

## I. Tribunal Constitucional

### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - DERECHO PENAL

#### INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 195, 195 BIS Y 196 TER, DE LA LEY DE TRÁNSITO. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: APLICACIÓN OBJETIVA DE DICHOS ARTÍCULOS ESCAPA A EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD. DISPOSICIÓN QUE SUSPENDE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR UN AÑO Y DISPOSICIÓN QUE ORDENA LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE PENAS SUSTITUTIVAS DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD VULNERAN PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. FALTA DE PROPORCIONALIDAD IMPLICA A LA VEZ UNA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

#### HECHOS

*Se dedujo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 195, 195 bis y 196 ter, todos de la ley N° 18.290. Tribunal acoge el recurso.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acogido)*

ROL: *2983-2016, de 13 de diciembre de 2016*

PARTES: *Aldo Javier Rojas Hernández*

MINISTROS: *Sr. Carlos Carmona Santander, Sra. Marisol Peña Torres, Sr. Iván Aróstica Maldonado, Sr. Domingo Hernández Emparanza, Sra. María Luisa Brahm Barril, Sr. Cristián Letelier Aguilar, Sr. Nelson Pozo Silva y Sr. José Ignacio Vásquez Márquez.*

#### DOCTRINA

- Siendo el principio de culpabilidad uno de los principios fundamentales del Derecho Penal y constituyendo una exigencia absoluta que debe encontrar su base esencial de índole constitucional, el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, al expresar que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, está consolidando el principio de “dignidad humana”, en la medida que, en un sentido amplio, bajo la expresión “principio*

*de culpabilidad” puedan incluirse diferentes límites del ius puniendi, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda “culparse” a quien la sufra del hecho que la motiva. En sentido procesal, sólo es “culpable” quien no es “inocente” y la enervación de la “presunción de inocencia” –una garantía constitucional fundamental proclamada en el artículo 19, N° 3°, incisos octavo y final, de la Constitución– requiere la prueba de la “culpabilidad” del imputado, que en dicho sentido incluye la prueba de todos los elementos del delito. En virtud del Derecho Penal material, el principio de culpabilidad tiene un sentido más restringido, puesto que no se refiere a la necesidad de la lesión típica, pero en su sentido amplio comprende diversas exigencias que condicionan la posibilidad de “culpar” a alguien de dicha lesión (Santiago Mir Puig, Bases Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Iustel, Madrid, España, 2011, págs. 125 y 126). En resumen, el principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en el entendido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto de delito. Que no resulta atingente al caso concreto la invocación de una vulneración al principio de culpabilidad, puesto que lo que se somete a estudio es la forma como los sentenciadores han interpretado el derecho, esto es, se dirige a la aplicación objetiva de los artículos 195 y 195 bis de la ley N° 18.290, materia que obviamente escapa a un examen de constitucionalidad y constituye un conflicto concreto susceptible de calificar como de mera configuración de un tipo penal, que obviamente debe ser resuelto por el juez de fondo, debiendo desecharse en este punto la argumentación esgrimida por el requirente, en la forma deducida en el caso subjudice. (Considerandos 9° y 10)*

- II. *Que, en un Estado democrático, el ius puniendi y las penas privativas de libertad se utilizan como último recurso, después de que esté plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resulta insuficiente para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. Lo anterior limita al legislador en el uso de penas de privación de libertad de manera desmedida. Que, en consecuencia, la disposición que suspende la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad por un año resulta desproporcionada e inequitativa respecto a personas condenadas incluso por delitos de mayor gravedad. También es contraria al principio de proporcionalidad la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas de penas privativas de libertad, pues es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y de protección de la víctima que tiene la pena, en cuanto para esta última finalidad bastan las restricciones a la licencia de conducir. Que si el fin de la pena correctamente comprendido es*

*idéntico al objetivo del tratamiento, entonces son jurídicamente ilegítimos todos aquellos métodos –porque contradicen el fin de la pena– que según el estado actual de los conocimientos impiden o hacen imposible el logro de tal finalidad. Que una ejecución puramente represiva plantea tal impedimento, puede ser claramente afirmado sin mayores complicaciones. (Considerandos 25 a 27)*

III. *Que, bajo el prisma de los principios informadores del sistema de penas en nuestro ordenamiento jurídico, cuatro principios lo conforman: el de legalidad, el de proporcionalidad, el de resocialización y el de humanización. Desde luego el de proporcionalidad, que se vincula con la exigencia de que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyan el fundamento del orden político y social de la nación, nos lleva a sostener que la pena que se imponga deba ser la más idónea para cumplir con los fines de la prevención del delito. La idoneidad no sólo nos obliga a elegir dentro del catálogo de penas aquella que resulte la más adecuada, sino que debe resolver la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos que el penal. Es por eso que el Derecho Penal se rige por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, en virtud de los cuales éste será desplazado a favor de otros medios de control social, reservándose su intervención como “ultima ratio”. Además, la proporcionalidad se rige por el principio de necesidad: una vez convencido el sentenciador de que la pena es la más idónea, debe imponerla con criterio de estricta necesidad para alcanzar los fines preventivos. Y, por último, el principio en comento se manifiesta en un sentido estricto, procurando que las consecuencias jurídicas del delito guarden proporción con la gravedad del ilícito cometido. Opera fundamentalmente en las reglas de determinación de las penas. Los jueces deberán fijar las magnitudes de éstas de acuerdo con el criterio general de la gravedad de los hechos (Borja Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cuarta edición, Edit. Thomson-Civitas, 2005, pp. 38-39). Es decir, los jueces deben llevar adelante un razonamiento práctico basado en principios: los jueces también se ven obligados a realizar una ponderación entre principios, de forma que se deberá priorizar por los sentenciadores una justificación subyacente, fundada en la importancia de aquellos principios que lleven a decantar la solución del caso en conformidad a la razonabilidad. Que, en el caso de autos, resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la ley N° 18.290, por cuanto habiéndose sustituido la pena de privación de libertad al acusado Aldo Javier Rojas Hernández, al tenor de lo dispuesto en la ley N° 18.216, modificada por las leyes N° 20.603 (de 27 de julio de 2012) y N° 20.770 (de 17 de septiembre de 2014), no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva)*

*sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión), lo que implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos. Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad). (Considerandos 31 y 32)*

*Cita online: CI/JUR/8373/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19, N° 3° de Constitución Política de la República; 195, 195 bis y 196 ter de la ley N° 18.290; ley N° 18.216.*

## INCONSTITUCIONALIDAD DE LA “LEY EMILIA”. PROPORCIONALIDAD Y FINES DE LA PENA

MAURICIO REYES LÓPEZ

*Abogado. Becario Conicyt, cursa estudios de doctorado en Derecho en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.*

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), conociendo del proceso rol 2983-16, por voto de mayoría<sup>1</sup>, declaró inaplicable por inconstitucionalidad el art. 196 ter de la ley N° 18.290 (esto es, la Ley de Tránsito, modificada por la ley N° 20.770, conocida en los medios como “Ley Emilia”), que dispone:

*“Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.*

---

<sup>1</sup> Por razones de espacio, en este comentario me referiré exclusivamente al voto de mayoría, no a las prevenciones de los Ministros Aróstica y Letelier, ni al voto de minoría de los Ministros Carmona y Hernández. Mis excusas a todos ellos.

*Con todo, no se aplicará en estas situaciones lo dispuesto en el artículo 38 de dicha ley y en ningún caso la sustitución de la pena privativa de libertad implicará la sustitución o suspensión del cumplimiento de las multas, comiso e inhabilitaciones impuestas”.*

El TC basó su decisión en las siguientes premisas (reconstruidas racionalmente): 1) La Constitución establece implícitamente la resocialización del condenado como único fin admisible de la pena estatal. El interés de resocializar al condenado es además una consideración teleológicamente prioritaria, que limita constitucionalmente la libertad de configuración legislativa de las reglas que regulan la ejecución de la pena<sup>2</sup>; 2) una política criminal basada en la intimidación de los potenciales infractores de normas penales carece de base empírica y es incompatible con el Estado de Derecho, de lo que sigue que la prevención general negativa no es un fin constitucionalmente legítimo<sup>3</sup>; 3) la Constitución obliga al legislador a que las penas que establece guarden estricta proporcionalidad con la lesividad social del hecho que persiguen sancionar, sin perjuicio de que el juez pueda y deba determinar la pena concretamente aplicable en función de la maximización de la antedicha finalidad resocializadora, no pudiendo exceder la plenitud de la culpabilidad concreta del condenado<sup>4</sup>.

En base a las antedichas premisas, el TC fundamentó su resolución en que la disposición controlada establece una pena: 1) contraria al principio de proporcionalidad<sup>5</sup>; 2) incompatible con la finalidad resocializadora de la pena y de la ejecución de la pena<sup>6</sup>; 3) vulneratoria del principio de igualdad ante la ley<sup>7</sup>. Según el tribunal, la suspensión por un año de la pena sustitutiva (p.ej. reclusión nocturna) y la sujeción del condenado durante ese tiempo a la pena privativa de libertad a la que fue condenado es inconstitucional, ya que dicha regla atenta contra las posibilidades del condenado de reintegrarse a la sociedad<sup>8</sup>. Además, el TC considera que, habiendo el sentenciado obtenido una pena sustitutiva, no le es lícito al legislador suspenderla durante un año, para favorecer el cumplimiento efectivo de la pena a la que se lo condenó<sup>9</sup>. De ello deriva, además, una vulneración al principio de igualdad ante la ley<sup>10</sup>.

---

<sup>2</sup> Considerandos XVI, XXI, XXVII, XXX, XXXI.

<sup>3</sup> Considerando XVI, XXVI.

<sup>4</sup> Considerando XVII.

<sup>5</sup> Considerando XXVI.

<sup>6</sup> Considerando XXI, XXXI y XXXII.

<sup>7</sup> Considerando XXXII.

<sup>8</sup> Considerandos XXX, XXXI y XXXII.

<sup>9</sup> Considerandos XXXI y XXXII.

<sup>10</sup> Considerando XXXII.

## I. EVALUACIÓN CRÍTICA

La invocación de la resocialización, limitada por la proporcionalidad entre delito y pena, como fin de la pena exclusivo e indubitado por parte del TC es radicalmente arbitraria: el adjudicador se abstuvo de explicitar sus razones acerca de por qué dicho fin –y no otros– serían los únicos constitucionalmente legítimos, cuestión todavía más grave, por cuanto no disponemos de punto apoyo institucional alguno en el texto constitucional para vincular constitucionalmente al legislador a ese u otros fines de la pena estatal. Más todavía, el TC no sólo pretendió elevar el antedicho fin de la pena a rango constitucional sin fundamento alguno, sino que además rechazó explícitamente la prevención general negativa (de intimidación) como fin de la pena constitucionalmente admisible e ignoró la retribución (salvo como criterio de cuantificación proporcional del castigo) y la prevención general positiva. A este respecto, el tribunal indica en su considerando decimosexto: “(...) *cabe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con los valores básicos de un Estado de Derecho (...)*”. Esta afirmación resulta profundamente inquietante, viniendo de un órgano que ejerce jurisdicción constitucional, ya que constituye una intromisión excesiva de dicho órgano en el ámbito de libertad de configuración de la política criminal a través de la legislación penal, correspondiente a los titulares de la potestad legislativa. Que la función del TC no es la de elaborar legislativamente la política criminal del Estado, sino la de controlar la conformidad de la legislación penal con determinados límites de contenido establecidos en la Constitución, no debiera ser objeto de polémica. De ahí que no cabe otra cosa que afirmar que valorar la eficacia y la fundamentación empírica de una política criminal orientada a la prevención general negativa rebasa largamente la función de control de constitucionalidad que le está encomendada a dicho tribunal, a menos que este último invoque evidencia científica sólida –de hecho, virtualmente incontrovertida– para sustentar su rechazo a dicha política criminal, lo que, huelga decirlo, no tiene lugar en la sentencia actualmente sometida a escrutinio.

En un Estado liberal y democrático de Derecho, el derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos. Fuera del establecimiento de mandatos de punición en ciertos casos específicos y –de manera más discutible– de la prohibición de defecto como fundamento de una prohibición de infraprotección en aquellos casos en los que no se pueda prescindir de la amenaza penal sin dejar desprotegido el bien jurídico, la Constitución reconoce al legislador una amplia libertad para determinar qué bienes jurídicos protege. En lo atinente a las penas, la libertad que el constituyente reconoce a los titulares de la potestad legislativa está restringida por el principio de autonomía, derivado del reconocimiento constitucional de la intangibilidad de la dignidad humana, en el cual encuentra su fundamento la prohibición de castigos crueles, inhumanos o degradantes. Más allá de dichos límites negativos, la Constitución no reconoce explícitamente otras limitaciones

que las derivadas del principio de proporcionalidad, premisa legitimante básica de toda injerencia estatal en la libertad constitucionalmente garantizada de las personas: el test de proporcionalidad determina si la pena constituye una afectación a la libertad que es adecuada, necesaria y proporcional para la protección del bien jurídico protegido por la norma de comportamiento, cuya observancia se busca reforzar mediante la conminación del castigo. Ni una palabra dice la Constitución acerca del modo específico en el que la amenaza penal busca proteger el bien jurídico: constitucionalmente, el legislador tiene libertad para diseñar su estrategia de protección y puede configurar la legislación criminal de modo que esté orientada a: intimidar al infractor potencial, retribuir al infractor actual, reforzar la confianza en la vigencia de las normas penales, resocializar al infractor (en caso de que este último así lo desee) o neutralizar el peligro que representa. Los así denominados fines de la pena son, entonces, efectos que operan como fines intermedios de la realización del fin del derecho penal, el cual es la protección de bienes jurídicos<sup>11</sup>. Orientar la legislación a la consecución de uno o algunos de estos efectos –intimidación, integración, neutralización, resocialización o retribución– es una cuestión de política criminal, que cae íntegramente en el ámbito de competencia de los órganos colegisladores y es, por lo demás, objeto del debate público y de la deliberación parlamentaria. La función del TC, en lo atinente al principio de proporcionalidad, no es la de decidir en lugar del legislador qué efectos de la pena deben realizarse por medio de una determinada disposición, sino determinar si dicha disposición proporciona protección adicional al bien jurídico que a ella subyace y si dicha protección adicional no es desproporcionada a la pena con la que se amenaza su infracción<sup>12</sup>.

En este punto, el TC alemán ha sido especialmente mesurado al considerar que, en ausencia de evidencia criminológica que compruebe con seguridad la falta de idoneidad o necesidad del castigo, únicamente una desproporción absoluta entre la protección adicional al bien jurídico y la pena da pie a una vulneración del principio de proporcionalidad<sup>13</sup>. Nada de eso se puede predicar de la disposición objeto de la sentencia aquí examinada. Castigar penalmente la infracción de la norma de comportamiento establecida en el art. 196 ter de la Ley de Tránsito con un año de privación de libertad, sin que sea posible optar a penas sustitutivas,

---

<sup>11</sup> subsidiaria y fragmentaria, se dice, pero la verdad es que la Constitución no establece mecanismo alguno para controlar de modo operativamente eficaz dichos principios político criminales, tan caros a los penalistas liberales, como desoídos en la práctica por los legisladores democráticos contemporáneos.

<sup>12</sup> BverfGE 90, 145, 185. Citado en: Apel, Ivo: *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin: Duncker und Humboldt, 1998, pág. 175.

<sup>13</sup> BverfGE 50, 125, 140. Citado en: Apel, Ivo: *Op. Cit.* pág. 189.

obviamente no constituye una desproporción extrema. Tampoco disponemos de evidencia de que dicha disposición sea inepta para brindar protección adicional a los bienes jurídicos que protege (la vida humana y la seguridad vial). Si bien no es posible establecerlo fehacientemente *ex ante*, hay al menos indicios racionales de que una penalidad más severa podría desincentivar el consumo del alcohol entre los conductores de vehículos, lo cual podría repercutir en un incremento de la seguridad vial y una disminución de los accidentes de tránsito con resultado de muerte. Con estas afirmaciones no estoy manifestando en ningún caso adhesión personal (política) a la así llamada “Ley Emilia”, sino que me limito a cuestionar que haya razones suficientes para declarar que las disposiciones penales que establece la disposición contenida en el mencionado art. 196 ter merezca reparos de constitucionalidad en razón de su supuesta desproporción.

El TC invoca entre sus razones, asimismo, que la disposición controlada vulneraría la igualdad ante la ley. En su considerando trigésimosegundo, el tribunal indica: “(...) Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad)”. Es difícil hacer sentido de las expresiones del tribunal, debido a la confusión conceptual imperante en dicho considerando. Ante la imposibilidad de reconstruir un argumento claro, me limito a afirmar que en la disposición objeto de la acción de inaplicabilidad no hay nada que involucre una infracción a la igualdad ante la ley.

## II. BALANCE

El voto de mayoría en comentario constituye un ejemplo lamentable de confusión entre el rol del legislador democrático y el de la jurisdicción constitucional. Ciertamente, y como es muy legítimo, podremos estar en desacuerdo *políticamente* con las modificaciones legislativas introducidas por la “Ley Emilia”, entre ellas el precepto declarado inaplicable en el caso en comentario, pero de ninguna manera puede hablarse aquí de una desproporción absoluta que justifique una intromisión jurisdiccional en la legítima prerrogativa de configuración de la legislación que corresponde al legislador democrático. Las consecuencias que se siguen para una enorme cantidad de disposiciones penales de considerar que, en efecto, estamos en presencia de una desproporción de dicha magnitud, son devastadoras. Baste mencionar las penas del robo con fuerza en las cosas, la pena del abigeato o la equiparación de la tentativa con el delito consumado en el robo: bajo el razonamiento del TC, todas serían inconstitucionales, ya que sus elevadas penas atentan frontalmente contra la finalidad resocializadora que le atribuyen a la ejecución de la pena, ya que difícilmente se podrá objetar que la protección adicional a la pro-

piedad que se genera castigando a quien ha cometido un robo en lugar destinado a la habitación haciendo uso de llaves falsas con presidio mayor en su grado mínimo no justifica el profundo efecto desocializador que tiene para un ser humano normal pasar entre cinco y diez años en una cárcel chilena. Muchas de las disposiciones del Código Penal merecen reproche, entre otras razones, por su excesiva severidad, ineficacia o por la poca armonía que se observa entre las penas asignadas a los distintos delitos. No toda mala ley es, sin embargo, inconstitucional, ni es tarea de un tribunal constitucional deshacerse de las malas leyes.

Por lo demás, en una sociedad democrática y abierta, los fines de la pena estatal caen de lleno en el ámbito de cuestiones sobre las cuales individuos razonables pueden legítimamente discrepar, de modo que dirimir dicha discusión con pretensiones de conclusividad y en sede de control de constitucionalidad de una ley constituye un ejercicio desmesurado e indebido de la jurisdicción constitucional. La finalidad de resocialización, que el TC asigna no sólo a la ejecución de la pena, sino además a la pena misma, ha sido objeto de intenso debate tanto en la ciencia jurídico-penal como en el debate político-criminal. Las diversas objeciones que se han planteado tanto en el ámbito académico como en el debate público a la resocialización como fin de la pena en ningún momento fueron consideradas en la sentencia analizada, la cual se limita a invocar dicha finalidad como si se tratara de una premisa dotada de autoridad normativa indiscutible. A este respecto, me permito un excursus para reflexionar acerca del lugar que la resocialización ocupa en la Constitución.

Que es posible derivar del principio del respeto por la dignidad humana un mandato de optimización dirigido al legislador consistente en proporcionar a los condenados los medios destinados a maximizar sus posibilidades de resocialización, es enteramente plausible. Pero no se trata aquí de *legitimar* la pena estatal invocando la finalidad resocializadora, que es lo que hace el TC, sino de establecer un mandato constitucional de configuración legislativa de la ejecución de la pena en beneficio del condenado, que de cualquier modo no excluye la realización de otras finalidades político criminales, sean estas retributivas, integrativas o intimidatorias, ni tampoco significa que la resocialización sea un imperativo estatal que deba llevarse a cabo al margen de la voluntad subjetiva de los condenados. La pena sin resocialización es política y constitucionalmente legítima, pero la ejecución de la pena debiera proporcionar medios al condenado para reintegrarse a la sociedad, si éste así lo decide. El respeto que el Estado debe guardar por la libertad de conciencia y la autonomía moral del individuo no se limita al ciudadano leal al Derecho, sino que considera a todas las personas sin restricciones, incluyendo a los condenados, de modo que el Estado no puede imponerles coercitivamente un tratamiento resocializador. Si el condenado no quiere hacer uso de las posibilidades que el sistema le ofrece para reintegrarse a la sociedad, el Estado debe respetar sus razones, pero ello no significa que deba prescindir de la pena. Es por ello que no se puede deri-

var en ningún caso de un mandato constitucional, basado en intangibilidad de la dignidad humana, de que la ejecución de la pena esté orientada a la reintegración social de condenados, que la Constitución establezca que la resocialización es el fin de la pena, ni mucho menos que excluya otros fines. De dicho mandato tampoco se sigue que el legislador deba otorgar una prioridad abstracta a la resocialización por sobre otros fines de la política social (incluyendo, desde luego, la protección de bienes jurídicos por medio de normas de comportamiento penalmente reforzadas), de modo que, en el contexto de un Estado que dispone de recursos limitados, el legislador tiene amplia libertad para definir sus prioridades.

*En suma:* un tribunal constitucional debe realizar su rol institucional de controlar la constitucionalidad de las leyes de forma mesurada y deferente frente al legislador, cuya voluntad política debe respetar en todo aquello que no sea incompatible con la Constitución. Es el legislador, no el Tribunal Constitucional, el depositario de las expectativas políticas de la comunidad democráticamente constituida. La realización de valoraciones específicamente político-criminales basadas en principios seleccionados arbitrariamente y que carecen de sustento positivo en el texto constitucional, excede por mucho los límites razonables de injerencia del TC en el contenido material de la legislación sometida a su control.

## EL IMPERATIVO DE COOPERAR A LA INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO ARTÍCULO 195 BIS DE LA LEY DEL TRÁNSITO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de octubre de 2016

CÉSAR RAMOS PÉREZ  
*Universidad Adolfo Ibáñez*  
*Universidad de Chile*

### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de análisis<sup>1</sup> rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la defensa del acusado en causa penal seguida ante el Juzgado de Garantía de Castro, como autor de los delitos establecidos en los artículos 195 bis inciso primero y 196 inciso primero de la ley N° 18.290 (LT), introducido por la ley N° 20.770, también conocida como “Ley Emilia”.

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de octubre de 2016, causa rol N° 2936-15.

En síntesis, el requerimiento denuncia la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 195 bis inciso primero LT, que establece el delito de negativa injustificada a someterse a pruebas respiratorias o exámenes científicos para establecer la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes o piscotrópicas en el cuerpo, conforme a lo dispuesto en el artículo 182 LT. El requerimiento sostiene que conforme a las exigencias del debido proceso, el imputado no debe demostrar su inocencia, sino que es el órgano persecutor quien debe probar la culpabilidad; sin embargo, la aplicación de la figura cuestionada compele al imputado, bajo amenaza de pena, a una colaboración con la persecución penal, obligándolo así a configurar prueba en su contra. En conclusión, afirma el requerimiento, la ley establece un constreñimiento a aportar pruebas para autoincriminarse, infringiendo así lo dispuesto en los artículos 1° (dignidad humana) y 19 N° 3 incisos sexto (debido proceso) y séptimo (prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, derecho a la presunción de inocencia y derecho a la no autoincriminación), todos de la Constitución (CPR).

El Ministerio Público, por su parte, solicitó el rechazo del requerimiento, argumentando que la LT, tanto antes como después de la modificación, ha establecido “obligaciones y cargas” para los conductores, citando como ejemplo los artículos 182 y 183 LT. Agrega el Ministerio Público que tanto la obligación de someterse a las pruebas, como la sanción de la negativa, siempre han existido, antes, configurando una presunción probatoria y, ahora, una consecuencia penal. Asimismo, el Ministerio Público señala que lo dispuesto en el artículo 195 bis no es equiparable a una autoincriminación, sino que únicamente importa una colaboración con una pericia técnica, de incierto resultado, situación que la ley procesal contempla también en el artículo 197 del Código Procesal Penal (CPP). Finalmente, sostiene la institución que el requirente yerra al omitir una impugnación conjunta de las normas legales que permiten a Carabineros obligar a una persona a las pruebas, como también en la identificación de la garantía invocada, toda vez que para el Ministerio Público, ella correspondería a la garantía establecida en el artículo 19 N° 7 letra g) CPR.

Los argumentos expuestos en la sentencia del Tribunal Constitucional admiten una distinción significativa en relación al nivel de análisis en el que se desarrollan. En términos sustantivos, la sentencia adscribe al tipo cuestionado una naturaleza de delito de peligro concreto, y al imperativo subyacente a aquél, una vinculación con el cumplimiento de deberes correlativos al ejercicio de una actividad riesgosa<sup>2</sup>. En definitiva, desde esta perspectiva, la sentencia justifica la disposición legal cuestionada, afirmando su relación con el ejercicio de potestades policiales orientadas a la protección de bienes jurídicos en el contexto del desarrollo de una actividad permitida, pero riesgosa, con independencia del acaecimiento o no de un delito o cuasidelito.

---

<sup>2</sup> Considerando 15°.

Luego, en un segundo nivel de análisis, la sentencia descarta la inconstitucionalidad denunciada por el requerimiento, diferenciando según la norma utilizada como estándar constitucional de referencia. Así, en relación al debido proceso, la sentencia rechaza el requerimiento, estimando que la norma penal cuestionada es de aplicación general, tratándose en consecuencia de una definición perteneciente exclusivamente al ámbito de la legalidad<sup>3</sup>.

A su vez, en relación a la presunción de inocencia y la prohibición de autoincriminación, la sentencia señala que la disposición legal cuestionada no prescinde ni excluye la aplicación de las reglas generales en materia probatoria, cuyas garantías estima el Tribunal son suficientes para resguardar los derechos constitucionales invocados<sup>4</sup>. Desde otro punto de vista, afirma que el deber de someterse a la realización del examen no es asimilable a la declaración bajo juramento sobre un hecho propio<sup>5</sup>. En ese sentido, la sentencia distingue entre una “confesión de participación” y la exigencia de “practicar el examen de alcoholemia”, señalando que sólo la primera es constitucionalmente cuestionable desde la perspectiva del principio de inocencia<sup>6</sup>.

Finalmente, la sentencia sostiene que la disposición no importa una presunción de culpabilidad –en relación a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal– sino sólo una sanción a la omisión del comportamiento requerido en el tipo penal, en circunstancias que será el Ministerio Público quien deberá probar dicha conducta omisiva<sup>7</sup>.

La decisión del Tribunal Constitucional es un buen ejemplo del debate sobre el alcance del principio de autoincriminación y su jerarquía constitucional, en el contexto regulativo chileno. En tanto el Tribunal asume una posición respecto de dicha controversia, la atribución de una determinada naturaleza y sentido a la disposición cuestionada surge como un argumento accesorio. Desde esa perspectiva, el argumento del Tribunal Constitucional es simple: la prohibición de autoincriminación, reducida al derecho a no declarar bajo juramento sobre hecho propio, no es pertinente si se trata de resolver la constitucionalidad de la obliga-

---

<sup>3</sup> “No aparece como pudiera afectarse dicha garantía, teniendo en consideración que son normas de aplicabilidad directa para todos, y su desarrollo legislativo se efectúa de manera singularizada como sistema para los distintos procedimientos, ni tampoco se despliegan razonamientos que puedan calificarse como derechos constitucionales, simplemente, por tratarse en la norma, de una configuración legal de los bienes jurídicos protegidos por el legislador en el ámbito de la legalidad propiamente tal” (considerando 4°).

<sup>4</sup> Considerando 14°.

<sup>5</sup> Considerando 11°.

<sup>6</sup> Considerando 8°.

<sup>7</sup> Considerando 10°.

ción de someterse al examen corporal. Pues al momento de investigar y juzgar penalmente una imputación por tal omisión, deben regir las reglas generales en materia probatoria, resguardando así las restantes exigencias constitucionales cuya infracción se denuncia.

Sin embargo, pese al carácter secundario de la definición sustantiva adoptada por el tribunal, es imprescindible develar la naturaleza de la disposición cuestionada, a efectos de asumir una toma de postura respecto de la decisión del Tribunal Constitucional.

## II. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y NORMAS DE SANCIÓN EN LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY N° 20.770<sup>8</sup>

El agumento desarrollado por el Ministerio Público pretendió privar de relevancia al cambio legislativo, bajo la idea de la existencia de “cargas y obligaciones” desde antes de la ley N° 20.770, afirmando, en consecuencia, un mero cambio en la naturaleza de la “sanción” asociada al comportamiento.

Esa afirmación no es compatible con la regulación anterior, ni con el cambio legislativo introducido por la Ley Emilia. Rechazar esta idea, sin embargo, exige una descripción más detallada de su efecto en el sistema reconstruido en relación a las normas contenidas en la LT.

Es cierto que, en general, la ley N° 20.770 no ha creado nuevas normas de comportamiento en el contexto regulativo de la LT. La reforma contiene una modificación parcial de la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad en los casos de accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte (art. 176 LT), en términos que su cumplimiento no sólo se vincula a prestar una ayuda necesaria, sino también una ayuda posible. Por ello, el mayor efecto de esta modificación legal opera en el contexto de análisis de las normas de sanción (arts. 195 y 196 LT) correlativas al incumplimiento de normas de comportamiento expresamente formuladas en los arts. 110, 168 y 176 LT.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación a la realización de exámenes corporales, el legislador sí ha innovado y ha creado un nuevo imperativo en el nuevo artículo 195 bis LT, consistente en la obligación de someterse a las pruebas y exámenes previstos en los arts. 182 y 183 LT. Y en relación a ellos, el legislador introdujo también la prohibición de realizar maniobras que alteren sus resultados o de dilatar su práctica con ese mismo efecto.

---

<sup>8</sup> Al respecto, *vid.* en general, RAMOS PÉREZ, César y MARDONES VARGAS, Fernando, Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.770 (“Ley Emilia”) a la Ley del Tránsito y al decreto ley N° 321, Minuta N° 15, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional (Santiago, 2014), pp. 6 y ss. Disponible en línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/9247-2.pdf>.

Ello no significa que la regulación previa a la ley N° 20.770, omitiese referencia a la realización de tales exámenes; por el contrario, como es bien sabido, los arts. 182 y 183 LT regulan la realización de pruebas y exámenes para detectar o acreditar la presencia de alcohol en el organismo o el hecho de encontrarse la persona bajo la influencia del alcohol o de estupefacientes o psicotrópicos o en estado de ebriedad. Sin embargo, estas disposiciones regulan facultades o deberes, según sea el caso, de los funcionarios de Carabineros de Chile, es decir, son reglas que permiten u obligan a tales funcionarios públicos a la realización de las conductas que en ellas se indican. En ningún caso prescriben conductas a los individuos respecto de los cuales se realizan tales diligencias.

Lo anterior se observa en la regulación del inciso final del art. 183 LT, derogado por la ley N° 20.770. En esa disposición se establecía que la negativa injustificada a someterse a las pruebas o exámenes sería apreciado por el juez como un antecedente calificado al que se podría dar valor suficiente para establecer el estado de ebriedad o influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas del imputado. La ley, en consecuencia, establecía una posible inferencia probatoria, pues un hecho cierto –la negativa al examen (y también la huida del lugar de ejecución del hecho)– podía tener valor suficiente para acreditar otro hecho de relevancia típica, esto es, el estado de ebriedad o la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Pero esa regulación no establecía consecuencias sancionatorias asociadas a la negativa, porque simplemente no había obligación de realizar dicho comportamiento. Lo único que existía en la regulación anterior era una valoración *a priori* del legislador, como antecedente con valor suficiente para presumir el estado ebriedad o la influencia del alcohol o las sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Por ello, es la ley N° 20.770 la que introduce en el nuevo art. 195 bis inciso primero LT la obligación dirigida al conductor de someterse a la realización de pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o sicotrópicas previstos en el art. 182 LT. A su vez, el inciso segundo de este nuevo artículo 195 bis establece el imperativo dirigido al conductor que hubiere intervenido en un accidente que produzca lesiones graves gravísimas o muerte, de someterse a la realización de las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el art. 183 LT, conjuntamente con la prohibición de realizar cualquier maniobra que altere sus resultados o la dilación de su práctica con el mismo efecto.

Esta diferencia es relevante para el objeto de este análisis jurisprudencial, porque manifiesta el problema de la obligación de someterse a exámenes corporales, en el contexto de la LT. En este caso, estamos frente a un deber de conducta que el legislador jamás había prescrito con anterioridad a la ley N° 20.770. Y desde esta perspectiva, se abre la pregunta de si esta novedad regulativa es compatible con los presupuestos que legitiman la intervención de la potestad punitiva estatal,

en tanto esta obligación impone al individuo el deber de contribuir activamente a su propia condena.

En consecuencia, frente a una novedad regulativa es imprescindible determinar su fundamento. Al respecto, existen dos razones mutuamente dependientes. La primera dice relación con el vínculo que se pretende establecer entre la huida del lugar del accidente y el sometimiento al examen en cuestión. Así, el profesor Jean Pierre Matus, en la segunda sesión de la Comisión de Constitución del Senado, señaló lo siguiente: “[...] *quien maneja un vehículo en estado de ebriedad y causa un accidente que provoca la muerte de una persona, se ve enfrentado a un dilema básico que es huir y no sufrir la pena, o quedarse y exponerse a un castigo cierto. Señaló que ello ocurre porque quien huye lo hace para no ser sometido en forma inmediata al examen de alcoholemia que acreditaría el estado de ebriedad, que es el elemento basal para la configuración del delito*”<sup>9</sup>.

La segunda razón es una supuesta inoperatividad de la presunción establecida en el derogado inciso final del art. 183 LT. De este modo, se argumenta que la no aplicación de la presunción genera un incentivo perverso a huir del lugar para evitar realizarse los exámenes y con ello burlar la aplicación de la ley<sup>10</sup>.

En consecuencia, no parece verosímil, ni tampoco correcto, sostener una pretendida independencia del fundamento de incriminación de la negativa a someterse al examen de alcoholemia, en relación a la realización de la conducta típica del artículo 196 LT. Por el contrario, es manifiesto que la justificación de este nuevo imperativo en la Ley del Tránsito, tuvo como objetivo reforzar sancionatoriamente las consecuencias de un comportamiento contrario a los objetivos perseguidos en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, de modo de establecer un eficaz contrapeso disuasorio a una natural tendencia a la no realización del examen cuyo objetivo es la comprobación de un elemento típico del delito establecido en el artículo 196 LT. Y desde esa perspectiva, sin duda el artículo 195 bis prescribe la realización de un comportamiento activo colaborativo con la persecución penal, al constreñir, bajo amenaza de pena, a la realización del examen del artículo 182 (y 183) LT.

### III. PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional adscribe inequívocamente a la opinión tradicional que circunscribe el ámbito de protección de la prohibición de

<sup>9</sup> Historia de la ley N° 20.770, p. 83.

<sup>10</sup> Vid. al respecto la exposición del Senador Harboe, en Sala: “*la legítima preocupación que ha planteado el Senador Orpis por la presunción legal, que en la práctica no se aplicaba, la hemos recogido en un tipo penal especial, con lo cual va a haber aplicación práctica, que, por lo demás, ha sido uno de los planteamientos que se ha hecho para aplicar de manera efectiva una sanción a quien se niega a hacer los exámenes*” (Historia de la ley N° 20.770, p. 180).

autoincriminación, al derecho a guardar silencio, o utilizando la nomenclatura constitucional, a la prohibición de obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio<sup>11</sup>.

Sin embargo, frente a esa opinión, existe una fundada tesis divergente, que ha expuesto el ineludible vínculo existente entre la cláusula general del debido proceso, el principio de inocencia y la prohibición de autoincriminación, sin que ésta sea restringida a una protección constitucional frente a declaraciones obtenidas coercitivamente<sup>12</sup>.

Así, desde esta perspectiva, a la que se adhiere, no es extraño concluir que la decisión del Tribunal Constitucional no identifica correctamente el problema planteado por el requerimiento de inaplicabilidad. Pues no se trata de una infracción constitucional derivada de afectaciones procesales en la investigación y juzgamiento del delito establecido en el artículo 195 bis LT, sino que lo relevante es la función coercitiva del establecimiento de una sanción penal para el caso de omitir un comportamiento activo del imputado por el delito establecido en el artículo 196 LT, orientado a cooperar a la determinación de esa responsabilidad penal de quien presta dicha colaboración.

Tal constreñimiento estatal es criticable desde una perspectiva constitucional. Pues conforme al principio de inocencia, en su dimensión de regla de prueba y elemento cardinal dentro de las garantías comprendidas en una investigación y juzgamiento racionales y justos, los antecedentes de cargo deben ser aportados por el órgano persecutor. Es una carga del Estado demostrar la culpabilidad del autor y, en consecuencia, el deber de cooperar con la investigación mediante el sometimiento a un examen corporal, constituye un constreñimiento ilegítimo al imputado a contribuir a su propia condena.

Constatado ello, el verdadero problema consiste en resolver la posibilidad de legitimar esta afectación *prima facie* de los intereses constitucionales del imputado. Si las diversas garantías que contempla la regulación procesal penal en el artículo 197 CPP, en tanto norma de aplicación general para la realización de exámenes corporales, brinda suficiente protección, *v. gr.* vía autorización judicial como presupuesto necesario para la comprensión de una negativa como injustificada, es una cuestión pendiente de desarrollo, pues, una intuitiva respuesta favorable, exige un contexto de análisis y justificación más amplio que el presente comentario jurisprudencial.

---

<sup>11</sup> Artículo 19 N° 7 letra G CPR.

<sup>12</sup> Al respecto, VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informe en Derecho, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional (Santiago, 2015), *passim*. Disponible en línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/9726-2.pdf>.