

**LAS DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO  
PRO PERSONA: CASO ROL 9.433-2020  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO**

DIFFICULTIES IN THE APPLICATION OF THE PRO PERSONA  
PRINCIPLE: CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT  
CASE 9433-2020

---

**COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA**

---

**CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO (CHICAGO)** Narváez Gallo, Francisco José. «Las dificultades en la aplicación del principio pro persona: Caso rol 9.433-2020 del Tribunal Constitucional chileno». *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 11 (2023).  
<https://doi.org/10.7767/rda.11.49951>

---

**REVISTA DE DERECHO APLICADO LLM UC** Número 11  
Julio 2023  
ISSN: 2452-4344

---

Recepción: 22 de abril, 2022  
Aceptación: 27 de junio, 2023

---

## Resumen

Este trabajo se centra en la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional ante un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra una disposición de la Ley 18.216. Su propósito es analizar si, a la luz de dicho fallo, existiría en Chile un efectivo acceso a los beneficios de cumplimiento alternativos a una pena privativa de libertad conforme al principio pro persona, o si, por el contrario, se reconoce una expansión a las restricciones para su otorgamiento, en pos de políticas efectivistas de carácter punitivo.

**Palabras clave:** Reinserción, principio pro persona, proporcionalidad, principio de igualdad, política criminal.

## Abstract

This paper focuses on the decision adopted by the Constitutional Court, regarding a request of inapplicability for unconstitutionality against a provision of Law 18,216. Its purpose is to analyze whether, in the light of this ruling, there would be in Chile an effective access to the benefits of alternative sentences to a custodial sentence, according to the pro-persona principle or, on the contrary, an expansion of the restrictions for its granting, in pursuit of effective punitive policies.

**Keywords:** Rehabilitation, pro persona principle, proportionality, equal opportunity, criminal policy.

### **Francisco José Narváez Gallo**

---

Universidad de Santiago de Chile  
Santiago, Chile  
francisco.narvaez@usach.cl

Francisco José Narváez Gallo es bachiller en Humanidades y Ciencias Sociales y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal de la Universidad de Talca, Chile. Profesor de las Clínicas Jurídicas de la Universidad de Santiago de Chile.

Universidad de Santiago de Chile  
Santiago, Chile  
francisco.narvaez@usach.cl

Francisco José Narváez Gallo is a Bachelor of Humanities and Social Sciences and holds a Degree in Legal and Social Sciences at the University of Chile. Lawyer. LL.M. with special mention in Procedural Law, University of Talca, Chile. Professor of Law Clinics at Universidad de Santiago, Chile.

## I. PRESENTACIÓN

El Tribunal Constitucional de la República de Chile, por medio de su sentencia dictada en la causa rol 9.433-2020, resolvió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.216. En este fallo, los votos de la mayoría de los ministros estuvieron por rechazar el requerimiento deducido. Del estudio y análisis, se presentaron una serie de inquietudes que motivaron la presentación del presente análisis de jurisprudencia.

El principal problema que se advirtió en el razonamiento de dicha sentencia fue la contraposición de principios y motivaciones, sostenidos por los ministros del Tribunal Constitucional, para resolver la cuestión puesta a su conocimiento. En efecto, son evidentes las facciones que adoptaron los integrantes del tribunal para sustentar sus decisiones, las que, en principio, parecieran ser irreconciliables. Sin embargo, es posible observar que en realidad lo ocurrido al resolver fue, en definitiva, una incompleta e incorrecta aplicación de principios y bases propias de la institucionalidad vigente del Estado de Chile. De haberse razonado sobre la base de las ideas que se sostendrán en las siguientes líneas, necesariamente el Tribunal Constitucional debió haber acogido el requerimiento deducido.

La finalidad de este trabajo es sostener que en el fallo analizado hubo una inadecuada e incompleta reflexión jurídica por parte de los ministros del Tribunal Constitucional, en el tiempo que conocieron las alegaciones del abogado defensor. Este déficit tuvo como consecuencia directa la dictación de un fallo que, para nuestra postura, es errado y contrario al espíritu de la normativa chilena.

La relevancia de formular un comentario sobre esta sentencia recae en que ilustra la constante tensión que existe en el marco del derecho penal entre la finalidad estricta de la pena y la efectiva posibilidad de acceder a los instrumentos de reinserción social que ofrece el ordenamiento chileno a los condenados. A su vez, esa tensión se agudiza si se integra a la servicialidad que el derecho constitucional rinde a la persona humana en todas sus dimensiones.

Si bien este comentario de jurisprudencia no aspira a ser un trabajo pormenorizado y acabado de investigación o revisión de derecho constitucional y penal, el propósito del autor es exhibir la tensión relevante de principios. En efecto, suele darse por sentado que los principios constitucionales son de aplicación general e incuestionable en el día a día. Sin embargo, y en su aplicación concreta al mundo penal, puede provocar que la solución no sea la más acorde al sentido del ordenamiento constitucional, a los intereses del imputado.

En primer lugar, se presentará una resumida descripción del caso a analizar, los hechos más importantes, los argumentos del requirente, la decisión del Tribunal Constitucional y los fundamentos de los ministros. En segundo lugar, se expondrán y desarrollarán los

principios involucrados y conflictuados, tanto en sede constitucional como penal, expresados en la sentencia analizada. Por último, propondremos la que, para nosotros, debió ser la correcta ponderación de principios de derechos del caso, dirigida hacia el principio pro persona.

## **2. HECHOS DEL CASO**

### **2.1. Juicio penal, su sentencia condenatoria y solicitud de la defensa para acoger al condenado a los beneficios de la Ley 18.216**

C. M. N. fue condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, en causa RIT 79-2018, del 28 de agosto del 2018, a cumplir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en grado mínimo, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en calidad de autor del delito consumado y reiterado de violación de persona menor de catorce años, figura prevista y sancionada en el artículo 362 del Código Penal.

Conforme a los antecedentes que fueron establecidos como hechos jurídicos, y que motivaron la referida sentencia, el 13 de agosto del 2016, en la comuna de Longaví, C. M. N. se encontraba en una sede social junto a una cancha de fútbol, con otras personas —entre ellas la víctima— en la localidad de La Quinta Sur. En ese lugar habría bebido cerveza y bailado con la víctima. Luego, y aprovechándose de lo mareada que ella se encontraba, procedió a acostarla sobre unas tablas, le sacó la ropa, se subió encima de ella y la accedió carnalmente. Al momento de los hechos, la víctima era menor de catorce años.

Tiempo después, y estando C. M. N. cumpliendo efectivamente su condena privativa de libertad, su defensa solicitó al Juzgado de Garantía de Linares la interrupción del cumplimiento de dicha pena para que fuese sustituida por el régimen de libertad asistida vigilada intensiva. El fundamento de dicha solicitud radica en que se habría cumplido, objetivamente a su criterio, con los requisitos del artículo 33 de la Ley 18.216. En concreto, este beneficio implica que el condenado sea sometido a un régimen especial de reglas de conductas impuestas por el juez, junto a una libertad efectiva bajo prueba, la que estaría a la observación y control de Gendarmería de Chile y del mencionado juzgado. Todo lo anterior, junto a la posibilidad de someter al condenado, bajo al régimen descrito, a un sistema de monitoreo telemático (también conocida como tobillera de rastreo satelital).

Tras conocer los alegatos del abogado defensor y el informe técnico elaborado por el Centro de Reinserción Social de Linares de Gendarmería de Chile —el que se mostraba a favor de la sustitución de la pena—, el 21 de septiembre de 2020 el juez del Juzgado de Garantía de Linares rechazó la solicitud. La decisión negativa se sostuvo en que el cuestionado artículo 1, inciso segundo de la Ley 18.216 no permite a los condenados por el delito de violación a personas menores de catorce años acogerse al beneficio de sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad por otra de menor intensidad.

Contra esa resolución, el abogado defensor dedujo recurso de apelación. Dicho trámite constituyó la gestión pendiente, y habilitaba la presentación del respectivo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

## **2.2. Principales argumentos del requerimiento de inconstitucionalidad**

El conflicto constitucional consiste en que el artículo 1, inciso segundo de la Ley 18.216 vulneraría el principio de no discriminación e igualdad ante la ley, consagrado en los artículos 1 y 19 numeral 2 de la Constitución Política, como también en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y en los 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos últimos tratados internacionales fueron suscritos y ratificados por la República de Chile y están en plena vigencia.

En primer lugar, y en lo que se refiere a la vulneración del principio de no discriminación, hizo referencia a que el Código Penal contempla otros delitos que tutelan la autonomía e indemnidad sexual y respecto de los cuales no se ha determinado la improcedencia de la aplicación del régimen de penas sustitutivas por parte del legislador. Así las cosas, sostiene el defensor que existe una evidente y positiva diferencia de trato entre las personas condenadas por delitos que protegen el mismo bien jurídico y que, incluso, tienen la misma penalidad.

En segundo lugar, sostuvo el abogado defensor que la norma impugnada por inaplicabilidad atenta contra el principio de proporcionalidad de las penas, reconocido en el artículo 19 numeral 3 inciso sexto de la Constitución Política. A su juicio, la cuestionada disposición del artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.216 limita la capacidad decisional jurisdiccional al caso, por cuanto no permite encuadrar un justo y racional procedimiento a favor del condenado C. M. N., quien cumple, en concreto, con cada uno de los requisitos impuestos por el artículo 33 de la ya mencionada ley, con miras a obtener el deseado beneficio.

## **2.3. Decisión del Tribunal Constitucional**

Al conocer del requerimiento descrito, el Tribunal Constitucional se encontraba integrado por las ministras y ministros María Luisa Brahm Barril, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, María Pía Silva Gallinato, Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Pica Flores. De la sentencia dictada y puesta en conocimiento, es posible reconocer tres votos: el de mayoría, la disidencia y la prevención que presentó el ministro Nelson Pozo Silva al concurrir con la mayoría.

### *2.3.1. El voto de mayoría que rechazó el requerimiento y sus argumentos*

La mayoría de los ministros, compuesta por María Luisa Brahm Barril, Gonzalo García Pino, María Pía Silva Gallinato, Miguel Ángel Fernández González y Rodrigo Pica Flores, votaron por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido, por los siguientes motivos.

Primero, estimaron que es del todo proporcional que ciertos delitos estén expresamente excluidos a la posibilidad de acceder a los beneficios de la Ley 18.216, como la violación a menor de catorce años (considerando decimoséptimo). En un sentido amplio, la protección de la indemnidad sexual requiere que la aplicación de la pena del condenado sea efectiva, conforme a la decisión que adopte el sentenciador.<sup>1</sup> En un sentido estricto, consideran que la norma es proporcional, por cuanto es una medida equilibrada y justa contra el condenado, quien cometió un ilícito de tan alta gravedad, como lo es vulnerar la indemnidad sexual de una menor de catorce años.

Segundo, en cuanto a la vulneración al principio de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria, se estimó que el principio de igualdad ante la ley no es absoluto y permite al legislador discriminar entre personas que no se encuentren en una misma situación, siempre que la distinción sea razonable, fundada y no arbitraria. Para el caso en concreto, los ministros de la mayoría consideraron que los hechos descritos en los otros delitos no prohibidos por la Ley 18.216 consisten en hipótesis de comportamientos distintos al de la violación de menor de catorce años. En particular, y entre los delitos con que se comparó la vulneración al estatuto de igualdad, el abuso sexual agravado, que penaliza la realización abusiva de una acción sexual diversa al acceso carnal, tiene una pena abstracta inferior a la del delito de violación.

### *2.3.2. El voto de minoría que estuvo por acoger el requerimiento y sus argumentos*

Contra la mayoría, se constituyó una minoría disidente de ministros que estuvieron por acoger el requerimiento. Esta estuvo compuesta por Iván Aróstica Maldonado, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez.

---

<sup>1</sup> En el texto de la sentencia del Tribunal Constitucional rol 9.433-2020, del 12 de abril de 2021, los ministros tuvieron muy en consideración, al aplicar una interpretación histórica de la norma, la finalidad que se persiguió con la Ley 19.617 de 1999, que incluyó el delito de violación de menor de catorce años a los prohibidos de aplicación para la Ley 18.216 (considerando decimocuarto).

Sus principales argumentos fueron: primero, que el modelo constitucional chileno consagra al ser humano como ente anterior, superior al Estado, siendo este funcional a aquel, y cuya única finalidad es estar a su servicio. Por tanto, el Estado, al diseñar e implementar la ley penal, tiene como límite material el Estado de derecho constitucional, que es funcional a la persona (punto 6 disidente). En este mismo orden de ideas, es el Estado quien está obligado a contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con respeto a sus derechos y garantías que establece la Constitución (punto 11 disidente).

Segundo, el constituyente chileno no consagró el principio de finalidad de la ejecución de la pena, por lo que su finalidad siempre debe ir acorde con la prevención del delito y la resocialización del condenado. Así, la pena debe obedecer a fines constitucionales lícitos y que no vulnere los límites precisos que ha impuesto la Constitución (punto 7 disidente).

Tercero, el precepto legal impugnado no permite al representado del requirente el reemplazo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta por un régimen de libertad vigilada intensiva, a pesar de cumplir con todos los requisitos de procedencia del artículo 33 de la Ley 18.216, y de contar con un informe favorable del Centro Penitenciario en donde se encuentra recluso. Todos los antecedentes aportados dan cuenta de la existencia de factibilidad de reinserción social y abandono de la actividad criminal (punto 8 de la disidencia). Negar el requerimiento significaría someter a la persona a un sufrimiento carcelario improcedente, porque la disposición legal impugnada impide al juez mutar la privación de libertad por libertad vigilada intensiva, a pesar de cumplir con todos los requisitos legales necesarios para acogerse al beneficio (punto 9 disidente).

Cuarto, que, por aplicación del principio de racionalidad, no es posible identificar una justificación suficiente que sustente la falta de confianza hacia el personal especializado del sistema penitenciario chileno, quienes cuentan con suficientes competencias para calificar el cumplimiento de los requisitos que establece el régimen vigente de beneficios carcelarios (punto 13 disidente).

### *2.3.3. La prevención del ministro Pozo Silva, por concurrir al voto de mayoría, con otros argumentos*

Un punto destacable para analizar corresponde el pronunciamiento del ministro Nelson Pozo Silva, quien concurrió al voto de rechazo del requerimiento deducido agregando otros argumentos, además de los ya señalados por la mayoría.

Para él, y por aplicación del principio de lesividad, no es posible que prime el interés del condenado-requirente en acogerse a un régimen de pena alternativa, si se toma en consideración que la política criminal reafirma una fuerte primacía hacia ciertos injustos penales, que están expresamente excluidos de los beneficios de la Ley 18.216 (punto 3 del concurrente a la mayoría).



### 3. REGLAS Y PRINCIPIOS INVOLUCRADOS Y CONFLICTUADOS

Del caso presentado, es posible identificar una contraposición entre los alcances normativos de las reglas que informan al sistema penal con los principios jurídicos que sustentan el Estado de derecho. En efecto, y como ya habrá podido advertir el lector, la posición mayoritaria de los ministros fue de estricto apego a la aplicación de la regla jurídica vigente de la Ley 18.216. Por otro lado, la posición minoritaria presentó una armónica interpretación entre los principios constitucionales y penales que se encontraban en discusión, reconociendo siempre la preeminencia de la tutela y protección de la calidad de la persona humana por parte del Estado. Por último, se identifica una tercera posición, la del ministro Pozo Silva, quien, a pesar de concurrir con el voto de la mayoría, fue más allá, y merece un análisis especial en otro apartado.

#### 3.1. Aplicación estricta de las reglas del sistema penal chileno al caso

Desde hace más de quinientos años, el sistema penal y criminal chileno ha estado muy influenciado por la tradición jurídica española, la que estuvo, durante un tiempo considerable, protagonizada por la motivación inquisitiva y el sometimiento del inculcado a castigos corporales, por más que la codificación penal chilena haya tenido una aspiración ecléctica.<sup>2</sup>

Reforzando la idea anterior, es necesario recordar las prevenciones que nos dio en su momento Díez-Picazo, en el sentido de los peligros que implica caer en abstracciones y generalizaciones históricas de las reglas y proposiciones jurídicas, ya que su devenir en el tiempo tiende a absolutizarse y a poseer valor por sí mismas, cristalizándose y decantando en la tradición jurídica.<sup>3</sup>

Estas prevenciones debemos tenerlas muy presentes para este apartado.

##### 3.1.1. *El bien jurídico penal del artículo 362 del Código Penal*

El bien jurídico es la motivación misma que ha tenido el ordenamiento para proteger ciertos bienes de relevancia comunitaria. Como nos recuerda el profesor Etcheberry, estamos ante un bien jurídico cuando el interés de su titular es reconocido como social o moralmente valioso por el legislador, que le brinda su protección prohibiendo las conductas que lo lesionan.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Silvia Peña, «Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (1982).

<sup>3</sup> Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (Barcelona: Ariel, 2011), 183-184.

<sup>4</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., t. 1 (Santiago: Jurídica, 1997), 29.

Para la doctrina, el bien jurídico de este tipo es la indemnidad sexual de la víctima menor de catorce años.<sup>5</sup> Lo relevante de la acción en este delito (acceder carnalmente), a diferencia de la violación, recae en el objeto de protección. Con ánimos de diferenciar la especie del delito en comento, Mañalich señala que

la prohibición cuyo quebrantamiento sería punible *sub specie* violación en el sentido del artículo 361 serviría a la protección de la libertad sexual de la persona que funge como objeto de penetración, mientras que la prohibición cuyo quebrantamiento sería punible bajo el artículo 362 serviría a la protección de la indemnidad sexual de la persona que es objeto de penetración.<sup>6</sup>

Para precisar lo ya señalado, Garrido sostiene que la protección a la indemnidad sexual tutela también a aquellas personas que son impúberes (menores de edad) y que deben ser consideradas inviolables sexualmente, erigiéndose dicha inviolabilidad como el objeto de protección del delito, ya que el acto de relevancia sexual puede afectar su proceso de desarrollo y configuración de la sexualidad, aun si fue consentido.<sup>7</sup>

A pesar de que no es posible atribuirle por sí solo la naturaleza de regla o principio al bien jurídico penal, sí es dable otorgarle el reconocimiento de regla jurídica una vez que se ha identificado el bien determinado y tipificado en tal o cual delito.<sup>8</sup> Así, en el caso particular del delito del artículo 362 del Código Penal,<sup>9</sup> la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional reconocen que el bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual del menor de catorce años, con absoluta prescindencia de su consentimiento o deseo (considerando decimosegundo).

<sup>5</sup> Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez González, *Lecciones de derecho penal parte especial*, t. 1 (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 330.

<sup>6</sup> Juan Pablo Mañalich, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Ius et Praxis* 20, n.º 2 (2014).

<sup>7</sup> Mario Garrido, *Derecho penal: Parte especial*, 4.<sup>a</sup> ed., t. 3 (Santiago: Jurídica, 2010), 268-269.

<sup>8</sup> Así lo señala el artículo 1 del Código Penal: «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley».

<sup>9</sup> A pesar del reconocimiento de la progresiva formación del adolescente en el derecho de familia, la edad de autonomía sexual se ha restringido desde los doce a catorce años por la modificación incorporada con la Ley 19.927 de 2004. Aun así, se sigue reconociendo la prescindencia de la voluntad o el deseo del menor de edad en el tipo descrito, resultando ser un delito de resultado, sin importar las circunstancias de los eventos acaecidos. Esta inquietud académica planteada solo fue esbozada para fines de una reflexión jurídica y evidenciar las tensiones morales que podría despertar si se develan más capas. Véase Etcheberry, *Derecho penal*, t. 4, 61-64.

### 3.1.2. Motivación de la Ley 18.216

Analizar a cabalidad las reglas de la Ley 18.216 de 1983 y sus múltiples modificaciones no es objeto del presente trabajo. Sin perjuicio de esto, creemos importante tener en cuenta que la institución de las penas alternativas a la privación absoluta de libertad es de muy corta data en nuestro sistema jurídico, y aún no se encuentran plenamente afianzadas.<sup>10</sup>

En efecto, es posible reconocer que su primera aparición se expresa en el pretérito Código de Procedimiento Penal de 1906, que otorgaba al juez la facultad de suspender la ejecución de la pena hasta por tres años solo en el caso de los delitos falta.<sup>11</sup> Años después, la libertad provisional o excarcelación encontraría su consagración en la Constitución Política de 1925.<sup>12</sup> En opinión de Fiamma, este reconocimiento es una expresión de la libertad misma de la persona que no fuese presunto responsable de los delitos que merecen castigo y cumplimiento de una pena aflictiva, y supone un importante avance, que permite la revisión del tradicional sistema de penas privativas de libertad en estricto.<sup>13</sup>

La vigente Ley 18.216 ha expandido el régimen de penas alternativas, reconociendo en la actualidad la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva, el servicio en beneficio de la comunidad y la expulsión, aplicable para ciertos delitos cometidos por extranjeros. A pesar de la auspiciosa apariencia que supone conceder penas alternativas al presidio, la doctrina no ha dejado de manifestar su preocupación por la expansión del catálogo de delitos que son improcedentes para ser acogidos a este régimen, en pos de privilegiar el control de la criminalidad por medio del aumento de la severidad del cumplimiento efectivo de las penas privativas.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Tito Solari y Ximena Tudela, «Remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 7 (1983): 243-246.

<sup>11</sup> Sebastián Salinero y Ana María Morales, «Las penas alternativas a la cárcel en Chile: Un análisis desde su evolución histórica», *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 52 (2019): 256-257.

<sup>12</sup> Artículo 19 de la Constitución de 1925: «Afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la acción, en la forma que según la naturaleza de los casos determine la lei, no debe ser detenido, ni sujeto a prisión preventiva, el que no sea responsable de un delito a que la lei señale pena aflictiva».

<sup>13</sup> Gustavo Fiamma, «Avance constitucional: Retroceso interpretativo», *Gaceta Jurídica* 11 (1977).

<sup>14</sup> La mencionada expansión ocurrió con la Ley 20.603 de 2011. Para un estudio detallado y comprensión de los serios problemas que ha presentado la motivación del Ejecutivo y del Legislativo, véase Salinero y Morales, «Las penas...», 278-286.

Para el caso analizado, la regla del artículo 33 de la Ley 18.216 permite, en abstracto, la aplicación del régimen de libertad vigilada intensiva, siempre que se cumplan con los requisitos que dispone.<sup>15</sup> Sin embargo, por la modificación introducida por la Ley 19.617 de 1999, se ha excluido la posibilidad de acogerse a un régimen alternativo a quien haya sido condenado por el delito previsto en el artículo 362 del Código Penal.

### 3.2. Principios tensionados

Como prevención a este apartado, volvemos a rescatar las palabras de Díez-Picazo, para no abandonar la pretensión a reconocer la necesidad de acudir a los criterios extralegales (principios generales del derecho) que han existido en todos los momentos históricos, y que son necesarios para resolver y conciliar posibles lagunas y antinomias de ley positiva (expresada en reglas).<sup>16</sup> *A priori*, pareciera que el caso concreto que se analiza se resuelve, por sí solo, con los principios constitucionales que ha alegado el abogado defensor del condenado C. M. N. Sin embargo, la tensión con otros principios del derecho penal chileno no permite una solución pacífica al caso sin promover y evidenciar la necesidad de ponderar los bienes jurídicos involucrados.

#### 3.2.1. Principios constitucionales involucrados

En primer término, se presenta el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, reconocidos en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución. Se expone su vulneración, en el caso concreto, por cuanto se excluye de este beneficio carcelario a los condenados por un tipo de delito contra la autonomía e indemnidad sexual, a pesar de que la misma Ley 18.216 excluye a otros de la misma naturaleza, como el abuso sexual agravado (del artículo 365 bis del Código Penal) y el abuso sexual impropio (artículo 366 bis del Código Penal).

En segundo lugar, se menciona el principio de razonabilidad por parte de los ministros que concurrieron en la disidencia. En sentido amplio, este se expresa en que las normas creadas deben responder a las regulaciones contenidas en la Constitución, atribuyéndole

---

<sup>15</sup> a) Que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior; b) que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis; c) que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y d) que el condenado hubiere observado un comportamiento calificado como «muy bueno» o «bueno» en los tres bimestres anteriores a su solicitud, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

<sup>16</sup> Díez-Picazo, *Experiencias...*, 214-215.

competencia de producción, de formalidades y de límites a los que están sujetos.<sup>17</sup> Esta mención se hizo, expresamente, por el reconocimiento que le otorgaron al favorable informe de factibilidad de libertad vigilada del condenado C. M. N.

En tercer lugar, se expresó el principio de proporcionalidad de las penas. Su mención se hizo tanto como argumento del recurso como fundamento del voto preventivo del ministro Pozo; por tanto, se aplicó en una doble faz. Aquí es necesario tener presente que, para el principio de proporcionalidad,

una medida que afecta un derecho fundamental (o algún otro contenido constitucional susceptible de operar como principio) solo es válida a condición de que sea idónea para contribuir al logro de un fin legítimo (constitucionalmente justificado); necesaria, en tanto no existan alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio para los principios constitucionales afectados por la medida enjuiciada; y proporcional en sentido estricto, lo que ocurrirá cuando los beneficios que la medida reporta, en términos de contribución al logro de un fin constitucionalmente justificado, compensen los sacrificios que aquella representa para los derechos fundamentales u otros principios constitucionales afectados con la medida enjuiciada. Como las sanciones penales importan general y necesariamente la privación o restricción (legítima) de la libertad personal o la propiedad, el principio de proporcionalidad supondría que tal privación solo puede hacerse si es idónea a la consecución de algún fin constitucionalmente válido, necesaria al efecto y proporcional, en sentido estricto.<sup>18</sup>

Ya en su caracterización, Fuentes ha señalado que se requiere identificar «las directrices axiológicas supremas de nuestro ordenamiento jurídico, para exigir que, entre el delito y la correspondiente pena, rijan una determinada relación de proporcionalidad, y de ser así, determinar cómo es posible que se pueda fundamentar su presencia y operatividad dentro del sistema penal [sic]». <sup>19</sup> En la opinión de Navarro, la proporcionalidad de la pena es una

---

<sup>17</sup> José Ignacio Martínez y Francisco Zúñiga, «El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios Constitucionales* 9 (2011): 203.

<sup>18</sup> Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez González, *Lecciones de derecho penal chileno: Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015).

<sup>19</sup> Hernán Fuentes Cubillos, «El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena», *Ius et Praxis* 14, n.º 2 (2008): 21.

«relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal».<sup>20</sup>

Volviendo al caso de estudio, estimó el requirente que existe una manifiesta restricción a la garantía del justo y racional procedimiento, por cuanto la restricción impuesta por el precepto impugnado de la Ley 18.216 limita la discrecionalidad judicial para actuar, en las características del caso, y acoger la sustitución de la pena privativa, a pesar de que el condenado C. M. N. cumple con todos los requisitos.

Sin embargo, y bajo el mismo principio, el ministro Pozo, en su voto de prevención, presentó una aplicación muy distinta a la expresada. Para él, el principio de lesividad penal impide afirmar los valores expuestos por el requirente, tomando en consideración la política criminal que ha adoptado Chile, en sancionar efectivamente ciertos injustos penales, desconociendo la aplicación de alguna pena distinta a la privación de libertad (punto 3 del voto de prevención).

### 3.2.2. Principios penales involucrados

En primer lugar, se mencionó el principio de culpabilidad. Este, sin duda, es el límite por excelencia a la pretensión punitiva ejercida contra la persona. El aforismo *nulla poena sine culpa* ya se encuentra grabado a fuego en nuestras memorias. Así, se ha señalado que no es posible aplicar un castigo penal sin el necesario juicio previo de reproche y declaración de culpabilidad del imputado. De dicha premisa, se sigue una proscripción a la posibilidad de imponer sanciones penales basándose en criterios de responsabilidad meramente objetiva, en la sola peligrosidad del sujeto u en otras características personales de él o ella.<sup>21</sup> Su enunciación aparece en el voto de quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad. En efecto, para esta posición, «el principio de culpabilidad persigue un doble objetivo: uno, en que la pena es la medida de la responsabilidad criminal, y otro, en que ella debe servir como impedimento de delitos en el porvenir» (punto 6 del voto de minoría).

En segundo lugar, se expresó el principio de la certeza de la pena, como fundamento del voto de mayoría, y que fue recogido en la discusión parlamentaria que modificó la Ley 18.216, en el articulado impugnado que conoció el Tribunal Constitucional (considerando

---

<sup>20</sup> Enrique Navarro, «Proporcionalidad y jurisprudencia del TC», *El Mercurio Legal*, 13 de octubre de 2016, <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/enrique-navarro-proporcionalidad-y-jurisprudencia-del-tc>.

<sup>21</sup> Claudia Cárdenas, «El principio de culpabilidad: Estado de la cuestión», *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 15, n.º 2 (2008): 69.

decimoquinto). En síntesis, este implica el estricto cumplimiento de la pena a la que debe ser sometido el condenado, buscándose la máxima efectividad de esta en su ejecución (punto 6 del voto de minoría).

Por último, se invocó el principio de lesividad penal, por parte del voto de prevención del ministro Pozo. Al respecto, Ferrajoli sostiene que es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios:

El de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo «nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional»; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que «nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, ningún daño o peligro». El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *conditio sine qua non* de la intervención penal.<sup>22</sup>

Pero, en un orden de ideas hermético, el ministro Pozo formula en su voto de prevención en que concurre a la mayoría que, por aplicación del principio de lesividad, no es posible conceder una pena alternativa de la Ley 18.216. La fuerza de la política criminal reafirma la idea de que, tratándose de ciertos injustos penales a los que el ordenamiento otorga cierta primacía, no es posible conceder una pena alternativa a la privación de libertad (punto 3 del voto de prevención).

#### **4. POR UNA CORRECTA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS**

##### **4.1. Lo que debió reflexionarse por la mayoría, para acoger el recurso**

A nuestro parecer, el voto de mayoría no presenta un correcto y profundo examen sobre la aplicación abstracta del principio de proporcionalidad. Solo se limita a aplicar la ley en concreto, desconociendo el sentido y alcance de la decisión. Así, la decisión de la mayoría es fiel reflejo de las advertencias que ya ha formulado la doctrina, en el sentido de que el sistema de individualización judicial de la pena, según lo visto, se sigue inclinando a favor de un rígido legalismo frente a una limitada y relativa discreción judicial.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Luigi Ferrajoli, «El principio de lesividad como garantía penal», *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 79 (2012): III.

<sup>23</sup> Fuentes Cubillos, «El principio...», 40.

En efecto, la primacía del principio de igualdad, de no discriminación, de racionalidad y proporcionalidad están por sobre aquellos que informan y nutren el área penal. Un Estado de derecho moderno y democrático debe siempre estar al servicio de la persona humana y velar por su máxima realización material y personal, tal como ordena el aún vigente artículo 1 de la Constitución Política.

Junto con lo anterior, no es tolerable negar *a priori* la sustitución de la pena efectiva de privación de libertad absoluta, con las vías y mecanismos de reinserción y resocialización que la dogmática criminológica reconoce a favor de las personas condenadas. Estimamos que, en ningún caso, una restricción de libertad menos intensiva deje de ser, en esencia, el cumplimiento de un castigo-sanción hacia la libertad del condenado, por infracción a un tipo penal determinado. En otras palabras, un castigo que implique una restricción de libertad, ya sea por un mecanismo más intenso, o ya sea por otro atenuado, es siempre un castigo sobre la libertad del condenado. La diferencia esencial entre tal o cual mecanismo deberá verse siempre sobre la idoneidad y efectividad de este para el cumplimiento de la finalidad del derecho penal del ciudadano: reinsertar y rehabilitar.

#### 4.2. Hacia un principio pro persona

Estimamos oportuna y necesaria la mención de las corrientes vanguardistas de los derechos humanos, que buscan la incorporación de principios de interpretación que motiven la acción tutelar del Estado hacia las personas, más que imponer límites en su actuar. Así las cosas, la doctrina moderna se encuentra desarrollando y madurando un principio multidimensional: el principio pro persona.<sup>24</sup>

Siguiendo a Vásquez, esta nueva concepción implica incorporar en la Constitución un mandato que tenga como finalidad la creación de normas jurídicas que generen acciones positivas en materia penal, que vengán a reemplazar la noción tradicional de castigo por otras medidas alternativas, las que deben tener como finalidad el fomento de los derechos de las personas, y siempre con miras a su resocialización.<sup>25</sup>

Como se ha recogido y señalado, la proposición pareciera carecer de interés y novedad, por cuanto intuitivamente podría reconocerse como elemento de la construcción normativa

---

<sup>24</sup> Véase Ximena Medellín, «Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos», *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019); y Yuri Vásquez, «Principios constitucionales para un derecho penal democrático», en *Nueva constitución: Ideas y propuestas para el cambio constitucional*, ed. por Jaime Gajardo y Yuri Vásquez (Santiago: Rubicón, 2017), 207-235.

<sup>25</sup> Vásquez, *Principios...*, 214.



penal, además de estar presente en la Constitución. Sin embargo, es evidente que aún persiste una posición doctrinal y jurisprudencial que justifica la restricción de libertades y derechos *a priori* de los condenados sin un debido juicio de proporcionalidad, y que se basa en los principios clásicos del derecho penal del siglo XIX.

Si lo que se pretende es aplicar una nueva vertiente de principios que sea congruente con el actual sistema de derechos humanos, las normas y reglas penales deberán también ir de la mano, lo que ya implica una completa reformulación de su construcción. A juicio de Vásquez, se deberá siempre privilegiar la interpretación más beneficiosa para la persona: la que resulte más favorable para sus derechos, sin distinguir —y esto es lo más difícil— entre víctima y victimario.<sup>26</sup>

## 5. CONCLUSIONES

Sorprende observar que cada cierto tiempo el pasado inquisitivo imperial español vuelve a asomarse en un país que ha forjado un Estado de derecho moderno y democrático.

A pesar de que el sistema chileno contempla un amplio catálogo de regímenes alternativos de cumplimiento de penas, distintos a la prisión efectiva, es posible reconocer la evidente reticencia del Ejecutivo y el Legislativo para conceder mayor discrecionalidad, en su aplicación, a los tribunales del Poder Judicial, fundada en la racionalidad técnica, para que sea aplicado.

El caso concreto se resolvió bajo una irrestricta preeminencia de la ley y norma jurídica, sobre los principios y garantías constitucionales del Estado de derecho. Este punto es relevante, por cuanto, *a priori*, la aplicación en abstracto del principio de proporcionalidad —en los términos expresados en este comentario— debió ser suficiente para que se acogiera el requerimiento de inaplicabilidad. Si estamos de acuerdo en que una directriz axiológica de actuar del ordenamiento es la servicialidad del Estado hacia la persona humana, y habiendo el condenado cumplido con los requisitos de la Ley 18.216, en miras hacia una efectiva reinserción, los ministros en la mayoría no debieron haber rechazado la solicitud del condenado.

El desafío que se nos presenta es nunca desatender a la persona humana, quien siempre merece respeto y trato digno. La mera idea de que alguien sea sometido a los fines y aspiraciones efectivistas de la política criminal, con prescindencia de sus derechos, debiese ser suficiente fundamento para una enérgica oposición. ■

---

<sup>26</sup> Vásquez, *Principios...*, 214.

## BIBLIOGRAFÍA

- 
- Cárdenas, Claudia. «El principio de culpabilidad: Estado de la cuestión». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 15, n.º 2 (2008): 67-86. doi: [10.22199/S07189753.2008.0002.00003](https://doi.org/10.22199/S07189753.2008.0002.00003)
  - Díez-Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 2011.
  - Etcheberry, Alfredo. *Derecho penal*. 3.ª edición. Santiago: Jurídica, 1997.
  - Ferrajoli, Luigi. «El principio de lesividad como garantía penal». *Nuevo Foro Penal* 8, n.º 79 (2012): 100-114. doi: [10.17230/nfp.8.79.4](https://doi.org/10.17230/nfp.8.79.4)
  - Fiamma, Gustavo. «Avance constitucional: Retroceso interpretativo». *Gaceta Jurídica* 11 (1977).
  - Fuentes Cubillos, Hernán. «El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena». *Ius et Praxis* 14, n.º 2 (2008): 1-21. doi: [10.4067/S0718-00122008000200002](https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002)
  - Garrido, Mario. *Derecho penal: Parte especial*. 4.ª edición. Santiago: Jurídica, 2010.
  - Mañalich, Juan Pablo. «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas». *Ius et Praxis* 20, n.º 2 (2014): 21-70. doi: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122014000200002>
  - Martínez, José Ignacio y Francisco Zúñiga. «El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Estudios Constitucionales* 9, n.º 1 (2011): 199-226. doi: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007>
  - Matus Acuña, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez González. *Leciones de derecho penal parte especial*. Tomo 1. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
  - Matus Acuña, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez González. *Lecciones de derecho penal chileno: Fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

- Medellín, Ximena. «Principio pro persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos». *Estudios Constitucionales* 17, n.º 1 (2019): 397-440. doi: [10.4067/S0718-52002019000100397](https://doi.org/10.4067/S0718-52002019000100397)
- Peña, Silvia. «Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (1982): 279-314. <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/97>
- Salinero, Sebastián y Ana María Morales. «Las penas alternativas a la cárcel en Chile: Un análisis desde su evolución histórica» *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 52 (2019): 256-257. <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1197>
- Solari, Tito y Ximena Tudela. «Remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 7 (1983). <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/110/101>
- Vásquez, Yuri. «Principios constitucionales para un derecho penal democrático». En *Nueva constitución: Ideas y propuestas para el cambio constitucional*, editado por Jaime Gajardo y Yuri Vásquez, 207-235. Santiago: Rubicón, 2017.

---

## NORMAS JURÍDICAS

- Constitución Política de la República de Chile de 1925.
- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Código Penal, publicado en el *Diario Oficial* el 12 de noviembre de 1874.
- Ley 18.216 de 1983, publicada en el *Diario Oficial* el 14 de mayo de 1983.
- Ley 19.617 de 1999, publicada en el *Diario Oficial* el 12 de julio de 1999.
- Ley 19.927 de 2004, publicada en el *Diario Oficial* el 14 de enero de 2004.
- Ley 20.968 de 2015, publicada en el *Diario Oficial* el 22 de noviembre del 2016.

---

## JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 9433-2020, 12 de abril de 2021.