácter homofóbico de esta figura penal afecta exclusivamente a los hombres, puesto que el citado precepto deja fuera de su ámbito de aplicación a las relaciones anales heterosexuales y lésbicas. Además, esta figura castigaría en la casi totalidad de los casos manifestaciones plenamente autónomas de la libertad sexual<sup>11</sup>.

Este delito debería haber sido expulsado de nuestro Sistema penal una vez arribada la democracia en Chile. Desde una perspectiva de derecho comparado estamos ante un delito y una sentencia del TC anacrónicos. El cambio producido a partir de mediados del siglo pasado en la mayor parte de los estados occidentales sobre la concepción de la sexualidad, como una manifestación de la autonomía y libre desarrollo de la libertad sexual, tuvo como consecuencia, tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial, la expulsión del control penal de aquellas figuras penales que se sustentaban en una determinada moralidad sobre la sexualidad y, entre las que destacaba, las relaciones homosexuales entre personas con capacidad para consentir<sup>12</sup>.

La explicación sobre la permanencia de este delito en nuestro Sistema penal debemos encontrarla en la confluencia de varios factores sociales de viejo y nuevo cuño. Así, se ha unido al vetusto fanatismo religioso y a la homofobia, más o menos latente de parte de la sociedad chilena, el nuevo modelo penal de seguridad ciudadana, pensamiento político-criminal que campea con total impunidad por todo el territorio chileno<sup>13</sup>. A lo anterior, debemos añadir el cálculo político

<sup>11</sup> Como manifiesta de manera correcta Bascuñán Rodríguez, esta figura penal no solo castiga las penetraciones anales libremente consentidas, sino también aquellas formas de abusos o intimidación no comprendidas en los artículos 361 y 363 CP, como por ejemplo, las amenazas que no constituyen delito. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, (2011): p. 2 (nota 1). Ahora, no debemos olvidar que su ámbito de aplicación está pensado para las relaciones plenamente consentidas. Si no fuera así, en su última reforma se hubieran señalado expresamente otras formas de abusos o engaños. Además, las formas de abusos no establecidas expresamente, pueden reconducirse en algunos casos a las causales del estupro. Así, el ejemplo citado podría encuadrarse dentro de la causal de abuso de dependencia.

<sup>12</sup> Véase la jurisprudencia y reformas acaecidas en Alemania, Estados Unidos y Austria, entre otras, en BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, (2010): pp. 5-6.

<sup>13</sup> El denominado modelo penal de seguridad ciudadana, coloquialmente conocido como “tolerancia cero” ha sido estudiado y criticado, entre otros, por Garland en su conocida obra *The culture of control*. Univer-

de una parte de nuestros representantes políticos<sup>14</sup> que, apoyada por la mayoría de la ciudadanía chilena, es especialmente sensible a las relaciones sexuales con menores de edad.

Con la entrada en vigor de la Reforma de la CPR de 2005 y, en especial, con la nueva regulación del recurso de inaplicabilidad, este delito era un firme candidato para ser expulsado de nuestro Sistema penal. Desafortunadamente, el TC perdió la oportunidad de legitimarse como el máximo valedor de la CPR, declarando constitucionalmente inaplicable semejante figura penal. El tratamiento que ha dispensado el TC a este precepto resulta realmente inadmisibles, no solo en un Estado Constitucional, sino también teniendo presente el actual desarrollo de la doctrina constitucional y penal chilena. Solo sirva como ejemplo, el hecho de que uno de los Ministros estimó inadmisibles el requerimiento de inaplicabilidad porque carecía de un ¡fundamento plausible! Esta afirmación da cuenta de cuál es el nivel de comprensión que los miembros del TC tienen sobre los derechos y garantías fundamentales.

El requerimiento presentado por la Defensoría Penal Pública invocó tres posibles vulneraciones de nuestra CPR: una discriminación arbitraria que viola el derecho de igualdad ante la ley, una vulneración del derecho a la privacidad y un quebrantamiento al libre desarrollo de la personalidad<sup>15</sup>. Sin perjuicio de compartir las causales de inconstitucionalidad presentadas por el requerimiento de inaplicabilidad, así como las desarrolladas por el informe presentado por 14 profesores

---

sity of Chicago Press. 2001. Entre sus características caben destacar las siguientes: el protagonismo de la delincuencia clásica, la prevalencia del sentimiento de seguridad ciudadana, el populismo y politización y el redescubrimiento de la prisión. De la simple lectura de estas características no resulta difícil concluir que el Sistema penal chileno responde a este modelo penal. Véase, entre otros, FERNÁNDEZ CRUZ (2006), pp. 8-17; GUZMÁN DÁLBORA (2002), pp. 7-17; TORRES ROJAS y PUENTE LAFOY (2001), pp. 34 y ss.; HOEKER, L. (1993), pp. 122 y 136:). GUERRERO ANTEQUERA, Manuel (2004), p. 19.

<sup>14</sup> Esta hipótesis, como resulta comprensible, resulta difícil de constatar, ya que las razones latentes de las decisiones políticas en pocas ocasiones se manifiestan expresamente. Sin embargo, podemos encontrar algunas referencias al *populismo penal* en materia de libertad sexual en la historia de la ley de este delito. Así, en diversos pasajes de los trabajos preparatorios de la actual redacción del artículo 365 CP, introducida por la Ley N° 19.617, de julio de 1999, se hace referencia al *impacto social* que produciría la derogación del delito de sodomía. Véase en profundidad el estudio realizado en el Informe en Derecho presentado por catorce profesores de derecho penal con ocasión del citado requerimiento de inaplicabilidad. BASCUÑAN RODRÍGUEZ, (2011), pp. 61 y ss.

<sup>15</sup> Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Defensoría Penal Pública en causa RIT 1287-2008 seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete *contra Sepúlveda Álvarez*. Véase en: [http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_expediente.php?id=5777](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=5777)

de derecho penal que se adjuntó al mismo<sup>16</sup>, me centraré en la prohibición de discriminación por razones personales, puesto que, como hemos mencionado, forma parte, junto con el principio de legalidad, de la mínima protección que debe exigirse a un TC en el control de constitucionalidad de las leyes penales.

Desde una teoría de los derechos fundamentales existen reglas, prohibiciones absolutas y garantías que deben abordarse con prioridad respecto de otras normas constitucionales. Y en el caso de que la medida sometida a control de constitucionalidad no supere estas reglas y prohibiciones no debe acudir al resto del articulado constitucional para intentar justificar o compensar este primer escalón en el control de constitucionalidad. Así de esta manera, tendríamos en el primer escalón, además de la reserva de ley, la prohibición de discriminación respecto de grupos de personas especialmente vulnerables. Pero, si por el contrario consideramos que la prohibición de discriminación por razones personales no constituye una regla constitucional, parte de la doctrina y jurisprudencia comparada lo califica como una injerencia *sospechosa* en los derechos fundamentales necesitada de una especial justificación<sup>17</sup>.

Una importante corriente doctrinal y jurisprudencial comparada en los casos de discriminación de las minorías aboga por un *criterio* o actitud de sospecha ante el legislador<sup>18</sup>. Esta exigencia de especial justificación, por ejemplo, es acogida por la Corte Suprema Estadounidense que, a partir de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución (*equal protection*), ha establecido dos niveles o test de igualdad. Así, el denominado *escrutinio estricto* respondió a la constatación de que el test básico de igualdad (*rational basis test*) no era un instrumento adecuado para enjuiciar medidas de diferenciación que afectaban a grupos que habían sido discriminados históricamente y que, por tal motivo, merecían recibir una protección especial del Estado. De esta manera, este escrutinio más estricto se fundamenta en criterios *sospechosos de discriminación* como son la raza o el sexo. Sus requisitos generales son, por una parte, que la medida sea necesaria para alcanzar un objetivo, no solo no prohibido por la Constitución, sino constitucionalmente *imperioso* y, por otra, que la medida sea indispensable o necesaria para alcanzarlo. En cierta manera, se produce una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la injerencia en

<sup>16</sup> BASCUÑAN RODRÍGUEZ (2010), pp. 10 y ss. El presente informe fue firmado por 14 profesores de derecho penal. Véase un comentario detallado de la Sentencia en: BASCUÑAN RODRÍGUEZ, (2011): pp. 113-137.

<sup>17</sup> En el caso de que apliquemos el juicio constitucional de proporcionalidad, es decir, el desarrollado por la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana y española, entre otras, y también acogida por nuestro TC, caben pocas dudas en subsumir y calificar esta figura penal como un *fin constitucionalmente ilegítimo*.

<sup>18</sup> A modo de ejemplo, y desde una concepción minimalista del control de constitucionalidad, Hart aboga por un test más estricto justificado por un mayor nivel de sospecha ante el legislador. HART, (2001), p. 256.

los derechos fundamentales no reciba una fundamentación razonable se mantiene la presunción de discriminación. Posteriormente, este test ha sido aplicado a otros derechos fundamentales como, por ejemplo, a la libertad de expresión<sup>19</sup>.

La idea de igualdad, como manifiesta Martínez-Pujalte, constituye uno de los parámetros fundamentales en la organización social, económica y jurídica de las sociedades democráticas. Podemos distinguir tres grandes manifestaciones de la igualdad: una formal –esto es, una igualdad de trato de los ciudadanos–; una material –es decir, un equilibrio de bienes económicos y sociales entre los seres humanos (el mandato de trato diferenciado)– y, por último, la superación de los comportamientos discriminatorios que vienen padeciendo determinados colectivos de persona, en especial, aquellos que atentan contra la dignidad humana (el mandato de trato paritario)<sup>20</sup>.

Con independencia de si estamos ante una regla o una injerencia *sospechosa* en los derechos fundamentales, la prohibición constitucional de discriminación protege a aquellos grupos de personas que social e históricamente han sido objeto de una especial segregación y exclusión por parte del Estado y el resto de la ciudadanía, como han sido y continúan siendo, la raza, el sexo, la religión, la ideología y, en nuestro caso, la orientación sexual. Existen dos características que debe reunir una minoría para aplicar este mandato de trato paritario: haber sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado y, como consecuencia de esas prácticas, subsistan en la actualidad desigualdades jurídicas y de hecho, que impiden a sus miembros desplegar su personalidad en los diversos sectores de la vida social y política.

Los problemas de constitucionalidad del artículo 365 bis CP, por tanto, se plantean sin ningún género de dudas en el cumplimiento del mandato de trato paritario, es decir, si estamos ante una posible vulneración de la prohibición de discriminación. Por el contrario, la STC acude al mandato de trato diferenciado, al considerar que los jóvenes (hombres) homosexuales necesitan de una especial protección penal. Estamos ante un conflicto de mandatos derivados del principio de igualdad. Por lo tanto, ambos mandatos están en una relación de reciprocidad: El artículo 365 CP vulnerará la prohibición de discriminación en la medida de que el joven hombre homosexual o bisexual *no* merezca una especial protección

<sup>19</sup> Véase, WINKLER (2006), pp. 798-802. Un test o juicio interesante es el adoptado por el TC colombiano que integra dentro del juicio de proporcionalidad (en sentido amplio) las diferentes intensidades adoptadas por el sistema estadounidense. Véase, BERNAL PULIDO (2002), p. 65.

<sup>20</sup> CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALDE, Carmen (2005), p. 193. El mandato de trato paritario conlleva dos tipos de prohibiciones: la prohibición de discriminación y la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del derecho.

respecto del resto de los jóvenes (heterosexuales, lesbianas y mujeres bisexuales) mayores de 14 años y menores de 18 años. El fallo del TC no ofrece ninguna evidencia empírica que justifique una mayor protección del joven hombre homosexual y, por tanto, tampoco explica que nos encontremos ante un supuesto de trato diferenciado.

Nuestro TC comparte la confusión conceptual al incluir los casos de discriminación dentro del principio general de igualdad. Esta sentencia entiende que el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación constituyen una unidad y esta última no sería sino la otra cara de la moneda. Así, en el considerando 24º valida la insostenible comprensión jurisprudencial chilena del principio de igualdad como una exigencia de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales. Esta fundamentación permite justificar cualquier tipo de discriminación aduciendo que el receptor de esta es un “desigual”.

El mandato de prohibición de discriminación se circunscribe a determinadas características del ser humano que han servido para segregar y castigar a determinados grupos de población. Así varios textos constitucionales y tratados internacionales han establecido un mandato de no discriminación por razón de sexo, religión o ideología, que representa una explícita prohibición del mantenimiento de determinadas diferencias históricas, tanto por los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona<sup>21</sup>. Por tanto, estamos ante un mandato especial que, aún derivado del principio de igualdad va más lejos y dice algo distinto el mandato de igual protección ante ley<sup>22</sup>. Esta discriminación ha sido y es de tal magnitud que afecta a la dignidad de la persona y, por tanto, no encuentra su fundamento en la interdicción de la arbitrariedad impuesta por el principio general de igualdad, sino en la propia dignidad del hombre<sup>23</sup>.

El artículo 365 CP constituye un claro ejemplo de esta clase de discriminación que afecta, no solo al autor del delito, sino también de la víctima, y que se concretiza nada más y nada menos que a través de la estigmatización del proceso penal, la sentencia condenatoria y del eventual cumplimiento de la pena privativa de libertad tipificada en el citado artículo. Incluso, la aplicación de la Ley N° 18.216, al requerir como condición general que no vuelva a delinquir, es decir, a tener relaciones sexuales con mayores de 14 años y menores de 18 años, constituye también una

<sup>21</sup> STC español 128/1987, de 16 de julio.

<sup>22</sup> Por todos, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALDE (2005), p. 211.

<sup>23</sup> CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALDE (2005), p. 214.

vulneración a la dignidad de la persona al obligarle a negar su autonomía sexual bajo la amenaza de una pena. Y esta situación se ha tornado más injustificable con la entrada en vigor de la *Ley antidiscriminación* (Ley N° 20.609), entendida como un progreso en la defensa de la diversidad sexual. Pero nuestro Poder Legislativo de nuevo ha hecho gala no sólo de un populismo y demagogia difícil de superar, sino también de su incompetencia a la hora de insertar de una manera coherente y sistematizada la aprobación de un nuevo texto legislativo en el resto del Ordenamiento jurídico chileno. Así, nos encontramos ante la triste paradoja de contar con una Ley destinada a sortear o mitigar la discriminación por razones de orientación sexual y, a la vez, una figura penal que las castiga.

La falta de coherencia también se muestra en el propio TC. Así, con ocasión de la STC de 6 de marzo de 2008, Rol N° 829-07-INA, relativa al artículo 450 inciso 1° CP, el TC declara en su considerando 19° lo siguiente:

“Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no *depende de características personales* como podrían ser la edad, *sexo*, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar *inaceptable*<sup>24</sup> para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito;”.

En este *obiter dictum* el TC parece entender la prohibición de discriminación por razones personales como una regla constitucional al calificarla expresamente como “*inaceptable*”. La STC *in comento* hace caso omiso de esta argumentación, que incide directamente en el presente recurso de inaplicabilidad, y constituye, un ejemplo más, de la más completa arbitrariedad que campea por la maltrecha jurisprudencia constitucional en materia penal.

## 2. EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD CONSTITUYE EL PRINCIPAL MEDIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

El modelo penal de seguridad ciudadana apoyado por la inmensa mayoría parlamentaria y de la ciudadanía chilena ha derivado en que el TC apenas haya conocido de controles preventivos de las leyes penales<sup>25</sup>. Por el contrario, han

<sup>24</sup> Cursiva nuestra.

<sup>25</sup> No obstante, debemos destacar la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Reforma de la Ley N° 20.084 (Ley N° 2.191) sobre la Ley penal Juvenil que el TC declaró conforme a la CPR en su Sentencia de 19 de mayo de 2007 (Rol N° 786-2007).

sido los operadores jurídicos los que, a través del recurso de inaplicabilidad, han planteado mayores reparos sobre la constitucional de las leyes penales. Sin duda, la estructura del recurso de inaplicabilidad ha permitido un mayor control del poder punitivo por parte de los tribunales penales, la Defensoría pública y en general, la ciudadanía. La estructura de este recurso ha abierto la puerta, al menos formalmente, a un mayor control de las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales en materia penal. Así, se puede percibir un creciente número de fallos del TC sobre las posibles extralimitaciones del Poder punitivo.

Ahora bien, a esta situación también pueden contribuir la creciente irracionalidad del derecho penal sustantivo y deficiente técnica legislativa, unido a una ciencia del derecho penal que durante los últimos dos siglos se ha centrado en la elaboración de un sistema de interpretación, despreciando cualquier intento por elaborar una adecuada teoría de la legislación. Ante este panorama, la dogmática penal se encuentra más cómoda acudiendo al TC para solventar los problemas de irracionalidad del derecho penal, que adentrarse en el farragoso terreno de política legislativa. Esta *huida hacia el tribunal constitucional* constituye una innecesaria e ilegítima presión, que afecta tanto sus límites competenciales, como a la elaboración de una adecuada dogmática en el control de constitucionalidad de las leyes. En todo caso, el hecho de que el Poder punitivo sea limitado casi con exclusividad por parte de los operadores jurídicos nos evoca a la teoría agnóstica sobre los fines de la pena propuesta por Zaffaroni<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Esta teoría parte del presupuesto de una comprobación empírica de los efectos negativos de la pena efectivamente aplicada. Según el autor citado, prácticamente, se han agotado todos los caminos lógicos para argumentar una función racional. Por el contrario, las teorías de la pena (positivas) cumplen, en último término, una función de defensa del Estado. A partir de este presupuesto, Zaffaroni diferencia entre la pena (como deber ser), que denomina como *Estado de derecho*, y la pena (como ser), que denomina como *Estado de policía o poder punitivo*. El primero, pretende solucionar los conflictos y el segundo, eliminarlos. El poder punitivo se caracteriza por su selección de criminalizados y victimizados, el refuerzo y automatización de sus burocracias policiales, su imagen bélica, la reproducción de antagonismos sociales y su referencia por el modelo de sociedad verticalista disciplinante (modelo penal de seguridad ciudadana). Para sortear este atolladero no queda otro camino que apelar a una teoría negativa o agnóstica de la pena: “debe ensayarse una construcción que parta del fracaso de todas las teorías positivas (por falsas o no generalizables) en torno de funciones manifiestas”. Pero, en cambio, el derecho penal, es decir, el Estado de derecho, no tiene por tarea la legitimación de toda la criminalización y menos aún del conjunto amplísimo del poder punitivo, sino la de legitimar solo lo único que pueden programar: las decisiones de las agencias jurídicas. Las agencias jurídicas no poseen el poder de criminalización primaria (que ejercen las políticas) ni el de criminalización secundaria (que ejercen las agencias policiales), Por lo tanto la finalidad del Estado de derecho es, precisamente, contener y limitar el poder punitivo, ZAFFARONI (2002): pp. 37 y ss.

### 3. EL SUPUESTO CONTROL CONCRETO EN EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD: EL PROBLEMA DE LAS REGLAS O PROHIBICIONES ABSOLUTAS

La falta de unos antecedentes legislativos claros no ha obstado para que el TC haya establecido progresivamente el carácter concreto como una de las principales notas características del recurso de inaplicabilidad<sup>27</sup>. No obstante, este carácter no se ha prologado en el caso de las leyes penales. Así, en la práctica la totalidad de los recursos de inaplicabilidad, tanto los recurrentes como el propio TC, han estructurado su fundamentación teniendo presente solo los *efectos abstractos* de la ley penal.

El ejemplo paradigmático de la realización de juicio abstracto sobre la vulneración de los derechos fundamentales lo encontramos en la jurisprudencia del TC relativa a la regla de penalidad del artículo 450, inciso 1º, CP<sup>28</sup>, donde, a mi entender, debería haberse realizado un control concreto de constitucionalidad. A mayor abundamiento, el TC, a pesar de acudir formalmente al juicio constitucional de proporcionalidad, no aplicó sus presupuestos y requisitos al caso concreto, en otras palabras, no debió centrarse con carácter general y abstracto en el artículo 450 inciso 1º CP, sino en la constitucionalidad de cada uno de los tipos imperfectos de robos mencionados en este precepto, incluyendo, además las peculiaridades fácticas del caso concreto<sup>29</sup>.

Otro caso paradigmático donde el TC pudo y debió haber aplicado el recurso de inaplicabilidad como control concreto de constitucionalidad es el presentado en la STC de 18-11-2008, Rol N° 1133-08-INA<sup>30</sup>. En este requerimiento se sometía al TC la destitución, en aplicación del artículo 61 de la Ley N° 20.000 sobre drogas, de un profesor de derecho penal contratado por la Universidad de Valparaíso, que había patrocinado a un traficante de drogas. En este caso, parecía evidente que en este caso concreto la medida era desproporcionada, ya que, por una parte, su calidad de profesor auxiliar a contrata de jornada parcial de la citada universidad estatal no constituía un peligro para el buen funcionamiento de las instituciones del Estado, en el sentido de verse expuestas a la corrupción de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilegal de drogas; y, por otra parte, la medida tomada afectaba a otros derechos y principios constitucionales como la igualdad ante la

<sup>27</sup> NÚÑEZ POBLETE (2008), p. 126.

<sup>28</sup> SsTC de 18 de diciembre de 2007 (Rol N° 787-07-INA); de 24 de enero de 2008 (Rol N° 797-07-INA); de 6 marzo de 2008 (Roles 825-07-INA); y de 6 marzo de 2008 (829-07-INA).

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2011): pp. 71-92.

<sup>30</sup> Véase un comentario crítico en este sentido en: FERRADA BÓRQUEZ (2011), pp. 296-299.

ley (artículo 10.2 CPR), el derecho a la defensa jurídica (artículo 19.3 CPR), la libertad del trabajo (artículo 19.16 CPR), entre otros. A pesar de estos antecedentes el TC rechazó el requerimiento atendiendo a cuestiones generales y abstractas<sup>31</sup>.

Podemos encontrar un control concreto de constitucionalidad respecto de los apremios personales que, si bien no forman parte formalmente del derecho penal, sus consecuencias materiales son idénticas<sup>32</sup>. La STC de 17-5-2009, Rol N° 1145.-08, donde se declara inaplicable una medida de apremio personal contemplada en el Código de Procedimiento Civil, el TC, de acuerdo con la estructura del juicio constitucional de proporcionalidad, realiza un juicio sobre la necesidad e idoneidad de la injerencia en los derechos fundamentales, tomando como referencia el caso concreto. En primer lugar, el TC tiene presente que este *delito* contempla dos penas alternativas (arresto o multa), y por tanto, tiene un fundamento normativo para establecer la falta de idoneidad de la medida. Y en segundo lugar, en cuanto al juicio de necesidad, el TC proclama que este tipo de apremios por su especial injerencia en los derechos fundamentales, deben ser adoptados como una medida extrema y excepcional. La ausencia de necesidad de la medida se manifestó en concreto en el hecho de que el ente municipal era dueño de bienes embargables.

En el ámbito del derecho penal se ha reproducido un problema que nace de nuestro sistema procesal del control de constitucionalidad de las leyes. Como resulta bien conocido, nuestra CPR requiere, como presupuesto a una sentencia de inconstitucionalidad de una ley, una previa sentencia de inaplicabilidad, pero como el requerimiento de inaplicabilidad solo está previsto, conforme con la propia jurisprudencia del TC, para declarar inaplicable una ley en el caso concreto (artículo 93.i, N° 6, CPR), se plantea la cuestión sobre cómo afrontar las denominadas reglas o prohibiciones constitucionales absolutas, es decir, aquellas que por su propia naturaleza requieren un examen abstracto de constitucionalidad. Así, en estos casos en que la norma solo acepta un control abstracto de constitucionalidad, se hace más patente y cobra más sentido una de las principales críticas de las que ha sido objeto el recurso o acción de inaplicabilidad desde la Reforma de 2005: entender que siempre resulta posible dictar una sentencia que establece la inconstitucionalidad de la norma para el caso *sub lite*, pero que deja

<sup>31</sup> No obstante, este juicio concreto sí lo realiza el voto disidente de los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil.

<sup>32</sup> Véase, apartado 7 referido a los apremios personales.

intacta su vigencia en el ordenamiento jurídico<sup>33</sup>. Si tomamos como ejemplo la STC Rol N° 1191-2008 sobre *Hurto de fluido eléctrico*, podemos advertir en toda su dimensión este problema en el diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Si la sentencia hubiera declarado inaplicable este precepto penal, hubiéramos tenido un fallo que declara inconstitucional una norma solo para el caso *sub lite*, pero fundamentado en una regla constitucional o prohibición absoluta por excelencia que posee efecto *erga omnes*, como es el mandato de reserva legal, y, por tanto, este delito continuaría vigente para otros y futuros casos, con los problemas de vigencia temporal de las leyes penales que acarrearía, al menos, hasta que una sentencia posterior lo declarara inconstitucional.

Si bien, la doctrina del TC ha acogido y desarrollado esta comprensión del recurso de inaplicabilidad como un control concreto de constitucionalidad, ya en los primeros años después de la Reforma de 2005, varios votos disidentes y prevenciones llamaron la atención sobre la posibilidad o, incluso, la necesidad de realizar un juicio abstracto de constitucionalidad. Es decir, en casos donde la inconstitucionalidad apareciese en el propio texto impugnado, de tal modo que siempre y en todo caso fuese a provocar una aplicación de inconstitucional<sup>34</sup>. Por tanto, el mero reconocimiento de reglas constitucionales constituye una razón suficiente para compartir esta comprensión dual del requerimiento de inaplicabilidad. Pero quizá este problema surgido entre la naturaleza de las normas constitucionales (como reglas y principios) y el procedimiento de nuestro sistema de control de constitucionalidad solo pueda solventarse con una reforma de la CPR,

<sup>33</sup> Por todos ALDUNATE (2009), p. 5.

<sup>34</sup> Esta comprensión tradicional del requerimiento de inaplicabilidad se encuentra en la STC Rol N° 478 y desarrollada por primera vez en la STC 546 en su considerando 3°. Pero ya en la STC Rol, considerando 10°, el TC admite que esta contrariedad con la CPR podrá “brotar con claridad del solo texto del precepto legal”. No obstante, en la STC, Rol N° 1061-08 se descarta la posibilidad de un examen en abstracto del precepto legal. En cambio, la prevención de dos ministros del anterior fallo citado, desarrolla con mayor detenimiento, esta segunda comprensión del examen sobre la *gestión pendiente*. Así, entiende que el TC podrá declarar inaplicable una norma penal en dos casos: el primero, fundamentado en la dicción literal de la CPR, destinando aquellos casos en que la norma es inconstitucional en el caso concreto, pero perfectamente constitucional para otros supuestos; y el segundo, en los casos que el precepto contrario a la CPR no podrá, “si se hace valer el principio de supremacía constitucional, resultar conforme a la Constitución en ningún caso. Así, tras ser dicho precepto declarado inaplicable en un caso, se justificaría con mayor probabilidad su pronta expulsión del sistema jurídico mediante el ejercicio de la facultad consagrada en el N° 7 del artículo 93. Ello lo explica, por lo demás, que ambas instituciones, la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, sean de ejercicio independiente pero sucesivo”. Esta línea argumental se remonta, según Aldunate, a la prevención realizada por el Ministro Fernández Baeza en STC Rol N° 480-06. Aldunate (2009), p. 10, n. 10.

donde se permita acceder directamente al control abstracto de constitucionalidad contemplado en el N° 7, del artículo 93 CPR.

El carácter concreto del requerimiento de inaplicabilidad no solo plantea dificultades *por* arriba, sino también *por abajo*, a saber, su delimitación con la función jurisdiccional de los tribunales ordinarios. El control concreto de constitucionalidad resulta difícil de delimitar con la función jurisdiccional atribuida a los tribunales ordinarios. Si la diferencia entre el requerimiento de inaplicabilidad que conocía la CS y el actual de competencia del TC no puede predicarse sobre el requisito de una gestión pendiente, ya que en ambos se requiere este presupuesto procesal, entonces la diferencia solo puede referirse al modo que se controla la ley, es decir, a la actividad jurisdiccional propiamente tal. Desde esta perspectiva, cuando se habla de control concreto, se hace referencia a un control en que el contraste normativo entre el respectivo precepto, cuestionado en la gestión pendiente, y la Constitución, es realizada por el tribunal que conoce del asunto. Es decir, a través de la conexión de los datos fácticos con la calificación jurídica, fundamentalmente a través de la prueba, el tribunal ordinario integra esta conexión con el sistema de fuentes y de esta manera establece una aplicación al caso concreto conforme a la Constitución<sup>35</sup>. Como es fácil de apreciar no es esta clase de control concreto el que se otorga al TC, pero a la vez el Tribunal Constitucional debe interiorizarse del proceso para pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad del precepto. Por tanto, Aldunate mantiene que la afirmación de que estamos ante un control concreto es parcialmente un error o, al menos, lo es desde la perspectiva procesal. No existe en sí un control concreto, un previo *conocimiento* por parte del TC de la gestión pendiente para decidir posteriormente sobre la posible inconstitucionalidad de la norma. Aquí no se le presenta ningún acto procesal ya consumado, sino que solo puede suponerla y anticiparla<sup>36</sup>.

Y esta es la razón, a juicio del autor citado, que explica en mayor medida las tremendas dificultades a las que se enfrenta el TC a la hora de concretar, valga la redundancia, la posible inconstitucionalidad en la “aplicación” de un precepto: el requerimiento de inaplicabilidad que otorga al órgano jurisdiccional

<sup>35</sup> ALDUNATE (2009), p. 11.

<sup>36</sup> Debemos señalar en este sentido que, tanto en la LOCTC, como en el Auto Acordado sobre Ingresos, Formación de Tablas y Vistas dictada por el TC en 2009, no se contemplan mecanismos (probatorios) para que conozca las circunstancias y hechos del caso a fallar. Véase en profundidad, RODRÍGUEZ BRAZ, (2012), pp. 209 y ss.

constitucional el conocimiento del asunto, no en el sentido jurisdiccional, sino solamente informativo<sup>37</sup>.

Un caso donde se presenta esta tensión en control concreto de constitucionalidad y la aplicación de la norma penal conforme con la CPR por parte de los tribunales ordinarios, es la STC de 10-06-2008, Rol N° 1132-08. En este caso, la actora pedía la declaración de inaplicabilidad de la primera parte de la antigua letra d) del artículo 5° de la Ley N° 18.216, que supeditaba la aplicación de la remisión condicional de la pena al hecho de haberse satisfecho la responsabilidad civil, multa y costas de la causa, previendo en caso de su incumplimiento la aplicación de una pena privativa de libertad. Esta situación de facto suponía, a juicio de la requirente, una manifestación de la prohibición de prisión por deudas. Pero el TC no solamente omite pronunciarse sobre esta cuestión, sino que la descarta expresamente, señalando que la calificación de si las razones alegadas por la parte actora para el no pago constituyen o no un impedimento justificado, está confiada por la ley al juez de fondo<sup>38</sup>. De esta manera, declaró inadmisibles el requerimiento. Aldunate manifiesta que –a pesar de que efectivamente compete al juez ordinario determinar si requiere o no el pago de la responsabilidad civil, costas y multas– el TC debería haber entrado a conocer de los hechos porque el control incide, justamente, en la aplicación que puede recibir el precepto impugnado<sup>39</sup>.

En todo caso, tenemos que volver a recordar, que el TC suele referirse formalmente a la necesidad de conocer los hechos concretos de la gestión pendiente, pero que luego en este análisis el caso concreto brilla por su ausencia, acudiendo a interpretaciones abstractas. La utilización de cláusulas o patrones discursivos por parte de los tribunales constitucionales resulta frecuente debido a la naturaleza política de estas instituciones, donde prima la necesidad de resolver el caso concreto en atención a la contingencia política y social, más que la aplicación coherente de un sistema o dogmática constitucional<sup>40</sup>. No obstante, debemos tener presente que si queremos un control constitucional concentrado, inevitablemente se van

<sup>37</sup> ALDUNATE (2009), pp. 12 y 16.

<sup>38</sup> STC, Rol N° 1132-08, considerando 8°.

<sup>39</sup> ALDUNATE (2009), p. 13. En otros fallos, como por ejemplo en la STC 26-06-2008, Rol N° 1976-07, se entiende que el “examen concreto de los autos exige conocer y ponderar los hechos y otros rasgos característicos de la gestión pendiente invocada. (Considerando 4°).

<sup>40</sup> Un caso paradigmático lo encontramos en el recurso al juicio de proporcionalidad, donde el TC, salvo en raras excepciones, lo ha aplicado de acuerdo con los cánones dogmáticos y, en especial, a su aplicación al caso concreto.

a producir tensiones con los tribunales de fondo, en especial, en aquellos casos donde estos tengan competencia en materia de derechos fundamentales, como ocurre con el recurso de protección y la actual acción de discriminación.

Parece que el TC ha desarrollado dos líneas de argumentación a la hora de entrar al conocimiento de la cuestión controvertida. Por una parte, sostiene que las interpretaciones que cabe dar al precepto impugnado corresponden a los jueces de fondo, las que deberán ser conformes a la Constitución; y por otra parte, es el propio TC el que debe señalar el modo en que deberá entenderse una disposición a fin de que no resulte contraria a la Constitución<sup>41</sup>. Podríamos entender que el TC debe conocer los hechos concretos, pero la manera de interpretarlos es diferente a la establecida por el juez de fondo. Normalmente, deberán, en primer lugar, subsumir la norma respecto de un elenco más o menos limitado de prohibiciones absolutas, y en este caso solo podrá realizarse un juicio abstracto de constitucionalidad. Y, subsidiariamente, deberá ponderar un posible conflicto entre principios o derechos fundamentales, a saber, en el caso concreto, la norma especialmente inidónea, innecesaria o gravemente desproporcionada.

#### 4. UNA EXTREMADA DEFERENCIA HACIA EL LEGISLADOR PENAL

Constituye una constante en la jurisprudencia constitucional en materia penal la mención expresa a la autonomía del legislador en materia de política criminal, en especial, en materia de penas para denegar el control de constitucionalidad<sup>42</sup>. Así, teniendo presente la intrínseca tensión que se produce entre la protección de los derechos fundamentales y la soberanía popular en los modernos estados constitucionales, cuando nos enfrentamos a una norma de derecho penal el TC

<sup>41</sup> ALDUNATE (2009), pp. 16-17. Véase la jurisprudencia citada por el autor. En el voto disidente del ministro Correa Sutil en el Rol N° 810-07, donde el TC rechaza la acción por estimar que no le corresponde pronunciarse sobre la interpretación que se le puede dar a una disposición legal, entiende que la ley por sí sola es imposible que pueda producir en el caso concreto un efecto contrario a la Constitución. “Siempre que el precepto legal produzca efectos en un caso, lo será porque el juez le ha dado aplicación y para darle aplicación debe fijar su sentido y alcance (...). Por el contrario, si un juez fija un sentido y alcance razonable y posible de un precepto legal y, aplicado en este sentido el precepto legal al caso, produce efectos contrarios a la Carta Fundamental, es deber de la Magistratura evitarlo” (...). En el caso de que un juez, continúa el Ministro citado, realice una interpretación contraria al precepto legal correspondería a los jueces de alzada corregirla, pues se trataría de un error en la aplicación de la ley”. Si el TC no asume este control, “arriesga dejar en la indefensión a quienes recurren a él en negocios de su competencia y arriesga que su tarea privativa sea hecha a través de un control difuso por los jueces de fondo (...)”. Citado por ALDUNATE (2009), p. 19.

<sup>42</sup> Véase *infra* (nota 26) la jurisprudencia relativa al artículo 450.1 CP.

otorga una mayor autonomía al legislador penal. Esta exacerbada deferencia al legislador no se deriva exclusivamente de su legitimidad democrática y del principio de división de poderes, sino también del hecho de que la imposición de una pena tiene como presupuesto la vulneración de derechos fundamentales que comporta la comisión de un delito, situación que legitima –conforme con el principio iusnaturalista *mementen ladere*– una mayor autonomía al legislador a la hora de restringir estos mismos derechos fundamentales a través del injusto típico y la pena<sup>43</sup>. Tampoco debemos desconocer la presión que ejerce el modelo ultraliberal de seguridad ciudadana o tolerancia cero en las decisiones del TC en materia penal. Sin duda, cualquier sentencia del TC que cuestione una norma penal, quedará bajo el irracional escrutinio a que nos tiene acostumbrada la clase política y los medios de comunicación.

Se produce, por tanto, en palabras de Bunzel, el *dilema constitucional del derecho penal*: “el legislador parlamentario tiene, por una parte, como consecuencia de su prerrogativa de determinación de los fines un amplio margen en la creación de normas penales; y por otra parte el Tribunal Constitucional exige, especialmente en un ámbito tan invasivo como el Derecho penal, que se tenga en cuenta de forma suficiente los preceptos constitucionales”<sup>44</sup>. Pero esta mayor autonomía en la restricción de los derechos fundamentales que presupone el poder punitivo del Estado no significa que *a priori* el TC establezca una especial deferencia al legislador penal. Todo lo contrario. Debido a la especial injerencia a los derechos fundamentales que supone, por una parte, la prohibición establecida mediatamente por el injusto típico y, por otra, la aplicación de la pena, el TC debe examinar con especial cautela esta parte del ordenamiento jurídico.

La deferencia al legislador puede referirse a dos situaciones. La primera significa realmente una aceptación de la intrínseca irracionalidad del derecho penal, es decir, de una política criminal en un determinado contexto social e histórico. La segunda tiene que ver con la concreción de una determinada política criminal, es decir, una determinada aptitud a la hora de controlar la constitucionalidad de las leyes penales. Así, la deferencia al legislador penal permite que no se discuta, por ejemplo, la constitucionalidad de las penas de presidio, al menos por ahora, pero no que estas sean gravemente desproporcionadas.

---

<sup>43</sup> KUDLICH, Hans (2003), p. 127.

<sup>44</sup> BUNZEL, Michael (2007): p. 155.

## 5. EL CONTROL MINIMALISTA DE LAS LEYES PENALES POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A la vista de la jurisprudencia del TC se observa un claro control minimalista en materia penal. Se puede afirmar, *a priori*, que el TC se ha decantado de manera general por una concepción clásica como criterio orientador en el control constitucional de las leyes penales, concepción que tuvo como referencia el contexto histórico del Antiguo Régimen, criticado por la ausencia de seguridad jurídica y el carácter indigno de sus penas.

En cuanto a la incorporación de nuevos límites al *Ius puniendi* a través del inciso 2º, del artículo 5º, CPR, encontramos fallos en ambos sentidos. Tenemos, por una parte, la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley de Responsabilidad penal juvenil, donde el confuso fallo decisorio reconoce como límites al *Ius puniendi*, además del interés superior del niño, la imposición de penas privativas de libertad como última ratio<sup>45</sup>; y por otra, la prohibición de prisión por deudas en aplicación del artículo 5º, inciso 2º, CPR<sup>46</sup>.

Hasta el 28 de septiembre de 2007, el TC desde la Reforma de 2005 no había declarado inaplicable ningún precepto penal sustantivo. En la citada fecha se acogió el requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 433 del Código de Justicia Militar en relación con el delito de desobediencia del artículo 299, N° 3, (STC, de 27-09-2007, Rol N° 781) que trataremos en el apartado dedicado al principio de tipicidad. También podríamos añadir otros fallos donde el TC ha declarado inaplicable una *norma penal* si realizamos una interpretación material de la jurisprudencia relativa a los apremios personales, donde el TC declara inaplicables varios de ellos<sup>47</sup>.

## 6. UN NOTABLE DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD<sup>48</sup>

Uno de los aspectos más positivos de la CPR en materia penal reside en la consagración expresa del mandato de *lex certa*, en concreto, del principio de tipi-

<sup>45</sup> También, tenemos un fallo que, si bien no acoge el requerimiento de inaplicabilidad, reconoce el principio de lesividad como posible límite constitucional (STC de 21-8-2007, Rol N° 739-07 sobre el delito de asociación ilícita).

<sup>46</sup> Véase un último reconocimiento en la STC de 17-3-2009, Rol N° 1148-08-INA.

<sup>47</sup> Véase *infra*, epígrafe 7.

<sup>48</sup> El presente epígrafe y gran parte de la jurisprudencia del TC citada ha tenido como referencia: VAN WEEELZEL, Alex (2011): *La garantía Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, LegalPublishing.

cidad (artículo 19.3, inciso 8º). Sin duda, su reconocimiento expreso ha generado que una parte considerable de los requerimientos de inaplicabilidad hayan versado sobre el cumplimiento del dicho mandato. Esta situación ha supuesto que el TC haya llevado a cabo, en palabras de Van Weelzel, “un desarrollo jurisprudencial del *nullum crimen* que, en comparación con otros esfuerzos de la jurisprudencia, puede calificarse de notable”<sup>49</sup>.

Una de las primeras cuestiones merecedoras de comentario radica en el aparente cambio jurisprudencial operado a través de la STC Rol N° 486 de 9-12-2006, referido al delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299, inciso 3º CJM, donde el TC cambia su criterio garantista del principio de tipicidad establecido en la STC de 22 de abril de 1999, Rol N° 286, por otra comprensión subjetivista. Así, este fallo entendió que un tipo penal no está suficientemente determinado si “abre un (...) espacio al subjetivismo para el intérprete” de modo que se “permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito”. Por el contrario, la nueva concepción subjetivista del principio de tipicidad requiere que, con independencia de la mayor o menor certeza en la descripción del tipo penal, el sujeto conocía o debió conocer, como miembro de las Fuerzas Armadas, el incumplimiento de un deber.

Ahora bien, la comprensión subjetivista del principio de tipicidad ha sido tildada de utópica. En efecto, los ciudadanos, salvo el derecho penal nuclear, no conocen ni siquiera el núcleo fundamental de prohibición de muchas figuras delictivas. El principio de economía cognitiva, junto al creciente *refinamiento* del derecho penal, hace que resulte cada vez más difícil comprender el mandato de *lex certa* desde esta concepción subjetivista del principio de tipicidad. A lo anterior, debemos añadir lo manifestado por Weelzel, que la exigencia de un conocimiento de la materia de prohibición por parte de los ciudadanos, no se colige un mandato de certeza en la descripción de los tipos penales<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> WEELZEL, (2011), 61. Ahora bien, como hemos mencionado al inicio de este estudio, una de las sentencias que nos ha llevado a declarar que el TC no ha cumplido con el mínimo control exigible en el control de constitucionalidad de las leyes penales versa, precisamente en el principio de legalidad (mandato de reserva legal).

<sup>50</sup> WEELZEL, (2011), p. 11. En cuanto a esta propuesta de Weelzel, entendemos que no resulta correcta. El autor al dividir o explicar separadamente la fundamentación del mandato de certeza nos pone en una dicotomía, a mi entender, errónea: la elección entre la certeza subjetiva y la limitación del poder punitivo. Por el contrario, el principio de legalidad y, por tanto, el mandato de certeza tiene un doble fundamento no excluyente: la exclusión de arbitrariedad y el derecho del ciudadano a conocer previamente las políticas del poder (BUSTOS/HORMAZÁBAL, (2012), p. 127. Ahora bien, este derecho del ciudadano no debe entenderse como una certeza subjetiva, en el sentido de que el TC debe comprobar que en el caso concreto los desti-

El TC acude a varias fórmulas o cláusulas de cierre discursivas como el “núcleo esencial de la conducta debida” o la “suficiente sustancia normativa”<sup>51</sup> a la hora de dar contenido al artículo 19.3, inciso 8º CPR, estableciendo como requisito mínimo la existencia de un verbo rector<sup>52</sup>. El TC ha añadido otros elementos, junto con el verbo rector, como parte del contenido esencial de prohibición. Así, además de exigir la descripción de la sanción impuesta<sup>53</sup>, incluye elementos contextuales, como por ejemplo, las finalidades públicas legítimas<sup>54</sup>. Efectivamente, el cumplimiento del mandato de *lex certa* se ve constreñido o limitado por el contexto social que se pretende intervenir por el derecho penal. Véase aquí una suerte de ponderación entre la obligación de redactar los tipos penales de la manera más precisa posible y las necesidades preventivas que subyacen del contexto social afectado, como es el caso, por ejemplo, de la protección del medio ambiente. Esta necesidad de recurrir al contexto social proviene de una exigencia hermenéutica: no es posible conocer el sentido de un concepto aislado. La cuestión que surge es si este contexto deberá determinarlo el TC en cada caso concreto o si resulta posible incluir algún elemento general más junto con la descripción de la conducta típica, como podría ser la lesión al bien jurídico protegido<sup>55</sup> o, incluso, establecer diferentes contenidos esenciales teniendo como referencia las diferentes categorías típicas por la doctrina, a saber: delitos de peligro, de omisión, especiales, etc. No obstante, como manifiesta Weelzel, el TC se ha cuidado de entrar en detalles sobre los requisitos de una descripción conforme al principio de legalidad<sup>56</sup>.

Una cuestión interesante y relacionada con el contenido mínimo es el relativo al caso de delitos especiales propios. El TC consideró constitucionalmente aplicable un tipo penal que castiga al que “sin incurrir en desobediencia deje de cumplir los deberes militares”, sustituyendo la exigencia de describir la conducta

---

natarios de la norma poseían la información suficiente para adecuar su conducta a la norma, sino como un mandato al legislador de describir los tipos penales de forma clara y comprensible.

<sup>51</sup> Véase la jurisprudencia citada por WEELZEL, (2011), pp. 75 y ss.

<sup>52</sup> SsTC Rol N° 480 de 27-06-2006, considerando 5º y 25º. Citadas por WEELZEL (2011) p. 65.

<sup>53</sup> STC Rol N° 1281 de 13-08-2009, considerando 10º.

<sup>54</sup> STC Rol N° 480 de 27-06-2006 en considerando 24º manifiesta que el tipo penal, “ha descrito el deber de conducta para la consecución de un fin lícito, a través de un verbo rector, cuyo significado ha quedado enriquecido al poner la conducta al servicio de finalidades públicas legítimas y lo ha sancionado conforme a sus efectos”.

<sup>55</sup> Véase una propuesta en: FERNÁNDEZ CRUZ (1998), p. 15.1

<sup>56</sup> WEELZEL, (2011), p. 69.

típica (el verbo rector) por la infracción de un deber<sup>57</sup>. En el voto disidente de este fallo manifestó que el mandato de certeza no se cumple solo con nombrar la conducta punible, sino que debe “precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable” y, en el caso de la profesión militar, “no podría exigirse menos que la conducta quede descrita en un Reglamento”<sup>58</sup>.

Weelzel critica, a partir de la STC de 18-08-2009, Rol N° 128, referida al delito de usurpación de aguas del artículo 459.1 CP, que el TC sustituya la exigencia del verbo rector con la determinación del bien jurídico protegido, en este caso, los “derechos que hay sobre las aguas”. El autor entiende que no resulta correcto sustituir la descripción de la conducta por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, ya que de esta manera resulta “más sencillo para el legislador definir un bien jurídico en términos amplios que definir una conducta que incide en un determinado objeto material<sup>59</sup>. Ahora bien, tampoco resulta correcto establecer una dicotomía entre conducta típica y bien jurídico protegido, todo lo contrario, el mandato de tipicidad exige ambas<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> En el ámbito sancionador administrativo, la STC Rol N° 480 de 27-06-2006, considerandos 19° y 20°.

<sup>58</sup> STC deberes militares 2006, voto disidente del ministro Jorge Correa, considerando 10°. Weelzel, en el mismo sentido crítico, entiende que la exigencia de la descripción expresa de la “conducta” dice relación al verbo típico y, por tanto, no se cumpliría con la mera descripción del resultado. WEELZEL, (2011), p. 72.

<sup>59</sup> WEELZEL, (2011), pp. 95-96.

<sup>60</sup> En cuanto al núcleo esencial de prohibición se plantean la cuestión de si, junto con la conducta típica, debe aparecer la descripción del bien jurídico protegido. Entendemos junto con la mayor parte de la doctrina que no resulta necesario e, incluso conveniente su mención expresa, ya que lo contrario supondría limitar en exceso la libertad del intérprete a la hora de adaptar la norma penal al contexto social. El único caso donde debería mencionarse expresamente sería en los supuestos de leyes penales blanco, tipos abiertos o tipos con elementos normativos que convivan con un sistema sancionador, a fin de delimitar su ámbito de aplicación en función, precisamente, del bien jurídico protegido y, en su caso, en la gravedad de su lesión o puesta en peligro. Ahora bien, de acuerdo con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, resulta indispensable establecer qué es lo protegido. Si bien es cierto que no resulta necesario mencionar expresamente el bien jurídico protegido, los mandatos de certeza y de lesividad establecen la obligación al legislador penal de proteger solo bienes jurídicos. Para abordar esta cuestión partimos de la diferenciación entre objeto y bien jurídico protegido. Toda norma penal posee un objeto de protección, pero para que este se convierta en un bien jurídico debe cumplir una serie de requisitos. Así, el artículo 365 CP tiene como objeto de protección una determinada moral sexual, pero este objeto de protección no puede calificarse como bien jurídico protegido. Cuando no se protege ningún bien jurídico protegido, es decir un objeto merecedor de protección, junto con la vulneración del principio *nullum crimen sine iniuria*, suele producirse también una vulneración del mandato de *lex certa* (Por todos, HORMAZÁBAL MALARÉE, (2003): p. 12. No obstante, al TC, por tanto, no le compete en principio determinar qué bienes jurídicos protege la norma penal, sino si estos se encuentran ante un objeto de protección prohibido. En el caso del mandato de *lex certa*, este se vulnerará cuando no se posible vía interpretación establecer ningún bien jurídico.

Uno de los problemas a los que se ha tenido que enfrentar el TC radica en diferenciar entre un elemento normativo y una ley penal en blanco. Es relativamente frecuente que los requerimientos de inaplicabilidad entiendan que se ha vulnerado el principio de tipicidad por entender que estamos ante leyes en blanco (inconstitucional), pero que el TC haya considerado posteriormente que estamos ante tipos penales con elementos normativos<sup>61</sup>. El TC parece exigir una menor certeza en los casos en que el tipo penal contenga elementos normativos. Weelzel cuestiona, con razón, que los elementos normativos deban verse *a priori* con más benevolencia por parte del TC a la hora de aplicar el mandato de *lex certa*, puesto que una ley penal en blanco con una remisión precisa y clara a un cuerpo normativo extralegal puede resultar más cierta que un tipo penal redactado con elementos normativos, como por ejemplo sucede con el artículo 285 CP. Por esta razón el TC debería haber prescindido de realizar esta distinción, ya que a efectos constitucionales no existen diferencias relevantes<sup>62</sup>.

El TC desarrolla el mandato de *lex stricta* y, en especial, la problemática entre la prohibición de analogía en contra del reo y la interpretación extensiva. La prohibición de analogía en contra del reo aparece desarrollada de forma explícita y extensa en la STC de 13-08-2099, Rol N° 1281. En este requerimiento de inaplicabilidad se planteó si las aguas subterráneas podían incluirse en el objeto típico del delito de usurpación de aguas del artículo 459 CP, ya que el citado precepto sólo alude a aguas superficiales.

El TC en este fallo y en la Sentencia Rol N° 549 de 30-3-2007, referida al delito de piratería del artículo 434 CP, se distancia de la opinión según la cual los términos jurídicos no definidos expresamente en la ley deben interpretarse conforme al uso vulgar o corriente del lenguaje.

<sup>61</sup> Véase el caso “Conviviente”, Rol N° 1432 (2010), considerando 15°:

“Que la existencia de elementos normativos en un tipo penal nada tiene que ver con las leyes penales en blanco. En éstas no hay una descripción completa del injusto típico; en cambio, en los tipos con elementos normativos se contiene “una formulación completa, aunque precisada de concreción valorativa”. En los elementos normativos no hay remisión, como en las leyes penales en blanco, a otra norma que completa la regulación sino “la necesidad de invocar otras normas para la valoración de las características típicas” (OSSANDÓN, M.; ob. cit., p. 196). Mientras el elemento normativo deber ser interpretado por el juez, en la ley penal en blanco la conducta prohibida debe ser completada por una norma infralegal o la conducta es tan abierta que no se sabe con certeza qué es lo que debe hacerse o no hacerse para no incurrir en castigo”. Ahora bien, en el mismo caso de Aguas Subterráneas se afirma que la expresión “sin título legítimo” constituye también un elemento normativo como el concepto de “aguas”. WEELZEL, (2011), p. 106.

<sup>62</sup> WEELZEL, (2011), p. 106.

En el caso de *Aguas Subterráneas* el TC entiende que su inclusión constituye una interpretación extensiva y, por tanto, conforme con el principio de legalidad. Tres son las razones o fundamentos (considerandos 57º a 59º). En primer lugar, el concepto de “aguas” es un elemento normativo del tipo por lo que hay que atenerse a la regulación extrapenal y, en este caso, también constitucional para su determinación o ámbito de aplicación, donde se mencionan expresamente las aguas subterráneas. En segundo lugar, el TC entiende que el Código Penal “no podría establecer una regla distinta de la del resto del sistema jurídico y excluir a las aguas subterráneas”. Y en tercer lugar, el TC se hace cargo del conflicto entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley. El TC no duda en afirmar la supremacía de esta última. Así, como consecuencia de las numerosas reformas en el ámbito administrativo y constitucional, se ha superado lo que legisladores consideraron en su momento como el objeto típico del artículo 459 CP.

Si bien, la inclusión de las aguas subterráneas pueda considerarse como parte del objeto típico del artículo 459 CP, no compartimos algunas de las afirmaciones del TC. En primer lugar, como manifiesta Weelzel, la sola remisión a normas extrapenales que contienen finalidades diversas a las de la norma penal no puede servir por sí sola para fundamentar una interpretación extensiva<sup>63</sup>. Y, en segundo lugar, en cuanto a la imposibilidad de que el derecho penal o, mejor dicho, que los tribunales penales realicen una interpretación distinta de un elemento normativo del tipo a la establecida en una norma extrapenal, debemos recordar la aplicación del *principio de autonomía en la interpretación del derecho penal*. Este principio, a partir de una concepción material del derecho penal, permite fundamentar una interpretación extensiva del derecho penal, atendiendo a la efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Así, por ejemplo, en el concepto de “cosa mueble” del artículo 432 CP constituye un ejemplo paradigmático de este principio. Como es bien sabido, la doctrina y jurisprudencia lo definen como cualquier objeto que sea transportable y extraíble, interpretación que se aparta de las definiciones contenidas en el Código Civil y que suele coincidir con la manera en que los ciudadanos perciben una determinada conducta dañina para la sociedad<sup>64</sup>.

Por último, respecto de las denominadas leyes penales en blanco, el TC, de acuerdo con la STC Rol N° 781 de 28 de septiembre de 2007, ha establecido las competencias del Ejecutivo en la complementación y desarrollo de las leyes. A partir de una interpretación armónica de los artículos 19, N° 3, inciso 8º, 63º y

<sup>63</sup> WEELZEL (2011), p. 33.

<sup>64</sup> BUSTOS/HORMAZÁBAL, (2012), pp. 240-241.

32º, Nº 6, CPR, entiende que –en la medida de que la CPR otorga al Presidente de la República la facultad de dictar normas de desarrollo legislativo, unido a que el principio de tipicidad solo exige que la conducta se encuentra tipificada por una ley– su complemento típico puede realizarse mediante una norma reglamentaria dictada por el Presidente de la República.

A partir de esta comprensión de las leyes penales en blanco, la STC citada aborda la constitucionalidad del delito de incumplimiento de deberes militares del artículo 299, Nº 3, CJM. Este precepto contempla una ley penal en blanco, donde el complemento normativo puede provenir del artículo 431, CJM –que establece la potestad reglamentaria del Presidente de la República para determinar los deberes militares– o del artículo 433 CJM –donde se permite al juez militar iniciar un proceso penal en el caso de faltas disciplinarias de desobediencia, faltas que no requieren de la potestad reglamentaria del artículo 431, CJM–. El TC, tras reiterar los requisitos exigidos para la conformidad de las leyes penales en blanco expresados en la STC Rol Nº 468, declaró inaplicable el artículo 433 del Código de Justicia Militar, excluyendo del ámbito típico las faltas disciplinarias mencionadas en este precepto y, por tanto, el incumplimiento de deberes militares solo se puede establecer, a efectos del delito de desobediencia, mediante la potestad reglamentaria reconocida en el artículo 431 CJM.

## 7. LOS APREMIOS PERSONALES:

### DE LA PRISIÓN POR DEUDAS A LOS DELITOS DE MERA DESOBEDIENCIA

El apremio personal o arresto se contempla en varias normas de nuestro Ordenamiento jurídico. De acuerdo con la RAE, constituye un “*mandamiento de autoridad judicial para compeler el pago de alguna cantidad o al cumplimiento de otro acto obligatorio*”. Esto supone que cumplido el acto obligatorio el apremio desaparece.

Como es bien sabido, nuestra CPR “*prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo*”. El TC, con buen criterio, ha afirmado que el término “arbitrario” no es sinónimo de “ilegal”, de forma tal que una detención o arresto “puede encontrarse acorde con la ley, pero ser igualmente arbitraria”. Del mismo modo, se ha reconocido también que la detención o el arresto es arbitrario “cuando se efectúa sin motivos o conforme a procedimientos distintos a los previstos por la ley o cuando confirma una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible *con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad*”<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> STC de 21-9-2010, Rol Nº 1518-09-INA, considerando 13º. Véase la jurisprudencia citada.

El propio TC ha tomado como referencia la historia fidedigna y la doctrina para establecer el actual ámbito de aplicación de esta prohibición<sup>66</sup>. En primer lugar, de acuerdo con su precedente constitucional más inmediato, se incluye la prohibición de aplicar tormentos y torturas (artículo 18, inciso 2º, Constitución de 1925). En segundo lugar, conforme con la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Sesión 194º, 12 de diciembre de 1974) se añadió la prohibición de maltratos y tratamientos crueles, degradantes e inhumanos<sup>67</sup>. Por último y tomando como referencia a la doctrina nacional, añade al concepto de apremios ilegítimos aquellos que persiguen una finalidad ilícita y no son proporcionados a la consecución de ella<sup>68</sup>. Por tanto, el ámbito de aplicación de los apremios prohibidos en Chile está constituido por una serie de reglas (prohibición de torturas y tratos inhumanos) y por aquellos que resultan gravemente desproporcionados entre la finalidad perseguida por la norma y la restricción de los derechos fundamentales. En general, el conflicto entre principios protegidos constitucionalmente consistirá entre la privación de un derecho fundamental, en este caso la libertad y la consecución del bien común y el interés social. Además, en este conflicto el TC reconoce expresamente el subprincipio de necesidad, al afirmar expresamente que el apremio sea adoptado como una “medida extrema y excepcional”<sup>69</sup>.

En la mayor parte de las acciones de inaplicabilidad, los requirentes han entendido que los arrestos o apremios personales sometidos al control del TC constituyen manifestaciones de la denominada prohibición de prisión por deudas. El TC, por el contrario, ha entendido en todos los casos planteados que no nos encontramos ante una prisión por deudas, ya que la medida privativa de libertad tiene su origen en el incumplimiento de una obligación legal y no en un contrato entre particulares<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> STC de 21-9-2010, Rol N° 1518-09-INA, considerandos 27º a 29º. Este fallo toma como referencia las SsTC Roles 519 y 576.

<sup>67</sup> El TC pone de relieve que esta interpretación concuerda con la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975. STC 22-1-2010, Rol N° 1518-09-INA, Considerando 28º.

<sup>68</sup> El TC cita de manera expresa a José Luis Cea, quien define un apremio legítimo como el “impuesto con justicia, que es proporcionado a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente en un proceso justo”. CEA EGAÑA, (2004): p. 113.

<sup>69</sup> STC de 21-9-2010, Rol N° 1518-09-INA, Considerando 31º.

<sup>70</sup> Esta interpretación tiene como precedente la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la caución impuesta en el artículo 44, del D.F.L. N° 707 sobre cuentas bancarias y cheques (el denominado giro doloso

El TC ha conocido dos clases de incumplimiento de obligaciones legales que permiten la aplicación de un apremio personal: una *directa* que consiste en el incumplimiento de obligaciones legales a favor de alguna institución y organismo público, como por ejemplo, las retenciones al Fisco o a la Seguridad Social<sup>71</sup>; y otra indirecta, como la reconocida en el artículo 238 del CPC, donde el apremio no se fundamenta en la obligación pecuniaria de una deuda civil, sino en el incumplimiento de la sentencia que la establece.

Una cuestión fundamental previa que plantean estos apremios personales a los ojos de una penalista radica en su naturaleza jurídica o, en otras palabras, si como consecuencia de que estos apremios utilizan la consecuencia jurídica penal por antonomasia (la prisión), nos encontramos ante normas penales o ante normas a las que se les debe aplicar todas o la mayor parte de las garantías y principios penales. El TC ha venido entendiendo que el arresto no forma parte del derecho penal. La razón estriba en que esta medida privativa de libertad resulta distinta, tanto de la prisión como de la prisión preventiva, ya que la medida del arresto contempla una privación provisional de la libertad que busca el cumplimiento de una obligación y no el castigo de una determinada conducta<sup>72</sup>.

Ahora bien, desde una perspectiva material, el derecho penal y procesal penal deberían ser las únicas ramas del Ordenamiento jurídico que contemplaran privaciones de libertad de un ciudadano y, por lo tanto, los apremios personales deberían desaparecer del Ordenamiento jurídico o transformarse en figuras delictivas, como sucede con el delito de impago de alimentos contemplado en el artículo 227 del

---

de cheque). En los inicios del año 1991, la CS confirmó varias sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que consideraron derogado tácitamente este precepto en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º, N° 7, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 5º, inciso 2º, CPR. Así, la SCA de Santiago de 11 de febrero de 1991, Rol N° 30274-9 y confirmada en fallo dividido por la CS el 18 de abril de 1991, entendió que la caución impuesta por el artículo 44 constituía una verdadera prisión por deudas. Véase la jurisprudencia citada en: HENRÍQUEZ VIÑAS (2008): pp. 82 a 85. No obstante, a partir de la sentencia de 25 de junio de 1991 estimó la compatibilidad entre el señalado D.F.L. y los tratados en cuestión, aduciendo, precisamente, que esta caución especial tiene su origen no en una deuda privada, sino en el incumplimiento de una obligación legal. *Revista Fallos del Mes*, 391, pp. 244 y ss. Véase la jurisprudencia citada en: HENRÍQUEZ VIÑAS (2008): pp. 82 a 85. No obstante, como es bien conocido, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal las tres principales modalidades del giro doloso de cheque han pasado a formar parte de los delitos de acción privada (artículo 42, D.F.L. N° 707), delitos donde no cabe la prisión preventiva (artículo 141, CPP). Véase, antes de la dictación de la Ley N° 19.806, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y ARAVENA LÓPEZ, Patricio (1999): “El delito de giro doloso de cheque como delito de acción privada”, en *Semana Jurídica*, Año 1, N° 13.

<sup>71</sup> STC 5-5-2007.

<sup>72</sup> STC de 22-1-2008, Rol N° 1006-7, Considerando 19º.

*Código penal español.* No obstante, esta propuesta tiene el inconveniente de no permitir que el pago de la obligación enerve la imposición de la pena, situación que podría solventarse con la inclusión expresa de una causa de exclusión de la punibilidad (excusa absolutoria).

El TC ha establecido las garantías, límites y principios que deben concurrir en los apremios personales<sup>73</sup>. En primer lugar, debemos destacar el reconocimiento del principio de mínima intervención: el apremio personal constituye una restricción o limitación a la libertad personal “que solo puede adoptarse de manera excepcional”. En segundo lugar, si bien no aplica todas las garantías procesales penales y de ejecución de las penas establecidas en la CPR<sup>74</sup>, reconoce algunas de ellas, descritas la mayor parte en el artículo 19.7 CPR, a saber, (1) decretada cuando una ley lo prescriba, mediante una orden expedida por un funcionario público facultado para hacerlo y previa intimación legal de la misma; (2) la obligación de poner al afectado por el arresto a disposición del juez dentro de un plazo determinado para la obtención de una determinada conducta; (3) que la privación de libertad deba materializarse en la casa del arrestado o en lugares públicos destinados al efecto<sup>75</sup>. En tercer lugar, debe respetarse la proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir<sup>76</sup>. Y, en cuarto lugar, su aplicación no puede implicar la privación de determinados derechos, respetándose a su vez los derechos legítimos de terceros<sup>77</sup>.

La STC Rol N° 1006-7-INA en sus considerandos 12° a 14° y 24°, añade otras garantías y requisitos en esta jurisprudencia asentada. En cuanto a las ga-

<sup>73</sup> A estos efectos, tomamos como referencia la SsTC de 5-6-2007, Rol N° 576-2006 y de 21-09-2009, Rol N° 1006-7-INA.

<sup>74</sup> Una justificación con cita a la historia de la ley se encuentra en el considerando 19°, de la STC Rol N° 1006-7.

<sup>75</sup> En el mismo sentido, STC, Rol N° 1006-7, considerando 18°. El citado Considerando cita expresamente la Regla 8, c) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, donde se exige que: “las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal. <http://www.dpp.cl/resources/upload/files/documento/10bcc63b9aced108008cf2e405a511c8.PDF> [Visitado el 5-09-2013].

<sup>76</sup> STC 2007, Rol N° 576-2006, considerando 18°, 19° y 36°. En el mismo la STC Rol N° 1518-09-INA, considerando 14°. Véase la jurisprudencia citada (Roles N°s. 519 y 576).

<sup>77</sup> STC Rol N° 1518-09-INA, Considerandos 12° y 519°, Considerando 18°. En el mismo sentido, las sentencias Roles N°s. 576 y 1006-7.

rantías procesales mínimas del afectado, en primer lugar, requiere la concurrencia de un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad y, en segundo lugar, que esta clase de coactividad estatal emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento debidamente tramitado, tal como exige perentoriamente el artículo 19, N° 3°, inciso 5° CPR.

El TC ha declarado inaplicable varios apremios personales regulados en el Ordenamiento jurídico que podemos agrupar en tres líneas argumentales. La primera línea jurisprudencial ha entendido inaplicable un apremio ilegítimo, acudiendo al cumplimiento de los requisitos y garantías que hemos mencionado con anterioridad; la segunda radica en diferenciar entre los genuinos apremios —es decir, aquellos en que este desaparece si se cumple la obligación— de otras medidas privativas de libertad impuestas, especialmente, por la Administración pública, que, a juicio del TC, suponen verdaderas penas; y la tercera línea jurisprudencial radica en la aplicación del juicio constitucional de proporcionalidad, como fundamento para declarar inaplicable varios apremios contemplados en el Ordenamiento Chileno.

Uno de los fallos más interesantes y controvertidos donde se consideró ilegítimo un apremio a tenor de las anteriores consideraciones, fue el recaído en la STC de 22-01-2013, Rol N° 2216-12-INA, relativo a los artículos 93 del Código Tributario (en lo sucesivo CT) que, con anterioridad, la STC de 22-1-2009, Rol N° 1006-7, había declarado conforme a la CPR. La STC Rol N° 2216-12-INA, acogió el requerimiento de inaplicabilidad, tomando como referencia y de manera expresa el voto de minoría de la citada STC Rol N° 1006-7.

El citado precepto contempla la posibilidad de aplicar un apremio personal en los casos del impago de impuestos sujetos a retención o recargo. El voto de mayoría de la STC Rol N° 1006-7 estableció en su Considerando 1° una justificación *político-criminal* sobre la constitucionalidad de este apremio. Así, a la hora de reforzar la idea que en el caso *sub lite* no nos encontramos ante una prisión por deudas y sí ante el incumplimiento de una obligación legal, manifiesta:

“Que, en el caso concreto, nos encontramos frente a un proceso de cobro derivado del incumplimiento de una obligación tributaria de retención y entero de dinero, en la cual el requirente es depositario y no dueño, reteniendo en su poder dineros de tributos que le son entregados por otra persona, el obligado al pago del impuesto, por lo que su responsabilidad legal consiste en poner dichos fondos a disposición

de su legítimo propietario, que es el Fisco. En consecuencia, aquí no existe deuda de ninguna especie, *sino que estamos frente a una eventual apropiación indebida de dineros ajenos*<sup>78</sup>.

Parece que el TC intenta justificar el apremio en el hecho de que este incumplimiento puede derivar en una conducta delictiva castigada de la misma manera, es decir, con privación de libertad. Aquí, sin duda, el apremio se acercaría a una suerte de prisión provisional. La STC Rol N° 2216-12-INA, por el contrario, manifiesta que esta presunción de culpabilidad para justificar un apremio personal, “deber ser establecida y acreditada previamente en un debido proceso”<sup>79</sup>.

Esta sentencia menciona el principio de proporcionalidad como un criterio para establecer la legitimidad del apremio, pero no realiza ninguno de los juicios, salvo el de necesidad, al entender que el arresto contemplado en el artículo 96 CT está previsto para casos excepcionales y extremos, es decir, demostrada “una especial contumacia en el incumplimiento de su obligación legal de enterar, en este caso, los dineros fiscales retenidos y ponerlos a disposición del Estado”<sup>80</sup>. El voto de minoría de la citada STC Rol N° 1006-7 que, como hemos mencionado, constituye el precedente de la STC Rol N° 2216-12-INA, estuvo por acoger el requerimiento de inaplicabilidad con un razonamiento más elaborado. En primero lugar, precisamente, por considerar desproporcionada la medida de arresto. Así y en palabras de este voto de minoría, el arresto hasta 15 días renovable, constituye “una restricción severa a la libertad personal. La persona sometida a un arresto ve impedido su derecho a residir y a permanecer en el lugar de su elección y a trasladarse en el territorio de la República. Su libertad queda sometida al confinamiento carcelario y a sus severas reglas”<sup>81</sup>. En segundo lugar, continuando con el principio de proporcionalidad, este voto de minoría entiende que existen otros medios para el obtener el cumplimiento de las obligaciones tributarias menos gravosas e igual de idóneas<sup>82</sup>, como por ejemplo, el ejercicio del derecho de prenda general que corresponde a todo acreedor<sup>83</sup>. Y por último,

<sup>78</sup> En el Considerando 2º, el voto de mayoría amplía la eventual responsabilidad penal a los delitos de evasión tributaria y estafa. Cursiva nuestra.

<sup>79</sup> Considerando 10º, de la STC Rol N° 2216-12.

<sup>80</sup> considerando 31º, STC Rol N° 1006-7.

<sup>81</sup> Voto de minoría, considerando 12º, STC Rol N° 1006-7.

<sup>82</sup> Voto de minoría, considerando 8º, STC Rol N° 1006-7.

<sup>83</sup> Considerando 8º, de la STC Rol N° 2216-12.

acude a las garantías derivadas de un “proceso previo seguido conforme a un procedimiento racional y justo, como carácter inapelable de este arresto<sup>84</sup>. La STC Rol N° 2216-12-INA añade la ausencia de una audiencia previa sin fase probatoria alguna”<sup>85</sup>.

Dentro de este voto de minoría, debemos destacar las prevenciones de parte de los Ministros señores Vodanovic, Fernández y Correa que, como veremos a continuación, sentaron las bases para declarar el apremio del artículo 169 Código Sanitario (en adelante CS), como un apremio ilegítimo. Así, para imponer una medida privativa de libertad solo puede realizarse “a través de un debido proceso en que se acredite la conducta típica, antijurídica y culpable, lo que, ciertamente, no ha ocurrido en la especie”<sup>86</sup>. Además, los citados Ministros (salvo el señor Fernández), tras entender que la finalidad perseguida por el artículo 96 CT resulta legítima y constituye un medio idóneo y eficaz, concluyen que el citado apremio no resulta proporcionado al fin lícito (proporcionalidad en sentido estricto). Así, una medida de privación de libertad “de 15 días renovables e inapelable que debe decretarse con el solo mérito de una audiencia, no puede considerarse como un medio proporcional al objetivo de obtener una adecuada recaudación tributaria”<sup>87</sup>. Por último, esta prevención realiza una interesante interpretación de los tratados internacionales suscritos por Chile que a continuación reproducimos:

“Se trata de lo dispuesto en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 7° N° 7 del llamado Pacto de San José de Costa Rica. La primera de las disposiciones de derecho internacional referidas prescribe, en su inciso 2°, que “nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil”. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica, en la norma ya aludida, establece que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios”. Como puede apreciarse, ambas disposiciones no son idénticas. La primera prohíbe la detención por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil, como son las que se contraen por la vía contractual en las relaciones entre privados. *La segunda y más reciente, es más amplia y prohíbe la detención por deudas, salvo que se trate de las deudas alimentarias.* El carácter más

<sup>84</sup> Voto de minoría, Considerando 16°, STC Rol N° 1006-7.

<sup>85</sup> Considerando 11°, STC Rol N° 2216-12.

<sup>86</sup> STC Rol N° 1006-7, voto de minoría, Considerando I.

<sup>87</sup> STC Rol N° 1006-7, voto de minoría, Considerando II.

reciente de la norma del Pacto de San José de Costa Rica y su valor independiente como tratado internacional que consagra un derecho esencial, que este Tribunal debe promover y respetar a la luz del artículo 5º, sirve entonces para dotar de significado más preciso a las normas de nuestra Constitución y determinar si una restricción a la libertad personal se encuentra o no razonablemente justificada y si un apremio establecido en la ley es o no legítimo.

Si bien esta Magistratura ha considerado, en el requerimiento presentado por Francisco Petour, que era lícito el apremio en contra de quien no pagara una deuda de origen legal y no contractual, *como es la del empleador de enterar descuentos previsionales de un trabajador a su cargo, en esa oportunidad lo hizo asimilando la deuda previsional a la alimentaria, razonando que “la similitud es evidente si se tiene presente que tanto los alimentos como la obligación de pago de pensiones tienen fuente legal, pretenden atender estados de necesidad de las personas, propenden a la manutención de quien los recibe, se encuentran establecidos a favor del más débil y, por último, ambos envuelven un interés social y, consecuentemente, están regulados por normas de orden público;...”*. (Fallo de fecha 24 de abril de 2007, dictado en la causa Rol N° 576). Una deuda tributaria, como la que se examina en autos, si bien no tiene un carácter netamente contractual, tiene origen legal y está regulada por normas de orden público, *no reúne las demás características que se consideraron decisivas en ese caso, pues no puede asimilarse a aquella, ya que las deudas tributarias no pretenden únicamente atender estados de necesidad de las personas a través de la manutención directa de quien recibe los dineros, ni se encuentran establecidas a favor del más débil*<sup>88-89</sup>.

Cabe destacar de esta consideración dos aspectos. El primero es el ámbito de aplicación de la prohibición de medidas privativas de libertad a todo tipo de deudas, por tanto, no solo civiles, sino también las contraídas con la Administración pública. Y el segundo aspecto relevante es la interpretación analógica que subyace de este considerando: la finalidad que persigue el impago de una deuda tributaria no resulta análoga con la deuda previsional alimentaria, como sí ocurre con las deudas previsionales. Por tanto, y de especial relevancia, es entender que todos los apremios personales en Chile se encuentran prohibidos salvo el reconocido expresamente en el Pacto de San José y aquellos que “pretenden atender las necesidades de los más débiles”. Ahora bien, debemos recordar que

<sup>88</sup> Destacado nuestro.

<sup>89</sup> STC Rol N° 1006-7, voto de minoría, considerando II. En el mismo, sentido, el considerando 9º de la STC Rol N° 2216-12.

esta interpretación analógica a favor del más débil choca frontalmente con la prohibición en materia penal de la analogía en contra del reo que en sede judicial resulta inconstitucional. La cuestión, por tanto, es si esta prohibición alcanza también al propio TC.

La segunda línea jurisprudencial ha consistido en diferenciar entre los genuinos apremios —es decir, aquellos en que este desaparece si se cumple la obligación— de otras medidas privativas de libertad impuestas, especialmente, por la Administración pública, que suponen, a juicio del TC, verdaderas penas. Así, la STC de 21-9-2010, Rol N° 1518-09-INA<sup>90</sup> declaró inaplicable el artículo 169 del Código Sanitario <sup>91</sup>, por considerar que el arresto que contempla esta norma importa un apremio no autorizado por la CPR, atentatorio, además, de la normativa propia de un justo y racional procedimiento y que, además, nos encontramos ante una pena carente de proporcionalidad<sup>92-93</sup>.

Como presupuesto para determinar las causales de inaplicabilidad, determina que no nos encontramos ante un genuino apremio, sino ante una pena. La estructura típica de esta norma difiere en un aspecto fundamental: no se contempla la posibilidad de enervar a través del cumplimiento de la obligación legal la privación de libertad. Así, el considerando 17° establece que este apremio “no tiene la finalidad propia de un apremio, esto es, de compeler a un individuo a realizar una determinada conducta (...), sino más bien, la finalidad de una reacción punitiva ante una conducta del individuo que viene a reemplazar por

<sup>90</sup> Considerando 37°. La citada STC dejó sin efecto determinados oficios del Instituto de Salud Pública que solicitaban a la Intendencia Regional Metropolitana el arresto de los recurrentes, por vía de sustitución y apremio, por no haber pagado multas impuestas por ese Instituto, expedidos en conformidad al artículo 169 del CS, que lo faculta para requerir al Intendente o al Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública a efectos de realizar la detención del supuesto infractor y su ingreso al respectivo establecimiento penal.

<sup>91</sup> Para una mayor comprensión del comentario reproducimos el contenido del artículo 169 del CS: “*Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa. Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo, a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria.*”

<sup>92</sup> Sobre la aplicación del juicio de proporcionalidad en este caso se tratará en la tercera línea jurisprudencial.

<sup>93</sup> El fallo sistematiza los considerandos que determinan la inaplicabilidad del precepto de la siguiente forma: “Infracción a la normativa sobre los apremios ilegítimos”, “Infracción al debido proceso”, “Falta de proporcionalidad de la pena” y vulneración de la “presunción de culpabilidad”.

vía de sustitución el pago de una multa y que, por consiguiente, su finalidad es más bien sancionar al responsable de un acto”. En términos penales podríamos entender que estamos ante una suerte de pena de libertad sustitutiva de una sanción administrativa de multa.

A partir de la constatación de que nos encontramos ante un delito con su correspondiente pena, el TC en su considerando 18º manifiesta que este precepto vulnera las garantías procesales básicas, es decir, que un tribunal ordinario decreta la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del sujeto, además de adecuarla de conformidad a la reprochabilidad de la conducta<sup>94</sup>. Además, el citado precepto no cumple con las garantías mínimas del debido proceso aplicadas, en palabras del TC, al “derecho administrativo”. Así, la aplicación de este supuesto arresto no contempla un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad, ni tampoco una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento, debidamente tramitado, tal como exige perentoriamente el artículo 19, Nº 3º, inciso 5º CPR<sup>95</sup>. En esta afirmación se produce una tensión, a mi entender, clave para determinar la naturaleza jurídica de los apremios consistentes en privaciones de libertad. Si el TC estableció que nos encontramos ante un genuina pena y, por tanto, ante un delito, entonces aquí no deben aplicarse solo las garantías mínimas aplicables al derecho sancionador administrativo, sino directamente todas las garantías procesales penales, es decir, *grosso modo*, el Código Procesal Penal. Por último, el TC entiende que este precepto vulnera la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal (artículo 19, Nº 3 CPR), ya que impide que el infractor pueda demostrar su inocencia en sede judicial (Considerandos 33º y 36º)<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Aquí, resultaría interesante dilucidar si un tribunal distinto a los penales puede o debe aplicar la teoría jurídica del delito y acudir, por ejemplo, a las disposiciones del Título I del CP para determinar la antijuricidad y culpabilidad del sujeto.

<sup>95</sup> Considerandos 25º y 26º.

<sup>96</sup> Interesante resulta el voto disidente de los Ministros Fernández Fedres y Carmona Santander. La cuestión más relevante de este voto de minoría radica en el privilegio de la autotutela administrativa que se justifica en razón de la eficacia y expeditividad en la gestión de los servicios de asuntos públicos, situación que no sería factible si la administración tuviera que acudir a los tribunales ordinarios cada vez que un administrado se opusiere a las pretensiones de la propia Administración pública. Ahora bien, este privilegio debe ceder cuando nos encontramos ante una medida privativa de libertad (Considerandos 1º a 15º). Como hemos mantenido,

Además de la vulneración de las garantías procesales penales, el TC concluye con acierto que este precepto del CS vulnera el principio de legalidad en dos aspectos. El primero referido al mandato de certeza, ya que al establecerse *un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa*, nos encontramos ante una pena indeterminada (considerando 20º). Y el segundo concerniente al mandato de reserva legal. Así, a la hora de determinar el infractor, el D.S. N° 1876 de 1996 contempla en sus artículos 161 y 168 una regla de responsabilidad de administradores de una persona jurídica en nombre de otro que, en este caso, recae sobre el director técnico y jefe de departamento de la empresa farmacéutica. El TC aplica en este caso la máxima de aplicar las mismas garantías del Derecho penal al derecho sancionador administrativo pero “con matices”, exigiendo que para poder hacer efectiva una sanción respecto de los administradores o representantes de la entidad se requiere texto expreso en la ley<sup>97</sup>. En términos jurídico penales, la autoría de este delito de desobediencia está determinada por un Decreto Supremo, trasgrediendo, por tanto, el principio de legalidad penal.

La tercera línea jurisprudencial radica, como hemos mencionado, en la aplicación del juicio constitucional de proporcionalidad por parte del TC para declarar inaplicable varios apremios. Aquí, solo comentaremos en la STC Rol N° 1145 sobre la pena de arresto contemplada en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo CPC), en relación con el artículo 32, inciso 2º, de la LOC de Municipalidades, donde la causal de inaplicabilidad se centra exclusivamente en la proporcionalidad de la medida<sup>98</sup>; y en la comentada STC Rol N° 1518-09 referida al artículo 169 CS.

El TC, en primer lugar, de acuerdo con su comprensión de los arrestos personales como una medida derivada del incumplimiento de una obligación legal y no como una manifestación de la prohibición de prisión por deudas, mantiene que lo que realmente se tipifica en este precepto es, precisamente, el incumplimiento

---

los apremios consistentes en privaciones de libertad y, en especial en este caso, ya que no se permite enervar este con el cumplimiento del deber, deben considerarse materialmente como delitos de mera desobediencia.

<sup>97</sup> Considerando 6º. TC añade que la autoridad sanitaria cuenta con el privilegio de aplicar la pena, a pesar de encontrarse la infracción administrativa pendiente de revisión judicial y con sentencia pendiente conforme al artículo 171 y siguientes. Código Sanitario (considerando 7º).

<sup>98</sup> Como hemos visto con anterioridad, el TC ha acudido, junto con otras causales, este test de constitucionalidad para declarar inaplicable un apremio personal. A efecto de facilitar la comprensión de este comentario reproducimos el contenido del artículo 238 CPC: “*Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.* (Destacado nuestro).

de una obligación legal, en este caso, la dictación de una resolución judicial<sup>99</sup>. Desde la sistemática del juicio constitucional de proporcionalidad, el TC, antes de adentrarse en la aplicación de los diferentes subprincipios del juicio, analiza la posible concurrencia de la regla constitucional relativa a la prohibición de prisión por deudas. Por esta razón, esta sentencia, consciente o no y con buen criterio, pasa primero a determinar si existe alguna finalidad constitucionalmente ilegítima y, subsidiariamente, analiza su proporcionalidad.

Esta comprensión por parte del TC determina de manera especial en este caso, la naturaleza jurídica de los apremios personales: el artículo 239 CPC constituye un delito de mera desobediencia contra la Administración de Justicia que contempla una excusa absolutoria, donde la conducta (en este caso, la omisión de un alcalde de dictar un decreto), la consecuencia jurídica es una privación de libertad y la excusa absolutoria el cumplimiento de la obligación legal. Como manifiesta el propio fallo: “la fuente del arresto se encuentra en el incumplimiento de una obligación legal: la de dictar el acto administrativo”<sup>100</sup>.

Lo más destacable de este fallo radica en la aplicación de los juicios de necesidad e idoneidad sobre la injerencia en los derechos fundamentales, tomando como referencia el caso concreto. En primer lugar, el TC tiene presente que este *delito* contempla dos penas alternativas (arresto o multa), y por tanto, tiene un fundamento normativo para establecer la falta de idoneidad de la medida. Y, en segundo lugar, este tipo de apremios debe ser adoptado como una medida extrema y excepcional. La concreción de la ausencia de necesidad de la medida se manifiesta en concreto en el hecho de que el ente municipal es dueño de bienes embargables sobre los cuales el acreedor podía hacerse cargo<sup>101</sup>.

La STC Rol N° 1518-09 referida al 169 CS, como hemos mencionado con anterioridad, además de declarar inaplicable este precepto por constituir un apremio ilegítimo y por vulnerar garantías procesales (penales) básicas, acude también al juicio constitucional de proporcionalidad. Antes de comentar esta causal de inaplicabilidad, debemos recordar que, de acuerdo con la estructura de este test de constitucionalidad, los genuinos juicios de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) no deben aplicarse si, previamente, se ha concluido que la finalidad es constitucionalmente ilegítima o si existe se vulnera una regla constitucional. Y es esta última situación la que acontece en este caso,

---

<sup>99</sup> Considerando 29°.

<sup>100</sup> Considerando 35°.

<sup>101</sup> Este juicio positivo merece también la STC Rol N° 519-2006.

ya que por vía de subsunción se ha determinado que nos encontramos ante un apremio ilegítimo (considerando 12° a 14°) y ante una vulneración de garantías (reglas) procesales (considerando 24°). Hecha esta advertencia, tenemos que señalar que el TC acude a una concepción material del derecho a un procedimiento justo y racional para justificar la aplicación del juicio de proporcionalidad. De esta manera, se extrapola el contenido material de la garantía constitucional estadounidense del justo y racional procedimiento, donde parte de la jurisprudencia y doctrina estadounidense ubican el principio de proporcionalidad. Esta fundamentación fue ya asumida por uno de los votos disidentes de la STC Rol N° 825-07-INA relativa a la regla de penalidad del artículo 450, inciso 1° CP<sup>102</sup>. Bascuñán, en mi opinión correctamente, entiende que la garantía de un justo y racional procedimiento establecida en la CPR, sólo hace referencia a las garantías procesales conforme con nuestra tradición jurídica continental<sup>103</sup>. A lo anterior debemos añadir que ninguna de las diferentes maneras que la Corte Suprema estadounidense ha entendido el juicio de proporcionalidad coincide en la estructura y requisitos exigidos por el denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>104</sup>.

En cuanto al juicio de proporcionalidad, entiende que la medida no resulta idónea y necesaria (se deben entender como absolutamente inidónea e innecesaria) para obtener el fin perseguido (considerando 32°). También, realiza una ponderación entre la gravedad de la conducta y la consecuencia jurídica al afirmar que en aplicación del artículo 169 CS cualquier “multa aún por hechos menores pueda derivar en prisión” (Considerando 30°).

Para finalizar este epígrafe podemos ya justificar su título, es decir, los apremios ilegítimos tildados en principio como manifestaciones de la denominada prisión por deudas se encuentran en *proceso de transformación* por parte de la jurisprudencia del TC en delitos de desobediencia. En este estudio no nos podemos detener en la problemática sobre la constitucionalidad de estas figuras, en especial, de los denominados delitos de mera desobediencia, que son aquellos que no protegen un bien jurídico digno de protección, sino su finalidad se encuentra en *facilitar* el buen funcionamiento del Estado<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Voto disidente Vodanovic/Fernández (Considerando 3°).

<sup>103</sup> BASCUÑÁN (2004), p. 237. En el mismo sentido, ZAPATA (2008): p. 566.

<sup>104</sup> Véase un estudio sobre la aplicación del juicio de proporcionalidad por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos en: ZEIGLER/DEL CARMEN (2008): pp. 4 y ss.

<sup>105</sup> Un claro supuesto de un apremio personal con una estructura similar a un delito de mera desobediencia lo encontramos en el artículo 95 CT, donde se contempla esta medida privativa de libertad en el caso de que “*el contribuyente no exhiba sus libros o documentos de contabilidad o entrase el examen de los mismos*”.

## 8. UNA INCORPORACIÓN PARCIAL DEL JUICIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

Como hemos señalado en varios pasajes del presente estudio, el TC ha acudido al juicio de proporcionalidad para establecer constitucionalidad de varios preceptos penales, en especial, respecto del artículo 451.1 CP y algunos apremios personales.

Una de las razones de la creciente utilización de este juicio de constitucionalidad radica en la propia estructura del requerimiento de inaplicabilidad, sistema de control de constitucionalidad que se asemeja al contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Así, este test de constitucionalidad tiene como presupuesto un conflicto entre principios que, al contrario de las reglas, ordenan que algo sea realizado en la medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son definidos como “mandatos de optimización”. Este presupuesto constituye la esencia del requerimiento de inaplicabilidad, puesto que su función radica en examinar la inconstitucionalidad de una ley para aplicarla a un caso concreto, pero sin que ello prejuzgue que en otro caso diferente la misma ley no pueda ser perfectamente válida. Esta última característica representa casi un rasgo definitorio de lo que hoy suele llamarse ponderación y, por tanto, podemos considerar al recurso de inaplicabilidad como una manifestación procesal-constitucional del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, debe señalarse también que la aplicación de este test de constitucionalidad por parte del TC ha sido más bien parcial y, en la mayoría de las ocasiones no ha aplicado de manera ordenada los diferentes presupuestos y subprincipios del juicio de proporcionalidad. Así, en ocasiones solo ha realizado los juicios de idoneidad y necesidad; en otros casos, no ha determinado previamente si concurre una finalidad prohibida por la CPR y, en la mayoría de los casos, no ha aplicado el juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

## 9. ALGUNAS DEFICIENCIAS EN EL MANEJO DE LA DOCTRINA COMO HERRAMIENTA ARGUMENTATIVA

Antes de todo, debemos destacar la creciente incorporación de la doctrina y la dogmática en la fundamentación de los fallos del TC. Sin duda, si entendemos la legitimación del TC como una legitimación argumentativa, el correcto manejo por parte de esta constituye un requisito insoslayable. Ahora bien, de la lectura de las sentencias referidas a problemas jurídico-penales se detectan algunas deficiencias al tenor de una serie de requisitos, prácticas y formalidades metodológicas reconocidas por la comunidad académica. Lo primero que debemos cuestionarnos es la pertinencia de las citas expresas a autores y fundamentos doctrinales en los

fallos del TC. Entiendo que nuestro Máximo Tribunal está legitimado y debería estar en condiciones de elaborar su propia doctrina de acuerdo a las características del Sistema Jurídico chileno y a su propia realidad social. Lo deseable es que la doctrina cite al TC y no al contrario.

Pero si la anterior situación es discutible, las extensas citas literales huérfanas de cualquier tipo de elaboración y relación con el asunto tratado por el fallo resultan inaceptables. A modo de ejemplo, el voto disidente de Vodanovic/Fernández/Ribera en la STC sobre el artículo 450 CP, dedica la totalidad del Considerando 8º ¡aproximadamente de un folio y medio de extensión! a reproducir sin solución de continuidad dos reflexiones de Ferrajoli y Alexy. Sin perjuicio de la autoridad doctrinal de ambos autores, este Considerando entiende, sin aducir ninguna explicación de fondo que, “desde la perspectiva de la doctrina penal conviene agregar [al planteamiento de Alexy] la siguiente reflexión de Luigi Ferrajoli (...)”. De la lectura de esta extensa cita podemos comprobar que ambos autores hacen referencia al principio de proporcionalidad desde perspectivas distintas: uno desde un sentido amplio y otro desde un sentido estrictamente penal. Pero además, Ferrajoli, de acuerdo con su posición consensual sobre la teoría de los derechos fundamentales, en contraposición con la conflictual de Alexy, cuestiona el principio de proporcionalidad en sentido amplio. En primer lugar, entiende insostenible la tesis de los conflictos y, por ende, los mandatos de optimización, puesto que considera que entre los derechos fundamentales existe una verdadera jerarquía; y en segundo lugar, porque el principio de proporcionalidad puede convertirse en un velo para justificar cualquier injerencia en los derechos fundamentales<sup>106</sup>. Como podemos apreciar, el recurso a estos autores hubiera requerido por parte del TC una elaboración más profunda, a fin de superar sus distintos puntos de vista sobre el principio de proporcionalidad.

También, el TC acude con frecuencia a textos o manuales generales que, sin desmerecer su calidad, deberían citarse de manera subsidiaria o complementaria con aquellos estudios que han afrontado directamente el asunto o cuestión. Continuando con la STC sobre la regla de penalidad del artículo 450.1 CP se echa en falta una referencia a los estudios de Bascuñán Rodríguez y Van Weezel de la Cruz<sup>107</sup>.

Pero incluso, tenemos fallos que omiten la posición adoptada por gran parte de la doctrina. Así, recordemos el considerando 21º de la STC, Rol N° 1191-2008-INA, sobre el delito de fluido eléctrico, que la tipificación de esta figura mediante

<sup>106</sup> FERRAJOLI (2001), p. 353.

<sup>107</sup> VAN WEEZEL, (2001), pp. 191-194; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2011), pp. 12-18.

un D.F.L. se encuentra “validada por notables profesores y por la jurisprudencia (Cfr. ALFREDO ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo I, p. 81)”. Si el TC hubiera consultado el resto de los manuales de derecho penal se hubiera percatado que Cury, respaldado por Politoff/Matus/Rodríguez, tildan esta posición como anacrónica<sup>108</sup>.

Incluso, el TC, simple y llanamente, otorga un sentido totalmente opuesto al expresado por el autor de la cita doctrinal. Bascuñán Rodríguez ha puesto de manifiesto cómo el TC expresamente citó a un autor doctrinal para justificar la mayor protección penal del joven hombre homosexual establecida en el artículo 365 CP, pero lo expresado en la cita estaba destinado a rechazar, precisamente, “cualquier interpretación paternalista-autoritaria del interés superior [del menor]”<sup>109</sup>.

Otra deficiencia que debemos señalar radica en ciertas interpretaciones dogmáticas penales que no reflejan, contradicen o no se hacen cargo con lo establecido por la doctrina penal mayoritaria. Un ejemplo paradigmático de esta situación lo encontramos en la comprensión por parte del TC de los delitos de peligro abstractos.

El TC acude a las denominadas sentencias interpretativas, es decir, identifica una forma de interpretar y aplicar el precepto impugnado de conformidad con la CPR al caso concreto. En este tipo de sentencias el TC acude al discurso jurídico-penal y, por lo tanto, realiza una interpretación integradora entre los principios y límites al *Ius puniendi* y la dogmática constitucional. Esto presupone un adecuado conocimiento de la doctrina penal en materia político-criminal. Establecida una sentencia interpretativa supone que en el caso pendiente debería ser aplicada e interpretada en el sentido que señala la sentencia.

Dos sentencias de inaplicabilidad han realizado una interpretación restrictiva de los delitos de peligro abstractos, en el sentido de considerarlos como de peligro concreto.

En la STC de 27 de febrero, Rol N° 739-07, el requirente sostuvo que el delito de asociación ilícita previsto en el artículo 292 CP, al castigarse exclusivamente “por el sólo hecho de organizarse” infligiría de manera abstracta el principio de lesividad y la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal. El fallo del Alto Tribunal declara que, si bien este precepto ha sido estructurado como un delito de peligro abstracto, su aplicación resultará consti-

<sup>108</sup> CURY (2011), pp. 170-171; POLITOFF (*et al.*) (2003), p. 95.

<sup>109</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2011), p. 14.

tucional en la medida que se interprete como un delito de peligro concreto<sup>110</sup>. A partir de esta interpretación, el TC verificó que, en el caso sometido al recurso de inaplicabilidad (*Caso Colonia Dignidad*), había concurrido la peligrosidad concreta requerida el delito de asociación ilícita: la constatación en el juicio de la comisión de “*efectivas acciones antijurídicas y no únicamente de una voluntad delictual por la mera existencia de una organización*”.

Martínez Lazcano pone en evidencia las consecuencias que se derivarían si esta interpretación se extrapolara al resto de los delitos de peligro abstracto contemplados en nuestra legislación penal. Así, pone como ejemplo los delitos de conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas, donde la falta de peligrosidad *ex post* llevaría en muchos casos a la absolución del acusado<sup>111</sup>.

Con posterioridad la STC de 13 mayo de 2008, Rol N° 993-07 INA referido al delito de microtráfico, sorprendentemente sostiene la misma postura, es decir, lo califica como un delito de peligro concreto. Incluso, no lo considera como la sentencia anterior como un delito de peligro abstracto convertido en peligro concreto, sino que directamente lo considera como este último. El considerando 10° manifiesta:

“Que, en principio, se estaría en presencia de un delito formal, que no exige la producción de un resultado determinado, y de peligro abstracto, sancionatorio de la mera desobediencia a la norma y que no afecta un bien jurídico concreto. Ello importaría sobrepasar el principio de lesividad, que consagra la protección de bienes jurídicos determinados como condición de la configuración del tipo penal y garantía de conocimiento del contenido de la prohibición.

Sin embargo, el texto del inciso final del mencionado artículo 4° permite arribar a otra conclusión. Este prescribe que “**se entenderá que no concurre la circunstancia de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.**

<sup>110</sup> Esta interpretación de los delitos de peligro abstracto toma de manera expresa como referencia la posición del Profesor Jorge Mera Figueroa (considerando 18°). MERA FIGUEROA, (1994), p. 410. Véase un reciente estudio conforme con esta posición: MALDONADO, (2006), pp. 23-61. Guzmán Dálbora acude a una propuesta de *lege ferenda*. Estima que una solución es incluir en el tipo penal la exigencia de que la penalidad se determine según el grado de alarma o alteración del orden público efectivamente producidas, al modo del artículo 561 del Código Penal Español, lo cual lo convertiría, a su juicio, en delito de lesión. GUZMÁN DÁLBORA, (2005), p. 39, nota de pie N° 64.

<sup>111</sup> MARTÍNEZ LAZCANO, (inédito), p. 18.

Resulta inequívoco, entonces, que la conducta incriminada es la tenencia de las drogas prohibidas no destinadas al uso o consumo personal o con el propósito de traficar a cualquier título, quedando patente el bien jurídico protegido. En consecuencia, se *trata de una peligrosidad concreta y que, por ende, debe ser acreditada en el proceso*<sup>112</sup>;

Sin perjuicio de valorar positivamente que el TC expulse del Sistema penal chileno los derechos de peligro abstracto, considerándolos como de peligro concreto, de la lectura de los fallos comentados se percibe una falta de comprensión a la hora de diferenciar entre delitos formales o de mera desobediencia, delitos de peligro, delitos de aptitud y delitos de peligro concreto. Esta falta de conocimiento de la dogmática penal más básica incide, a mi entender, en la poca incidencia de la jurisprudencia del TC en la justicia penal ordinaria. Así, por ejemplo, estos fallos deberían tener una incidencia decisiva en los procesos penales ordinarios para justificar, por ejemplo, que el delito de microtráfico está articulado como un delito de peligro concreto. Pero como bien es conocido, esto no sucede en la práctica. Así, los tribunales penales continúan considerándolos como delitos de peligro abstracto, es decir, sin la necesidad de establecer un peligro concreto a la salud pública. En fin, estamos ante una jurisprudencia constitucional, al menos, por ahora, meramente simbólica.

#### 10. UNA NOTA CRIMINOLÓGICA:

##### UNA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS CLASES MÁS PODEROSAS

Este estudio, si bien se ha centrado en un análisis crítico de la jurisprudencia del TC en materia penal desde la perspectiva de los límites y principios penales y la dogmática de los derechos fundamentales y la teoría del derecho, no puede pasar por alto una característica de los imputados por los delitos sometidos al control de constitucionalidad de las leyes penales: su pertenencia a las clases sociales más poderosas. Así, en los casos en que el TC ha declarado inaplicable una norma penal los imputados han sido miembros de las Fuerzas Armadas (STC Rol N° 781), ejecutivos de grandes empresas (SsTC, Rol N° 2216-12-INA; Rol N° 1518-09-INA) o políticos (STC Rol N° 1145-08-INA). De este dato criminológico no se puede deducir (y así lo cree el autor del estudio) que el TC tuviera en cuenta de manera consciente la condición social de los justiciables a la hora de determinar la constitucionalidad de una norma penal, sino más bien que el TC ha reproducido la especial discriminación estructural de nuestro Sistema penal chileno.

<sup>112</sup> Cursiva mía.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LINAZA, Eduardo (2009), *Jurisprudencia constitucional 2006-2008. Estudio selectivo*, Legalpublishing, p. 102.
- ARROYO ZAPATERO, Luis (1993), “Principio de legalidad y reserva de ley”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Año 3, N° 8, pp. 1-25.
- ATRIA, Fernando (2001), “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, pp. 119-156.
- BASCUÁN RODRÍGUEZ, Antonio (et al.), “La inconstitucionalidad del artículo 365 CP” (informe en derecho), en *Informe. Doctrina penal y procesal penal 2010*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N° 8, 2011.
- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio (2004), “Delitos contra intereses instrumentales”, en *Revista de Derecho*, N° 1, Santiago de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez. Legis.
- \_\_\_\_\_ (2011), “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)” en *Estudios públicos*, 124, pp. 1-25.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2002): “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana” en J. VEGA y E. CORZO (eds.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 35-67.
- BRAZ RODRÍGUES, Jaana (2012), “Cuestiones prácticas en la tramitación del recurso de inaplicabilidad” en *Derechos fundamentales y justicia constitucional ¿Consolidación o reforma?*, Legalpublishing.
- BUNZEL, Michael (2007), “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, en HEFENDEHL, Roland (ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, pp. 149-178.
- CABALLERO BRUN, Felipe (2006), “Derecho penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional un precepto legal”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XIX, N° 2, pp. 177-193.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALDE, Carmen (2005), “Los principios constitucionales de igualdad de trato y discriminación: Un intento de delimitación” en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió*, (N°s. 50-51), pp. 193-212.

- CURY, Enrique (2011): *Derecho penal. Parte General*, (séptima edición), Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad Católica de Chile
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2006), “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”, en *Política Criminal*, N° 1, A 5, pp. 1-30.
- \_\_\_\_\_ (2010), “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1, pp. 51-99.
- \_\_\_\_\_ (2011), “La constitucionalidad del artículo 450, inciso 1° del Código Penal. Un examen desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad” en *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), N° 59, pp. 61-94.
- \_\_\_\_\_ (2013), “El incumplimiento de la mínima protección exigible al Tribunal Constitucional chileno en el control de las leyes penales” en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria del Profesor Enrique Cury*, (Santiago de Chile LegalPublishing), pp. 219-244.
- FERRADA BÓRQUEZ (2011), Juan Carlos, “Las renunciaciones y vacilaciones del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales: comentario a propósito de la STC 1133/08”, en *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico*, Legalpublishing, Santiago de Chile, pp. 291-315.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- GUERRERO ANTEQUERA, Manuel (2004), “Historia reciente y disciplinamiento social en Chile” en *Revista de Ciencias Sociales*.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2002), “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana”, en *Gaceta Jurídica*, pp. 1-17.
- \_\_\_\_\_ (2005): *Estudios y Defensas Penales*, Santiago de Chile, Lexis Nexis.
- HART, John (2001): *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, p. 292.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2008), “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, pp. 75-90.
- HOEKER, L. (1993), “El problema de la delincuencia y el Mercurio”, en *Unidad de Investigación Criminológica Gendarmería de Chile*, Santiago.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2003), “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” en *Revista de Derecho* (Valdivia). Vol. XIV, pp. 125-134.

- HUERTA OCHOA, Carla (2009), *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, p. 612.
- KUDLICH, Hans (2003), “Grundrechtsorientierte Auslegung im strafrecht” en *JZ*, (Nº 3, 2003), pp. 145-167.
- MALDONADO, Francisco (2006), “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados ‘delitos de peligro’. Delitos de peligro en el moderno derecho penal”, *REJ*, Nº 7, pp. 23-61.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Marco, “Examen crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre los delitos de peligro abstracto” (inédito).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y ARAVENA LÓPEZ, Patricio (1999), “El delito de giro doloso de cheque como delito de acción privada” en *Semana Jurídica*, Año 1, Nº 13.
- MERA FIGUEROA, Jorge (1994), “Sistema Jurídico y Derechos Humanos”, en *Cuadernos Jurídicos*, Universidad Diego Portales.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2008), “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en *Sentencias destacadas 2007. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, FERNANDOIS, A. (Ed.), (Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo), pp. 123-161.
- POLITOFF, Sergio (et al.) (2003), *Derecho penal. Parte general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004), *Derecho penal. Parte general*, segunda edición.
- SAGÜES, Néstor P. (2006), “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. IV, Nº 2, pp. 174-196.
- TORRES ROJAS, Emilio y PUENTE LAFOY, Patricio de (2001): “Modelos internacionales y políticas públicas en Chile durante la última década”, en *Revista Mad*. Departamento de Antropología, Universidad de Chile., p. 34. Disponible en: <http://csociales.uchile.cl/publicaciones/mad/04/paper01.htm>
- VAN WEELZEL, Alex (2011), *La garantía Tipicidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, LegalPublishing, p. 230.
- \_\_\_\_\_ (2001), “¿Es inconstitucional el artículo inciso 1º del Código Penal?”, en *Revista Chilena de Derecho*, (Vol. XXVIII, Nº 1).
- WINKLER, Adam, (2006), “Fatal in theory and strict in fact: an empirical analysis of strict scrutiny in the federal courts”, en *UCLA School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Nº 14, pp. 755-810.

- ZAFFARONI, Raúl, et al. (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar.
- ZAPATA, Patricio (2008), *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- ZEIGLER, Frank / DEL CARMEN, Rolando (2008), “Constitutional Issues Arising from ‘Three strikes and you’re out’ legislation”. En: Shichor, David / Sechrest, Dale (Coords.): *Three strikes and you’re out. Vengeance as public policy*, Sage Publications.

*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada*

*Año 1999*

Sentencia Rol N° 289 de 22.04.1999.

*Año 2006*

Sentencia Rol N° 468-2006 de 9.12.2006 (artículos 299, N° 3, 431 y 443 CJM).

Sentencia Rol N° 480 de 27.06.2006.

Sentencia Rol N° 1006 de 21.9.2010.

Sentencia Rol N° 576-2006 de 5.6.2007.

*Año 2007*

Sentencia Rol N° 519- de 5.06.2007 (artículo 12, Ley N° 17.322, relativa a las normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social.)

Sentencia Rol N° 739-07 de 21.08.2007 (artículo 292 CP)

Sentencia Rol N° 781 de 28.09.2007 (artículos 299, N° 3, 431 y 443 CJM).

Sentencia Rol. N° 1191-2008-INA de 13.06.2007.

Sentencia Rol N° 576-2006 de 24.04.2007.

*Año 2008*

Sentencia Rol N° 825-07 de 6.03.2008.

Sentencia Rol N° 825-07-INA de 6.03.2008 (artículo 450, inciso 1° CP).

Sentencia Rol N° 829-07 de 6.03.2008 (artículo 450, inciso 1° CP).

Sentencia Rol N° 976-07 de 26.06.2008.

Sentencia Rol N° 1133-08-INA de 18.11.2008.

Sentencia Rol N° 1132-08 de 10.06.2008.

Sentencia Rol N° 993-07 INA de 13.03.2008.

*Año 2009*

Sentencia Rol. N° 1191-2008-INA de 19.03.2009.

Sentencia Rol N° 1145-08-INA de 17.03.2009 (artículo 238 CPC).

Sentencia Rol N° 1281 de 13.08.2009 (artículo 459.1 CP).

Sentencia Rol N° 1006-7-INA de 21.09.2009.

*Año 2010*

Sentencia Rol N° 1518-09-INA de 21.10.2010 (artículo 169 Código Sanitario)

*Año 2011*

Sentencia Rol N° 1683-2010 de 4.01.2011.

*Año 2013*

Sentencia Rol N° 2216-12-INA de 22.01.2013 (artículo 93 Código Tributario).