

---

**UNIVERSIDAD FINIS TERRAE**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**“PROPORCIONALIDAD DE LAS  
SANCIONES PENALES CON RELACIÓN AL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO  
A LA LEY N° 20.770”**

---

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADAS EN CIENCIAS  
JURÍDICAS

PRESENTADA POR LAS ALUMNAS

**Camila Álvarez Escobar**

**Daniela Álvarez Ferrer**

**Sofía Secco Arriagada**

Bajo la dirección del profesor

**Enrique Navarro Beltrán**

Santiago, 2020



## **AGRADECIMIENTOS:**

*“Agradecemos al profesor Enrique Navarro Beltrán que con profesionalismo y con su sello de perfección en la investigación, asesoró y guió nuestra memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas, formándonos como profesionales integrales para tener todas las competencias necesarias para el día de mañana”.*

*“El siguiente trabajo marca para mí el cierre de un ciclo, de mi experiencia universitaria y de todas aquellas aventuras que durante estos años experimente. Al mismo tiempo, abre paso al inicio de un nuevo camino que espero con ansias y nerviosismo. Es por ello que agradezco a mis padres Gabriela y Ramón, por permitirme volar y emigrar lejos, por nunca perder la fe en mí y por nunca permitir que bajase los brazos. Soy y seré su esfuerzo, compromiso, preocupación, sus lágrimas y su cariño; a mis hermanos Maximiliano y Diego por creer en mí; a mi Tía Luz, por brindar todos sus abrazos, cariño y preocupación semana tras semana durante este largo proceso. Finalmente, agradezco a todas aquellas personas que formaron parte de mi vida universitaria, las que se quedaron, aquellas que se marcharon y aquellas que ya no están, porque todos ustedes me han hecho llegar hasta aquí.”*

**-Camila Gabriela Alvarez Escobar.**

*“En primer lugar me gustaría agradecer a mis padres, quienes fueron los que me incentivaron a tomar este desafío universitario y profesional y forjaron en mí el anhelo de encontrar la justicia que venía buscando desde niña, enseñándome a descubrir que tengo las habilidades necesarias para transformarme en una gran abogada. A mi madre Patricia Ferrer, que me demuestra día a día que sin esfuerzo, disciplina y perseverancia no se alcanzan las metas y quedan sólo en sueños; a mi padre Pablo Álvarez que me alienta a desafiarme a mí misma y a sacar provecho de mis debilidades; a mi abuela Alejandrina Hurtado que he tenido la dicha de tener a mi lado en todos estos años y que espero que me acompañe hasta el día en que por fin culmine esta etapa; a mis hermanos Francisca y Diego que han creído y confiado en mí y me impulsan a seguir perfeccionandome; y finalmente a mi familia y amigos que han estado permanentemente con disposición para darme una palabra de apoyo o simplemente un abrazo cuando lo he necesitado”.*

**-Daniela Natalia Álvarez Ferrer.**

*“Quisiera agradecer a mis compañeras Camila y Daniela, ya que han sido con quienes nos hemos acompañado durante todo este proceso, son las personas con las que me*



*llevo los más lindos recuerdos y gratas experiencias durante la carrera, amigas de vida que me dejó la universidad. Además de agradecer a mi familia, quienes nunca perdieron la fé en mí ni en mis capacidades para lograr salir adelante y poder llegar hasta este punto, los cuales siempre estuvieron atentos a mis avances y derrotas, entregándome una palabra de aliento para no desanimarme y seguir adelante, en especial a mi padre Andrés Secco quien siempre intentó mantenerme motivada y con ansias de saber más; mi madre Elena Arriegada que siempre veló por mi salud mental y a mis hermanos Claudia y Andrés, que me impulsaron a vivir la época universitaria lo más amena posible. Finalmente agradecer a todas y todos quienes formaron parte de una u otra forma de este proceso.”*

**-Sofía María Secco Arriagada.**

### **DEDICADA A:**

*Quien desee sumergirse en los conocimientos del Derecho y quiera formar una postura crítica con respecto a lo que realmente significa la justicia que es buscar lo justo en atención a lo proporcional.*



## ÍNDICE:

- **Introducción**
- **Capítulo I Principio de Proporcionalidad y aspectos generales.**
  - 1.- **Principio de proporcionalidad**
    - 1.1 Principio de proporcionalidad con relación al Art. 19 nº2 de la CPR.
    - 1.2 Principio de proporcionalidad con relación al Art. 19 nº3 de la CPR.
    - 1.3 Reglas de la proporcionalidad
      - 1.3.1 Regla de la idoneidad
      - 1.3.2 Regla de la necesidad
      - 1.3.3 Regla de la ponderación
    - 1.4 El principio de la proporcionalidad en sede penal y la dignidad humana
  - 1.5 Doctrina y Jurisprudencia.
- 2.- **Aspectos Generales.**
  - 2.1 Ley 20.770.
  - 2.2 Responsabilidad Penal.
  - 2.3 Responsabilidad Civil.
- **Capítulo II Historia de la ley.**
  - 1.- **Caso Emilia.**
    - 1.1 Acontecimientos.
    - 1.2 Impacto Social.
  - 2.- **Proceso formativo de la Ley.**
    - 2.1 Iniciativa.
    - 2.2 Discusión.
    - 2.3 Publicación y Entrada en vigencia.
    - 2.4 Decreto Ley 321 de 1925 del Ministerio de Justicia y su relación con la Ley 20.770
- **Capítulo III Jurisprudencia.**
  - 1.- **La enigmática sentencia 2983-16 del TC**
    - 1.1 Objetivo de la STC 2983-16.
    - 1.3 Principio de Proporcionalidad como estándar de control.
    - 1.4 Errores de aplicación del Principio de Proporcionalidad en la STC 2983-16.
  - 2.- **Jurisprudencia del TC.**
    - 2.1 STC ROL 3299-16



2.2 STC ROL 4781-18

2.3 STC ROL 3270-16

### 3.- **Jurisprudencia de Corte Suprema**

3.1 SCS ROL 6095-2017

- **Conclusión y Postura crítica**
- **Bibliografía**

### **CONCEPTOS BÁSICOS:**

- Ley de Tránsito (LT), Ley 18.290.
- Ley Emilia, Ley 20.770.
- Ley de Penas Sustitutivas, Ley 18.216.
- Proporcionalidad.
- Conducción en estado de ebriedad o bajo alguna sustancia psicotrópica.
- Consumo de alcohol.
- Alcholemia.
- Tribunal Constitucional (TC).
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC).



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo, se centra en determinar la proporcionalidad existente en las sanciones penales impuestas por la Ley 20.770, norma denominada socialmente como Ley Emilia y que desde su entrada en vigencia el 17 de septiembre del 2014, viene a modificar diversos artículos de la Ley 18.290, más conocida como Ley de Tránsito.

Lo anterior, porque la legislación vigente viene a agravar las sanciones por la conducción bajo los efectos del alcohol u otra sustancia psicotrópica o estupefaciente, siendo esta modificación considerada por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia una modificación un tanto desproporcional en consideración a la comisión del delito. Esto porque desde los artículos 195 y ss. de la Ley de Tránsito, se señala que aquel sujeto que conduce en estado de ebriedad ocasiona una acción que da como resultado lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte deberá cumplir con un año efectivo de reclusión en un centro penitenciario donde se le privará de libertad, impidiéndole al autor optar a una de las penas sustitutivas previstas en el artículo 1 inciso 2 de la Ley 18.216. Esto a juicio de algunos (que son en la actualidad la mayoría) es completamente desproporcional si se compara el resto de los delitos previstos por el legislador. Muchos de los cuales, aún cuando ocasionan resultados tan o más gravosos que los señalados por la Ley 20.770, le permiten al imputado optar a uno de los beneficios contenidos en la Ley 18.216.

Así, se ha señalado en más de una oportunidad que la sanción gravosa regulada en la Ley 20.770 es el resultado de la presión social generada por el impacto que la muerte de la menor Emilia Figueroa ocasionó. Siendo entonces una sanción injusta para el autor puesto que solo buscaba la tranquilidad de la sociedad más que una correcta aplicación de la ley.

En este sentido resulta indispensable señalar lo que es considerado agravante en el hecho punible en la actual Ley de Tránsito<sup>1</sup>, consecuencias que se consideran agravantes del hecho punibles son según lo señalado en el artículo 195 de la Ley 18.290, las siguientes,

- 1.- Huir del lugar del accidente,

<sup>1</sup> legislación que, tal como se señaló anteriormente, se vio modificada por la Ley Emilia el año 2014.

- 2.- Negarse a un alcotest,
- 3.- Ocasionar un accidente automovilístico bajo los efectos del alcohol, o encontrarse en estado de ebriedad,
- 4.- Provocar lesiones graves, gravísimas, o la muerte de una persona.

Ahora bien, otro punto a debatir son las multas aplicables, las cuales varían en atención a la gravedad de la falta, pero en todos los casos, esta no puede ser menor de 3 y mayor de 20 unidades tributarias mensuales (UTM)<sup>2</sup>, la aplicación de la misma será en atención al ilícito cometido y a la gravedad del mismo.

Por otro lado, encontrándose también regulado por la Ley Emilia, se encuentra una sanción que supone a su vez una prohibición para el autor del ilícito, consistente en la suspensión de la licencia de conducir por periodos de tiempo determinados por el propio legislador que van desde un par de días hasta la suspensión de por vida de la misma<sup>3</sup>. Esta norma se considera prohibitiva<sup>4</sup> puesto que su incumplimiento supone una sanción prevista en la propia Ley de Tránsito.

Finalmente, se sanciona además con penas de presidio que van desde presidio menor en su grado medio, sea esto de 541 a 3 años hasta presidio menor en su grado máximo, osea de 3 a 5 años<sup>5</sup>.

Son justamente todas estas aristas las que serán desarrolladas a lo largo de este trabajo y que nos permitirán determinar la efectividad de la proporcionalidad de la Ley 20.770.

Respecto a las áreas del Derecho que serán desarrolladas en este trabajo por tener un vínculo con esta exposición, encontramos: En primer lugar el Derecho Constitucional, esto porque la Ley Emilia aborda temas que tienen estrecha relación con preceptos regulados en la Carta Fundamental, no sólo desde la perspectiva de la víctima sino también del autor, tales como Derecho a la vida, Derecho a la igualdad, Derecho a la integridad física y psíquica, Principio de no autoincriminación, entre otros. Son justamente estos fundamentos los que han sido objetos de requerimientos por considerar que la aplicación de la Ley Emilia produce efectos inconstitucionales para cada caso en específico, siendo generalmente acogidos por el Tribunal Constitucional y declarando la Resolución

<sup>2</sup> ley 20.770, Artículo 1 incisos 3 y ss. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de septiembre de 2020.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Norma Prohibitiva: Aquella que impide o niega la posibilidad de hacer algo en forma absoluta, es decir bajo ningún aspecto. El ejemplo clásico se encuentra regulado en el Artículo 402 inciso 1 del Código Civil.

<sup>5</sup> ley 20.770, Artículo 1, punto 5. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de septiembre de 2020.

Judicial inaplicable por ser esta inconstitucional. Esto porque a juicio de esta Corte, la norma vulnera los principios y garantías previstas en la máxima norma legal.

En segundo lugar, se revisará el Derecho Penal, lo que se entiende y lo que se desprende de los nuevos delitos incorporados por la Ley 20.770. Esto con el objetivo de determinar si, las sanciones aplicadas a los delitos previstos en los artículos 195 y ss. de la Ley Emilia, resultan proporcionales a la sanción señalada en la misma norma, pero en el artículo 196.

Finalmente, en tercer y último lugar, solo de forma referencial, se aborda el Derecho Civil, toda vez que se hace referencia a la eventual indemnización de perjuicios a los daños a terceros. Exponiéndose los problemas de indemnización que se generan por aplicar un valor “justo” de índole monetario a la vida de la víctima.

## **DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

El problema recae en general en toda la Ley Emilia, puesto que esta es una ley modificatoria que viene a renovar la Ley 18.290. En este contexto, el problema recae entonces en los artículos 195 y ss. de la Ley de Tránsito. Principalmente en el artículo 195 bis, el cual cobra mayor relevancia si se refuerza por lo regulado en los artículos 195 y 196 bis de la misma norma, y en el artículo 196. La discusión se centra en primer lugar en el inciso tercero parte final del artículo 195 bis, respecto a si este es proporcional. Lo anterior gira en torno a que la sanción impuesta no parece equitativa si se compara con otros tipos penales que ocasionan la misma consecuencia. Así, por ejemplo, si nos centramos en el delito de homicidio simple, el cual tiene como consecuencia la muerte de la persona, se podría eventualmente optar a una atenuante si es que la razón que provocó el delito fue la de actuar en pro de la legítima defensa. O bien, no obrando en legítima defensa, si el autor colabora con la justicia, no tiene antecedentes, puede eventualmente optar a un beneficio. Esto difiere de lo señalado explícitamente en el artículo 195 bis de la Ley 20.770, ya que esta norma señala que aquel que ocasiona la muerte de otra persona bajo determinadas circunstancias deberá cumplir con una sanción equivalente a la pena de prisión preventiva de libertad de a lo menos un año mientras se analizan los atenuantes de la persona; artículo que se complementa como ya se señaló con el 195 y el 196 ter del mismo cuerpo legal.



*"Artículo 195 bis. - La negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, será sancionada con multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes<sup>6</sup>."*

En el segundo caso, respecto al artículo 196, se regula el caso de accidentes automovilísticos que produzcan las lesiones comprendidas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o bien, la muerte de alguna persona. Este punto también ha sido objeto de críticas toda vez que el Código Procesal Penal regula las diligencias de exámenes corporales, y donde se señala que la negativa injustificada supone elevar una solicitud al Juez competente que, en tenor a la relevancia del examen obligará o no al sujeto. En cambio, la Ley Emilia señala que la negativa injustificada del conductor, que hubiese intervenido en ellos, a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el artículo 183 de esta ley, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados, o la dilación de su práctica con ese mismo efecto, serán castigadas con la pena de presidio menor en su grado máximo, una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito. Todo esto sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley. Esto parece completamente injusto para el autor del ilícito quien, deberá someterse a grandes sanciones por el sólo hecho de negarse a un alcohótest.

*"Artículo 196 incisos tercero y cuarto. - Si se causare alguna de las lesiones indicadas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo, en el primer caso, y de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, en el segundo. En ambos casos, se aplicarán también las penas de multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales, de inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del*

<sup>6</sup> ley 20.770. Artículo 195 bis. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de septiembre de 2014.



*vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal.*

*Al autor del delito previsto en el inciso precedente se le impondrá el máximo o el grado máximo de la pena corporal allí señalada, según el caso, juntamente con las penas de multa, inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados y comiso que se indican, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.- Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en este artículo, salvo que a la fecha de comisión del delito hubieren transcurrido los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal respecto del hecho que motiva la condena anterior.*

*2.- Si el delito hubiese sido cometido por un conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes y hubiere actuado en el ejercicio de sus funciones.*

*3.- Si el responsable condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada, o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados.<sup>7</sup>"*

## APORTE LA MEMORIA DE GRADO AL DESARROLLO DEL DERECHO.

El siguiente trabajo supone un gran aporte para el Derecho actual, puesto que se busca encontrar la proporcionalidad que debe existir en las sanciones que se imponen, analizando para esto la jurisprudencia que existe con relación al tema y comparando el delito controvertido con otros delitos.

Se busca dirimir si existe o no igualdad en la aplicación de atenuantes en aquellos delitos con igual consecuencia, ya que la Ley 20.770 es tajante al especificar que, frente al delito previsto, la persona de una u otra manera debe verse privado de su libertad por a lo menos un año. Se buscará resolver desde ambos puntos de vista la proporcionalidad de la norma porque en apariencia esta situación parece ser desmedida si se contrapone con lo dispuesto en el Código Penal que señala que frente a diversas circunstancias pueden existir atenuantes que impidan la privación de esta. Además, se contrapone con los principios base de nuestro

<sup>7</sup> ley 20.770. Artículo 196. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de septiembre de 2014.



ordenamiento jurídico, sean estos la libertad, debido proceso e igualdad ante la ley y el Principio rector del Derecho Penal, sea este la presunción de inocencia.

Con esto se busca impulsar y recolectar diversos criterios investigativos con el único objetivo de determinar si es o no procedente una modificación de la norma.

### **OBJETIVO GENERAL**

Esclarecer la constitucionalidad de la ley 20770 comparándola con otros cuerpos normativos, analizar su impacto social y penas agravadas establecidas en esta ley. Determinar si esta norma se rige por los Principios rectores de nuestro ordenamiento, poniendo especial énfasis en el Principio de Proporcionalidad

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

La realización de un minucioso análisis de la Ley Emilia, desde la correcta aplicación del Principio de proporcionalidad y las Garantías Constitucionales que se podrían ver afectadas por la misma. Se comenta además detalladamente la historia de esta ley, la concurrencia de los hechos y la discusión en el Congreso. Esto con el sólo objetivo de determinar el impacto social del caso, para así esclarecer finalmente si esta es una norma creada en tenor a un vacío legal que debía de ser subsanado o bien, determinar si ella se confeccionó con el sólo propósito de responder a la presión social que buscaba justicia para la pequeña Emilia.

Todo lo anterior se realizará en base a la jurisprudencia nacional, reflejándose de esta forma la aplicación que ha tenido en la práctica.

## CAPÍTULO PRIMERO

### “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y ASPECTOS GENERALES”

#### 1. Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido definido por Javier Barnés como el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos. Para este autor, la proporcionalidad, se encuentra compuesta por tres subprincipios, a saber: a) el de idoneidad; b) el de necesidad; y c) el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación<sup>8</sup>.

Los dos primeros dicen relación a la optimización de los derechos, un conflicto en relación a las posibilidades fácticas o de hecho, de manera que el acto limitativo de un derecho para satisfacer otro, debe ser idóneo para obtener tal fin; y necesario, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor; mientras que el tercero -de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación- tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas que el ordenamiento jurídico otorga.<sup>9</sup>

Otro destacado autor que trata este principio es Enrique Navarro Beltrán, ex ministro del excelentísimo Tribunal Constitucional y hoy docente e investigador, quien entrega su opinión para el diario El Mercurio, en donde señala una extracción del principio en la doctrina del TC, especialmente en lo relativo a sanciones y penas. Este supone una *“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”*, lo cual viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N°2), cuanto aquella

<sup>8</sup> Navarro Beltrán, Enrique. El principio de la proporcionalidad en la reciente jurisprudencia nacional. Sentencias destacadas 2016, Santiago, Chile, página 10, año 2018.

<sup>9</sup> B, Tomislav. Recuperado el 20 de mayo de 2020 de Diario Constitucional [en línea]. Artículo Diario Constitucional. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/normas-de-principio-ponderacion-y-juicio-de-proporcionalidad/#:~:text=El%20principio%20de%20proporcionalidad%20ha,de%20libertad%20de%20los%20ciudadanos%20>

garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional consagrado en el artículo 19, N°3<sup>10</sup>.

Con relación a esto, el mismo autor extrae reciente jurisprudencia constitucional referida a las garantías constitucionales que se verían vulneradas con relación al principio de proporcionalidad en la ley, que son: la igualdad ante la ley y el debido proceso, artículo 19 numerales 2 y 3 respectivamente,

*“[...] igualdad ante la ley, como también lo ha sentenciado el TC; que consiste en que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”*

*“Dicho principio se infringe, por vía ejemplar, cuando: “a las dos penas de multa impuestas por dos infracciones graves, cualesquiera que estas sean, se adiciona la de suspender la licencia de conducir sin tener en cuenta si las conductas en que incurrió anteriormente el infractor o los antecedentes del mismo, revelan una especial peligrosidad que amerite la aplicación de la suspensión de la licencia de conducir<sup>11</sup>”*

Como puede observarse, el TC ha reiterado que la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

En el mismo sentido, se ha señalado que:

*“la regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho*

<sup>10</sup>N, Enrique. Recuperado el 01 de junio de 2020 de Columnas de Opinión Facultad de Derecho Universidad de Chile (13-10-2016) <http://derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/enrique-navarro-proporcionalidad-y-jurisprudencia-del-tc>.

<sup>11</sup> Navarro Beltrán, Enrique. El principio de la proporcionalidad en la reciente jurisprudencia nacional. Sentencias destacadas 2016, Santiago, Chile, página 14, año 2018.



*cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común”<sup>12</sup>*

En suma, como señalaba un destacado autor penalista y juez de nuestro máximo tribunal: “la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen “necesaria”; en ningún caso puede exceder esa necesidad.<sup>13</sup>

Es necesario tratar el principio de proporcionalidad dentro de la aplicación de cualquier cuerpo normativo, y aún más el de la Ley N° 20.770, ya que consagra dentro de sus preceptos un apremio que importa privación de libertad, por lo que esta sanción debe aplicarse respetando este principio. Se ha sentenciado que un apremio que importe privación de libertad debe decretarse con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir. En tal sentido, se ha señalado que una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo “es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales” (STC 1518, c. 14).<sup>14</sup>

### **1.1 Con relación al artículo 19 N° 2 de la CPR**

El criterio de igualdad frente al principio de proporcionalidad exige analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos que excluyan la presencia de la arbitrariedad. De este modo, resulta sustancial la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado.

Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo. Luego corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad

<sup>12</sup> Navarro Beltrán, Enrique. El principio de la proporcionalidad en la reciente jurisprudencia nacional. Sentencias destacadas 2016, Santiago, Chile, página 46, año 2016

<sup>13</sup> Navarro Beltrán, Enrique. El principio de la proporcionalidad en la reciente jurisprudencia nacional. Sentencias destacadas 2016, Santiago, Chile, página 47, año 2016.

<sup>14</sup> Navarro E.; Carmona Santander, C. (2015). Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 45, año 2011. Página 83.

perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas, las diferenciaciones deben tener un sólido fundamento en el bien común. Las diferencias o discriminaciones entre las personas no tienen, de suyo o per sé, inconveniente o contradicción en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en el bien común, objetivo principal de la existencia del Estado. Es más, en algunos casos tales diferencias, algunas previstas por el propio constituyente, pueden resultar una saludable solución a conflictos, emergencias o requerimientos del bienestar general (STC 280, c. 20)<sup>15</sup>.

Se considera lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios en las mismas circunstancias, pero sancionados por otra norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto (STC 1273, c.60).<sup>16</sup>

## **1.2 Con relación al artículo 19 N° 3 de la CPR**

El debido proceso consagra el derecho a un procedimiento justo, racional y no arbitrario, no sólo con respecto a aspectos formales, como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos de significativa connotación material, como lo es el garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en dicho procedimiento. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada, es decir, que la pena asignada al delito sea proporcional con el agravamiento por el resultado.

## **1.3 Reglas de la Proporcionalidad**

En el siguiente apartado, se busca exponer el modo en que se debe aplicar un correcto examen de proporcionalidad con el objetivo de evaluar la constitucionalidad y viabilidad de las medidas restrictivas de los derechos

<sup>15</sup>Navarro E.; Carmona Santander, C. (2015). Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 45, año 2011. Página 85.

<sup>16</sup> Ibid, Página 86.



fundamentales previstos en el artículo 19 de la Carta Fundamental y la real o al menos aparente justificación para su aplicación.

Lo anterior, viene a demostrar que dicho examen elabora una eficaz estructura para que el juez, a la hora de tomar decisiones judiciales, logre tomar las correctas.

Así, mirando por la correcta aplicación del debido proceso, se crean al menos tres reglas que estructuran el principio de proporcionalidad explicado en acápites anteriores. En los siguientes apartados se tratará de manera sucesiva las reglas de idoneidad, necesidad y ponderación. Esto con el objetivo de poder dirimir, en definitiva, si en la conocida Ley Emilia, hace la correcta aplicación de ellas a la hora de la toma de decisiones respecto al imputado.

### **1.3.1 Regla de la idoneidad**

En primer término, se debe señalar que la regla de la idoneidad tiene por objetivo principal pero no único evaluar la constitucionalidad de una medida que afecte el disfrute de los derechos fundamentales en dos aspectos. El primero, analizando si tal medida o el fin perseguido es legítimo, denominado por los legistas idoneidad teleológica<sup>17</sup>; el segundo, analiza si tal medida es la correcta y adecuada para promover la finalidad, entendiendo esta última como idoneidad técnica<sup>18</sup>.

De modo que, sólo la medida será admisible en ambos sentidos sólo cuando haya superado el estándar exigido por esta primera regla<sup>19</sup>.

En este punto, la medida ponderada es la que resulta teleológicamente idónea, la cual es obtenida cuando los fines perseguidos resultan en sí mismo legítimos. Sin embargo, y pese a la sencillez que se desprende de este punto, surge un problema que se puede apreciar de manera implícita, el cual consiste en dilucidar qué determina que una norma sea legítima respecto a una medida restrictiva de los derechos fundamentales o los fines de la misma. La respuesta a esta pregunta es simple, una medida o su finalidad es legítima sólo si no se

---

<sup>17</sup> Bernal Pulido, C. El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales (2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005), página 689.

<sup>18</sup> Bernal Pulido, C.. El Principio, Cita (n.24), páginas 689, 690.

<sup>19</sup> Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales (Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), página 9.



encuentra prohibida por la constitución y esta cuenta con la debida justificación constitucional.

Por el contrario, una medida resulta restrictiva cuando sus fundamentos y/o su finalidad se encuentra prohibida constitucionalmente de manera definitiva o de *prima facie*. En este sentido, resulta necesario señalar que una prohibición es absoluta cuando tal no admite excepción alguna, sea porque el medio o la finalidad interfieren con normas de rango constitucional, tales como normas que permitan traicionar a la patria, la esclavitud o las torturas como normas de aplicación de la justicia. Por otro lado, una prohibición *prima facie*, tiene una aplicación un tanto más general, por lo que admite ciertas y determinadas excepciones, esto porque el medio o la finalidad de la norma se superpone con normas constitucionales pero que, bajo ciertas condiciones estas son controvertidas.<sup>20</sup>

Para entender que comprende una medida restrictiva, resulta necesario comprender que esta debe tener un respaldo en normas constitucionales, por lo que, el principio de supremacía constitucional exige que tales restricciones a los derechos fundamentales sólo provengan de otras normas constitucionales, teniendo entonces su misma jerarquía.

Lo anterior supone entonces que, si tales restricciones emanan de normas constitucionales, estas han sido estudiadas con antelación o al menos que han sido objeto de análisis infra constitucionales autorizados a su vez por normas constitucionales. Alexey por su parte brinda un claro concepto de lo anterior, separando las restricciones en dos; Las primeras compuestas por las constitucionales propiamente tal y las segundas compuestas por las restricciones indirectamente constitucionales. En las primeras, se incluyen los derechos fundamentales y los bienes constitucionales<sup>21</sup>, porque estos son conferidos por normas de la Constitución. Las segundas en cambio están compuestas por todas aquellas limitaciones confeccionadas por el legislador bajo el ejercicio de una autorización emanada de una norma constitucional.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Carrasco Durán, Manuel - Pérez Royo, Francisco Javier - Uriás Martínez, Joaquín, Derecho Constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derechos Constitucionales (España, Aranzadi, 2006), página 14.

<sup>21</sup> sin perjuicio de lo señalado, es menester señalar que se entiende por bien Constitucional a aquel elemento contenido en la norma constitucional, que, sin atribuir derechos subjetivos, establece un interés que debe ser alcanzado en el mayor grado posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

<sup>22</sup> Noguera Alcalá, Humberto, Dogmática Constitucional (Talca, Editorial Universidad de Talca, 1977), página 282.



En atención a lo anterior, una medida restrictiva de derechos fundamentales es considerada teleológicamente idónea, en términos simples esta debe ser considerada legítima. Esta, se enmarca en este contexto solo si ni en ella ni en su finalidad encuentra una prohibición en la constitución. Así mismo, si el propósito, entendido para todos los efectos como la finalidad, es proteger o promover el disfrute de los derechos fundamentales de bienes constitucionales, o de interés establecido por el legislador previa autorización de una norma constitucional.

Muy por el contrario, si aquella medida resulta inidónea o ilegítima, esta supone una restricción de los derechos fundamentales, la cual se encuentra constitucionalmente prohibida o bien, no favorece el disfrute de los derechos fundamentales que pretende.

En esta misma línea investigativa, resulta necesario señalar que la medida evaluada puede adquirir el carácter de técnicamente idónea cuando resulta efectivamente adecuada para promover los fines pretendidos con la aplicación de esta.<sup>23</sup> Estos fines consisten, según se desprende de los acápites anteriores, en la protección o promoción de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, o fines establecidos por el legislador previa autorización de una misma norma constitucional. En definitiva, la exigencia del presupuesto de idoneidad instrumental se justifica en la restricción a derechos fundamentales debe ser realmente útil para favorecer tales finalidades. Tal utilidad es la que debe ser evaluada por el órgano jurisdiccional, a partir de la información con que cuenta.

Si, por el contrario, la medida que restringe derechos fundamentales, no favorece a algún derecho fundamental, bien constitucional o finalidad prevista por el legislador, es en definitiva inidónea. Esto porque es indiferente para el interés que se desea favorecer, pero perjudica el disfrute de los derechos fundamentales.

La aplicación de esta regla nos permite determinar si la medida constituye un medio adecuado para promover la finalidad perseguida, no moviéndose dentro de un nivel jurídico, sino en uno de carácter fáctico. Lo anterior, porque lo que se desea determinar con la regla de la idoneidad es si en los hechos, la medida evaluada permite favorecer la finalidad perseguida.

---

<sup>23</sup> Carrasco, M; Pérez Royo, F., Urias Martínez, J., Terol Becerra, M. (2006). *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. (Volumen 8). Sevilla, España: Editorial Aranzadi Thomas Reuters. Página 16.

### 1.3.2 Regla de la necesidad<sup>24</sup>

En términos generales tiene por objetivo evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos grandes niveles.

Por un lado, se determina si la medida sometida a un control es la única que resulta idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación, este primer punto se denominará necesidad teleológica.

En segundo término, se deberá analizar si tal medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales, denominándose esto necesidad técnica.

De manera tal, que si la medida es la única idónea se habrá superado el nivel establecido por esta segunda regla, lo mismo ocurre si esta norma es la que menos afecta los derechos fundamentales.

En tenor a lo recién expuesto, una medida que resulta sometida al control de necesidad resultará teleológicamente necesaria cuando es a su vez la única idónea. Lo anterior supone entonces lo siguiente; no existen alternativas igualmente eficaces para favorecer los fines perseguidos con su imposición.

Esta conclusión emana del despeje de la existencia de medios alternativos, los cuales revisten igual idoneidad y responden a este problema de manera negativa. De modo tal, la evaluación de necesidad teleológica de la medida tiene carácter comparativo. Lo que se compara en este punto es el grado de idoneidad de la medida sometida a control y medidas alternativas, pues estas últimas deben presentar al menos la misma capacidad que la primera para promover el fin buscado.

En esta misma línea, una medida sometida a control es técnicamente necesaria toda vez que importa una menor injerencia en el aprovechamiento o disfrute de los Derechos Fundamentales. En palabras simples, la medida debe tratarse de la más sencilla y moderada entre todas aquellas que permitan alcanzar la finalidad pretendida<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> este apartado se configura en base al estudio de Bernal Pulido, C. (2007) *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales (3ª Edición)*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Páginas 81-85.

<sup>25</sup> Carrasco, M; Pérez Royo, F., Urias Martínez, J., Terol Becerra, M. (2006). *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. (Volumen 8). Sevilla, España: Editorial Aranzadi Thomas Reuters. Página 70.



Sin embargo y con el objeto de llegar a una conclusión, resulta indispensable consultar si la medida controlada es aquella que menos afecta Derechos Fundamentales y resuelve este problema de manera positiva. Para tal disyuntiva, es necesario señalar que este nivel de análisis tiende a optimizar el disfrute de los derechos fundamentales ya que en definitiva, lo que genera es un rechazo a todas aquellas medidas que pueden ser reemplazadas por otras igualmente eficaces pero menos lesivas.<sup>26</sup> De manera tal que la evaluación de necesidad técnica también adopta un carácter comparativo entre una medida sometida a control y medios idóneos similares, pero desde una perspectiva de los Derechos Fundamentales y el grado en que estos se ven afectados.

En general, en tanto la regla de la idoneidad constituye un juicio relativo a la eficacia de la medida evaluada, la regla de la necesidad es en cambio un juicio relativo a la eficacia de la misma.

### **1.3.3 Regla de la ponderación**

Finalmente, y tras exponer las dos primeras reglas de la proporcionalidad, nos encontramos con esta tercera y última regla del Principio de la Proporcionalidad, la ponderación, la cual se centra en enjuiciar la constitucionalidad de una medida sometida a control, por medio de una decisión respecto a cuál de los intereses constitucionales son los que se ven enfrentados en los casos en que debe preceder uno respecto a otro.

Decidir respecto a que, medida constitucional supone a su vez determinar la preferencia de Derechos Fundamentales o bienes constitucionales resultan favorecidos por la medida. Esto último genera un problema por lo complejo que resultaría en la práctica su determinación, y resulta evidente señalar que tal conflicto se subsana con la existencia de una precedencia absoluta entre los derechos fundamentales o entre ellos y los bienes constitucionales. Tal precedencia es inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no existen derechos ni bienes absolutos de carácter constitucional.

El punto anterior, supone que la colisión generada entre los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por esta medida evaluada debe ser resuelta por medio de un criterio distinto a la precedencia absoluta. Así, tal como nos señala Alexy *“el criterio es una precedencia condicionada, consistiendo en que tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un*

<sup>26</sup> Rojas Yenissey, I (2004). *El Principio de Proporcionalidad de las Penas*. Mazatlán, México: ONG Sin Fronteras. página 2.



*principio precede a otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.”<sup>27</sup>*

Lo anterior implica que, para poder aplicar el criterio de la procedencia condicionada, es indispensable realizar una ponderación. Esto supone evaluar, desde las circunstancias del caso concreto, el valor (entendido en la práctica como el peso) de cada uno de los intereses constitucionales que se ven favorecidos y perjudicados por la medida.<sup>28</sup> En esta línea, considerando este presupuesto, es necesario determinar el peso de cada uno de los intereses constitucionales en el caso concreto, lo que implica determinar qué se gana y que se pierde con la aplicación de la medida sometida a control.

Así, el objetivo de la ponderación es determinar si los beneficios reportados por la medida son mayores o menores que los perjuicios que reporta sobre los intereses constitucionales involucrados en la colisión. De modo que, una medida sometida a evaluación resulta constitucional cuando el beneficio reportado por ella en los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretenden promover o proteger es superior al costo que ella supone para el derecho fundamental afectado. Pero, si por el contrario, el sacrificio supone excesivo, la medida deberá ser considerada inadmisibles aun cuando logre satisfacer el resto de los presupuestos y requisitos derivados del principio de la proporcionalidad.

Para determinar que gana y que pierde cada uno de los derechos fundamentales o bienes constitucionales involucrados se aplica la argumentación jurídica. Ya que, de otro modo, las razones que se puedan suponer, sea en favor o en contra de la prevalencia de uno u otro interés determinará sólo cuánto se gana y cuánto se pierde bajo las circunstancias conocidas. En consecuencia, uno de los intereses constitucionales tiene mayor peso que otro en el caso concreto siempre que existan buenas razones para que este interés se superponga a otro bajo las condiciones del caso concreto.

En general, la regla de la ponderación tiene por fin evaluar la constitucionalidad de la medida sometida a control por medio de una ponderación que facilita la determinación del interés constitucional que debe ser preferido y cuál debe ser ignorado, mediante las condiciones del caso concreto. Además, esta tercera y

---

<sup>27</sup> Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* [Traducción Castellana de Ernesto Garzón Valdés] (34ª Edición). Madrid, España: Colección el derecho y la justicia. Páginas 243-245.

<sup>28</sup> la expresión ponderar debe ser entendida según la Real Academia Española (RAE) como “*determinar el peso de algo*”.



última regla se enjuicia de modo indirecto. En consecuencia, si esta regla aplica de este modo, resulta lógico entender que las dos primeras reglas, sean estas la idoneidad y la necesidad, se enjuician de manera directa respecto a la medida sometida a control. Esto ocurre de esta manera porque la ponderación considera los derechos fundamentales e intereses constitucionales que colisionan en el caso como consecuencia de la aplicación de la medida sometida a control.

#### **1.4 El principio de la proporcionalidad en sede penal y su vínculo con la dignidad humana**

Como forma de introducción a este apartado se partirá señalando el artículo 1 de la Ley 18.216, que señala las penas sustitutivas en materia penal, establece en su inciso segundo, la prohibición de concesión de algunas de las penas sustitutivas de libertad previstas por el legislador en el Código Penal cumpliéndose ciertos y determinados requisitos legales. Así mismo, la otrora Ley N°18.290, popularmente conocida como Ley de Tránsito, se vio modificada por la Ley N° 20.770, Ley Emilia, en los artículos 195 y siguientes<sup>29</sup>. Sin embargo, el artículo 196 ter es claro en señalar que el sujeto condenado por el delito de manejo en estado de ebriedad, delito que encuentra sus presupuestos en la propia ley, debe cumplir un año de privación de libertad efectiva. haciendo omisión al artículo 1 de la Ley N° 18.216.

Lo anterior se debe a que ciertamente la ley que determina las penas sustitutivas contiene a su vez en el artículo 1 inciso segundo de delitos respecto a los cuales, sus autores se les ha impedido legalmente acceder a esta serie de penas sustitutivas. La jurisprudencia actual de la magistratura actual muestra un sinnúmero de recursos de inaplicabilidad en contra de la norma previamente señalada, respecto a los imputados condenados por los ilícitos regulados en la Ley N° 17.798, y que les impide acceder a una pena sustitutiva.

Los recursos entonces encuentran su fundamento en la vulneración del artículo 1 de la Carta Fundamental, toda vez que se señala "*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". Violentando además el artículo 19 No.2 del mismo cuerpo normativo, esto es la igualdad ante la ley, la cual señala además que ninguna autoridad podrá establecer diferencias arbitrarias.

---

<sup>29</sup> ver Capítulo II de esta memoria.



En este ámbito, resulta fundamental señalar que el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha acogido los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.216. Esto en base a lo regulado previamente por el propio Tribunal en cuanto al *ius puniendi*, que se regula como un derecho no absoluto del Estado, por lo que no debe aplicarse de manera absoluta sobre el imputado ya que se infringieron diversos principios limitadores, tales como la legalidad, la exclusividad de protección de bienes penales o la *ultra ratio*, de proporcionalidad, culpabilidad, responsabilidad subjetiva y de humanidad.<sup>30</sup> Pese a aquello, el argumento base que hace procedente la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad reposa en torno al principio de la proporcionalidad de las penas y la relación que esta tiene con la dignidad humana consagrada de manera textual en el artículo 1 de la CPR.

El principio de la proporcionalidad en sede penal, así como otros principios tales como el de legalidad, culpabilidad y de prohibición de *non bis in ídem*, es completamente consustancial a los ideales estatales que señalan un Estado de derecho de carácter democrático y social. Lo anterior debe ser entendido en que el legislador con el propósito de identificar la idoneidad de la medida adoptada y su proporcionalidad, lo que supone una necesidad de carácter imperativo toda vez que en reiteradas situaciones las estimaciones político-criminales que lleva adelante el poder legislativo no siempre demuestran una conexión directa entre los valores y principios previstos en la Constitución Política de la República<sup>31</sup>.

En consecuencia, el legislador adquiere una doble restricción al momento de concretar la gravedad de las penas penales, aplicando de la siguiente forma; En primer lugar, no puede imponer penas que sean de carácter inhumano o que resulten degradantes para el sujeto, ello porque tal resultado supone violar la dignidad de la persona; En segundo lugar, se debe considerar penas proporcionales a la gravedad de los ilícitos que se pretenden castigar.<sup>32</sup>

El Tribunal Constitucional ha acogido los requerimientos de inconstitucionalidad en contra del artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.216, artículo que señala:

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia ROL 3062-2016, Considerando 5º.

<sup>31</sup> Bacigalupo, E. (2012). *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Volumen 7. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Página 115.

<sup>32</sup> *Ibid.*, Página. 123..



*“Artículo 1: No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 242, incisos tercero, cuarto y quinto; 242, 362, 362, 372 bis, 390 y 392 del Código Penal; en los artículos 80, 90, 20, 23, 24 y 24 D de la ley N°27.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 20 y en el artículo 3° de la citada ley N°27.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 22 del mismo Código.”<sup>33</sup>*

En atención a lo señalado, el Tribunal ha acogido los requerimientos principalmente en base al principio de la proporcionalidad de las penas, cuya génesis se encuentra en la dignidad humana y se manifiesta concretamente en el principio de humanidad.<sup>34</sup> En segundo punto, considerando que la exclusión total de las penas sustitutivas de la Ley 18.216 vulnera el estándar de racionalidad y de justicia previsto y garantizado por el propio legislador en el artículo 19 Número 3 inciso 6º y artículo 2, ambos de la Carta fundamental. En lo que se refiere al primer punto, la magistratura constitucional propugna que el valor de la dignidad humana, al tener reconocimiento constitucional, sustenta diversos principios limitadores del *ius puniendi*.

En este punto, es necesario señalar la postura del Tribunal Constitucional alemán, tribunal que entiende el principio de proporcionalidad de forma muy similar al chileno. En esta legislación, la proporcionalidad debe ser empleada como un parámetro normativo por la jurisdicción constitucional para poder establecer la procedencia y validez de una intromisión en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Así, se logra indagar en la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere en derecho<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> ley 18.216 Artículo 1. Diario Oficial de la República de Chile. 14 de mayo de 1983.

<sup>34</sup> Gordillo, L. (2006). *Los Principios Constitucionales y las Garantías Penales en el marco del proceso de mediación penal*. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja. La Rioja, España. páginas 87-124.

<sup>35</sup> Fuentes Cubillos, H. (2008). *El principio de proporcionalidad en derecho Penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena*. (Volumen 14 N°2 ). Santiago, Chile: Editorial Scielo. Página 66.



Volviendo a la legislación nacional, el Tribunal concluye que la concesión por parte de los juzgadores de alguna de las penas sustitutivas que se encuentran reguladas en la ley 18.216 cumple los requisitos legales, no supone sinónimo de impunidad, esto porque las penas alternativas suponen necesariamente el carácter de penas toda vez que ellas restringen, en mayor o menor medida, la libertad del sujeto que será sometida a la misma. Por ende, el artículo 1 inciso 2º de la Ley que establece una restricción a las penas sustitutivas, no es más que una norma desproporcionada e inequitativa respecto a las condenas, incluso para aquellos delitos de una mayor gravedad. Del mismo modo, tal restricción no resulta idónea para cumplir otros fines de la pena tales como la reinserción social del condenado y la protección a la víctima.

En este mismo contexto, pero desde otra línea argumental, se puede señalar que la exclusión de las penas sustitutivas previstas en la ley 18.216 vulnera a groso modo el parámetro de la racionalidad y justicia, pero que aun así reposa en el principio de proporcionalidad como afluente dogmático de la decisión a favor de los requirentes.

Es en virtud de la proporcionalidad, la severidad que adquiere el legislador en tenor de las penas y de cómo estas deben estar necesariamente relacionadas con la gravedad del ilícito o de la conducta delictiva.

Respecto a la ley 20.770, la que establece una modificación a la ley 18290, la que a su vez ya se había visto modificada por la Ley de tolerancia cero, se puede señalar que esta reguló nuevos estándares de alcohol permitido en la sangre para los conductores. Además, aumentaron las sanciones por la concurrencia del delito de manejo en estado de ebriedad. Aun así, el artículo 197 ter ha sido objeto de varias discusiones a nivel constitucional, esto porque la norma sanciona con cárcel efectiva de al menos un año a los conductores en estado de ebriedad que generen lesiones graves, gravísimas o la muerte del ofendido.

Los múltiples requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que surgen en contra de esta norma se centran en lo mismo; la norma en cuestión establecería una suerte de responsabilidad objetiva y autónoma, que afectaría las garantías de igualdad ante la ley y su racionalidad, además de afectar los principios de dignidad humana, culpabilidad y proporcionalidad al poner al límite la concesión de las penas sustitutivas de la ley 18.216



El TC al acoger en gran medida los requerimientos de inaplicabilidad de inconstitucionalidad señala que *“no corresponde al TC sustituir al legislador democrático en las valoraciones que lo llevan a formular la política criminal a menos que sobrepasen los baremos de lo constitucional ”*<sup>36</sup> Ciertamente, es este posible exceso en sus facultades por parte del legislador donde la magistratura salvaguarda sus facultades privativas, siempre que:

*“Toda medida sustitutiva a la pena privativa de libertad debe considerarse como parte del cumplimiento de los fines resocializadores de la pena. Al respecto, no existe ningún estudio que pruebe que las penas privativas de libertad son más efectivas que las penas alternativas para resocializar a las personas y evitar que delincan en el futuro; en sentido contrario, es más difícil para una persona que ha estado privada de la libertad reintegrarse a la sociedad que una que cumple una pena alternativa.”*<sup>37</sup>

Los parámetros constitucionales son considerados por el TC partiendo de la noción de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, tal dignidad es lo que constituye el principio matriz de nuestro sistema institucional. De manera que, se infiere que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esta cualidad que es fuente de los derechos fundamentales resguardados en el art. 19 de la CPR<sup>38</sup>.

Por consiguiente, se desprende que de la dignidad *“se deriva un cúmulo de atributos con los que nace, los cuales son conservados durante toda su vida. Tales atributos comprenden los derechos públicos, sean objetivos o facultades que el propio ordenamiento jurídico asegura con carácter inalienable, imprescriptible e inviolable en todo lugar y/o circunstancia ”*<sup>39</sup>. En tal sentido, la magistratura constitucional es enfática en señalar que el hecho de que la dignidad humana sea la base de un sistema social democrático (como es el nuestro), resulta necesario toda vez que su omisión supone una degradación tal, que generaría uno completamente diverso. Así, como es de suponer, la dignidad no resulta infinita, encontrando el límite en la estimación de una consecuencia jurídica

<sup>36</sup> tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, Considerando 2º.

<sup>37</sup> ibid considerando 14º.

<sup>38</sup> tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3353-2017, considerando 3º.

<sup>39</sup> tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3353-2017, considerando 3º en relación a las sentencias ROL 1287-2018, considerandos 7º y 8; ROL 1273-2018, considerando 11º.



válida de un delito de tortura y de tratos inhumanos o con resultados degradantes. Así es como se ha manifestado el TC,

*“... el respeto de la dignidad humana hace que no se consideren nunca como consecuencias proporcionales al delito la tortura, los tratos inhumanos, o degradantes, puesto que la idea de la dignidad humana está presente incluso en aquellas personas que han sido sancionadas por cometer hechos que infringen normas esenciales de convivencia, de lo contrario el sistema constitucional basado en principios democráticos caería de forma irreversible”<sup>40</sup>*

Cómo es posible apreciar, para el TC es factible comparar un trato cruel o degradante con el artículo 196 ter de la Ley 18.290, donde se obliga al cumplimiento de un año de prisión efectiva a los condenados por delito de manejo en estado de ebriedad que ocasione resultados de muerte o lesiones gravísimas. Lo anterior surge porque en ambos casos existe una considerable desproporción e irrespeto en contra de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley respecto de sujetos condenados por delitos de mayor gravedad.

Es, justamente en virtud del principio de proporcionalidad, el que hace comprender que la privación de libertad por 365 días constituye un claro caso de no conducción a la reinserción social del condenado, por lo que las penas sustitutivas de libertad tienen por objetivo conducir al condenado a una resocialización de este.

Siguiendo esta línea, la decisión de legislar y de suspender las penas sustitutivas en respecto al delito de manejo en estado de ebriedad regulado en la ley 20.770, resulta completamente inidónea si lo que se busca es la reinserción social y la protección de la víctima que tiene la pena.

Esto tiene su base y fundamento en que la dignidad humana, así como la relación de esta con el principio de la proporcionalidad se centra en que para el TC el artículo 196 Ter de la Ley 18.290 es completamente desproporcionada según los cánones constitucionales, situación que vulnera a groso modo los fines de la pena en un contexto de aplicación de igualdad, señalando,

<sup>40</sup> tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3353-2017, considerando 6º.



*“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 la prueba de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citada.”<sup>41</sup>*

Es por lo anterior que Ferrajoli señala que la dignidad humana es la medida para condicionar el límite máximo no superable sin que el imputado sea reducido a la condición de cosa y sacrificado por finalidades ajenas.<sup>42</sup>

Finalmente, el principio de proporcionalidad de las penas tiene una estrecha relación con el valor constitucional de la dignidad, toda vez que estas se vinculan con la exigencia de respeto de la persona humana y los derechos que a su vez le son inherentes. Dignidad humana y observancia de los derechos fundamentales que son al mismo tiempo el fundamento basal y de orden político y social de nuestro país. El solo hecho de existir una norma que incumpla flagrante y abiertamente estos principios resulta contraria a la Constitución Política de la República.

### **1.5 Doctrina y Jurisprudencia**

La jurisprudencia del TC en la Sentencia 1518, considerado 14 del año 2010 establece lo siguiente:

*Apremio que importe privación de libertad debe aplicarse respetando el principio de proporcionalidad. Se ha sentenciado que un apremio que importe privación de libertad debe decretarse con una indudable determinación y con parámetros incuestionables, esto es, respetando el principio de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental a la libertad y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir. En tal sentido, se ha señalado que una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo “es el estrictamente necesario o conveniente*

<sup>41</sup> *ibid.* Considerando 22<sup>o</sup> en consideración a sentencia ROL 2983-2016, considerando 32 y sentencia ROL 3304-2016, considerando 34<sup>o</sup>

<sup>42</sup> Ferrajoli, L. (2017) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Editorial Trotta. Página 396.



*para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales”.<sup>43</sup>*

Es pertinente citar dicho considerando, dado que la Ley N° 20.770, consagra la sanción de privación de libertad de hasta un año según se presenten ciertas circunstancias, lo que podría alterar el principio de proporcionalidad en atención a otras normas de distinto cuerpo normativo que presentan el mismo resultado del tipo penal.

## **2. Aspectos Generales de la Ley**

### **2.1 Ley 20.770**

El consumo de alcohol o sustancias psicotrópicas disminuyen la capacidad de los conductores de vehículos motorizados a reaccionar rápido frente al volante, lo que genera un peligro inminente por las consecuencias que puede tener un error mientras conducen.

Víctima de ello fue Emilia, una niña de 9 meses que falleció como resultado del accidente automovilístico entre el auto en el que viajaba junto a sus padres, con el de un conductor en estado de ebriedad. Producto de este hecho, junto a campañas comunicacionales y la presión social, se dictó la Ley N° 20.770 que modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte.

### **2.2 Responsabilidad Penal.**

#### **2.2.1 Desarrollo crítico del artículo 195 bis desde una perspectiva penal.**

Desde el área penal, el artículo 195 bis, contenido en la ya referida Ley N°20.770 contiene diversas situaciones que hacen plena alusión a este derecho.

---

<sup>43</sup> Navarro Beltrán, Enrique y Carmona Santander, Carlos. Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011). Santiago, Chile. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 45, pág. 86, año 2011.



En primer lugar, tenemos que el delito contenido en este artículo se posiciona como un delito calificado por el resultado. Esto porque se le asigna una pena que varía en atención a la consecuencia lesiva siendo a mayor daño mayor la pena asignada al sujeto.

En segundo lugar, la individualización de la pena dentro del ordenamiento jurídico supone un problema adicional. Esto porque se modifican las reglas generales de individualización de la pena, lo cual hace aplicable la Ley 20.770 y no la popular Ley de Tránsito.

Finalmente, el gran dilema en materia penal surge dentro del problema de concursos que surge, haciendo incluso aplicable el principio de non bis in ídem.

Dentro de los párrafos siguientes se expondrá sobre estos puntos.

### **2.2.1.1 Del Delito calificado por su resultado.**

Nuestro ordenamiento jurídico se divide en diversas áreas, una de ellas es el Derecho Penal, el cual es definido por los autores como: *“El conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado relacionando hechos, estrictamente determinados por la ley con una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia de realizar un determinado acto, su objetivo de asegurar los valores elementales para la sana convivencia de los individuos de una sociedad. Este conjunto de normas jurídicas se refiere siempre al delincuente, al delito y a las penas.”*

Bajo esta premisa, y según el Código Penal, los delitos dentro de esta rama del derecho se pueden calificar en consideración a diversos criterios, todos ellos expuestos en el artículo 3 del Código Penal

*“Artículo 3. Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del art. 21.<sup>44</sup>”*

Así, los delitos se clasifican en crímenes, simples delitos o faltas según sea el carácter de la conducta, pudiendo ser esta acción u omisión; de acuerdo con las características de consumación en los delitos de resultado o mera actividad, siendo estos últimos aquellos cuya consumación gira en torno de la sola realización de la conducta prohibida por ley, sin importar el resultado de aquella acción u omisión. Por otro lado, un delito de resultado es aquel que necesita para su ocurrencia un determinado resultado previsto en el tipo penal. En palabras simples, cuando una figura penal

<sup>44</sup> código penal. Artículo 3. Diario Oficial de la República de Chile. 12 de noviembre de 1874.

requiere para ser considerada dentro de un tipo penal, un resultado que se encuentre separado de la conducta que lo ocasiona, podemos señalar que se habla de un delito de resultado, también conocido como un delito material.

Ahora bien, para hablar de un resultado debe haber existido al menos una modificación del mundo exterior que sea consecuencia de aquel movimiento corporal en qué consiste la acción u omisión. Al no existir tal resultado es posible hablar solo de un delito forma<sup>45</sup>.

Para que un delito de resultado pueda ser atribuido a una persona requieren de un nexo causal, el cual permite que la conducta del sujeto haya provocado el resultado que busca ser castigado.

Sin embargo, determinar la causalidad o nexo no resulta una tarea sencilla, razón por la cual surgen diversas teorías que buscan resolver esta cuestión. Una de las más conocidas es la Teoría de la equivalencia de las condiciones, cuyo objetivo principal es determinar qué resultado es correspondiente a una causa determinada. Para ello la causa se suprime imaginariamente, de manera que aquel resultado solo será propio de la causa si este no se puede obtener con la causa eliminada; luego tenemos la teoría de la imputación objetiva, la cual supone que la acción realizada suponga un riesgo antijurídico que afecte al bien jurídico protegido por el legislador, este riesgo debe ser a su vez creado por el autor (sujeto) provocando el mismo el resultado.

Dentro del mismo ámbito de los delitos, encontramos una clasificación denominada de los delitos calificados por su resultado, caracterizados por un aumento de las penas previstas por el legislador, cuando se produce un determinado resultado. En este tipo de delitos encaja por ejemplo el delito de lesiones graves previsto en el artículo 397 del Código Penal, regulando una duplicidad de lesiones producidas, variando así la sanción en atención a la gravedad de la lesión misma. En palabras simples, la lesión grave tendrá una sanción si es gravosa o bien, tendrá una sanción mayor si esta es más gravosa. Es importante señalar que el agravante se encuentra previsto por el legislador.

Todo lo anterior resulta relevante porque el artículo 195 bis inciso primero de la Ley Nº 20.770 castiga con multa y suspensión de la licencia de conducir a todo aquel sujeto que se niegue a someterse a pruebas respiratorias o exámenes científicos para determinar la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes o sicotrópicas en el cuerpo; el inciso segundo del mismo artículo sanciona con presidio menor en su grado máximo, esto es desde 3 años hasta 5 años y un día , unido a una multa, a la

---

<sup>45</sup> Politoff, S; Matus, J.P; Ramírez, M. C (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General (1ª Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 174.



inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso de vehículos a aquel sujeto que, presentado la misma negativa injustificada, haya producido las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal en su Número 1, sea este:

La misma sanción se aplica a aquel sujeto que, negándose a la realización de dichos exámenes, provoque la muerte de alguna persona.

Hablando de penalidad, en ambos casos expuestos, se impondrá al sujeto según sean las consecuencias que emanen del accidente, de manera que si aquellas son lesiones que no se encuentren contempladas en tal artículo o bien que provoque no la muerte de alguna persona, la pena asignada al delito será una pena pecuniaria (multa) junto con la suspensión de la licencia de conducir. Por otro lado, si a consecuencia del ilícito, se producen las lesiones del artículo 397 del Código Penal o la muerte del ofendido, la sanción en este caso será mayor, lo que implica necesariamente una privación de libertad.

Este caso presenta un tipo de delito calificado por su resultado ya que sin importar la acción causada la sanción será más o menos gravosa según el resultado obtenido. En otra clasificación penal, el delito también puede ser calificado como un delito de resultado, ya que no requiere una prueba de culpabilidad del acusado, ni tampoco requiere probar el nexo causal entre la negativa injustificada y el resultado. Es decir, con la sola obtención del resultado y que este se encuadre en el artículo 195 bis de la ley 20.770, se aplica la pena contemplada en el mismo. Esto ocurre de esta manera porque a la fecha no existe en el propio artículo una mención a la aplicación de la pena del autor considerado como responsable por los daños (resultados) causados, sino que solo se hace alusión a que tal pena es a su vez aplicable a aquel que se niegue a realizarse determinados exámenes corporales viéndose envuelto en un accidente de tránsito que produjo un determinado resultado.

El problema que resalta en ambos tipos de delitos es justamente la ausencia de pruebas de culpabilidad, siendo penalizada la conducta con la sola comprobación con la ocurrencia de un determinado resultado. No resultando necesario verificar si aquella conducta es o no reprochable en el sentido de que éste haya tenido efectivamente la posibilidad de modificar tal resultado o haberlo evitado.

En derecho penal, así como en todo el ordenamiento jurídico nacional, se presentan una serie de principios, como, por ejemplo, los principios de conducta, tipicidad, antijuricidad de la conducta y el principio de culpabilidad denominado “nulla pena sine culpa” el cual consiste en que la pena no puede ser impuesta sin reproche personal al sujeto, el cual supone que la persona pudo haber actuado de distinta manera según sea el caso concreto de que se trata. Así, según BINDER la culpabilidad



es entendida como *“Una determinada contrariedad con las normas penales. Vale decir haber actuado en contra de las normas penales sean estas prohibitivas o imperativas, pudiendo haber hecho lo contrario (reprochabilidad)”*.

En esta misma línea, tanto como el profesor Maturana, especialista en Derecho Procesal Penal, y el profesor Ramírez, experto en el área, concuerdan en que la culpabilidad es un *“elemento necesario para que la pena pueda ser imputada a un sujeto determinado, consistente en aquel reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”*<sup>46</sup>. Se requiere entonces para la culpabilidad de al menos dos elementos: Dolo, consistente en aquello que el autor sabía y quería hacer determinada cosa y el elemento culpa, entendida como aquella imprudencia o negligencia, ósea aquello que el sujeto que no quería el hecho, podría siquiera haberlo previsto y evitado. Junto con ello se requiere además de algunos elementos de carácter negativo que se den por supuestos y que el sujeto imputado debe probar, como, por ejemplo: la concurrencia de una causal de inimputabilidad (Ej. Demencia); que no se haya presentado un error de prohibición el cual impidiera al autor comprender la antijuricidad de su conducta, creyendo entonces que ha actuado lícitamente (Ej. Legítima defensa). Para dichos autores (incluido Politoff) el principio de culpabilidad cumple las funciones de fundamento para la aplicación de la pena, de manera que, si no existiere un reproche al actuar de un modo diverso, podría llegar a no aplicarse la pena.

Respecto a la calificación del delito como de resultado y el problema que esto plantearía respecto al principio de culpabilidad. En este ámbito Politoff, Matus y Ramírez, plantean:

*“Es necesario, en orden a mantener la unidad del sistema, admitir una interpretación de dichos tipos penales que contemple de algún modo la vinculación subjetiva del autor con los resultados que se prevén en la ley, esto es, que reafirme el principio de que “sólo se responde hasta donde abarca la culpabilidad”. Esta opinión ha sido defendida con elocuencia por NOVOA, quien reclama siquiera posibilidad representación del resultado más grave para la aplicación de la pena calificada. Sostiene este autor que “la voluntad del legislador penal, manifestada por el contexto de la legislación, y demostrable por los principios filosóficos y jurídicos que lo inspiraron, es que no se imponga responsabilidad a quien no es subjetivamente reprochable”, la convicción (artículo 340) del*

---

<sup>46</sup> Ibid. Páginas. 176-182.



*tribunal sobre la participación culpable del acusado puede extenderse también legítimamente al elemento de la figura que determina la agravación.”<sup>47</sup>*

Es en consideración a todo lo expuesto, que resulta sumamente relevante el hecho de probar la culpabilidad. Aun así, son muy criticadas aquellas situaciones en que se requiere demostrar solo un resultado para penalizar aquella conducta que produce tal resultado. El principio de Culpabilidad se encuentra respaldado por nuestro ordenamiento jurídico, ya que es el propio Código Penal, quien en su artículo 1 señala: “*toda acción u omisión voluntaria penada por ley*”. Además, el artículo 340 del Código Procesal Penal señala que se requiere de una convicción que implique que este sujeto haya tenido realmente una participación culpable penada por ley. En este sentido es base fundamental el castigo de la conducta realizada por el sujeto junto con el hecho de su actuar voluntario y determinado y la situación de que este haya actuado bajo la conciencia de estar bajo la esfera de su control; de no ser así no sería posible sancionar (castigar) al autor por la producción de tal resultado porque tal resultado no sería ni en la esfera de lo subjetivo como de lo objetivo imputable.

En relación con el artículo 195 bis de la Ley 20.770, considerando todo el análisis expuesto se puede establecer, que tal cuerpo normativo presenta, como ya es conocido, el delito de negativa injustificada, independiente del resultado obtenido. En suma, el delito del 195 bis presenta un delito de mera actividad. Ahora bien, en el inciso segundo se contempla un delito calificado por su resultado toda vez que se le asigna una pena mayor a la del inciso primero, donde la sanción consiste en la privación de libertad. Lo anterior resulta evidente toda vez que tal pena depende de la producción de un determinado resultado para su aplicación, generalmente en la muerte del ofendido o las lesiones contempladas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal. En este último caso, se podría incluso llegar a criticar la legitimidad toda vez que para imputar un delito a un sujeto es necesario demostrar su culpabilidad; que la conducta haya sido producida de manera voluntaria obteniendo así un resultado y que el presumible autor se haya encontrado dentro de la esfera de la acción y del control, de tal manera que este sujeto hubiese podido evitar la conducta. De faltar uno o más de los requisitos expuestos no sería justificable imponer una pena por una conducta que se encuentra fuera de la esfera de su control.

Por otro lado, el inciso segundo del artículo 195 bis establece que sólo se deberá aplicar la pena contemplada en tal cuerpo normativo toda vez que el conductor haya

---

<sup>47</sup> Ibid. Páginas. 252-255.

intervenido en el accidente ocasionando los resultados. De manera tal que es posible señalar que para esto no se requiere prueba alguna de su culpabilidad respecto a los daños ocasionados atentando claramente uno de los principios básicos del derecho penal “*La culpabilidad del sujeto*”. Ahora bien, como nuestro ordenamiento jurídico se crea en forma proporcionada y armónica respecto a los principios generales del Derecho es posible entender tal artículo como una forma de sanción, la cual solo resultaría aplicable toda vez que se penalizará al autor del accidente que resulte responsable del resultado obtenido. Esto sin embargo, no puede ser entendido de manera literal del artículo 195 bis de la Ley N° 20.770 pero esto puede ser interpretado siendo esto relevante al ser la voluntad, causalidad y culpabilidad del sujeto los principios básicos y fundamentales del Derecho Penal, de modo que el inciso segundo contempla un delito calificado por el resultado, el que debiera de entenderse en términos que según el profesor Novoa, “*requiere de la representación de un resultado más gravoso para que pueda aplicarse la pena calificada al sujeto*”.<sup>48</sup>

### **2.2.2 Presentación y explicación del problema sobre la individualización judicial de la pena.**

Pese a las innumerables teorías respecto a la determinación de la pena, ha primado aquella que nos señala que la determinación está contemplada en la Ley, siendo así aquella quien señala la pena aplicada según el caso y el delito tipificado. También señala la etapa de desarrollo del delito unida al grado de participación del imputado en tal acto ilícito.

Por otro lado, en una esfera distinta se encuentra la individualización judicial de la pena, que establece la fijación de él o los jueces de las consecuencias jurídicas del delito, según: la clase, gravedad y la forma de ejecución de las mismas. En palabras sencillas y llevando a la práctica lo recién explicado, se establece en el caso concreto en primer lugar: la clase y medida de la reacción penal; luego se determina el o los sujetos que han intervenido en el hecho punible a investigar y en la medida en que ellos lo han realizado, ya sea como autor(res), cómplice(s) o encubridor(res)<sup>49</sup>. En suma, la determinación de la pena es una etapa que emana y corresponde al poder legislativo, pero sólo en abstracto y en primera fase, y la individualización judicial de la pena corresponde al juez en caso concreto.

El artículo 50 del Código Penal plantea que la pena se toma como base para determinación definitiva señalada por la ley, la cual corresponde al autor de grado

---

<sup>48</sup> Ibid. Páginas. 494-495.

<sup>49</sup> Ibid. Página. 495

consumado del ilícito, esto se acopla con el artículo 59 del mismo cuerpo normativo, el cual regula las distintas escalas graduales de determinación de la pena.

En esta materia, la regla general en el delito consumado es que la persona que intervenga en el carácter de cómplice se le ha de aplicar la pena inferior en un grado, al encubridor en cambio la pena se le aplica en un grado menos que al cómplice y en dos al autor, todas ellas establecidas por ley. En cambio, si el delito se encuentra frustrado, al cómplice se le deberá aplicar una pena inferior en dos grados y al encubridor en tres grados, también determinados por ley. Ahora bien, si el delito está en grado o fase de tentativa, al cómplice se le aplica la pena inferior en tres grados y al cómplice en cuatro grados.

Una vez fijado todo esto, se inicia la fase de determinación del juez, siendo este quien determina el grado que se aplicará dentro del margen de la pena señalada por la ley; valorando en este punto los distintos atenuantes y agravantes de determinación de la pena aplicable al caso concreto.

Volviendo al artículo 195 bis de la Ley de Tránsito hace tal artículo aplicable la determinación de la pena al caso concreto. El artículo siguiente, 196 bis excluye de esta determinación las reglas establecidas en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal.

El artículo 67 del Código Penal señala:

**Artículo 67.** *“Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible y no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su extensión al aplicarla. ... Si hay dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado<sup>50</sup>”.*

En términos simples se establece el modo de aplicación de la pena cuando concurren diversas circunstancias modificatorias sea un atenuante o un agravante. En el primer caso se aplica un “*mínimum*” de la pena; en el segundo caso se aplica un “*máximum*”. Pero, si en cambio sí son dos o más atenuantes sin existir agravantes se puede aplicar la pena inferior en un grado máximo en dos; Si por el contrario se presentan dos o más agravantes y ningún atenuante, será posible aplicar una pena superior en un grado; y si se presenta un caso en el que concurren tanto agravantes como atenuantes estos se compensan racionalmente.

<sup>50</sup> código penal. Artículo 67. Diario Oficial de la República de Chile. 12 de noviembre de 1874.



Por su parte, el artículo 68 expone:

*“Artículo 68. “Cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su extensión, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes.*

*Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo.*

*Si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.*

*Cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hay dos o más agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley.*

*Concurriendo circunstancias atenuantes y agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos<sup>51</sup>”.*

Así el artículo recién expuesto regula el caso en particular cuando la ley conste de dos o más grados, en que habiendo una sola atenuante no se deberá aplicar el grado máximo de la pena; y por el contrario existiendo solo un agravante, no se aplicará el grado mínimo de la ley; pero si se presentan dos o más atenuantes sin la existencia de agravantes se puede imponer la pena inferior en uno, en dos o hasta en tres grados a los señalados por el legislador, por el contrario si concurren dos o más agravantes sin la presencia de atenuantes es posible imponer la pena inmediatamente superior en grado máximo designado por la ley.

Finalmente, el artículo 68 bis expone,

***Artículo 68 BIS.** “Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el Tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito<sup>52</sup>”.*

<sup>51</sup> código penal. Artículo 68. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de noviembre de 1874.

<sup>52</sup> código penal. Artículo 68 bis. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de noviembre de 1874.



Aquí se regula el caso en que concurren una atenuante muy calificada en la que es el Tribunal quien deberá imponer la pena inferior en un grado mínimo señalada por ley.

Todas las reglas anteriores resultan reemplazadas por el artículo 196 Bis de la Ley de Tránsito, otorgando este cambio en las reglas expuestas a continuación:

**A.** Si no concurren agravantes ni atenuantes, el Tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la Ley.

**B.** Regula un caso específico contemplado en el artículo 196, el cual contempla la conducción en estado de ebriedad o bajo sustancias estupefacientes o psicotrópicas y causa las lesiones previstas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal. En este sentido se aplica la pena de presidio menor en su grado máximo o si se causa la muerte de alguna persona, se deberá aplicar la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Aquí se expone que, si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante se deberá imponer la pena de presidio menor en su grado máximo, si concurren a su vez dos o más agravantes, pero sin atenuantes se debe aplicar la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Pero la pena para el delito de negativa injustificada calificada, contemplada en el inciso segundo del artículo 195 bis será entonces única y la pena de presidio menor en su grado máximo, tanto para producirse las lesiones del número 1 del artículo 397, o en caso de producirse la muerte de alguna persona

**C.** En tercer lugar, tratándose del delito contemplado en el inciso cuarto del artículo 196, el cual regula un caso idéntico al previsto en el inciso tercero pero agravado, en que se aplica el grado máximo de la pena toda vez que el responsable haya sido condenado anteriormente por alguno de los delitos del artículo, salvo en aquel caso que transcurran los plazos previstos en el artículo 104 del Código Penal, respecto del hecho que motiva la condena anterior. En este punto, aplicando la excepción ya señalada si el delito se ha cometido por quien se desempeña en las labores de transporte de bienes o personas, si aquel sujeto es el responsable con la licencia de conducir cancelada o ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados. En este caso, si se presentan una o más atenuantes sin la presencia de agravantes, se aplicará el mínimo de la pena, pero si concurren una o más agravantes sin la presencia de atenuantes, se aplicará el grado máximo.

**D.** Si concurren circunstancias agravantes y atenuantes, se podrá compensar su valor de manera racional, graduándolas.

**E.** El Tribunal jamás podrá aplicar una pena mayor o menor a la fijada por la ley, pero tendrá la facultad de aplicar una pena inferior en un grado toda vez que

concurrirán la mayor parte de los requisitos del número 11 del artículo 10 del Código Penal, pero con la limitación de que tal hecho no puede entenderse exento de pena.

Por otro lado, también podría resultar aplicable el artículo 196 ter, artículo que tiene por objeto determinar qué aspecto del inciso tercero del artículo 196 y 195 bis (por su propia remisión) podría resultar aplicable a la Ley N° 18.216, de penas sustitutivas a la privativas de libertad, pero con ciertas modificaciones expuestas a continuación:

**A.** La pena sustitutiva quedará en suspenso por el periodo de un año, periodo en el que el condenado deberá cumplir de manera efectiva la pena privativa de libertad, pena a la que fue condenado.

**B.** No se deberá aplicar el artículo 38 de esta ley, el cual regula aquellos casos de las personas que obtienen una pena sustitutiva y no han sido condenados anteriormente por crimen o simple delito. En este caso se obtendrá un beneficio de que tal condena (que da origen a una pena sustitutiva de libertad) no queda registrada en sus antecedentes. Para asegurar tal efecto se oficiará al oficial del Registro Civil y además en ningún caso la sustitución de la pena privativa de libertad se podrá aplicar la sustitución o suspensión de multas, comiso e inhabilitación impuesta.

En cuanto a la individualización judicial, en suma, el artículo 195 bis respecto al delito de negativa injustificada, este asunto cuenta con sus propias reglas, así se encuentran:

**A.** No se aplicarán las reglas comunes contempladas en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal. En cambio, sí se podrán aplicar otras reglas, donde el mínimo de la pena de presidio sea menor en su grado máximo toda vez que concurren dos o más atenuantes sin agravantes, y se deberá aplicar el máximo cuando concurren agravantes sin atenuantes. Concurriendo ambas circunstancias, se debe compensar racionalmente en atención a la regla general, considerándose entonces el único caso en que el juez puede aplicar una pena distinta a la señalada por la ley toda vez que concurren la mayor parte de los requisitos de la eximente del número 11 artículo 10, pero debido a su **no concurrencia** completa, no se puede entender exento de pena.

**B.** Se aplicará la ley de penas sustitutivas de libertad, pero con la presencia de algunas modificaciones, las cuales consisten suspender la pena sustitutiva y hacer aplicable la privativa de libertad durante el periodo de un año y, no aplicar un

beneficio solo a aquellas personas que han obtenido tal pena sin condenas anteriores y que consiste en que no quede registrada la condena.

Estas reglas tienen la diferencia de ser específicas para el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo influencias de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. Junto con ello, se aplica de modo especial la ley de penas sustitutivas de las privativas, en estos casos el sujeto debe cumplir un año de privación de libertad, aunque haya obtenido este beneficio de penas sustitutivas. No se podrá aplicar en cambio el beneficio de omitir la condena en los antecedentes al no haber sido anteriormente condenado por un crimen o simple delito. En otras palabras, en el delito de negativa injustificada, donde el sujeto resulta responsable de tal ilícito, aun cuando obtenga una pena sustitutiva, tal condena quedará registrada en sus antecedentes, cuestión que lo pone en una sustitución desmejorada y arbitraria en cuanto a la regla general de los sujetos. Esto se debe a que el sujeto se niega a realizarse los exámenes en el ámbito de aplicación de la Ley N°20.770, comparándolo con aquel autor de delitos de lesiones fuera del ámbito de aplicación de la Ley Emilia. Si ambos obtienen la pena sustitutiva de libertad, si la persona considerada responsable del hecho se niega a someterse determinados exámenes dentro del contexto de la Ley Emilia. Así, obtendrá la pena sustitutiva pero solo por el periodo de un año, el cual deberá cumplir efectivamente con la pena privativa de libertad, además tal condena quedará registrada en sus antecedentes, situación que no ocurrirá con el sujeto responsable de las lesiones provocadas a otro fuera del ámbito de la Ley 20.770.

Para finalizar este apartado, resulta sumamente relevante ahondar en los problemas en específico que supone la especial individualización de la pena judicial, en cuanto a que tal parámetro contraviene diversos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, como son; principio procesal de la certeza jurídica, de la igualdad y racionalidad jurídica. Esto porque no puede resultar conveniente sino más bien arbitrario que dentro de un mismo ordenamiento jurídico preexistan dos o más reglas que tengan por fin determinar la aplicación de la pena a un caso concreto, esto porque los autores o sujetos carecen del conocimiento respecto a la aplicación de la pena por la comisión de su ilícito, hecho que genera diversas diferencias arbitrarias entre sujetos, perdiendo todo rasgo de racionalidad y certeza dentro del sistema jurídico.

En suma, los problemas que expone el artículo 195 bis con respecto a la individualización judicial de la pena suponen; en primer lugar, la errónea existencia de reglas especiales para la determinación de la pena al caso concreto ya que esto genera diversas posibles penas judiciales aplicables a dos distintos autores del ilícito

aun cuando estos pudieron haber causado el mismo daño siendo ambas consecuencias de una negligencia. Esto cobra relevancia toda vez que se presenta un caso de privación de libertad en cuanto podría habersele aplicado una medida cautelar o sanción legal diversa; en segundo lugar, es sumamente preocupante que se establezcan diferencias arbitrarias entre los individuos, situación que parece contradecirse con el primer punto pero que es por lejos relevante cada vez que se expone un caso de privación de libertad del condenado; en tercer lugar se expone el problema particular sobre la forma de aplicación de la Ley N° 18.216, la cual regula las penas sustitutivas de la privación de libertad. Tal precepto legal, modifica su aplicación en materias de sumo interés ya que perjudican al imputado por la Ley Emilia, tal sujeto deberá de forma obligatoria cumplir una pena privativa de libertad por un periodo de tiempo equivalente a un año, la cual adicional a lo anterior quedará registrada en sus antecedentes cuando no han sido condenados anteriormente por crimen o simple delito. Se modifica así la regla general resultando perjudicial para el imputado, exponiendo en este ámbito una clara diferencia arbitraria carente de legitimación y fundamentos racionales para su establecimiento.

### **2.2.3 Del problema de los concursos de delitos.**

Respecto del inciso tercero del artículo 195 bis, se puede señalar que se encuentra determinada la aplicación de la pena por la concurrencia del delito al responsable y de un modo conjunto con la que le corresponda por el respectivo delito o cuasidelito, haciendo así aplicable el artículo 74 del Código Penal.

***Artículo 74.** “Al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible<sup>53</sup>”.*

El artículo contempla el denominado concurso real de delitos, donde el culpable de dos o más delitos cumplirá las penas de manera simultánea (de ser posible) o bien, en un orden sucesivo comenzando por la más grave o altas, aun así, las penas de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro se cumplirán luego de otras penas contempladas en la primera escala gradual contenida en el artículo 59 del Código Penal.

<sup>53</sup> código penal. Artículo 74. Diario Oficial de la República de Chile. 17 de noviembre de 1874.

Para poder entender todo este asunto, es necesario comprender que el concurso de delitos es aquella situación que se genera cuando se imputa a una persona la realización del supuesto hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo.

El artículo 74 del Código Penal contempla el concurso real, mientras que el artículo 75 del mismo cuerpo normativo presenta el denominado concurso ideal.

***Artículo 75.** “La disposición del **artículo anterior** no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave<sup>54</sup>”.*

Concurso ideal es aquel generado cuando un solo hecho constituye dos o más delitos ó cuando uno de ellos es necesario para cometer el otro. En estos casos se debe imponer la pena mayor asignada al delito más grave.

Se entiende entonces que el concurso real es aquel en que varios hechos constituyen delitos diferenciables y punibles independientemente mientras que concurso ideal es aquel que se crea cuando un mismo hecho constituye dos o más delitos, adicionando otro tipo de concurso como son, el medial contenido en el artículo 75 del Código Penal que es en definitiva, el supuesto en que un delito sea necesario para la comisión de otro y que a su vez ha sido entendido en que dicha conexión debe ser evaluada en el caso concreto según factores como por ejemplo plan del autor, no debiéndose considerar entonces una simple sucesión temporal.<sup>55</sup>

Ahora, es menester señalar que la pena contenida en el artículo 75 es entendida como más gravosa ya que parte de la jurisprudencia nacional y una doctrina mayoritaria entiende que la idea del concurso ideal y medial previstas en dicho artículo es un beneficio para el responsable, por lo que, sí de su aplicación resulta una pena más gravosa que la que resultaría del artículo 74 se debe aplicar este último artículo.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Ibid. Artículo 75.

<sup>55</sup> Politoff, S; Matus, J.P; Ramírez, M. C (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General (1ª Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Páginas. 447-448.

<sup>56</sup> Ibid. Página. 451.

En lo que respecta al delito de negativa injustificada, al someter a un sujeto a pruebas y exámenes corporales se debe de aplicar el artículo 74 del Código Penal. Tal circunstancia supone que el posible autor tiene participación en un accidente de tránsito que tiene como consecuencia la muerte de la víctima, al mismo tiempo tal autor se niega a la realización de exámenes corporales solicitados, aplicando por ello una pena de presidio menor en su grado máximo. Además, si resultase el autor responsable de la muerte, se aplica la pena correspondiente a un cuasidelito de homicidio, con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio, según se prevé en el artículo 490 del Código Penal, tal pena equivale a un periodo que va desde los 61 días hasta los 3 años de privación de libertad. Esto sería cuestionable ya que surge la duda de si realmente es posible considerar que se está en presencia de un concurso real y que se trate de diversos hechos que deriven de distintos tipos penales, o bien, si nos este hecho se encuadra mejor en un concurso ideal donde un solo hecho es constitutivo de dos o más delitos.

En respuesta a esta interrogante resulta necesario comprender qué acción sería considerada como única acción. Así, si se toma como acción delictual de causar lesiones, muerte o daños patrimoniales junto con la negativa injustificada de someterse a pruebas y exámenes corporales, esta acción le es completamente ajena y distinta al tipo penal. Ya que esta acción se posiciona en una etapa posterior y como modo de defensa del autor, con el propósito de proteger su privacidad y libertad. Se considera entonces completamente injustificado el hecho de penalizar la negativa de someterse a determinados exámenes, porque como ya se señaló ellos responden a una forma de defensa voluntaria del autor.

Diego Falcone, especialista en Derecho Penal, elabora una teoría que resulta sumamente aplicable a este caso concreto, donde el bien protegido con el delito de negativa injustificada aplica respecto a la autoridad. En esta teoría si se está en presencia de un concurso real, caso en el cual sería completamente aplicable el artículo 74 del Código Penal.<sup>57</sup> El bien jurídico protegido en este caso (si se produce muerte o lesiones a la víctima) es la vida y la integridad, razón por lo cual, si el autor del accidente se niega a la realización de pruebas o exámenes corporales, vulnera dos bienes jurídicos protegidos por el legislador responsabilizándose por dos tipos penales distintos: la integridad física de la víctima al causar diversas lesiones producto el accidente y vulnerar el respeto a la autoridad pública toda vez que se niega de un modo injustificado la realización de exámenes corporales.

<sup>57</sup> Falcone Salas, D. (2015). El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online] (Número 44)*. Valparaíso, Chile. Disponible en [www.rdpucv.cl](http://www.rdpucv.cl). Página 65.

Tal teoría plantea una nueva idea que está impuesta desde una perspectiva muy distinta, porque considerar que el delito de negativa injustificada a someterse a determinadas pruebas o exámenes corporales contempladas en el artículo 195 bis de la Ley 20.770, puede subsumirse dentro del caso doctrinal de concurso aparente de leyes por aplicación del principio de especialidad. Esta nueva circunstancia hace inaplicable los artículos 74 y 75 del Código Penal.

Un concurso aparente de leyes es el resultado que se obtiene aplicando un criterio de especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad, el cual se genera aplicando un principio base en Derecho Penal, la non bis in ídem. Este último principio se basa al mismo tiempo en ciertas materias, tales como especialidad, subsidiariedad y alternatividad. Cuando en dos o más normas se genera entre ellas una concurrencia y una relación lógica que implique considerar necesariamente dos o más veces un mismo elemento de hecho relevante y común a todas las normas. Junto con la non bis in Idem también se debe considerar el principio de la insignificancia, el cual apunta al criterio de la consunción, donde la concurrencia de las normas genera un supuesto hecho del tipo penal que “absorbe” a otro tipo penal a raíz de la insignificancia del último. Lo anterior parece no ser sancionado de manera justificada perdiendo todo significado autónomo ya que existen otros hechos acompañantes que hace perder todo significado.

El concurso aparente de leyes se basa en el principio de la especialidad, esto porque en tal concurso existen dos normas, una de tipo especial y una de carácter general. La primera contiene todos los elementos de la norma general adicionando uno de carácter especial<sup>58</sup>. Por tal motivo es que no se puede señalar la aplicación de ambos preceptos legales ya que de otro modo se atenta contra el principio Non bis in ídem, juzgando y sancionando dos veces al autor por el mismo hecho, una vez por aplicación de la norma general y otra por aplicación de la ley especial, que como ya se señaló contiene el precepto general y uno especial.

Además, no se debe dejar de señalar que resulta también aplicable el criterio de especialidad al delito regulado por el artículo 195 bis, precepto legal que tiene relación con los delitos de daños, lesiones graves, gravísimas, todas ellas previstas en el artículo 397 número 1 del Código Penal, o bien, generen la muerte de una persona, ya que el delito de negativa injustificada regula como parte importantísima el tipo penal, el resultado producido, siendo entonces el delito el que se castigará de

<sup>58</sup> Politoff, S; Matus, J.P; Ramírez, M. C (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General (1ª Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Página. 457.

manera autónoma por el resultado, quedando entonces este subsumido dentro del delito especial de negativa injustificada.

Los especialistas Ramos y Mardones consideran que este artículo no cumple el objetivo de “incentivar la realización de exámenes corporales para detectar la presencia de alcohol o sustancias psicotrópicas en el organismo”. Tal opinión se apoya en artículo 196 de la Ley de Tránsito, considerando que en base a tal artículo es conveniente negarse a la realización de exámenes corporales en aquellos casos donde el sujeto efectivamente se encuentra bajo las influencias del alcohol o determinadas sustancias, porque la pena para el delito de negativa injustificada es más baja que la prevista en el artículo 196 para el caso de producir los mismos daños y bajo el mismo efecto. Esta parece la hipótesis correcta porque en este caso no estaríamos en presencia de un concurso de delitos, no siendo aplicable el artículo 74 del Código Penal.

En consideración a todo lo expuesto anteriormente, el delito contemplado en el artículo 195 bis de ley Emilia contempla una serie de problemas que lo hace atentar contra el principio del non bis in ídem, el cual se caracteriza por prohibir la doble incriminación que implica una nueva persecución por la misma ofensa, previsto en el artículo 1 del Código Procesal Penal, artículo que regula el derecho a un juicio previo y a una única persecución. Lo relevante de este artículo, se encuentra contenido en el inciso segundo de la misma norma, el cual señala que toda persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no pudiendo el condenado ser sometido a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. Los penalistas López y Horvitz, el principio de non bis in ídem es una garantía del imputado frente a la persecución penal del Estado, el que consiste en términos simples en la inadmisibilidad de persecución penal múltiple, ya sea de manera conjunta o sucesiva.

El artículo 195 bis entonces atenta contra la non bis in ídem al hacer aplicable el concurso real de delitos previstos en el ya señalado artículo 74 del Código Penal, esto porque supondría sancionar dos veces el resultado obtenido. Respecto a la negativa injustificada se genera un concurso aparente de leyes, no pudiendo aplicarse el artículo 74 del Código Penal, artículo que contempla el caso del concurso real, porque en este caso en particular no nos encontramos en presencia de un concurso de delitos debiendo aplicar entonces la pena del delito específico de negativa injustificada, previsto en su tipo penal, que regula los resultados de lesiones, lesiones gravísimas y muerte.

### **2.3 Responsabilidad Civil.**

### 2.3.1 De la Responsabilidad Civil y el Artículo 195 bis de la Ley de Tránsito.

El artículo 195 bis, fue una de las mayores innovaciones contenidas en la Ley 20.770, promulgada y publicada en septiembre del 2014. En él se dio origen al delito de negativa injustificada de someterse el autor a determinados exámenes corporales o pruebas respiratorias con el objetivo de determinar si el sujeto se encontraba o no bajo los efectos del alcohol u otra sustancia psicotrópica. Es relevante esto ya que previo a la promulgación de esta ley, la negativa injustificada era solo considerada una presunción legal, la cual era el puntapié inicial para establecer el estado de ebriedad del autor o bien la presencia en su organismo de otra sustancia psicotrópica. Lo anterior se encontraba regulado en el artículo 183 inciso 5 de la Ley de Tránsito<sup>59</sup>.

Antes de comenzar con la explicación de este apartado, resulta sumamente necesario señalar que este nuevo artículo 195 bis no fue introducido en el primer proyecto de ley, sino que fue introducido de manera posterior en diversas sesiones de las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Esto ocurrió porque con el tiempo surgió una necesidad del organismo de tipificar de manera independiente el ilícito que ocurría fuera del lugar del accidente, así como ocurre por ejemplo con la negativa injustificada de someterse a exámenes corporales, otro caso se ve reflejado también en el no prestar auxilio a la víctima o huir del lugar del delito. Por todo lo anterior, se quiso hacer una distinción en cuanto al establecimiento de la pena, la que debía de ser más gravosa siempre que un accidente automovilístico produjese determinados resultados. En este punto resulta relevante exponer la opinión del profesor Jean Pierre Matus, quien expuso su postura a los miembros de la comisión señalando,

*“debería considerarse una ubicación distinta para esta disposición, dentro del título de las penalidades, y distinguir según el resultado final del accidente, a efectos de imponer una pena extra alta si los resultados son muy perjudiciales para terceros, o una pena baja si tal resultado nocivo no tuvo lugar.”<sup>60</sup>*

<sup>59</sup> en la actualidad es posible encontrar en este artículo en diversas páginas de internet, debiendo solicitar en el año de búsqueda una fecha anterior a septiembre del año 2014.

<sup>60</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N°20.770 Modifica la Ley de Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte. Santiago, Chile. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)[consulta 30 de abril de 2020]

Considerando la opinión del especialista en el área, es que se decidió suprimir el inciso quinto del artículo 183, el cual contenía la presunción legal del estado de ebriedad. Así el artículo 195 bis quedó redactado en los siguientes términos:

*“Artículo 195 bis: La negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, será sancionada con multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes.<sup>61</sup>”*

Respecto a aquellos accidentes que sólo produzcan las lesiones comprendidas en el numeral primero del Artículo 397 del Código Penal o bien, que produzcan la muerte de alguna persona, la negativa injustificada del conductor del vehículo al sometimiento de pruebas respiratorias evidenciales, como el popular “alcotest”, o a exámenes científicos previstos en el Artículo 183 de esta ley para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o presencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados así como la dilación de los mismos, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo, unido a una multa que varía desde once a veinte Unidades Tributarias Mensuales, a la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y al comiso del vehículo con que se ha cometido el delito. Todo lo anterior, sin perjuicio de los derechos que pueda ejercer el tercero propietario, el cual podrá hacer valer según las normas generales contenidas en el Código Procesal Penal. Pero, para determinar las penas previstas en tal inciso, se deberá aplicar lo expuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de la Ley Emilia.

*“Artículo 195 bis Inciso Segundo: La pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor conjuntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.<sup>62</sup>”*

Es este punto uno de los más importantes a considerar, porque es aquí donde se contempla el nuevo delito de negativa injustificada, contemplando además diversas medidas o castigos según sean los daños causados a raíz del accidente. Aun así, y sin

<sup>61</sup> Ley N° 18.290. ~~Artículo 195 bis.~~ Diario Oficial de la República de Chile. 7 de Febrero de 1984.

<sup>62</sup> Ibid. Artículo 195 bis.

importar la magnitud del ilícito, el legislador inteligentemente parte de la base de que en todos los casos va a existir una sanción, la cual parte desde una multa unida a la suspensión de la licencia de conducir por un periodo de un mes, subiendo en casos más graves. La figura varía en cambio cuando la víctima presenta algunas lesiones o resulta su muerte, ya que en este caso al autor del impacto se le sanciona a una condena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso de su vehículo.

Previo a la dictación de este artículo, existía a favor de las policías, particularmente Carabineros de Chile, una facultad de someter al conductor a una prueba con el objeto de determinar si se encontraba bajo los efectos del alcohol u otra sustancia psicotrópica o estupefaciente. Tal facultad emanada del Artículo 182 de la Ley de Tránsito. El artículo siguiente, contenía a su vez la facultad de tales funcionarios de acreditar la existencia de las sustancias ilícitas en el organismo del sujeto y la dosificación exacta. El problema de ambos artículos radica en que ellos se encontraban dirigidos a los funcionarios policiales, por lo que el conductor no tenía un deber de conducta de cumplimiento de la norma, ya que, por lógica, tal norma no iba dirigida a él como conductor. Siendo así, la única consecuencia la constitución de una presunción legal de manejo en estado de ebriedad, según regulaba el hoy extinto inciso quinto del Artículo 183 de la Ley de Tránsito.

En la actualidad, se constituye la negativa injustificada como un tipo penal autónomo, pero que se aplica de manera complementaria y conjunta a la pena que se tenga como resultado de la responsabilidad en el delito o cuasidelito.

### **2.3.2 Del desglose del Artículo 195 bis para la determinación de la Responsabilidad Civil.**

#### **2.3.2.1 Inciso primero del artículo 195 bis**

Como ya es sabido, el artículo 195 bis de la ley 20.700 contempla el delito de negativa injustificada. Este delito se aplica cada vez que un conductor se niega sin justificación al sometimiento a determinados exámenes corporales, los cuales son solicitados con el propósito de determinar la presencia de alcohol o sustancias psicotrópicas o estupefacientes por litro en la sangre previstos en el artículo 182 de la Ley de Tránsito. Tal artículo contempla la sanción de una multa que varía entre 3 a 10 unidades tributarias mensuales unido a la suspensión de la licencia de conducir por hasta un mes.



*"Artículo 195. - El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que sólo se produzcan daños, señalada en el artículo 168, será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de la licencia hasta por un mes<sup>63</sup>"*

Ahora bien, el problema que se puede apreciar con la sola lectura de este artículo es comprender qué situación, circunstancia o hecho se entiende por negativa injustificada, ya que este asunto no se encuentra previsto en ninguna norma legal, ni tampoco está definido por la propia Ley Emilia. Sin embargo, el artículo 197 del Código Procesal Penal entrega lo que parece ser la situación más cercana o lo que más se asemeja a este hecho.

*"Artículo 197.-Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiera en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero."<sup>64</sup>*

Esta norma permite al Fiscal o al Policía encargado la posibilidad de que soliciten los respectivos exámenes corporales al imputado o autor del ilícito siempre que éstos dejen constancia que tales exámenes sean necesarios para la investigación. Se determinará que en caso de negativa de quien será objeto de la prueba, será objeto de la prueba, se debe solicitar la autorización judicial, debiendo el autor del ilícito exponer las razones de su rechazo. Así en virtud de esta norma, la que se debe aplicar de manera supletoria frente a la falta de norma general, se puede desprender que el solo hecho de negarse a la realización de exámenes corporales o pruebas científicas sin autorización judicial respectiva constituirá un caso de negativa

---

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> código procesal penal. Artículo 197. Diario Oficial de la República de Chile. 29 de septiembre del 2000.

injustificada. Lo anterior es posible a raíz de la violación de un derecho fundamental, como es por ejemplo la privacidad o la intangibilidad corporal, situación que haría necesaria la correspondiente autorización judicial que garantice de alguna u otra forma la intervención de los funcionarios respectivos. Se podría estimar entonces que para que proceda una negativa injustificada esta debe ser respaldada por una autorización judicial, porque los funcionarios policiales no podrían considerarla como tal sin la autorización. Esto ocurre de tal forma porque una vez dada la orden judicial, si el autor aún se niega a la práctica de los exámenes, se estaría en presencia del delito, previo a la orden judicial no son compatibles los artículos 197 del Código Procesal Penal con el 195 bis de la Ley Emilia, haciendo inaplicables ambos.

La negativa del sujeto acusado frente a la existencia de una orden judicial que autorice la realización de los mismos da lugar a la negativa injustificada, no configurándose los supuestos del delito con anterioridad a contar con esta autorización judicial, porque en este último caso su negativa no podría configurarse como justificada.

Diego Falcone, señala que la conducta típica en este delito es la negativa, una negación que requiere un requerimiento previo de una autoridad, pero esta autoridad debe ser sólo un Carabinero de Chile o un fiscal, según reza el artículo 182 de la Ley del Tránsito; además y debido a la remisión en específico que se realiza a este artículo, la negativa injustificada contemplada en el inciso primero del 195 bis, sería aplicable solo para la negativa a pruebas respiratorias u otros exámenes corporales científicos, pero no abarcaría al conocido alcotest porque tal prueba tendría su propia regulación en el artículo 184 de la Ley de Tránsito<sup>65</sup>. En otras palabras, para el autor existiría en esta materia una suerte de vacío legal ya que claramente el legislador tenía la sola intención de condenar o castigar el caso de negativa injustificada siempre que se trate de exámenes que busquen determinar la presencia de alcohol y/o sustancias psicotrópicas o estupefacientes en el organismo. La postura de Diego Falcone se fundamenta en el artículo 182 de la Ley de Tránsito, norma que fue introducida en el año 2012 gracias a la elaboración de la Ley de Tolerancia Cero, la cual contempla la facultad que tiene Carabineros de Chile de someter al conductor a determinadas pruebas. Así también se señala expresamente que una prueba respiratoria denominada alcotest, será el mecanismo que regulará la cantidad de alcohol en la sangre del sujeto, mientras que el examen de

---

<sup>65</sup> Falcone Salas, D.(2015). El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online] (Número 44)*. Valparaíso, Chile. Disponible en [www.rdpucv.cl](http://www.rdpucv.cl). Páginas 142-170.

alcoholemia es un examen corporal propiamente tal que se aleja del respiratorio, el que debe ser realizado en algún recinto de salud y que al ser un examen de sangre este no encaja en lo previsto en el artículo 183 de la Ley de Tránsito porque este artículo no lo menciona.

Siguiendo esta postura que parece ser la más apropiada, es primordial entender las diferencias entre un alcotest y un examen de alcoholemia. En primer lugar, el alcotest es una prueba respiratoria que mide la presencia de alcohol en el pulmón, mientras que el examen de alcoholemia es realizado por un médico especialista y mide la presencia de alcohol en la sangre. Lo importante no es si esta distinción se hace o no se hace en este artículo, sino que radica en los diversos cuestionamientos que giran en torno al alcotest, esto porque en la actualidad hay pruebas fehacientes que demuestran diferencias sustanciales en los resultados del examen respiratorio y examen de sangre realizados en una misma persona. Eso ocurrió por ejemplo con la conocida actriz nacional Daniela Ramírez, quien arrojó en el alcotest 3.39 gramos de alcohol por litro en la sangre, pero en los posteriores exámenes de alcoholemia la cantidad de alcohol por litro en la sangre se redujo a 1,6. Frente a tal circunstancia, los especialistas han señalado que ambas pruebas muestran valores similares, pero la única diferencia entre ambos es que la alcoholemia tiene valor jurídico mientras que el alcotest carece de valor legal.<sup>66</sup> Sin embargo y pese a la postura de los especialistas, no existe realmente una norma legal que disponga que un examen tenga valor legal ni que otro carezca del mismo, pero en la práctica es el tribunal quien considera todas las pruebas que estime pertinentes para probar los hechos que se investigan, no siendo aplicable entonces la postura de Diego Falcone en este punto ya que existiría un vacío legal, y esto ocurriría porque no resulta relevante la circunstancia de que no se contemple específicamente el examen de alcoholemia porque tanto este como el alcotest son pruebas que tienen un objetivo, cumpliéndolo a cabalidad por sí mismo, siendo el alcotest la prueba más utilizada no por su eficacia sino por su rapidez. Si es más eficaz o no que la prueba sanguínea no es objeto de esta investigación, pero en la actualidad algunos especialistas del área de la salud se han encargado de debatir respecto a este punto.

En síntesis, el inciso primero del artículo 195 bis de la Ley Emilia enseña que para poder constituir el delito es necesario un requerimiento de un funcionario competente para la ejecución de los exámenes previstos en el artículo 182. Además

---

<sup>66</sup> Cooperativa, radio. (23 de octubre de 2012). Para entender las diferencias entre alcoholemia y alcotest. *Cooperativa.cl*. Disponible en <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/alcohol/para-entender-las-diferencias-entre-la-alcoholemia-y-el-alcotest/2012-10-23/113345.html>. [consulta: 10 Abril 2020].

se requiere una negativa injustificada por parte del presunto autor y que tal negativa debe ser respecto a una autorización judicial porque sin este último requisito la negativa del sujeto no puede ser considerada como injustificada por Carabineros de Chile, ya que como se señaló el artículo 195 bis de la Emilia ni ninguno de Ley de Tránsito contempla una definición de negativa injustificada, haciendo aplicable en subsidio entonces el artículo 197 del Código Procesal Penal, el cual contempla la posibilidad que tienen las policías de realizar los exámenes corporales, quienes deberán requerir de autorización judicial cuando el sujeto se niega a su realización.

### **2.3.2.2 Inciso segundo del artículo 195 bis**

El inciso segundo comienza así,

*“En caso de accidentes que produzcan lesiones de las comprendidas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la negativa injustificada del conductor que hubiese intervenido en ellos a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el [artículo 183 de esta ley](#) para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o la presencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados, o la dilación de su práctica con ese mismo efecto, serán castigadas con la pena de presidio menor en su grado máximo, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.<sup>67</sup>”*

El inciso segundo recién expuesto contempla una figura calificada para aquellas situaciones en las que se produzcan las lesiones reguladas en el numeral primero del artículo 397 del Código Penal, ósea se refiere a *“las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o*

<sup>67</sup> ley N° 18.290. Artículo 195 bis. Diario Oficial de la República de Chile. 7 de febrero de 1984.



*notablemente deforme*”, o se produce la muerte de la víctima, en que la negativa injustificada de parte del conductor que ha intervenido en el accidente, al sometimiento a determinados exámenes corporales con el objeto de determinar la dosificación de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el organismo o la alteración de resultados o la dilación de sus prácticas con el mismo propósito, siendo todo esto sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo, lo que equivaldría a un periodo que va desde 3 años hasta los 5 años y un día, además de una multa que va desde las 11 y hasta las 20 Unidades Tributarias Mensuales junto con la inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados y el comiso del vehículo en el que se cometió el delito. Además, se determina la pena en el caso concreto de acuerdo con las nuevas reglas contenidas en el artículo 196 bis y 196 ter de la Ley de Tránsito.

El primer problema que plantea este inciso es que establece que la figura calificada apareja una pena privativa de libertad, esto se debe comparar con el principio de culpabilidad.

Como ya se ha señalado anteriormente, autores como Matus, Politoff y Ramírez señalan que la culpabilidad es un elemento necesario para poder imputar la pena al autor del ilícito, siendo esto un reproche al sujeto que pudiendo obrar de manera lícita, ha decidido hacerlo de forma contraria a la ley.

Para poder configurar la culpabilidad, es necesario la concurrencia de algunos elementos positivos, como el dolo, ósea lo que el sujeto sabía y conocía; la culpa, entendida como aquella imprudencia o negligencia, lo que el sujeto pudo haber previsto o evitado. Además, se requiere de otros elementos negativos que se dan por supuestos respecto de los cuales el autor debe demostrar su existencia, ósea que no haya existido una causal de inimputabilidad como por ejemplo un estado de necesidad; que no haya existido un error de prohibición que impidiera al hechor comprender la antijuridicidad de su conducta y haya creído actuar de manera lícita, que no haya existido una causal de inexigibilidad de otra conducta. Así la figura calificada contemplada en este inciso segundo del artículo 195 bis de Ley Emilia, podría ser aplicable a cualquier conductor que resulta responsable, ocurre así porque si se miran las reglas de culpabilidad y causalidad, estas podrían generar una situación injusta, pudiendo aplicarse al conductor que se ha visto involucrado sin ser el titular, sino que por alcance, pero que, al igual que el titular se niega a realizarse estos exámenes corporales o pruebas científicas por cuya negativa está expuesto a una pena privativa de libertad que fluctúa entre 3 años y 5 años y un día. Sin embargo, es necesario interpretar este artículo en consideración a los principios del Derecho Penal, entendiendo que esta figura calificada depende



de un resultado que se produce, no podría aplicarse al sujeto afectado por ese resultado, pero si pudiera darse el caso de un accidente que involucra varios automóviles y aquellos conductores que se niegan a someterse a los exámenes corporales que se les requiere sean condenados en base a un resultado producido que no ha dependido de ellos.

Es justamente en este punto en el que se produce el problema en lo que respecta al principio de culpabilidad, el cual debiese de ser entendido según el principio de la legitimidad, por lo que aplicar la figura calificada al sujeto que no haya previsto las consecuencias de su actuar sería según ley toda vez que pudiendo haber actuado el sujeto de un modo diverso, este no lo hizo.

Respecto a la inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados así como la pena privativa de libertad se puede señalar que ambas situaciones reposan en la idea de sancionar a mayor escala los daños más grandes ocasionados por el autor, porque es justamente en aquello en lo que reposan los pilares fundamentales de la Ley Emilia “la penalidad será mayor en atención al resultado negativo causado” el resultado más gravoso es claramente la muerte del ofendido o las lesiones previstas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal, y son más gravosas porque suponen una modificación completa de la vida que llevaba la víctima hasta antes del accidente. En este punto lo cierto es que tanto los especialistas, profesores y doctores en derecho han estado contestes en lo que se refiere el artículo, razón por la cual se considera innecesario indagar más allá de lo ya expuesto.

Sin embargo, una situación diversa ocurre con la aplicación de la pena y la individualización judicial de la misma, ya que con la entrada en vigencia de la ley 20.770, se aplican nuevas reglas de individualización, las que se encuentran previstas en los artículos 196 bis y 196 ter de la Ley de Tránsito.

El primer artículo, el 196 bis establece:

**“Artículo 196 bis-** *Para determinar la pena en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y, en su lugar, aplicará las siguientes reglas:*

*1.- Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla.*



2.- Si, tratándose del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

3.- Si, tratándose del delito establecido en el inciso cuarto del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se dividirá por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.

4.- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5.- El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley. Con todo, podrá imponerse la pena inferior en un grado si, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 del Código Penal, concurren la mayor parte de sus requisitos, pero el hecho no pudiese entenderse exento de pena.”<sup>68</sup>

Cómo es posible apreciar, la norma señala las reglas fundamentales de individualización de la pena en el caso concreto, de modo que si tales circunstancias sean atenuantes o agravantes no concurren, el Tribunal no podrá recorrer toda la extensión de la pena; mientras que si concurren atenuantes y agravantes en un mismo hecho, ellas se compensarán las unas con las otras graduando su valor, no pudiendo el Tribunal imponer una pena mayor o menor a la establecida por el legislador en el marco legal. La una excepción a la norma anterior ocurre cuando se presentan en un mismo hecho ilícito una mayoría notable de requisitos eximentes del numeral 11 del artículo 10 del Código Penal, sin quedar exento de pena en caso alguno.

En lo que se refiere al artículo 196 ter, este señala:

**“Artículo 196 Ter-** Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N<sup>o</sup>

---

<sup>68</sup> Ibis. Artículo 196 Bis.



*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.*

*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 implica la sustitución o suspensión del cumplimiento de las multas, comiso e inhabilitaciones impuestas”.<sup>69</sup>*

Por su parte, esta norma hace aplicable las penas sustitutivas de libertad a una pena privativa prevista en la ley 18.216, con la sola excepción del artículo 38 de dicha ley, el cual señala que todo sujeto condenado por primera vez a una pena y que no cuenta con antecedentes previos, y que le fue concedido el beneficio de pena sustitutiva, adquiere por aquella sola circunstancia el derecho de que su condena no quede registrada en sus antecedentes, debiendo oficiar al Registro Civil para tales efectos. Respecto a los imputados bajo la Ley Emilia, este beneficio no aplica y de todos modos se deberá registrar su condena sin adquirir el derecho/beneficio previamente señalado. En lo que se refiere a las penas sustitutivas aplicables a las privativas, la ley Emilia establece otra modificación; se hace aplicable la pena privativa, al tiempo en que la sustitutiva quedará en suspenso por el periodo de un año, periodo en el que el condenado por el ilícito deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad a que fuere condenado. Esta sustitución de pena no afectará al cumplimiento de multas, comisos e inhabilitaciones impuestas. El problema que se plantea es ¿Dónde se imputa este año de cumplimiento efectivo de la pena? Una primera postura plantea que el tiempo se debe imputar al cumplimiento efectivo, mientras que una segunda postura establece que este periodo de tiempo se debe aplicar de un modo independiente, de manera adicional a la condena final. Como resultado de ambas posturas es necesario entender que este año de cumplimiento efectivo se imputa a la pena sustitutiva porque de lo contrario resultaría injustificado y excesivamente gravoso, porque el propósito de la pena sustitutiva es evitar la privación de libertad, y toda vez que se aplica la Ley Emilia ya se está desvirtuando su misión y esencia porque sin importar si el sujeto tenía el privilegio de la pena sustitutiva, deberá cumplir de manera obligatoria con privación de libertad, situación que cambia toda vez que la ley en cuestión no es aplicada.

---

<sup>69</sup> Ibid. Artículo 196 Ter.

Esta última diferencia entre la ley 20.770 y otra distinta resulta arbitraria porque los daños ocasionados pueden ser similares en dos situaciones que se rigen por dos leyes distintas, pero el resultado se convierte automáticamente más gravoso para aquel autor que interviene en una situación que hace aplicable a la Ley Emilia.

En lo que respecta finalmente al principio de culpabilidad, este inciso del artículo 195 bis presenta diversas dificultades en lo referido a la individualización judicial de la pena y a su futuro cumplimiento, situaciones que serán expuestas en los apartados particulares referidos al Principio de la Proporcionalidad.

### **2.3.2.3 Inciso tercero del artículo 195 bis**

El último inciso de este artículo regula,

*“La pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor juntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.”.*

Así, en esta última parte de la norma se regula que se aplicará a las figuras contempladas en los dos incisos anteriores, al tiempo en que se señala que la determinación de la pena prevista de manera general en el artículo 195 bis se deberá aplicar de manera conjunta a la que corresponde por la responsabilidad del delito o cuasidelito respectivo, haciendo aplicable el artículo 74 del Código Penal, el cual establece que al culpable de dos o más delitos se le deberán imponer todas las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, penas que deberán cumplirse de manera simultánea (si esto es posible) o bien de manera sucesiva desde la pena mayor a la menor.

La última parte del inciso tercero presenta dudas respecto a la verdadera y correcta aplicación del artículo 74 porque esta norma tiene estrecha relación con el concurso de delitos tal como se abordó en el punto anterior en el apartado “De la responsabilidad Penal”.

### **2.3.3 Análisis general del artículo 195 bis**

Finalmente, de manera general el artículo 195 bis contempla dos figuras, en ambas el sujeto activo es el conductor, el cual es definido por el propio legislador en el artículo 2 de la Ley de Tránsito en su número 9.

*“Artículo 2.-Para todos los efectos de esta ley, las palabras o frases que se indican a continuación tendrán el siguiente significado: [...]*

*Nº9, Toda persona que conduce, maneja o tiene control físico de un vehículo motorizado en la vía pública; que controla o maneja un vehículo remolcado por otro; o que dirige, maniobra o está a cargo del manejo directo de cualquier otro vehículo, de un animal de silla, de tiro o de arreo de animales;<sup>70</sup>”*

En consideración a la definición dada por la propia Ley de Tránsito, el conductor es toda persona que tiene control físico sobre su vehículo, sin ser relevante si este es motorizado o no. Esto es de suma relevancia ya que, según lo visto, el delito de negativa injustificada es también aplicable a los ciclistas que se pueden ver involucrados en accidentes de tránsito y que se niegan a la realización de exámenes corporales. Lo que, si es necesario distinguir respecto a los ciclistas, es el hecho de que queda a criterio del Carabinero que acude al lugar del accidente, el solicitar la realización de estos a las personas involucradas en el accidente, cosa que no ocurre en los accidentes provocados por vehículos motorizados ya que en ellos siempre se debe solicitar el examen al conductor. En consecuencia, una vez que el policía determine a quien se le va a tomar el examen, será posible determinar si le aplica la Ley Emilia o no.

En este punto de este estudio, resulta sumamente importante citar a diversos especialistas en el área, tales como César Ramos o Fernando Mardones, quienes son claros en señalar que el artículo 195 bis no logra obligar al eventual responsable de un delito de manejo en estado de ebriedad al sometimiento de pruebas sanguíneas o respiratorias u otros exámenes que tengan por objeto determinar la cantidad de alcohol u otra sustancia psicotrópica o estupefaciente en la sangre, porque la pena prevista en el ya comentado inciso primero, cuando se causan lesiones menores trae aparejado una pena menor a la del delito de manejo en estado de ebriedad causando los mismos resultados, ya que en este último caso la pena asignada es la de presidio menor en su grado medio, una multa que va desde los 2 a las 4 Unidades Tributarias Mensuales y la suspensión de la licencia de conducir por periodos que van desde los 36 meses y hasta los 5 años. La figura

---

<sup>70</sup> Ibid. Artículo 2.



cambia si ocurren las consecuencias previstas en el artículo 397 numeral primero del Código Penal o bien si produce la muerte del ofendido, porque ahora las penas son más fuertes a las asignadas cuando se obtiene el mismo resultado en caso de negativa injustificada a someterse a determinados exámenes corporales. Mirándolo desde esta nueva perspectiva podría resultar mucho más conveniente que al autor del ilícito se le impute la circunstancia de negarse a la realización de exámenes corporales ya que así obtendría una pena menor a la que le corresponde primeramente por encontrarse bajo los efectos del alcohol<sup>71</sup>.

Pese a lo expuesto no es posible dejar de considerar lo que regula el inciso tercero del mismo artículo 195 bis, porque la pena del delito de negativa injustificada se debe aplicar de manera conjunta con la pena que pueda aplicar al sujeto por el cuasidelito o delito, obteniendo como resultado una mayor condena total por el delito de negativa injustificada y el respectivo delito; mientras que aquella pena por causar determinadas lesiones bajo los efectos del alcohol u otra sustancia ilícita trae como consecuencia la sola aplicación del artículo 74 del Código Penal por un concurso real de delitos, según se analizó anteriormente.

Otro autor que se refiere a este punto es Jonathan Valenzuela, quien redacta un informe en derecho para la Defensoría, donde expone y establece como “injustificada la inclusión de una figura delictual como la del artículo 195 bis”<sup>72</sup>. Tal opinión se funda en que no existe fundamento que justifique acuerdo a los derechos de los que goza el imputado, como por ejemplo la no autoincriminación, presunción de inocencia, derecho a guardar silencio, entre otros. Así tampoco se justifica el principio procesal de inclusión de prueba ya que tal principio admite los límites de los derechos fundamentales con los que cuenta el acusado, también es relevante mencionar el sistema acusatorio chileno, el cual se basa en una idea de defensa estratégica del imputado en la que reposa la prueba a cargo del Ministerio Público, quien será el encargado de desvirtuar la presunción de inocencia.

Finalmente, el especialista Diego Falcone considera que el único motivo que tiene nuestro legislador para sancionar e incriminar este comportamiento es el interés funcional presente, el cual solo existe para facilitar la obtención de prueba respecto a la concentración de alcohol en el organismo del conductor.

<sup>71</sup> Ramos Perez, César; Mardones Vargas, Luis. (2014). Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.770 a la Ley de Tránsito y al Decreto Ley N° 321 (Minuta N°15). *Departamento de estudios y proyectos de la Defensoría Nacional*. Santiago, Chile.

<sup>72</sup> Valenzuela Saldías, J.(2015). 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 Penal Pública (Minuta N°1). Santiago, Chile.

Por otro lado, también el autor considera que el bien jurídico protegido con la negativa injustificada es el Principio de Autoridad, por lo que tal delito sería solo considerado uno de desobediencia a la autoridad porque considerando una doctrina española, las alternativas sólo serían:

1. delito de desobediencia
2. delitos contra la vida y/o contra bienes de carácter individual
3. delito pluriofensivo
4. delito contra la administración de justicia.

De modo que se descarta que el sujeto con la negativa pueda afectar a otros bienes jurídicos, porque al negarse el conductor a realizar estas pruebas, no afectará tal circunstancia la vida o la propiedad de terceros, sino más bien esta afectación se produciría en otro momento según afirma el artículo 195 bis, que señala que debe aplicarse de manera conjunta por el respectivo delito o cuasidelito, lo que hace aplicable en subsidio el artículo 74 del Código Penal.

Diego Falcone por su parte y basándose en el mismo artículo 74 en consideración a los bienes jurídicos protegidos, resulta a su juicio más que evidente que ellos son de distinta naturaleza, porque de lo contrario, el concurso real de delitos debiese de acogerse, en un inicio a la regulación prevista en el artículo 351 del Código Procesal Penal, norma que regula la reiteración de crímenes y simples delitos que son de la misma especie, entendiéndose como aquellos delitos que afectan a un mismo bien jurídico.<sup>73</sup> En otras palabras, tomando en consideración el delito de negativa injustificada como un delito que emana del principio de autoridad, resulta correcto entonces aplicar el artículo 74 del Código Penal, y la pena asignada al delito o cuasidelito de lesiones sea aplicada de manera conjunta con la pena de la negativa injustificada; distinto es aquella situación en la que se considera que el delito de negativa injustificada afecta a otros bienes tales como la vida o la integridad, no se podría aplicar el artículo 74 del mismo código porque no estaríamos en presencia de un concurso real de delitos ya que en este caso se trataría de los mismos bienes jurídicos los cuales son afectados siendo por tanto imposibles de penalizar dos veces una misma conducta.

#### **2.3.4. De los exámenes corporales a los que hace alusión el artículo 195 bis**

<sup>73</sup> Falcone Salas, Diego. (2015). El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online] (Número 44)*. Valparaíso, Chile. Disponible en [www.rdpucv.cl](http://www.rdpucv.cl). Páginas 45-47.

La expresión exámenes corporales se menciona en reiteradas oportunidades en el artículo 195 bis. Algunos autores sin embargo, hacen una distinción de lo que se entiende como exámenes corporales, así como Horvitz y López consideran que primero hay que distinguir una inspección de un registro, así las intervenciones corporales son todas las medidas investigativas que se realizan sobre el cuerpo de una persona, siempre que suponen un reconocimiento externo del mismo o bien la extracción desde el interior de sus elementos que sirvan para proporcionar información sobre las personas o elementos incorporados al mismo, lo anterior con el propósito de descubrir circunstancias relevantes que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable<sup>74</sup>.

Sobre las inspecciones y los registros corporales, el artículo 89 del Código Procesal Penal señala que se podrán realizar exámenes sobre las vestimentas del delito, y para tal función se considerará a personas del mismo sexo del imputado, confeccionado todas las piezas que sean consideradas con la correcta ejecución de la diligencia.

En lo que respecta a las investigaciones y exámenes corporales propiamente tal, el artículo 197 del mismo Código se señala que pueden realizarse exámenes al imputado u ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico como es por ejemplo la extracción de sangre, los cuales pueden ser aplicables siempre y cuando no generen un menoscabo para la dignidad y salud del sujeto que debe de someterse a ello. Si por algún motivo, la persona se siente afectada con tales exámenes o se niega a realizarlos, se debe solicitar de manera obligatoria una autorización judicial donde se expongan los motivos de la negativa.

En todo lo anterior no hay discusión alguna, sin embargo, el punto de inflexión se da toda vez que se pregunta si para la realización de tales pruebas es necesaria la coacción, en el caso de ser admitida y autorizada por el Juez de Garantía respectivo. Algunos autores consideran que la autorización judicial sólo permite a los funcionarios competentes a la aplicación de ciertas medidas que permiten aplicar el examen, pero que jamás obligan al sujeto a la realización de estas, informando al sujeto las consecuencias que derivan de su negativa, prohibiendo en todas sus formas la coacción física. Esta postura parece ser la más racional ya que ninguna persona puede ser obligada, presionada o coaccionada a someterse a algunos exámenes, por lo que la consecuencia jurídica por su negativa no tiene aparejado una obligación jurídica de realizarlos sino más bien una pena aplicable, porque el

<sup>74</sup> Horvitz Lennoñ, M.I; López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno* (Tomo I). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Página 96.

examen consiste en una prueba judicial la que a su vez encuentra un límite en su obtención, el cual resulta ser los derechos fundamentales del acusado.

Respecto a los límites de la obtención de la prueba, en cualquier etapa del procedimiento, principalmente en la etapa investigativa o en la etapa de juicio, es indispensable incorporar los exámenes corporales como prueba. Los límites entonces se encuentran dados por el respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, comprendiendo algunas garantías constitucionales dentro de estos límites como por ejemplo el principio de proporcionalidad, el principio de no autoincriminación, el derecho a no prestar declaración bajo juramento, el derecho a guardar silencio, la posibilidad de renunciar a este último derecho pero bajo las condiciones previstas por el propio legislador, la prohibición de realizar ciertos actos violentos en contra del imputado, entre otros.

En este punto Asencio Mellado considera que, si bien el imputado no tiene la obligación de colaborar activamente en su condena, si puede ser obligado a soportar pasivamente, esto es, sin exigirle colaboración activa, actos que recaigan en su persona o bienes<sup>75</sup>.

Para Horvitz y López, los exámenes corporales no atentarían contra el principio de no autoincriminación sino más bien se vería afectado el artículo 19 n<sup>o</sup>4 de la Constitución Política de la República, porque se atentaría contra la privacidad, porque según ellos mismos señalan, este derecho es el que más entra en conflicto con la persecución penal, ya que limita la actividad del Estado en cuanto a investigar delitos y evita que estos puedan interceptarse libremente. De manera que, entre mayor sea el grado de privacidad garantizado, mayor será el reconocimiento a la libertad de los sujetos.

En lo que se refiere al artículo 197 del Código Procesal Penal, señala que se puede realizar exámenes corporales toda vez que la persona a quien se le ha de realizar el examen así lo permita, o bien no prestando su autorización, se obtenga una autorización judicial de manera subsidiaria, bajo la premisa de que tal examen no atente contra la integridad física o psíquica del interesado. Quedará entonces a criterio del juez competente determinar si la realización de aquel examen supone un menoscabo para la persona o no, con la sola excepción del examen de sangre, el cual presenta una expresa regulación legal en el propio artículo 197.

---

<sup>75</sup>Horvitz Lennon, M.I; López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno* (Tomo I). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Páginas 94-95.



*“Artículo 197.-Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercebida de sus derechos, consintiera en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite”.<sup>76</sup>*

Los especialistas Horvitz y López consideran que tras la autorización del Juez de Garantía y frente a la negativa del interesado el examen corporal no podría realizarse porque se trataría de un caso que iría contra la prohibición de tratos inhumanos y degradantes y la no utilización de la fuerza física. Pero, esto encuentra una variante en lo que respecta a la inspección de cuerpos desnudos, principalmente en el ámbito carcelario, en este caso la inspección no atenta contra el derecho a la privacidad porque esta es realizada en condiciones óptimas, utilizando la indumentaria necesaria como es por ejemplo guantes, así como la realización efectuada por una persona del mismo sexo. En lo que se refiere a los exámenes anales y/o vaginales, los cuales son un tipo especial y delicado de examen corporal se ha aplicado de igual manera el artículo 197 del Código Procesal Penal porque tal norma, como se puede apreciar arriba hace aplicable otros exámenes análogos, respecto a los cuales se debe solicitar una autorización judicial. Sin embargo los autores previamente citados han señalado que aun aplicando el artículo 197 para estos exámenes, ellos no resultan válidos porque no se cumpliría con el principio de la proporcionalidad porque estas medidas no resultan necesarias ya que pueden ser reemplazados por exámenes análogos como pruebas de sangre, respiratorias, dactilares o caligráficas, siendo estas últimas solicitadas por el fiscal toda vez que él considera que son necesarias para el objeto de la investigación, haciendo aplicable el artículo 203 del Código Procesal Penal cuando el sujeto a quien va dirigido el examen se niega a su realización.<sup>77</sup> Respecto al registro de vestimentas, equipaje y vehículo del sujeto, los mismos autores señalan que se ha de aplicar el artículo 85 del mismo código pero siempre que la revisión sea posible y mientras exista un indicio de que se haya cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta no siendo necesaria la autorización judicial previa.

<sup>76</sup> Artículo 197. Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. . Publicado el 12 de Octubre de 2000. Santiago, Chile.

<sup>77</sup> Horvitz Lennon, M.I; López Masle, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno* (Tomo I). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Páginas 98 a 111.



En materia de recursos, se puede impugnar un examen corporal por medio del recurso de nulidad, esto porque la prueba recibida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal puede ser impugnada como ilícita basándose en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal que permite declarar la nulidad del juicio oral y de la sentencia inclusive cuando en la tramitación de este o en el pronunciamiento de aquella que se hubiere infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

**“Artículo 373 CPP** *Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*<sup>78</sup>”

En este punto se puede apreciar como derecho del afectado el Principio de No Autoincriminación respecto a la defensa del imputado, prevista en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

El recurso de nulidad además queda en conocimiento de la Corte Suprema y esto resulta sumamente importante porque lo que se trata con esto es que se cree un balance entre el interés perseguido por el Fiscal, quien representa a los intereses Estatales y los derechos fundamentales del sujeto. Así, la Corte tiene la obligación de resolver el mecanismo de impugnación, pero además debe conceder cuando considera que se ha dictado sentencia a partir de una prueba obtenida de manera ilícita. Horvitz y López establecen, aun así, que la prueba no puede ser excluida de manera anticipada, porque esta se puede excluir al momento de la realización de la acusación porque el Juez de Garantía será el encargado de determinar qué prueba es procedente para el futuro Juicio Oral. Tampoco es posible que el Tribunal de Juicio Oral pueda excluir la prueba presentada en un Juzgado de Garantía porque se produciría una confusión de roles y el procedimiento perdería el sentido, ya que una de las principales funciones del Juzgado de Garantía es examinar la prueba.

<sup>78</sup> Artículo 373. Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. . Publicado el 12 de Octubre de 2000. Santiago, Chile.



Finalmente, el artículo 195 bis de la Ley 20.770 encuentra una aplicación literal y no una aplicación conforme a los derechos y garantías fundamentales del imputado. Al mismo tiempo y por esta aplicación literal se considera que el artículo atenta contra los principios básicos del ordenamiento jurídico, como es el Principio de Presunción de inocencia, porque posiciona al sujeto en la obligación de realizarse ciertos y determinados exámenes, haciendo que este salga de su rol pasivo en la relación judicial, y haciendo que sirva como prueba. En esta misma línea, el artículo atenta contra el principio de no autoincriminación porque el imputado es coaccionado a realizarse exámenes corporales bajo la presión de haber cometido un delito independiente y conjuntamente penalizado con otro que pueda probar su responsabilidad.

---

## CAPÍTULO SEGUNDO

### “HISTORIA DE LA LEY”

#### 1.- Caso Emilia.

##### 1.1 Acontecimientos.

Previo a el año 2014, en nuestro país surgieron un sinfín de delitos por conducción en estado de ebriedad, algunos más emblemáticos que otros, como es el caso del conocido arquero de la Universidad de Chile, Johnny Herrera, quien hace un poco más de 10 años, en diciembre de 2009 se vio envuelto en un serio accidente que obtuvo como víctima a una joven estudiante de arquitectura Macarena Cassaus. El motivo del accidente fue atropellado. El arquero de la selección chilena marcaba según los exámenes toxicológicos 0,56 gramos por litro de alcohol en la sangre al momento del impacto. En tal oportunidad el autor del crimen fue sancionado por el Juez de Garantía competente a una condena de 145 días de pena remitida, sin pago de compensación económica a los familiares de la joven.

Dos años más tarde, en abril del año 2011, un nuevo hecho quedó registrado en la retina de la sociedad, esta vez se trataba del menor Kevin Silva, de 14 años, corredor en pista y estudiante de enseñanza media, quien se dirigía a la Maratón de Santiago cuando fue atropellado por un conductor ebrio en un paradero de Transantiago, un lugar aparentemente seguro. El autor del choque impactó con el paradero de buses, frenando solo con la colisión, arrollando al menor que aguardaba tranquilamente la locomoción. Como consecuencia del fuerte impacto, Kevin perdió sus dos extremidades y hoy siete años más tarde asiste a la Teletón, institución que le brindó el apoyo por medio de prótesis ortopédicas. El autor fue condenado a sólo 4 años de prisión, de los cuales sólo 2 fueron efectivamente cumplidos ya que a la mitad de su condena se le concedió la libertad condicional en consideración a su buen comportamiento dentro del recinto penitenciario.

Para septiembre del año 2013 se reporta un nuevo caso de interés colectivo, en esta oportunidad vez la víctima del fatal atropello es un hombre de 39 años que se dirigía al cementerio de Curanipe desde la verdulería de su hermana Rosa cuando Martín Larraín lo atropelló en una curva huyendo del lugar, el autor conducía a exceso de velocidad en un camino angosto, de noche, con poca iluminación, en

plena curva y bajo los efectos del alcohol. Tiempo después el autor del crimen fue absuelto de todo cargo.

De todos los casos expuestos, así como de miles que ocurrieron en una situación similar, como es el Rosa Pinto o el de Verónica Reyes, sólo por mencionar algunos<sup>79</sup>, existe un común denominador. Todos ellos tienen en su historia una evidente sensación de impunidad al no ser verdaderamente condenados los responsables a penas privativas de libertad o aplicándose condenas excesivamente bajas para la pérdida de una vida.

Así nos enfrentamos al caso de la pequeña Emilia Silva Figueroa, una lactante de 9 meses, quien falleció el pasado 21 de Enero del año 2013 a raíz de un choque por alcance provocado por Nelson Fariña quien el día 20 de Enero se encontraba bajo las influencias del alcohol, con exactamente 1,9 gramos de alcohol por litro en la sangre, cuando no pisó el freno e impactó el vehículo en el que se transportaba la pequeña, falleciendo esta un día más tarde a raíz del denominado “efecto látigo” y por diversas contusiones craneales. El autor del crimen tras colisionar con el vehículo se impacta con al menos tres bolones de concreto que se encontraban a las afueras de la Municipalidad de Vitacura, para luego impactar de frente con un árbol. Luego de aquel impacto Fariña intentó huir del lugar pero su evidente estado de ebriedad se tropieza y cae al suelo donde es detenido por testigos del lugar y por guardias de seguridad de la misma Municipalidad de Vitacura, posterior a la detención ciudadana es entregado a Carabineros de Chile y pasado a control de detención en el Juzgado de Garantía de Vitacura, donde le es condenado a una pena de dos años de presidio menor en su grado medio, pena pudo cumplir en libertad a raíz del atenuante de intachable conducta anterior, remitiendo así su condena de manera condicional a una pena privativa de libertad junto con la inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados.

En atención al impacto social que causó esta noticia, los padres deciden iniciar una movilización en los medios de comunicación y redes sociales, logrando en tan solo cuatro días su cuenta de Twitter (@LeyEmilia) contase con más 8.500 personas. Con esto se logró que un grupo de diputados prestara atención en el caso y patrocina el proyecto de ley, el cual a la fecha es una ley promulgada y publicada en nuestra legislación, en ella contiene el delito de negativa injustificada de someterse

<sup>79</sup> Diario El Día (14 de Septiembre de 2019). Donde la Ley Emilia no vale. Sube un 2.500% las muertes por conductores bajo la influencia del alcohol. *Diarioeldia.cl* Disponible en <http://www.diarioeldia.cl/pais/sube-2500-muertes-por-conductores-bajo-influencia-alcohol> [consulta: 10 Abril 2020].



a exámenes corporales; el delito de no dar cuenta a la autoridad y de fuga del lugar del accidente y no prestar ayuda posible, el que a pesar de que el sujeto condenado adquiere el beneficio de pena sustitutiva, debe cumplir un año de privación de libertad efectiva, con el objeto de evitar que quienes cometan tales delitos cumplan la totalidad de las penas de libertad.

Ante el impacto y conmoción social causada por este caso, diversos movimientos sociales buscaron introducir modificaciones a la otrora Ley de Tránsito con el objeto de impedir que los conductores ebrios causantes de lesiones leves, graves o incluso la muerte de terceros fuesen condenados a penas menores que pudiesen ser sustitutivas de libertad. Es por esto por lo que la Ley Emilia regula los delitos de negativa a someterse a determinados exámenes corporales, el delito de fuga del lugar del accidente y de no dar cuenta de su ocurrencia a la autoridad, y las reglas especiales de individualización judicial de la pena en que se contempla el cumplimiento de un año de cárcel efectiva aun cuando el sujeto imputado haya obtenido alguna pena sustitutiva a la privativa de libertad.

## **1.2 Impacto Social.**

Considerando lo expuesto en el párrafo siguiente es posible imaginar el enorme impacto social que la trágica muerte de la menor Emilia Silva Figueroa causó en la sociedad. En este sentido y en busca de justicia surgieron una serie de iniciativas (basadas principalmente en manifestaciones sociales) cuyo objetivo se centraba en modificar la norma legal con el propósito de impedir que todos aquellos autores de delitos de conducción bajo estado de ebriedad cumplieren una pena remitida toda vez que la consecuencia era de lesiones graves o la muerte.

Es así como se comenzaron a presentar en el Congreso Nacional diversos propósitos orientados a modificar el cuerpo normativo, concluyendo el 16 de septiembre del año 2014 con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N° 20.770, conocida popularmente como “Ley Emilia”.

La ley en sí es conocida por todos, por cada 10 consultantes hay una tasa de un 100% que afirma conocer el motivo de la ley, que abarca y porque se crea. Sin embargo, la mayoría de estos desconocen el alcance de la norma.

La ley N°20.770 contempla una modificación a la Ley N° 18.290, entendida como Ley de Tránsito, que tiene por objeto sancionar con privación de libertad, esto es cárcel efectiva, de al menos un año a todos aquellos conductores en estado de ebriedad que ocasionen lesiones graves, gravísimas, o con resultado de muerte.

Aun así, es menester señalar que previa a su promulgación, el 15 de marzo del año 2012, había comenzado a regir la ley 20.580, conocida popularmente como Ley Tolerancia Cero, la cual también modifica la Ley de Tránsito bajando los gramos de alcohol permitidos en la sangre, siendo esta cuestión relevante al momento de determinar el estado de ebriedad, bajando de 1,0 gramos de alcohol por litro en la sangre a 0,8 gramos por litro en la sangre. Junto con esto se aumentó en aquella norma modificatoria las sanciones de suspensión de la licencia de conducir. Este punto resulta sumamente relevante de señalar toda vez que, para poder aplicar la Ley Emilia, nos debemos remitir a la ley 20.580 y no a la conocida LT.

De vuelta a la Ley 20.770 es preciso recalcar lo que ya se había puesto en evidencia en apartados anteriores. La Ley Emilia presenta a lo menos dos modificaciones sustanciales a la Ley de Tránsito. las cuales han sido ampliamente cuestionadas en cuanto a su legitimidad y constitucionalidad.

Los artículos 195 y 195 bis de la actual Ley Emilia contienen, como ya se señaló, el delito de fuga, no prestar la ayuda correspondiente, no dar cuenta del accidente a la autoridad (art. 195); se crea el delito de negativa injustificada de someterse a exámenes corporales (art. 195 bis). Es importante destacar que en el primer bosquejo de la Ley N°20.770, no se contempla este último delito, el cual fue incorporado sesiones más tarde por la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado.

Ahora bien, posterior a la entrada en vigor de la Ley N° 20.770, los padres de la menor decidieron crear en su honor la “Fundación Emilia Silva Figueroa Víctimas de accidentes de tránsito”, mejor conocida como “Fundación Emilia”. Tal fundación sin fines de lucro tiene por objeto promover la cultura vial responsable y acompañar a las víctimas de siniestros y delitos viales.

Dicha fundación entregó en el año 2016 un primer estudio que deja en evidencia que no existe un registro único de fallecidos por conducir en estado de ebriedad. Tal investigación se estuvo mermando por cerca de un año con el objeto de medir cuál ha sido el impacto de la Ley N° 20.770 desde que entró en vigencia en septiembre de 2014.

Los resultados sin embargo los apoyan; desde que la ley entró en aplicación, disminuyó, para noviembre de 2016, la cifra de siniestros viales asociados a conducción en estado de ebriedad en un porcentaje de 38,21%. Aun así y tras tan positivo número, la presidenta de la fundación y madre de la menor fallecida en 2013, Carolina Figueroa, señaló en una conversación con un diario de circulación



ciudadana, que existía una enorme disparidad entre la cifra de los fallecidos registrado de manera anual por Carabineros de Chile, Fiscalía de Chile y la División de Estadísticas e información en Salud (DEIS) del Ministerio de Salud. En este sentido la Señora Carolina Figueroa señaló *“El parte policial sólo registra la muerte hasta 24 horas del siniestro, sin considerar a las personas que fallecen posteriormente debido a las lesiones por accidentes, tal como le ocurrió a mi hija...”*. Tal declaración hacía énfasis en una intención de crear un registro de manera mensual y no anual porque entre ambos la diferencia es muchísima, ya que las políticas públicas se hacen en atención a los datos entregados por Carabineros de Chile que, en atención a lo expuesto distan mucho de la realidad.

Un año más tarde, en agosto del año 2017 se demostró que las cifras de muertes por conducción en estado de ebriedad disminuyeron en un 50% desde el estudio previamente realizado por la misma fundación. Esta cifra resulta relevante para el acta firmada por la ONU denominada “Decenio de Acción para la seguridad Vial” la cual, en primera instancia requiere para su regulación y aplicación una disminución en las muertes por esta causal. Así, se cerró el año 2016 con solo 348 fallecidos por esta causal, baja considerable e incomparable con la regulación internacional.

Para 2018 los decesos habían logrado disminuir en un 30% en comparación al año 2017, circunstancia favorable que se concedió en atención a la aplicación de nuevas metodologías que permitían demostrar la cifra real de los fallecidos por accidentes de tránsito que tenían como principal involucrado a conductores ebrios.

## **2.- Proceso formativo de la Ley.**

### **2.1 Iniciativa.**

Como ya se señaló apartados más arriba, el día 21 de enero del año 2013, la menor Emilia Silva Figueroa, de nueve meses, pierde la vida producto de un accidente de tránsito. El autor, un conductor que se encontraba bajo los efectos del alcohol. Frente al impacto y conmoción social provocado, surgieron diversas iniciativas cuyo fin era establecer diversas modificaciones legales necesarias para así impedir que casos como el de Emilia fuesen dejados impunes, más aún cuando los autores de las lesiones graves e incluso de la muerte de las víctimas fuesen condenados a penas menores, las cuales en la mayoría de los casos eran cumplidas en libertad.

Por los motivos expuestos se presenta por miembros de la Cámara de Diputados en marzo de 2013 la primera moción relativa a un nuevo precepto legal cuyo propósito consistía en modificar la Ley de Tránsito. Dicha moción fue presentada y contenida

en el Boletín N° 8.813-15, respaldada por los Diputados Gustavo Hasbún, Carlos Abel Jarpa, Juan Carlos Latorre, Marcelo Schilling, Adriana Muñoz y Alejandra Sepúlveda.<sup>80</sup>

Este proyecto sin embargo no vio jamás la luz y fue rechazado el informe de la Comisión Mixta de la Cámara de Diputados y el Senado ya que había ciertas normas propuestas que a juicio del Senado resultaban sumamente contradictorias.

Tras este fallido proyecto, nace casi un año más tarde un nuevo intento de modificación de la Ley de Tránsito, presentándose así el 21 de enero del año 2014 una segunda moción parlamentaria. Esta presentación coincidió con el primer aniversario de defunción de la menor Emilia Silva y fue expuesta en Boletín N° 9.244-15<sup>81</sup>.

Tras este escrito surgió un nuevo rechazo, esta vez efectuado por el Senado, se presentó un tercer proyecto con el objeto de subsanar los errores previstos por el Senado y que decían relación con la incongruencia, vacíos legales y fallos técnicos que ellos contenían. Así la nueva moción fue presentada en el Boletín N° 9.305-07 del año 2014.<sup>82</sup>

En virtud de lo anterior, y producto de diferencias sustanciales entre la Cámara de Diputados y el Senado, fue el Gobierno quien se vio en la obligación de encabezar la discusión con el único objetivo de crear un único proyecto que fuese aprobado por ambas cámaras.

Tras esta intervención se crea un proyecto de ley que tiene por propósito principal hacerse cargo de la sensación de impunidad ante este tipo de delitos, sensación creada a partir de la baja extensión de la pena, así como de la existencia de penas sustitutivas de libertad, las cuales llevan finalmente a que los autores de tales ilícitos cumplan las penas en libertad. tal como le ocurrió a Emilia, quien cumplió su condena en su propiedad.

Pese al avance que nuestro país ha experimentado a lo largo de los años en materias de restricción a la conducción bajo los efectos del alcohol, la sociedad aún no comprendía los riesgos de la conducción bajo la influencia del alcohol o sustancias psicotrópicas, razón por la cual se introducen previo a la dictación de la Ley Emilia,

<sup>80</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.770. Modifica la Ley de Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

<sup>81</sup> Cámara de Diputadas y Diputados. Grupo transversal de diputados recibe más de 40 mil firmas en apoyo a Ley Emilia. Publicado el 12 de Marzo de 2013. Disponible en [www.camara.cl](http://www.camara.cl).

<sup>82</sup> Ibid

modificaciones sustanciales a Ley N° 18.290, denominada “Ley de Tolerancia Cero”, constituyendo un gran avance en favor del afectado.

A pesar de la anterior medida, el número de afectados y fallecidos producto de conducción bajo los efectos de alguna sustancia ilícita no disminuyó, situación que sirvió de antesala para proponer elevar la pena del delito de manejo en estado de ebriedad, toda vez que se ocasionen lesiones gravísimas o la muerte del afectado, a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, lo que supone una pena equivalente a un plazo que va desde 3 años y un día hasta 10 años unido a una multa que podría variar de 8 a 10 UTM (Unidad Tributaria Mensual). Junto con todo lo anterior se propuso incorporar la sanción de inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica. Esto con el propósito de demostrar que el ordenamiento jurídico nacional es capaz de demostrar la profunda convicción de la sociedad chilena respecto a la magnitud de la conducta, promoviendo la inhibición de estas, posibilitando una mayor justicia para las víctimas y sus familiares.

## **2.2 Discusión.**

### **2.2.1 Discusión General**

Una vez aprobado por unanimidad la idea de legislar esta materia, se consideró apropiado reflexionar, debatir y legislar con gran ímpetu la conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, toda vez que ellos causan las lesiones previstas en el artículo 397 N°1 del Código Penal o la muerte de una o más personas.

Así el proyecto busca desincentivar la conducción de vehículos de tracción mecánicas por personas que se encuentren bajo los efectos del alcohol o de alguna sustancia psicotrópica. Para lograr tales propósitos resulta necesario discutir respecto a ciertas cuestiones como: Aumentar el nivel máximo de la pena asignada al delito prevista en el artículo 196 de la Ley de Tránsito. Siendo la pena prevista en aquel artículo la de pena presidio menor en su grado máximo, o sea desde 3 años y un día hasta 10 años. En segundo lugar, se debía discutir sobre un tipo calificado de este delito para aquellas situaciones como la huida del lugar del accidente; en tercer lugar se busca fijar las reglas especiales para la determinación de la pena en función de la concurrencia de diversos atenuantes y agravantes, de manera que el Juez impone siempre una pena que se ubique dentro del marco punitivo fijado por la ley; en cuarto lugar se busca regular la aplicación de penas sustitutivas, procediendo únicamente la sustitución por la

pena de reclusión nocturna, la cual se cumplirá bajo reglas especiales, las cuales debían de ser discutidas en sesiones siguientes, una de ellas sería la medida cautelar de prisión preventiva. En este punto es importante señalar que se discutió respecto a la posible apelación de aquel imputado que permanecía privado de libertad, manteniendo tal calidad mientras la Corte de Apelaciones resolvía; en quinto lugar, se discutió sobre la libertad condicional, medida que sólo podrá concederse una vez que el condenado haya cumplido a lo menos dos tercios de la pena impuesta, en lugar de la mitad, como prescribía la regla vigente en aquel momento.

Una vez establecido los preceptos a discutir, así como el alcance de la norma legal, se estimó necesario, considerando los hechos ocurridos con anterioridad, principalmente la trágica muerte de la menor Emilia Figueroa, la necesidad de debatir sobre el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo las sustancias psicotrópicas siempre que se causen los delitos previstos en el artículo 397 N°1 del Código Penal o la muerte de una o más personas.

Por el año 2015, sumándose al fuerte impacto social del fallecimiento de la lactante, se abordó que en el último año se habían producido 43 fallecimientos de víctimas de accidentes provocados por conductores bajo los efectos del alcohol u otra sustancia similar y se obtuvo un registro de 4.696 personas que sufrieron lesiones por el mismo ilícito. Se discutió además que, pese a los avances en las diversas materias, como por ejemplo la presencia de la Ley de Tolerancia Cero, la cual establecía fuertes restricciones para las personas que conducen bajo los efectos del alcohol. Tal norma reforzaba y aumentaba los niveles de alcohol u otra sustancia por litro en la sangre. Estas medidas sin embargo seguían resultando insuficientes.

Respecto al artículo 196 de la Ley de Tránsito, se discutió que dicha norma aplicaba una sanción al manejo al estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, pero esta norma sólo sanciona el ilícito cuando se producían las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal, sean estas lesiones que provoquen la demencia del ofendido, inutilidad para el trabajo, que la víctima quede impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme o bien, causen la muerte.

Bajo esta premisa, se discutió aumentar el rango de la sanción aplicable en un grado esto según sean las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Es por todo lo anterior que se decidió aceptar la propuesta del mensaje en lo relativo al hecho de castigar aquella conducta con una pena de crimen, aplicando en este caso un tramo superior y uno inferior, en el superior se consideraría la causal de presidio menor en su grado máximo y hasta presidio mayor en su grado mínimo, esto supone un periodo de tiempo que fluctúa entre los 3 años y un día hasta los 10 años. En el segundo caso, en el tramo inferior, se aplicaría un presidio menor en su grado máximo, ósea desde los 3 años y un día hasta los 5 años. Para aquel momento, nuestro ordenamiento jurídico sólo consideraba un tramo mayor, cuya sanción equivalía a un simple delito, circunstancia que hoy en día fue modificada.

Junto con lo anterior, el parlamento consideró pertinente mantener intacta lo referido a la pena accesoria, la que procedía toda vez que el autor del delito se encuentra bajo los efectos del alcohol u otra sustancia psicotrópica y procede a huir del lugar del accidente sin socorrer a la víctima de las lesiones o prestar la ayuda debida; si es reincidente del mismo delito; si transporta a personas o bienes como profesión. En todos estos casos se aplica la ya mencionada pena accesoria, siendo esta el presidio mayor en su grado mínimo, ósea desde 5 años y un día hasta 10 años, impidiendo además al autor optar a todos los beneficios previstos en la Ley 18.126, respecto al cumplimiento alternativo de penas, viéndose privado de libertad por el solo hecho punible.

Sin embargo, esto pierde sentido cuando no se está en presencia del apartado anterior, o cuenta con una o más circunstancias atenuantes o agravantes las que según el juez constituirán una pena de presidio menor en su grado máximo. En estos casos el autor del ilícito deberá cumplir un año de privación efectiva de libertad, teniendo derecho a reclusión parcial nocturna por el resto del cumplimiento de la pena. En estos casos el juez no podrá rebajar o aumentar los rasgos de sanción definidos en el proyecto, cualquiera sean las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Como pena accesoria además se contempló como discusión general la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, se refutó en el sentido de que aquello si se encuentra regulado y sancionado en el artículo 209 de la Ley de Tránsito con una pena adicional de prisión en su grado máximo, equivalente a un periodo de 41 a 60 días, unido a una multa de hasta 10 Unidades Tributarias Mensuales (UTM). Pese a lo anterior se decidió por mayoría que esta circunstancia se continuaría regulando en la Ley de Tránsito, que en la futura Ley Emilia se haría alusión a tal artículo y que sería el Juez el que tendría la facultad de aplicar tal sanción.



Respecto al conductor que se encuentra bajo los efectos del alcohol, se abordó el caso del sujeto que sin encontrarse bajo los efectos del alcohol produce de igual manera la muerte del ofendido. Se dirimió en este punto que se constituye un cuasidelito de homicidio, porque existe un agravante, conducir en condiciones físicas deficientes.

Una vez propuestos los temas expuestos, todos aceptados por la comisión respectiva, la moción se aprobó por unanimidad.

### **2.2.2 Discusión Particular<sup>83</sup>**

Al ser nacionalmente conocida la Ley N° 20.770, siendo una de las leyes de mayor conocimiento popular, en este apartado se destacarán los artículos principales de esta memoria de título, abarcando la discusión en torno a los mismos y la resolución y actual norma jurídica.

#### **2.2.2.1 Del Artículo 1º**

El artículo es considerado el más importante de la ley en cuestión, esto porque a lo largo de sus cuatro numerales, agrega las más relevantes modificaciones de las populares “Ley Tolerancia cero” y de la Ley de Tránsito, al mismo tiempo el artículo primero explica los alcances de la ley 20.770. Junto con lo anterior el artículo introduce modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, y del Ministerio de Justicia del año 2009, el cual fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito.

En los numerales del Artículo 1 es importante señalar el N°3, que señala:

***“3) Sustitúyase el artículo 195 por el siguiente:***

*“Artículo 195.- El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que sólo se produzcan daños, señalada en el artículo 168, será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de la licencia hasta por un mes.*

*El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio, inhabilidad perpetua*

<sup>83</sup> La tramitación completa de la Ley, así como la discusión particular de cada artículo se encuentra disponible en la página web de la Cámara de Diputados: <http://www.camara.cl/>



*para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales.*

*Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1o del artículo 397 del Código Penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y con el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.*

*Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor juntamente con las que le correspondan por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal."*

De esta manera, el numeral introduce un nuevo artículo 195 bis de la Ley de Tránsito, dependiendo de las reglas especiales para la determinación de la pena, este numeral fue aprobado de manera unánime y sin cambios bajo la presidencia de la comisión de los Señores Iván Norambuena, Leopoldo Pérez, Jorge Sabag y Mario Venegas.

También es procedente hacer alusión al Numeral 4 que señala:

**"4) Introdúcese el siguiente artículo 195 bis:**

*"Artículo 195 bis- La negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, será sancionada con multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes.*

*En caso de accidentes que produzcan lesiones de las comprendidas en el número 1o del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la negativa injustificada del conductor que hubiese intervenido en ellos a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el artículo 183 de esta ley para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o la*



*presencia de drogas estupefacientes o psicotrópicas, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados, o la dilación de su práctica con ese mismo efecto, serán castigadas con la pena de presidio menor en su grado máximo, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.*

*La pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor juntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal."*

El numeral al igual que el anterior fue aceptado y aprobado de manera unánime sin cambios, por la misma comisión y los mismos presidentes.

### **2.2.2.2 Del Artículo 2º**

El artículo segundo de la Ley N° 20.770 modifica el artículo 15 de la Ley N° 18.216, el cual establecía penas consideradas como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, eliminando el delito previsto en el inciso tercero del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito en todos aquellos casos que son susceptibles de otorgar la libertad vigilada, al igual que el artículo anterior fue aprobado de manera unánime y sin incorporar ningún cambio.

Respecto al proyecto de ley propiamente tal, se indicó que:

- a.** Se vuelve obligación para el conductor del vehículo: detener la marcha de este, prestar ayuda e informar a la autoridad competente, en los casos de accidentes de tránsito toda vez que a raíz de ello se produzcan lesiones o muerte. Art. 176 LT.
- b.** Modifica la sanción aplicable a los delitos de MEE o MBISES, sancionando el resultado de las lesiones siempre que estas sean graves, gravísimas o muerte de la víctima. Art. 196 n°3 LT.



- c. Se constituye un agravante al delito ya señalado toda vez que concurre una o más de las circunstancias previstas en la ley. Art. 196 inc. 4 LT.
- d. Se modifica además la sanción aplicable toda vez que se incumple la obligación del art. 176 LT, toda vez que el accidente sea de aquellos que produzcan lesiones o muerte. Art. 195 inc. 2 y siguientes de la Ley de Tránsito.
- e. Constitución y creación de un nuevo delito penal: Negativa injustificada al sometimiento de pruebas, exámenes científicos, para el establecimiento de la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo del sujeto. Art. 195 bis LT.
- f. Creación de reglas especiales de determinación de la pena. Art. 196 bis LT.
- g. Sanciones adicionales, tales como suspensión durante un año completo de la pena sustitutiva de libertad impuesta e inaplicabilidad de la regla de omisión y eliminación de antecedentes del art. 38 de la Ley N° 216. Art. 196 ter LT.
- h. Modificación de la sanción aplicable al quebrantamiento de la suspensión o inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados o de tracción animal. Art. 209 LT.
- i. Modificación a la norma que establece el plazo legal para optar a la libertad condicional en los casos previstos por los delitos de MEE o MBISES siempre que, a consecuencia de ellos, se haya producido una lesión de tipo grave, gravísima o con resultado de muerte. Art. 3 DL N°321.

Con todo lo expuesto anteriormente, la comisión creadora tenía por objeto establecer que el propósito de la “Ley Emilia”, según se puede apreciar en el Mensaje del Ejecutivo, es evitar la aparente impunidad que surgía respecto al conductor, la cual era constantemente señalada por el foco público, el cual hacía alusión principalmente a las sanciones penales y el sinfín de beneficios a los que el sujeto podía optar, obteniendo así, una condena extremadamente desproporcional al delito cometido. La postura anterior radica especialmente en el nexo que surge entre la baja cuantía de la pena interpuesta unida a la concesión de beneficios, los cuales pueden ser constatados en los diversos reportajes, entrevistas, columnas, entre otros, que los medios de comunicación efectúan en los casos que adquieren una pública connotación.

En consecuencia, la finalidad que puede ser también entendida como un objetivo, busca explicar al menos dos de los pilares en los que reposa la Ley N° 20.770; Por un lado, la intensificación de las sanciones y por el otro, la alteración de los efectos de la imposición de penas sustitutivas.

Bajo esta premisa, la modificación se centra en alterar el régimen de penas aplicables a delitos que atentan contra la vida humana, la salud, la seguridad, entre otros. Esto porque hasta antes del 16 de septiembre del año 2014, fecha en la que se publica en el Diario Oficial la ley en cuestión, la comisión del delito de homicidio simple doloso acarrea la interposición de una sanción idéntica en su grado mínimo a la comisión de un delito de manejo en estado de ebriedad o manejo bajo los efectos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas en su grado máximo, solo si el resultado era la muerte. En palabras simples, ambos delitos acarreaban una pena que no exceda el presidio mayor en su grado mínimo. Por lo demás no es posible dejar de señalar, que, si el manejo en estado de ebriedad o el manejo bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas solo ocasiona lesiones graves gravísimas, la pena aplicable a aquel caso concreto correspondía solo a un presidio menor en su grado máximo siendo así inmediatamente menor a la aplicación de una comisión dolosa según señala el propio Código Penal en su art. 397 N°1 que trata las causales de presidio mayor en su grado mínimo.

Es en atención a todo lo ya señalado, unido a una evidente falta de coherencia, tras sesiones de discusiones se decidió resolver tal asunto por medio la modificación de las penas aplicables a los homicidios simples y calificados mediante la aprobación de la ley posterior N° 20.779.

La duda surge en la vinculación entre ambas normas, la cual resulta evidente toda vez que, desde la perspectiva de la ley N° 20.779 se excluye una eventual equiparación de marcos penal legal aplicable a los delitos de MEE o MBISES con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte, y la ya señalada hipótesis de delito doloso señalada en el Código Penal. Y es, bajo este preámbulo que el legislador prefiere no comparar la pena de los art. 391 N°2 y 397 N° 1, con los delitos de MEE o MBISES con resultado de lesiones graves gravísimas o con muerte, ya que si estas figuras tienen por fin proteger el mismo bien jurídico, la menor sanción que se debiese aplicar a la infracción de las normas contenidas en el LT no se explicaría por una consideración vinculada a la tipificación del delito, entendido este como desvalor del resultado, sino más bien al desvalor de la acción, lo que es entendido como un MEE o MBISES con resultado de muerte o lesión grave gravísima la que contiene un actuar negligente en relación al acaecimiento de esos resultados.

### **2.2.2.3 De las conductas que deben respetarse y la sanción aplicable según Ley N° 20.770.**

Según reza la Ley N° 20.770 contiene una sola excepción contenida en el art. 195 bis, que vendría a alterar la otrora Ley de Tránsito. En este sentido, la ley

previamente mencionada, contiene solo una leve modificación. referida a la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y lesiones o muerte. Bajo esta perspectiva tanto el cumplimiento como la creación de la norma hacen alusión a prestar ayuda necesaria y la requerida.

Así, el mayor efecto de esta modificación legal aplica en el ámbito del análisis de las normas de sanción contenidas en los artículos 195 y 196 de la Ley de Tránsito, las cuales hacen alusión al incumplimiento de las normas de comportamiento expresamente formuladas en los artículos 110,168 y 176 de la Ley de Tránsito, siendo estas las siguientes:

- a. Prohibición de conducir cualquier vehículo motorizado o medio de transporte, o desempeñar las funciones de guarda-frenos, cambiadores o controladores de tránsito, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, contenido en el Artículo 110 inciso segundo, Título IX de la Ley de Tránsito, denominado “De la Conducción”.
- b. Obligación de dar cuenta de inmediato a la autoridad policial más próxima en todo accidente del tránsito en que se produzcan daños, norma contenida en el art. 168, Título XV de la Ley de Tránsito, denominada “De la responsabilidad por los accidentes”.
- c. Obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata, en todo accidente del tránsito en que se produzcan lesiones o muerte, entendiéndose para estos efectos cualquier funcionario de Carabineros que se encontrará más próximo al lugar del hecho, para los efectos de la denuncia ante el Tribunal correspondiente, según establece el art. 176 del Título XVI de la Ley de Tránsito, denominado “De los procedimientos policiales y administrativos”.

### **2.3 Publicación y Entrada en vigencia.**

La ley N° 20.770, más conocida como “Ley Emilia” que modifica ciertos preceptos de la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, fue publicada el día 16 de septiembre del año 2014 bajo el mandato de gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jara, firmada por los entonces siguientes ministros, don Andrés Gómez-Lobo Echeñique, Ministro de Transportes y Telecomunicaciones; doña Ximena Rincón González, Ministra Secretaria General de la Presidencia; y don José Antonio Gómez Urrutia, Ministro de Justicia. Cuerpo legal transcrito por el Subsecretario de Transportes, don Cristian Bowen Garfias.

La cual entró en vigencia como ley de la República desde ese mismo día, como una medida adicional al cuidado en la conducción de los vehículos que transitan por las fiestas patrias celebradas en nuestro país con motivo de conmemorar la Independencia Nacional con la Primera Junta de Gobierno, rigiendo para todos los habitantes de la República hasta la actualidad.

#### **2.4 Decreto Ley 321 de 1925 del Ministerio de Justicia y su relación con la Ley 20.770**

Antes de comenzar este apartado, resulta fundamental exponer brevemente el decreto 321, el cual fue promulgado el 10 de marzo de 1925 y publicado dos días después, esto es el 12 de marzo del mismo año. Este antiguo decreto ha sido la base en materia penal en cuanto al establecimiento de penas condicionales para aquellos sujetos que han sido condenados a penas privativas de libertad.

Ahora bien, aun cuando en la actualidad tal decreto ha sufrido diversas modificaciones, como por ejemplo la Ley 21.124 del año 2019, en atención a la presunción de inocencia, resulta sumamente necesario abordar el contenido y los parámetros del mismo toda vez que este decreto fue un gran punto de inflexión dentro del periodo de discusión de la Ley 20.770.

Lo anterior, porque durante el año 2014, con la construcción y futura promulgación de la ya mencionada Ley Emilia, se acrecentó la discusión en torno a la posible desproporción que surgiría dentro de la legislación penal en lo referido a la pena aplicable a determinados delitos en atención a lo señalado en el DL 321 y lo que se buscaba con la implementación de la Ley 20.770.

Esto porque, a juicio de diversos legistas existirían numerosos casos de bienes jurídicos cuya lesión resulta sancionada de manera mucho más gravosa que otros que resultan ser mucho más valiosos para la sociedad como es el caso de la vida o la integridad física. Tal es el caso del delito de robo con violencia, el cual tiene aparejado una sanción de presidio que fluctúa entre los 2 a 5 años (sin perjuicio de las penas que correspondan a los actos de violencia física que se realicen) y el delito de robo de especies que le pertenecen a todos, el cual tiene aparejado la misma sanción, esto es presidio entre 541 días a 5 años. En ambos casos, y sin desprestigiar la intensidad y peligro para la sociedad que supone la comisión del segundo delito, no podemos olvidar que el ataque de una persona a otra supone una agresión mucho más violenta e intensa hacia una persona, vulnerando de manera más directa los derechos y garantías constitucionales base tales como protección, integridad y seguridad.

Justamente esto ocurre con la implementación de la Ley 20.770 que consagra la prisión preventiva por la sola comisión del ilícito, el cual se le es designado a un presunto autor. Este paradigma no sería tal si no fuese por la existencia del DL 321 y de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal y los estándares de aplicación previstos en el artículo 122 del mismo cuerpo normativo. En esta línea encontramos el delito de violación, el clásico ejemplo para esta comparativa, donde se permite al imputado optar a una medida cautelar de *“privación de libertad total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquella se encontrare fuera de la ciudad de asiento del Tribunal que conoce de la causa.”*<sup>84</sup> Tal delito, se encuadra dentro de aquellos delitos que vulneran la libertad personal, la seguridad, la dignidad y la honra, entre otros.

En paralelo tenemos el delito de manejo en estado de ebriedad, que provoca lesiones en el ofendido. Misma afectación de los bienes y garantías que el primer ejemplo, pero con la salvedad de que en este segundo caso no se podrá aplicar una medida cautelar personal, esto porque es la propia Ley 20.770, la encargada de señalar que el presunto autor deberá cumplir con al menos un año de cárcel efectiva por concurrir los supuestos que en ella misma se señala.

Es por lo anterior, que la doctrina nacional considera que la correcta solución a este conflicto es la creación de un nuevo Código Penal, pero por la complejidad del tema y el tiempo que esta modificación supone, este problema de fondo se ha ido subsanando con la creación y modificación de leyes de menor valor y que se dirigen a elevar las penas de ciertos delitos, en particular aquellos que atentan contra la vida o integridad física. Es uno de estos casos la Ley Emilia, objeto de este trabajo.

En la línea de la proporcionalidad, en lo referido a las penas interpuestas por el legislador en cuanto al bien jurídico protegido, se sostiene en actas que la Ley 20.779 del año 2014, eleva las penas del homicidio calificado y homicidio simple previstas en el artículo 391 del Código Penal en lo siguiente:

*“Este establecimiento de la proporcionalidad en esta clase de delitos se hace tanto necesario ahora que se está tramitando un Proyecto de Ley, denominado Ley Emilia, que aumenta sustantivamente las penas para los delitos de manejo en estado de ebriedad causando muertes y modifica las reglas de*

<sup>84</sup> Artículo 155. Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Publicado el 12 de octubre del 2000. Santiago, Chile.



*determinación de la pena y de imposición de penas sustitutivas de manera significativa, al punto que, sin una modificación paralela de las penas para los delitos de homicidio, el ebrio que matase de manera intencional a otro por una discusión cualquiera tendría menos pena efectiva que el ebrio que conduciendo descuidadamente simplemente lo atropellase.<sup>85</sup>*

Por otro lado, en lo que respecta a las actas que dan cuenta de la historia de la Ley Emilia, se puede apreciar que, en más de una oportunidad, dentro de su período de tramitación, se discutió paralelamente lo referido a la reforma de las penas asignadas al delito de homicidio para mantener lo entendido por el legislador como proporcionalidad. Lo que nos hace entender, que si bien es cierto la Ley 20.770 no contiene modificación alguna en cuanto al artículo 39 del Código Penal, que trata las penas privativas de libertad, es evidente su influencia en la reforma del mismo artículo y la posterior creación de la ya señalada Ley 20.779.

---

<sup>85</sup> Historia de la Ley N° 20.779. Modifica artículo 391 n°2 del Código Penal, con el objeto de aumentar la penalidad al delito de homicidio simple. Publicado el 17 de septiembre de 2014. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). Página 44.

---

## CAPÍTULO TERCERO

### “JURISPRUDENCIA CON RELACIÓN A LOS PRECEPTOS CITADOS DE LA LEY N° 20.770”

#### 1. La enigmática sentencia 2983-19 del TC

El pasado 13 de diciembre de 2016, se resolvió en causa ROL 2983-29, por el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad referido a los artículos 195, 195 bis y 196 ter de la Ley 18.290, Ley de Tránsito, cuyos preceptos legales sufrieron modificaciones durante el año 2014 con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 20.770.

Fue esta controvertida resolución la que puso en movimiento una esfera del estudio jurisprudencial que en la actualidad ha tenido el mayor alcance en la historia del TC.

En el requerimiento en cuestión, se encontraban presentes dos grandes alegaciones. La primera, centrada en refutar lo previsto por la Ley 20.770 en cuanto a la tipificación de ciertas infracciones previstas en los artículos 195 y 195 bis. En lo referido al 196 Ter, como segunda alegación, se señala que existe un régimen especial para la ejecución de la sustitución de las penas de presidio respecto a los autores que cometan los ilícitos de los artículos anteriores, siempre que estos hubiesen ocasionado lesiones gravísimas o la muerte del ofendido en el accidente que se trate.

Para comenzar, es importante destacar que la STC 2983 parte rechazando la primera solicitud en cuanto al establecimiento de los tipos penales, previstos en los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito, pero procedió a declarar admisible el requerimiento en cuanto al régimen especial de ejecución de las penas del artículo 196 ter del mismo cuerpo normativo.

Menos de un año más tarde, exactamente el 27 de marzo de 2017, el TC nuevamente resolvió sobre la misma materia. En esta segunda oportunidad, decide acoger parcialmente una serie de requerimientos de inaplicabilidad del artículo 1 de la Ley sobre penas sustitutivas N°18.216. Desde entonces y hasta la fecha, el TC ha acogido de forma sistemática los reclamos que se vinculan al artículo 1 inciso segundo de la Ley de Penas sustitutivas, toda vez que estos se refieren a lo señalado en el artículo 176 de la Ley de Tránsito.



Es justamente esta respuesta del TC, que ha permitido surgir a una nueva línea jurisprudencial, la cual tiene un interés particular en el modo en que la justicia constitucional chilena razona respecto al control punitivo del Estado. En derecho comparado, esta cuestión debería de resultar evidente: El control constitucional respecto a las decisiones de criminalización ó reglas sobre determinación o ejecución de la pena, es crucial en los estándares de razonamiento empleados por la jurisdicción en materia penal. En otras palabras, sin desprestigiar la relevancia de las reglas penales que intervienen en la regulación del tráfico vial, decisiones como la STC 2983-2016 deberían de resultar ilustrativas de prácticas de razonamiento en el control de decisiones de criminalización y sanción penal.

### **1.1 Objetivo de la STC 2983-16**

Como ya se ha señalado, el TC declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, que se vio modificado por la Ley 20.770. Es por lo anterior, que comprender los argumentos que sustentan tal decisión requiere primeramente una exposición de los argumentos que sustentan tal decisión.

#### **1.1.1 La regla prevista en la Ley 20.770 que suspende a la Ley 18.21**

El artículo 196 ter de la Ley de Tránsito señala reglas especiales relativas a la modalidad de ejecución de las penas de presidio que resulten de una condena por la concurrencia del tipo penal previsto en la propia ley de Tránsito, en su artículo 196 inciso tercero. Así mismo, los artículos 195 y 195 bis señalan los presupuestos que hacen aplicable el artículo 196 para configurar el completo tipo penal. En este sentido, el artículo 196 ter de la Ley de tránsito, supone la creación de una compleja norma que debe ser entendida desde dos perspectivas, las condiciones de aplicación y las consecuencias de su aplicación.

a. En lo referido a la aplicación del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito

La aplicación de esta norma se encuentra condicionada a la realización de alguno de los tipos penales previstos en los artículos 195 y 195 bis ó en el inciso segundo del artículo 196, todos de la misma Ley de Tránsito, esto porque el resultado calificante es en todos aquellos casos él mismo: la muerte o alguna lesión comprendida en el artículo 397 N°1 del Código Penal.



De modo que, la realización del delito previsto en el inciso primero del artículo 196 de la Ley de tránsito, junto con la producción del resultado señalado y regulado en el inciso tercero, esto es la acusación de alguna de las lesiones indicadas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal o bien, la muerte de la alguna persona supone la realización del tipo penal calificado por el resultado respectivo. Concurriendo estos requisitos se hace inmediatamente aplicable la consecuencia que será vista en la letra b de este apartado.

Lo anterior visto resulta lógico toda vez que el inciso segundo del artículo 195 y el artículo 195 bis de la Ley de Tránsito sólo suponen una complicación adicional ya que se trata de un delito de omisión, de manera que, sólo cumpliendo con el tipo básico y obteniendo las mismas circunstancias calificantes, la condena supondría la aplicabilidad del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.

b. En lo referido a las consecuencias del artículo 196 de la Ley de Tránsito

La sola realización de uno de los tipos penales calificados por el resultado que se han expuesto anteriormente obliga a la aplicación de las reglas especiales de determinación de las penas que han sido señaladas por el legislador en el artículo 196 y 196 bis de la Ley de tránsito. Esta consecuencia de aplicación de una regla especial emana de una consecuencia jurídica. En este caso, el TC se encuentra obligado a suspender por un año la sustitución de la pena de presidio, porque la regla obliga a que el condenado vaya hasta por un año a la cárcel por haber realizado los delitos en cuestión, y es justamente este punto el que ha sido declarado inaplicable por ser inconstitucional por el TC.

Así las reglas declaradas inaplicables son, en todos los casos, del mismo tipo: impiden definitivamente sustituir penas privativas de libertad o suspender la sustitución. Siendo aquí su relevancia en que estas solo pueden ser percibidas de modo completo por aquel que tiene una comprensión suficiente de las penas sustitutivas, y la relevancia que ellas tienen para el sistema de justicia penal chileno.

Por la importancia del tema, se abordará a groso modo la Ley de penas sustitutivas, la que se ha visto modificada por la Ley 20.603, que habilita a los tribunales de justicia nacional para sustituir la ejecución de una pena de



presidio por ciertos modos de cumplimiento alternativo. Ahora bien, las condiciones en las que esta sustitución puede ser declarada varía levemente en ciertos casos sin embargo los requisitos generales suponen una condena que no supere los cinco años y un día y que el sujeto en cuestión no haya sido condenado anteriormente por otros delitos. En la práctica, sin embargo, la aplicación de una pena sustitutiva se decreta en casi todos los casos siempre que se cumplan las condiciones, siendo lo inusual que el autor condenado por un delito, cumpla la condena en un recinto penitenciario.

Para las personas que desconocen el sistema penal, esto podría parecer extraño. Sin embargo, este sistema no es más que la respuesta que el legislador nacional otorga frente a las necesidades de carácter general de la administración de los recursos estatales en relación los fenómenos estructurales internacionales extendidos<sup>86</sup>, estos son: el exceso de delitos perpetrados en relación con la capacidad persecutoria del Estado y el exceso de condena versus la capacidad de ejecución de la pena que tiende a existir en los Estados contemporáneos.

Finalmente, se aprecia que el sistema de penas sustitutivas chileno constituye una de las dos tecnologías centrales de administración de este déficit.

Volviendo a la relevancia de las reglas de los artículos 196 ter de la Ley de tránsito y del artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.216, sobre penas sustitutivas, se entiende en el contexto de que la gran mayoría de los simples delitos contienen una expectativa de que la ejecución de la pena no será realizada en la cárcel. La excepción a la norma vendría justificada por la aplicación de una pena excesivamente alta o en el caso en que el autor del ilícito es reincidente.

## **1.2 La argumentación del voto de mayoría.**

Centrando este apartado exclusivamente en la STC 2983-16, el Tribunal Constitucional tuvo la gran misión de examinar si la aplicación del artículo 196 ter de la Ley de tránsito resultaba acorde a lo regulado en nuestra constitución política.

### **1.2.1 Historia del requerimiento y posterior sentencia de TC causa Rol 2983-16**

---

<sup>86</sup> Velasquez Valenzuela, Javier. (2014). *El origen del paradigma del riesgo*. Política criminal (Volúmen 9, Tomo 17). Santiago, Chile: Editorial Scielo. páginas 11 y ss.



El controvertido requerimiento comenzó el año 2016, a raíz de la sentencia condenatoria en contra del requirente, quien fue condenado en calidad de autor de los delitos de homicidio imprudente y no prestar auxilio a la víctima, así como tampoco dar cuenta a la autoridad competente. Tales delitos se encuentran regulados en el artículo 195 inciso segundo de la Ley de tránsito, el que fue modificado por la Ley Emilia. Al mismo tiempo se le imputó al sujeto el delito de retardar injustificada y voluntariamente el examen de alcoholemia, previsto y regulado en el artículo 195 bis de la Ley de Tránsito.

En aquella oportunidad, el Juez de Garantía, por aplicación del artículo 196 ter de la Ley de tránsito, tomó la decisión de suspender por un periodo de dos años la aplicación de una pena alternativa de libertad vigilada, condenando al autor a permanecer durante ese espacio de tiempo en el centro penitenciario correspondiente.

Tiempo después y tras encontrarse firme y ejecutoriada la sentencia, la parte condenada decide presentar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto a la decisión adoptada por el juez de fondo, ya que según relataba en tal escrito, la pena otorgada era completamente desproporcional e injusta según los parámetros regulados en la Carta Magna.

Así las cosas, el TC acoge el requerimiento y procede a declararlo admisible, tiempo después toma la decisión, con voto mayoritario, de declarar inaplicable el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito. En este contexto, se señala por el TC en los considerando décimo quinto y siguientes que *“el artículo 196 ter parece fundarse en la desproporcionalidad de la regla, así como en el hecho de que ella perseguirá fines incompatibles con la constitución<sup>87</sup>”* En este punto resulta relevante la expresión *parece*, puesto que el voto de mayoría es en general confuso, porque aun cuando se ha invocado al principio de la proporcionalidad, es el considerando siguiente el que declara explícitamente que la disposición sometida a revisión resulta *“desproporcionada e inequitativa<sup>88</sup>”*.

### **1.2.2 De los argumentos del voto de mayoría propiamente tal**

A raíz de la falta de claridad argumentativa que adolece la dictación de la STC 2983-16, comprender la aplicación del principio de proporcionalidad supone una necesaria reconstrucción de los considerandos que fueron tomados en

---

<sup>87</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 2983-2016, considerando 25º.

<sup>88</sup> Ibid. Considerando 26º.



cuenta a la hora de acoger este requerimiento. Bajo esta óptica es posible distinguir una argumentación desde tres puntos de vista, los cuales serán expuestos a continuación:

**1.2.2.1 El requerimiento contiene desde los considerandos vigésimo segundo y hasta vigésimo cuarto, una suerte de preocupación por parte del TC en demostrar que el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito afecta de sobremanera las garantías constitucionales.**

El voto de mayoría parte señalando una clara argumentación en torno a que efectivamente hay una afectación de las garantías constitucionales de la disposición impugnada, dentro de la esfera de la protección y afectación; Bajo esta premisa el artículo 196 Ter de la Ley de tránsito constituye una mera limitación de un beneficio de cumplimiento alternativo frente a una restricción originaria, en este caso el presidio, argumento que sería generalmente aceptado. Sin embargo, el problema recae en que el legislador puede simplemente mantener la plena ejecución del presidio respecto a la esfera de delitos y puede además, restringirla en aquellos casos en que se permita el cumplimiento alternativo de la pena de presidio.

Por el contrario, los considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero mantienen su argumento inicial, esto es, las penas sustitutivas tendrían un carácter punitivo que restringiría la libertad general de acción. Lo anterior es argumentado con la Ley 20.603, donde el artículo 1 N°1 sustituye el epígrafe de la Ley de Penas sustitutivas, puesto que con anterioridad se leía "*beneficios o medidas alternativas*" siendo la actual expresión "*penas sustitutivas*". Tal atribución argumentativa no resulta especialmente clara y no continua el voto de mayoría justificando este punto, solo se limita a señalar que esta nueva expresión viene a enunciar que el requerimiento es inaplicable en atención a la "*nueva perspectiva compatible con el derecho internacional de los derechos humanos*<sup>89</sup>". Hasta este punto, el argumento resultaría completamente plausible.

**1.2.2.2 El voto de mayoría parece haber sido desarrollado tras la aplicación del test de proporcionalidad respecto al artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.**

Tal como se señaló en el capítulo I de esta investigación, la aplicación del principio de proporcionalidad se hace posible tras una serie de reglas que lo

---

<sup>89</sup> Ibid. Considerando 23.



componen. Así, una norma es completamente proporcional en la medida que cumple con los estándares de idoneidad, necesidad y ponderación. Es justamente esta línea constitucional la que adopta el voto de mayoría, argumentó que es por muchos considerado completamente falaz.

El TC comienza su argumento señalando que el objeto de control es la regla del artículo 196 ter de la Ley de tránsito y la atribución de una finalidad relativa precisamente a aquello que cancela, tal consideración resulta injustificable y de algún modo una forma paradigmática de razonar sin ninguna deferencia hacia el legislador.

Esto porque, tal disposición debe ser necesariamente algo diverso a aquello que niega, pero en este caso el voto de mayoría argumenta sobre la ilegitimidad del fin perseguido por el legislador. Sin embargo, y pese a que parece un argumento bien planteado, se trata desde una esfera errónea toda vez que la aplicación de la proporcionalidad como verificación de la idoneidad, señalando que la medida es inidónea para conseguir el fin perseguido. Este argumento será reforzado al tratar la argumentación del voto de minoría.

### **1.2.2.3 La comprensión canónica del principio de proporcionalidad, unido al fracaso del test de idoneidad constituye razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la regla.**

El voto de mayoría continúa con su análisis revisando el segundo paso del denominado test de proporcionalidad. De manera confusa y algo asistemática, el considerando vigésimo quinto, vigésimo sexto y trigésimo señalan que el artículo 196 ter resulta “*innecesario*”, esto por considerar que existen medios menos lesivos para conseguir la misma finalidad perseguida. En este sentido, a juicio de la mayoría de los componentes del TC que revisó el requerimiento presentado, se consideró que mediante el mantenimiento de la aplicabilidad de las penas sustitutivas.

## **1.3 El principio de proporcionalidad como estándar de control.**

Uno de los puntos claves que tuvo el TC a la hora de declarar inaplicable el artículo 196 de la Ley de tránsito, fue como ya se ha vislumbrado anteriormente, el principio de proporcionalidad. Así, se puede apreciar a lo largo de los diversos considerandos, que la STC 2983-16 en lo referido al voto de mayoría, se centra en que la proporcionalidad es un argumento determinante al momento de tomar su decisión final.

Es por lo anterior que resulta fundamental navegar por los criterios y pensamiento crítico que tuvo el TC a la hora de resolver este requerimiento. Sin embargo, este estándar de control no puede ser confundido con los argumentos que se presentaron para resolver el voto de mayoría. Ya que el test de proporcionalidad no constituye otra cosa más que un parámetro que debe ser aplicado por los jueces constitucionales a la hora de la toma de las decisiones. Así, en este apartado, se expondrá respecto a los puntos que tuvo en mira el TC para resolver el requerimiento en consideración a las reglas básicas de la proporcionalidad<sup>90</sup>, sean estas (como ya se ha visto anteriormente) la idoneidad, la necesidad y la ponderación.

Fueron estos elementos los que dividieron a los miembros del TC creando el voto de mayoría y el emblemático voto de minoría, puesto que para un pequeño porcentaje de juristas la aplicación del artículo 196 ter de la Ley de tránsito responde a una correcta ejecución de la norma legal.

Aun así, y sin perjuicio de la decisión adoptada por los miembros compondores del TC, esta decisión resultó compleja toda vez que las decisiones adoptadas debieron ser neutras al menos parcialmente. A continuación, se expondrá de manera breve los estándares de control que fueron aplicados, partiendo por la naturaleza de los mismos, su objeto y finalmente la comprensión canónica del principio de proporcionalidad, siendo este la gran controversia de la STC 2983 del año 2016.

Sin embargo, como este estudio es efectuado de manera sistemática en tenor a la redacción de la sentencia, se abordarán en primer término los estándares de control que se aplicaron para la confección del voto de mayoría y en su apartado correspondiente se expondrá respecto a los estándares del voto de minoría. En ambos casos se aplica un análisis neutro, examinando los pro y contra de los mismos.

### **1.3.1 La naturaleza de los estándares de control de constitucionalidad**

Desde el punto de vista argumental, el voto de mayoría comienza su gran argumentación adjudicando principios base de nuestro ordenamiento jurídico, sean estos justicia política y moral. Sin embargo, si las decisiones del juez constitucional se fundan sólo en una voluntariedad política, el control

<sup>90</sup> las reglas de proporcionalidad, así como su explicación y fundamentación fueron expuestas en el capítulo I de esta memoria, en el apartado “De las reglas de la proporcionalidad”.

constitucional no sería más que una usurpación de las funciones que realizan los órganos políticos con legitimidad democrática de nuestro país. Es por lo anterior, que para poder resolver el TC el requerimiento interpuesto, la justicia constitucional debió de operar por sobre esta tensión; bajo estándares indeterminados, los cuales están repletos de significado político, pero que aún así deben razonar de un modo que no sea expresivo de voluntad política.

### **1.3.2 El objeto de control.**

Dentro de un país como el nuestro, donde el sistema político democrático se caracteriza porque la aprobación de las leyes supone la adhesión de la mayoría, se presume que la ley no es más que la expresión de la idea del autogobierno colectivo. De modo que, el objeto de juicio no es más que las valoraciones políticas tomadas en consideración.

Es la unión de los estándares y el objeto de control lo que crea el ejercicio de una jurisdicción constitucional justificada racionalmente en una tarea altamente improbable. Siendo el desarrollo y aplicación consistentes de estándares imparciales, configurando ello uno de los desafíos institucionales centrales de la justicia constitucional.

El principio de proporcionalidad es el estándar argumentativo más extendido dentro de la práctica constitucional comparada de control de legitimidad constitucional de todos aquellos actos que afecten o lesionen derechos fundamentales de un modo formalmente permitido por el sistema constitucional. En nuestra legislación el TC ha demostrado un claro desarrollo del derecho constitucional comparado, donde la sentencia en cuestión, la STC 2983-16, se enmarca en una tradición puesto que a lo largo de los años ha sido común que el TC aplique la proporcionalidad dentro de su argumentación. Pese a lo anterior, la sentencia en cuestión resulta completamente decepcionante, puesto que el voto de mayoría muestra una incompreensión conceptual básica de la estructura y contenido de este estándar. Este problema, sin embargo, no se limita solamente a la STC 2983-16 o a su línea jurisprudencial<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> una ilustración elocuente del mismo problema se aprecia en el voto de minoría o discrepancia respecto a la decisión sobre la constitucionalidad de la ley de interrupción voluntaria del embarazo. Ministerio de Hacienda; Ministerio de Salud; Ministerio Secretaría General de la Presidencia; Servicio Nacional de la Mujer. (2017, 23 septiembre). *Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*. Cámara de Diputadas y Diputados. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10315>. [Consultado 09 de Septiembre 2020]

### **1.3.3 La comprensión canónica del principio de proporcionalidad, unido al fracaso del test de idoneidad, es razón suficiente para el voto de mayoría del TC para la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la regla.**

Continuando con la lectura de la STC 2983-2016, es posible apreciar que el voto de mayoría continúa el análisis aplicando el siguiente paso de la proporcionalidad. De forma un tanto confusa y un poco desordenados, los considerando vigésimo quinto, sexto y trigésimo exponen que el artículo 196 ter resulta completamente “*innecesario*”<sup>92</sup>. Tal consideración se basa en que existen otros medios que resultan menos lesivos para conseguir la misma finalidad perseguida, señalando el mismo caso objeto de requerimiento, esto es mediante el mantenimiento de la aplicabilidad de las penas sustitutivas de la Ley 18.216.

### **1.4 Errores de aplicación del Principio de Proporcionalidad STC 2983-2016**

En lo expresado en el punto anterior, sobre el voto de mayoría, se logra advertir diversos defectos argumentales. Por lo que esta sección se centra exclusivamente en examinar los defectos en los que el voto de mayoría incurre al explicar el principio de proporcionalidad, esto seguido en un orden lógico en torno a derecho constitucional y no según el orden cronológico del fallo, puesto que si se toma la segunda opción sería imposible realizar una exposición ordenada.

En primer término, la sentencia del TC desconoce directamente la progresión lógica de la proporcionalidad. Este punto puede resultar completamente identificable en el considerando vigésimo sexto que en su párrafo segundo afirma, como ya se señaló que la medida es “*inidónea e innecesaria*” porque existen otras menos lesivas que persiguen el mismo fin. Esta declaración sin embargo resulta contradictoria en los términos, ya que, si una medida resulta menos lesiva de derechos fundamentales, como es el caso de la ley 18.216 sobre penas sustitutivas, cabe la pregunta del por qué se evalúa si esta medida resulta menos lesiva y si esta cumple con la finalidad. Ya que, si esto fuese tan certero como el voto de mayoría lo plantea, no habría existido necesidad de modificar la Ley de tránsito por la popular Ley 20.770.

En esta línea, las diversas alteraciones a la estructura canónica del principio de proporcionalidad debieron de ser necesarias para que el voto de mayoría pudiera

<sup>92</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 2983-2016, considerandos 25º, 26º y 30º.

aplicar el test de necesidad, tales alteraciones referidas a los diversos conceptos de necesidad y el cambio de atribución del artículo 196 ter de la Ley de tránsito serán expuestos a continuación.

#### **1.4.1 El manejo de los diversos conceptos paralelos de la expresión “necesidad”**

El considerando vigésimo quinto del voto de mayoría señala,

*“VIGESIMOQUINTO: Que, en un Estado democrático, el ius postulandi 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 las penas de privación de libertad de manera desmedida;<sup>93</sup>”*

El considerando anterior, postula que las penas privativas de libertad constituyen el último recurso, donde el Estado sólo puede intervenir cuando otros medios alternativos, entendiendo que estos deben ser menos lesivos, fracasan en la protección de los bienes jurídicos considerados más importantes en nuestra sociedad.

Además, el considerando 26 concluye lo siguiente,

*“VIGESIMOSEXTO: 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 aplicación 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”*

Tal argumento concluye que la regla del artículo 196 ter de la Ley de tránsito es por lo bajo innecesaria.

<sup>93</sup> Ibid, considerando 25º.

<sup>94</sup> Ibid, considerando 26º.



El problema del argumento del voto de mayoría es que confunde la regla de necesidad del principio de proporcionalidad con los principios de subsidiariedad, ultima ratio y fragmentariedad. Estos principios, que surgen dentro de la dogmática penal, postulan que la aplicación del derecho penal procede sólo cuando tal aplicación resulta “*absolutamente necesaria*” para la protección del bien jurídico en cuestión. Ahora bien, este concepto y el estatus de “*institucional*” es indeterminado y produce de alguna u otra forma una suerte de confusión.

El uso de la expresión “*necesidad*” resulta, como ya se ha señalado problemático, esto porque a diferencia de la dogmática penal, la justicia y la dogmática constitucional administran discursos con consecuencias institucionales relevantes en la conformación del sistema democrático. Por lo que, los instrumentos de evaluación necesitan ser conscientes de la influencia que tendrían en la competencia del legislador democrático.

Un TC autoconsciente de su déficit de legitimidad democrática y concededor de la posición institucional del legislador, debe, por el contrario, reconocer los márgenes de discrecionalidad en la elección de los medios para la obtención de los fines que interpretativamente le atribuyen al legislador.

La cuestión es distinta cuando se trata de juzgar la proporcionalidad de los delitos previstos en los artículos 195 y 195 bis de la Ley de tránsito. Los considerandos décimo tercero y décimo cuarto reconocen un amplio margen al legislador tanto para los bienes jurídicos cuya protección se pretende reforzar en materia penal como para la configuración de los tipos penales y sanción aplicable en el marco abstracto.

*“DECIMOTERCERO: Que respecto a la innovación del principio de proporcionalidad en general y agravamiento por el resultado (injustificado por el resultado), el legislador tiene amplia libertad para aumentar las penas en beneficio de la seguridad vial y el interés social comprometido en materia de tráfico de vehículos motorizados, así como también posee un margen amplio de libertad para determinar las penas asociadas a comportamientos valorados negativamente en atención a sus consecuencias, muchas de las cuales pueden resultar irreparables [...] ”*



*“DECIMOCUARTO: Que una operación deductiva no resulta posible aceptar la hipótesis fáctica descrita en la tipificación de las figuras delictivas de los artículos 195 y 195 bis de la Ley 18.290, sean vulneratorias de las garantías aducidas por el actor al tenor de lo razonado anteriormente, ni menos objetar u observar su constitucionalidad, por no existir reproches fundados al efecto<sup>95</sup>”*

Pese a lo anterior, la lectura conjunta de los considerandos 17º, 21º, 30º y 31º, que serán expuestos en su oportunidad respectiva, sugieren que, a juicio del voto de mayoría, este amplio margen de discrecionalidad no opera tratándose de la pena de ejecución de la pena. Tal etapa se encontraría constitucionalmente sometida a persecución de una única finalidad legítima: la resocialización del infractor de la norma y protección de las víctimas.

El voto de mayoría, en resumen, ni siquiera tematiza las consecuencias institucionales que se seguirán de esta constitucionalización de los principios de esta clase. Pasando por alto las dificultades en la evaluación de la necesidad de una medida legislativa y el modo en que esa complejidad de juicio se eleva a medida que la atribución de finalidad es genérica y alcanza a sistemas institucionales más complejos.

En este parámetro, el juez constitucional no se encuentra en la mejor posición para evaluar las dimensiones empíricas implicadas en un juicio de esta clase pues carece de conocimientos técnicos expertos ya que, su acceso a la información está limitado a aquello que pongan las partes a disposición y a las restricciones del tiempo. Sería entonces el congreso quien posee al menos potencialmente los medios y oportunidades para producir esta información.

Todo lo anterior no quiere decir que el uso de un concepto de “necesidad” está libre de la argumentación del voto de mayoría, puesto que el test de necesidad resulta incomprensible si previamente el artículo 196 ter de la Ley de tránsito había sido declarado inidóneo para conseguir la finalidad perseguida. No siendo precedente entonces la aplicación de la segunda regla de proporcionalidad, esto hace que el voto de mayoría se vea en la necesidad de modificar constantemente su propia atribución de fines a dicha disposición.

---

<sup>95</sup> *Ibíd*, considerandos 13º y 14º.

### 1.4.2 La tendencia constante a cambiar la atribución de los fines del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.

En segundo lugar, el considerando vigésimo sexto en su párrafo segundo, el voto de mayoría evalúa la proporcionalidad de la medida atribuyendo en ciertas partes la finalidad “*reinserción social*”, mientras que en otras ocasiones se le atribuyen otras finalidades como es el caso de la “*protección de la víctima*”

**“VIGESIMOSEXTO, PÁRRAFO SEGUNDO:** *También es contraria al principio de proporcionalidad la suspensión de la aplicación 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*<sup>96</sup>”

A juicio del voto de mayoría la falta de idoneidad ocurre sólo respecto de lo primero, puesto que la medida sólo es inidónea para el propósito de “*resocializar al condenado*” pero no para “*proteger a la víctima*”. El test de necesidad puede entonces ser realizado ya que ello no es más que el resultado de la inconsistencia de la argumentación.

Esto puede ser comprobado al analizar los diversos argumentos sobre la falta de necesidad presente en la STC 2983-16, ya que ella sólo analiza bajo su peculiar versión de aplicación de la regla de necesidad, tres argumentos que justifican de cierto modo la falta de necesidad del artículo 196 ter de la Ley de tránsito. Estos son,

- a. El considerando vigésimo sexto postula que existen delitos más graves que aquellos regulados con la implementación de la Ley Emilia:

Este considerando que ya ha sido expuesto al menos en dos oportunidades tiene por objeto señalar que aun existiendo delitos mucho más gravosos que los señalados por el 196 ter de la Ley de tránsito, no se les aplica la suspensión de la aplicación de la pena sustitutiva.

- b. El mismo considerando además agrega que existen medios mucho menos lesivos para la obtención del fin perseguido:

El voto de mayoría en este sentido señala a modo de ejemplo, que la sola suspensión de la licencia de conducir resulta una medida suficiente. Sin embargo,

<sup>96</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 2983-2016, considerando 26º párrafo 2º.

no queda del todo claro cuál es la finalidad de la suspensión de la licencia de conducir y como esta medida puede ser mucho más favorable para el autor y para la víctima que la suspensión de la pena sustitutiva.

Esta confusión en la argumentación del voto de mayoría parece derivarse de la incapacidad de distinguir entre la pretensión de limitar aquellos fines que puedan ser perseguidos por el legislador en materia penal y aquello que es propio de análisis del principio de proporcionalidad.

La innovación de la suspensión de la licencia de conducir es considerada un resultado relativo a una posible atribución de fines a la regla del artículo 196 ter de la Ley de tránsito. Tratándose entonces de un análisis propio del test de necesidad. Sin embargo, en otras ocasiones, el voto de mayoría examina la idoneidad y necesidad de la medida a la luz del fin de resocialización, el que, con algo de confusión, le atribuye en general al sistema penal y a las penas sustitutivas en particular.

Tal confusión, en cambio, se produce de modo inverso en el considerando trigésimo, también expuesto, que sostiene que la medida en cuestión (la aplicación de la prisión preventiva) es menos idónea que la “*pena sustitutiva*” para alcanzar la finalidad general de resocialización.

El voto de mayoría en este considerando sostiene de forma genérica que las penas sustitutivas gozan de mayor eficacia resocializadora.

Sin embargo, no solo esto resulta confuso, puesto que la maniobra argumentativa del considerando trigésimo también revela el manejo de un concepto de proporcionalidad institucionalmente problemático.

El hecho de que el examen de la necesidad funcione, en la práctica comparada, en atención de una atribución plausible de fines a la medida legislativa objeto de control constitucional supone que un tribunal constitucional que pueda revisar si las medidas legislativas son concordantes con el propósito que este atribuye en general al sistema penal, o incluso más, al derecho en general. De esta forma, se puede comprender que es un tribunal que tiene atribuciones excesivas de control político.

En razón de todo lo expuesto, es preciso señalar que TC carece de amplias potestades de imposición de fines al Estado. Esto revela que, de tener alguna voluntad reconocible, la innovación al principio de proporcionalidad parte del voto de mayoría, es antes una excusa argumentativa y que el fallo pretende más

bien controlar, sin llegar a ser inverosímil, los fines que puede perseguir el legislador en materia penal.

## **2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados en contra de los preceptos citados.**

Uno de los argumentos base, que nos ayudarán comprender la efectividad en torno a la inaplicabilidad o en su defecto la inaplicabilidad de los artículos previstos en la Ley de tránsito es la jurisprudencia.

Hoy en día, gran parte de los requerimientos presentados ante el TC dicen relación con la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de alguna sentencia de un juez de primera instancia que no hizo uso de la Ley 18.216, sea esta la Ley de penas sustitutivas.

Sin embargo, dentro de esta gran esfera, un porcentaje bastante alto dice relación con la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 196 y ss. de la Ley de tránsito. A continuación, se procederá a exponer diversos fallos que han tratado de resolver este asunto.

### **2.1 Sentencia del Tribunal Constitucional, Causa Rol STC-3299-16, referida a sentencia en proceso penal causa RIT O-1099-2019; RUC 1500896262-3, del Juzgado de Garantía de Lautaro.**

Con fecha 20 de septiembre del año 2015 el Juez de Garantía de Lautaro decretó prisión preventiva respecto a Don Nicolás Contreras Fernández por el delito de manejo en estado de ebriedad con resultados de lesiones graves. Esto a raíz del hecho ocurrido alrededor de las 05.30 horas aproximadamente, donde Don Felipe Contreras iba en calidad de copiloto de su hermano Nicolás Contreras, quien perdió el control del vehículo cayendo en una zanja, quedando atravesado en la ruta. El impacto se produjo porque el autor se encontraba con una dosificación de 1,68 gramos por litro de sangre.

A raíz del impacto, el acompañante resultó politraumatizado, con hemo neumotórax, traumatismo raquímedular, traumatismo toraco abdominal complejo que, según especialistas tardaría alrededor de 180 días en sanar, dejando como secuela

probable la pérdida de la función de las extremidades inferiores, quedando impedido de ambas piernas.

Frente a tal resolución, los defensores particulares del imputado, Don Gustavo Miranda Ayala y Don Juan Jara Muller, presentaron requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto a la decisión del Juez de Garantía, quien en atención a la Ley 18.290, que sufrió modificaciones por la Ley 20.770 del año 2014, aplicó el artículo 196 ter de este cuerpo normativo. La presentación fue efectuada ante el TC de Santiago, bajo la argumentativa de que la aplicación de este artículo 196 ter resultaba completamente desproporcionada en atención al resto de la normativa aplicable y prevista en el ordenamiento jurídico.

Con fecha 26 de 2016, el TC resuelve el requerimiento acogiendo la acción deducida y declarando la inconstitucionalidad por inaplicabilidad del artículo en cuestión, no siendo una opinión general puesto que, como se verá más adelante existieron argumentos que configuraron el voto de minoría.

### **2.1.1 El voto de mayoría y los argumentos para acoger la acción deducida<sup>97</sup>.**

En el siguiente apartado se expondrán los argumentos del voto de mayoría para acoger el requerimiento presentado respecto a la errónea aplicación e interpretación del Juzgado de Garantía de Lautaro en torno a la aplicación del artículo 196 ter de la Ley 18.290, en la parte que expone: *“Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir de forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.”<sup>98</sup>*

Los argumentos presentados por el voto de mayoría, como se expondrá más adelante, dicen relación con los principios básicos contenidos en la Constitución Política de la República, tales como la igualdad ante la ley, debido proceso, proporcionalidad, entre otros. Al mismo tiempo el TC se basó en los principios

---

<sup>97</sup> El siguiente apartado expone argumentación del voto de mayoría así como argumentación jurisprudencial que la apoya. Es importante señalar que tales argumentos en caso alguno representan la opinión de estas investigadoras, puesto que solo se plasma una argumentación neutral y fidedigna en torno a los documentos recopilados por estas alumnas. De modo que, las palabras *“en consecuencia; se presume; se entiende”*, entre otras, no son más que expresiones utilizadas con el fin de hacer más coherente y cohesionado el relato expuesto. Y como se señaló, no representa en ningún caso la opinión que apoya o refuta la argumentación del respectivo Tribunal.

<sup>98</sup> Artículo 196 ter. Ley N°18.290. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de Octubre de 2009. Modificación por la Ley 20.770 el 16 de septiembre de 2014.



rectores del Derecho Penal como es el caso de la legalidad y la correcta aplicación del *Ius Puniendi*.

Estos argumentos se pueden apreciar desde el considerando 12º, que señala,

*“DECIMOSEGUNDO: Respecto de la invocación del principio de proporcionalidad en general y el agravamiento por el resultado, el legislador tiene amplia libertad para aumentar las penas en beneficio de la seguridad vial y el interés social [...] También posee un margen amplio de libertad para determinar las penas asociadas a comportamientos valorados negativamente en atención a sus consecuencias. [...]*

*El legislador tiene libertad para definir los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la sanción punitiva. [...] Es permitido al legislador de manera legítima tipificar como delito la conducta de aquel sujeto que luego de protagonizar un accidente de tránsito huye sin prestar ayuda y no da aviso a la autoridad [...] <sup>99</sup>”*

Una vez que el Tribunal Constitucional es conteste en señalar que el principio de proporcionalidad debe ser entendido en un sentido amplio, y es a su vez confirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas y en la fijación de sus modalidades de cumplimiento. El TC ahora en el considerando décimo cuarto, en el apartado referido al límite de las penas procede a referirse a su propia competencia, señalando:

**“E.- LÍMITES DE LAS PENAS. GENERALIDADES.**

*DECIMOCUARTO: [...] Lo que compete al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y que no se vulneren con ellas los límites precisos que la misma carta ha impuesto [...]*

**F.- PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.**

*DECIMOSEPTIMO: En relación a la vulneración de la igualdad ante la ley que se esgrime por el requirente, por infracción al*

<sup>99</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, considerando 12º.



*principio de proporcionalidad de la pena, el legislador es soberano para tipificar conductas y para considerar al sujeto infractor del derecho [...] Configuran los tipos penales los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito;*

*[...] Se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecido por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulta más eficaz en el logro de los propósitos propuestos.<sup>100</sup>*

Según se desprende, la facultad de fijación de la pena debe ejercerse con sujeción a los límites que impone el respeto de los derechos, principios y valores constitucionales, que en este caso no se ven amargados por el contenido de las figuras delictivas en referencia.

En la misma línea argumental, existe una adecuada correlación entre la pena agravada del artículo 317 inciso primero del Código Penal y la valoración social del hecho incriminado. Esto porque, a mayor gravedad en la conducta, superior es la pena la cual se debe imponer en tenor a la satisfacción del ilícito, que variará según sea la muerte o gravedad de la enfermedad generada por un comportamiento ilícito. El TC anteriormente ya había señalado que la producción de un resultado no debe necesariamente excluirse como elemento de la penalidad<sup>101</sup> y tal cuestión se comprende de manera más sencilla con el clásico ejemplo de la estimación de la pena en el delito frustrado versus el consumado, donde se asume que es la misma subjetividad la que genera el antecedente de distintas penas según el resultado verificado.

Es por lo anterior que resulta inobjetable y legítimo para el TC la configuración de los tipos penales, en la medida que ello supone una justificación político-criminal del aseguramiento de la función de la pena en un Estado de Derecho. Esto no significa desconocer los principios de legalidad y reserva, ni la orientación resocializadora y de legitimación de las penas. Puesto que la ejecución de las penas se aplica por la consecuencia de un ilícito, el que es sancionado por el Estado mediante un Tribunal competente, siendo tal ejecución la respuesta a una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

<sup>100</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, considerandos 14º y 17º.

<sup>101</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 2983-2016, considerando 26º párrafo 2º.

Aun así, no podemos dejar de señalar que tal ejecución penal consiste en una coacción a la cual el condenado debe someterse. Y justamente esta coacción es la que la convierte en pena. Sin embargo, la justicia como órgano del Estado tiene la función de sancionar, mientras que la ejecución penal la tiene que tratar. Estos argumentos se apoyan en lo señalado en la sentencia expuesta en este apartado, la que señala,

*“VIGESIMOSEXTO: No desconoce este Tribunal Constitucional que la exigencia impuesta por el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito puede ser parte de una política de Estado más general.*

*En la especie ello se ha establecido al margen de la codificación requerida por el artículo 63 N°3 de la Carta Fundamental. [...]*

*Aun cuando la ley es soberana e instrumental, esta no está permitiendo alterar sino sólo a aquellas normas sedimentadas tras una detenida reflexión y que se han asumido como parte de una dilatada experiencia jurídica [...]*

*Cabe su modificación por motivos jurídicos tanto o más poderosos de aquellos que justifican su emisión [...] que dé cuenta de esa política de Estado no hiere infundadamente derechos legales o atribuciones constitucionales de los tribunales<sup>102</sup>”.*

Este argumento del TC parece lógico porque si ocurriera lo contrario se podría calificar tales leyes *ad hoc* o *ad hominem* como una suerte de derogación singular, reñida con la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias.

Recordemos que, en un Estado democrático, el *ius puniendi* y las penas privativas de libertad se utilizan como último recurso, y sólo tras resolver que el uso de otros mecanismos resulta insuficiente para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. Esto limita al legislador en el uso de penas de privación de libertad de manera desmedida.

En atención a lo señalado por esta parte, el voto de mayoría resolvió en virtud del artículo 196 de la Ley de tránsito lo siguiente:

---

<sup>102</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, considerando 26º.



*“TRIGESIMO: 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<sup>103</sup>”.*

En otras palabras, si el fin de la pena correctamente comprendido es idéntico al objetivo del tratamiento, son entonces jurídicamente ilegítimos todos aquellos métodos, que según el estado actual de los conocimientos impiden o hacen imposible el logro de tal finalidad, porque tales mecanismos contradicen el fin de la pena.

#### **“I.- CONCLUSIÓN.**

*TRIGESIMOSEXTO: En el caso de autos, resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley N° 18.290, habiéndose sustituido la pena de privación de libertad del acusado Nicolás Antonio Contreras Fernández, al tenor de lo dispuesto en la Ley N° 18.216, modificada por las leyes N° 20.603 y N° 20.770, 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) [...] El injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, obviándose la lesión opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos. [...] Esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, 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, pues escapa al*

---

<sup>103</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, considerando 30º.



*ámbito punitivo cualquier exceso que conlleva penar más allá del hecho punible descrito en la ley<sup>104</sup>”*

### **2.1.2 El voto de minoría y los argumentos para rechazar la acción deducida**

El voto de minoría en particular en este requerimiento cobró bastante reconocimiento a nivel jurisprudencial, esto porque es uno de los pocos requerimientos en los que el voto de minoría está constituido por el presidente de la sala.

En el siguiente apartado se expondrán los argumentos y opiniones vertidas por los ministros, Don Carlos Carmona Santander (presidente), Gonzalo García Pinto y Domingo Hernández Esperanza, quienes decidieron rechazar el requerimiento. Es menester señalar que sus argumentos se separan en dos grupos, el primero que elabora argumentos para afirmar su negativa y el segundo que viene en refutar lo expuesto por el voto de mayoría. Sin embargo, dentro de su resolución estos argumentos se interceptan unos con otros creando así una sola línea de desarrollo.

Así, el voto de minoría parte derribando lo señalado por el voto de mayoría en torno a la inconstitucionalidad del artículo 196 ter de la Ley 18.290, puesto que a su juicio la ejecución de la pena en la forma expuesta por la Ley de tránsito responde a los estándares previstos por el legislador. Así, se señala en el punto 3,

*“3º. El requerimiento centra su reproche en la desigualdad e irracionalidad que implicaría esa restricción legal, no atendería a los efectos criminógenos paradójales asociados a la ejecución efectiva de una pena corta o de mediana duración, privativa de libertad, contradiciendo la reciente política legislativa que inspiró la reforma materializada en virtud de la Ley 20.603, que modifica la Ley 18.216 en el sentido de orientar al sistema chileno hacia la ejecución de las penas en libertad, por medio de la sujeción del responsable a control de la autoridad y a medidas resocializadoras de cumplimiento. De manera tal que, el diseño de penas sustitutivas de reciente creación, en materia de manejo en estado de ebriedad o símiles,*

---

<sup>104</sup> Idem, considerando 36º.



*ha sido abandonado por el legislador sin ningún fundamento empírico y sin evaluar sus méritos en su aplicación práctica<sup>105</sup>*

A lo que el voto de minoría en este punto hace alusión es a las ciencias penales, las que suelen generar efectos paradójales con la ejecución efectiva de penas cortas. El condenado profundiza su conducta socialmente disfuncional, de marginalización, pauperización y estigmatización conducente a la exclusión social para el autor y su entorno familiar. El especialista Lemert nombra a este fenómeno como “*labeling*” y lo caracteriza en que “*la causa de esta desviación secundaria es validada por las rotulaciones sociales que siguen a la desviación primaria*”<sup>106</sup>. Esto supone entonces que las adjudicaciones estereotípales de roles, que siguen como sanciones y a las sanciones, se reduce el espacio para accionar. Esto trae como consecuencia directa la ya señalada desviación secundaria. Es justamente esta discrepancia entre la autodefinición y la definición ajena con poder de sanción, lo que genera como resultado final la reorganización del yo sobre la base de un rol desviado y que, en ciertas circunstancias, una cultura desviada en un contexto social.

Así, pese a que el voto de minoría reconoce lo señalado por la mayoría respecto al efecto penal paradójal, ellos lo miran desde otra perspectiva,

*“5º. [...] Ese efecto penal paradójal no necesariamente se produciría en concreto, dependiendo sobre todo de las condiciones del régimen penitenciario - en especial, de segregación interna - bajo las cuales la pena impuesta se ejecute. Ello haría posible un efecto disuasivo y preventivo especial. [...]*

*Más importante que todo lo anterior, es el hecho de que la sociedad en su conjunto, por medio de los canales institucionales parlamentarios y judiciales respectivos, tiene derecho a ejercer el ius puniendi de modo tal que se priorice el efecto devolutivo [...]*

*En tanto no se transgredan derechos humanos fundamentales, el Estado puede, mediante la reacción penal institucionalizada, priorizar el efecto retributivo de la pena, particularmente*

<sup>105</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, páginas 36 y 37.

<sup>106</sup> Lamnek, Siegfried. (2002). *Teorías de la Criminalidad*. (5º Edición). Ciudad de México, México: Siglo XXI editores. Página 63.



*cuando se trata de la lesa transgresión de los valores más caros para la convivencia socialmente organizada, como son la vida de las personas y de sus familias, expuestas a ser victimizadas por conductas intolerables según las ideas vigentes, consideradas de la máxima seriedad.<sup>107</sup>*

Tras este análisis, el voto de minoría procede a relacionar los artículos 196 ter de la Ley de tránsito con la ley de penas sustitutivas N° 18.216, esto haciendo énfasis en que, la pena sustitutiva no es eliminada en el artículo 196 ter sino que está es sólo suspendida, siendo este punto crucial a la hora de rechazar su inaplicabilidad.

*“14º. Hay que precisar que no hay una interdicción de la pena sustitutiva. Para el caso de las modificaciones introducidas por la Ley 20.770 simplemente hay una suspensión de su aplicación. [...] Se deduce que el juez puede decidir la imposición de una pena sustitutiva, en este caso, decisión judicial que es suspendida, por determinación legislativa por el plazo de un año.<sup>108</sup>”*

Posterior a ello, el voto de minoría es claro en señalar que la Constitución no tiene norma alguna que se refiere a las finalidades de la pena y a la determinación de las penas alternativas.

*“24º. Que al revisar todos los límites constitucionales de la discrecionalidad del legislador, en el establecimiento de los delitos y de las penas, ninguna de ellas hace mención directa o indirecta a las penas alternativas.<sup>109</sup>”*

El voto de minoría además cuestiona el hecho de que se permita la interdicción de las penas sustitutivas en algunos delitos. Según esta perspectiva, si se permite para algunos es porque aquello está dentro del resorte de las facultades del legislador imponerlas.

---

<sup>107</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, páginas 38 y 39.

<sup>108</sup> Idem, páginas 41 y 42.

<sup>109</sup> Idem, página 47.



*“36º. ¿Qué diferencia el homicidio del delito de manejo en estado de ebriedad? Se dirá que la gravedad del delito el que permite diferenciar, pero parece razonable hacerlo en un solo caso no es porque el Tribunal Constitucional lo estime así sino porque la valoración de la gravedad reside en el legislador[...]*

*No se puede sustituir al legislador en valoraciones de mérito sobre el injusto y sobre los medios que permiten que el bien jurídico se proteja de manera real y efectiva.<sup>110</sup>”*

En este sentido, el TC ha utilizado el criterio de riesgo de accidente de tránsito asociado a los bienes jurídicos de protección del derecho a la vida, de su integridad física y psíquica, así como de la protección de la salud de las personas, con especial consideración a los derechos de terceros como límite a la libertad de movimiento.

*“39º. Este criterio lo ha utilizado para desestimar requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad porque no puede exonerarse de responsabilidad a la empresa de transporte público que afecta los derechos de terceros poniendo en riesgo indirecto su derecho a la vida a través de la falta de descanso debido de sus trabajadores<sup>111</sup>”*

Dicho de otro modo, la Ley 18.216 es una ley que no opera automáticamente y que debe el juez fundar en un ejercicio razonado de ponderación. No se trata entonces de una ley que suprima el régimen de las penas privativas de libertad. No es posible deducir la existencia de un derecho a penas no privativas de libertad porque este mismo cuerpo legal las contempla.

Otro punto de disidencia emana de la suspensión de una pena alternativa, es completamente proporcional. Esto porque a juicio del voto de minoría el hecho de que una pena sea proporcional depende de cómo responda a un fin constitucionalmente legítimo, y que esta sea verificable como una medida idónea, necesaria y proporcional en un sentido estricto.

<sup>110</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, página 54.

<sup>111</sup> Idem, página 55.



*“50º. Hacer efectiva la pena de privación de libertad en delitos de manejo en estado de ebriedad, con resultado de muerte, se corresponde con una medida que está amparada en diversas finalidades constitucionales. [...] Se trata de una legislación que se inscribe sin dificultad alguna dentro de un entramado de finalidades y derechos constitucionales que amparan esta intervención regulatoria.*

*51º. Suspender la pena alternativa, sustituyéndola por el cumplimiento de un año efectivo de pena privativa de libertad, configura una medida idónea en este caso. Primero porque se trata de un medio eficaz en sí mismo, para impedir que vuelva a ocurrir un accidente por parte de la misma persona que lo cometió. Y segundo, es eficaz porque ejerce una función simbólica respecto del nuevo estadio que el ordenamiento quiere satisfacer.<sup>112</sup>”*

Por otro lado, parece claro para el voto de minoría que la proporción debe hacerse en una relación de medios, sanciones a fines.

*“52º No hay un juicio racional de proporcionalidad aislado de sus fines. Lo que hay que comprobar es que el medio fomenta el fin [...] Resulta claro que no puede exigirse que la medida sea cuantitativa, cualitativa y probabilísticamente idónea, puesto que aquello es resorte del legislador. El Tribunal Constitucional no puede sustituir la función normativa para acoger el medio exacto que contribuye a un fomento de la solución más significativa, mejor de todas y la que con certeza satisface el fin perseguido. [...] El juicio de idoneidad exigido es un juicio débil o no tan intenso.*

*54º. En cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, una vez adoptada la decisión judicial opera la ley suspendiendo la pena substitutiva aplicada. Esto tiene un límite el que puede identificarse como el respeto al contenido esencial del derecho. El límite reside en el hecho de que el precepto sea el obstáculo objetivo que le impida al juez imponer una pena privativa de libertad inferior a un año de*

<sup>112</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, páginas 59 y 60.



*plazo[...]. En el examen de la valoración punitiva, y en una perspectiva abstracta, se dificulta que exista una norma penal que en la práctica imponga una pena privativa de libertad inferior a un año cuando está de por medio el bien jurídico vida<sup>113</sup>”*

La suspensión de la pena alternativa no vulnera la igualdad ante la ley, esto porque se señala que, al tratarse de una medida proporcional, se parte de la base que aquella se trata de una medida de carácter razonable.

*“55º. Es razonable que el legislador adopte una modalidad especial de otorgamiento de una pena alternativa. Es razonable que una persona cumpla un año de pena efectiva en relación con un tipo penal que puede quintuplicar esa penalidad.<sup>114</sup>”*

Se trata de una medida objetiva que satisface el test de la igualdad ante la ley.

*“56º. No distingue en su aplicación a destinatarios específicos y se dirige contra todos los que vulneren esta preceptiva.<sup>115</sup>”*

El voto de minoría finalmente concluye.

#### **“VI. - CONCLUSIÓN**

*59º. En el caso de la Ley 20.770, el legislador no eliminó la facultad judicial de imponer penas sustitutivas. Tampoco restringió el momento de hacerlas, ni las reglas para interrumpirlas, modificarlas o darlas por cumplidas. Sólo impone una suspensión de la decisión judicial por un año. Impuesta que sea la pena sustitutiva, al concluir su suspensión de un año, la decisión judicial recobra todo su valor*

<sup>113</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, páginas 60, 61 y 62.

<sup>114</sup> Idem, página 62.

<sup>115</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3299-2016, página 62.



*permitiendo extenderla o aplicarla en el modo, tiempo y lugar que el juez competente determine.<sup>116</sup>*

A lo que se refiere el voto de minoría en su conclusión es que el examen de constitucional no se divisa la existencia de una vulneración constitucional. Porque la Constitución no tiene norma alguna que refiera a las finalidades de la pena y a la determinación de las penas alternativas. Tampoco el derecho Internacional de los Derechos Humanos configura en sus tratados un derecho subjetivo a la pena alternativa.

*“60º. Si lo tuviera reconocido en las reglas de Tokio, tampoco el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito lo vulnera, porque simplemente suspende su aplicación, pero no impide que el juez apruebe una pena alternativa [...] La suspensión de la pena sustitutiva no es más que otra modalidad de cumplimiento de las penas alternativas. Esta suspensión de la pena alternativa no privativa de libertad es proporcional, coherente con los fines constitucionales del bien común, la protección de la población y el orden público, así como con los derechos constitucionales de la vida y la libertad personal. Es una medida medida, idónea y objetiva.<sup>117</sup>”*

## **2.2 Sentencia Tribunal Constitucional, Causa ROL STC 4781-18 con relación a proceso penal, Causa RIT O-2384-17; RUC 1701170252-K del Juzgado de Garantía de San Carlos, Biobío.**

Con fecha 26 de diciembre del año 2017, El Juzgado de Garantía de San Carlos, en consideración a los argumentos expuestos por el Ministerio Público y por la parte querellante, decide decretar la prisión preventiva de Don Oscar Patricio Gebrie Sanhueza en tenor del artículo 196 ter de la Ley 18.290 por cumplirse los requisitos previstos en el artículo 195 y 195 bis del mismo cuerpo normativo. Esto por los hechos que a continuación se relatan.

El Domingo 10 de diciembre del 2017, siendo las 02.40 horas aproximadamente, las víctimas Don Fredy Antonio Gajardo Sanhueza y Doña Andrea Ayala Silva, de 19 y 20 años respectivamente, se dirigían a baja velocidad en una moto scooter a un negocio ubicado en la localidad. Según se relató la pareja respetaba las normas del tránsito y habiendo recorrido sólo 500 metros desde su propiedad, fueron impactados violenta y repentinamente por detrás por el vehículo conducido por el

<sup>116</sup> Idem página 64.

<sup>117</sup> Idem páginas 64 y 65.



entonces imputado, Don Oscar Gebrie, quien circulaba en una camioneta a exceso de velocidad por la misma vía y dirección que los jóvenes.

Producto del impacto, ambas víctimas salieron eyectadas del automotor de dos ruedas, cayendo varios metros hacia delante, golpeándose fuertemente en el pavimento, quedando tendidos en la calzada con lesiones de grave consideración.

El conductor de la camioneta tras impactar con la moto scooter se dio a la fuga, no deteniéndose a prestar auxilio a las víctimas ni llamó a la ambulancia o carabineros. Fueron los testigos presentes en el lugar quienes llamaron al hospital, trasladando a los jóvenes al hospital de Chillán, ingresando al servicio de salud en calidad de graves. Doña Andrea Ayala resultó con fracturas de diversa consideración, donde destacan las fracturas diversas en sus extremidades y la pérdida de diversas piezas dentales; Mientras que el conductor de la motocicleta Don Fredy Gajardo resultó con un TEC grave falleciendo el mismo día a las 14.30 horas.

Cuatro días más tarde, tras la declaración de testigos se da con el paradero del autor, procediendo a efectuar su detención. El 26 de diciembre, tras 10 días de diligencias investigativas de la Fiscalía Local de San Carlos se formaliza la investigación, imputando a Don Oscar Gebrie los delitos de cuasidelito de homicidio y lesiones graves además de la concurrencia de los artículos 195 y ss de la Ley 18.290, reformada el 2014 por la Ley 20.770 y aplicando la sanción del artículo 196 ter de la misma norma.

Acogida la acción solicitada por el Ministerio Público y la parte querellante, El Juez de Garantía decide en tenor del artículo 196 ter, decretar la prisión preventiva del imputado por al menos un año, sin posibilidad de optar a una pena sustitutiva prevista en la Ley 18.216. Cinco meses más tarde el imputado interpone ante el Tribunal Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en torno a la resolución previamente referida, esto porque Don Oscar Gebrie contaba en aquella oportunidad con la atenuante de irreprochable conducta anterior, circunstancia que le permitía optar a una pena sustitutiva en tenor a lo expuesto a la Ley 18.216, circunstancia no considerada por el Juez respectivo.

Un mes más tarde el Tribunal Constitucional declara la admisibilidad de la acción deducida. El 23 de enero del año 2019, se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.

Los argumentos del TC fueron variados y no fue una decisión conteste puesto que la mitad de la sala decidió acoger y el resto rechazar, pero por aplicación del

artículo 93 n°6 de la Carta Fundamental, atendiendo el quórum exigido se decidió acoger el requerimiento de inaplicabilidad.

### **2.2.1 Los argumentos que permitieron declarar la admisibilidad del requerimiento.**

El en ese entonces presidente de la sala Señor don Iván Aróstica Maldonado, la Señora doña María Luisa Brahms, y los Señores don Cristián Letelier, don Nelson Pozo y don José Ignacio Vásquez, estuvieron por acoger la acción deducida respecto al artículo 196 ter, inciso primero, segunda parte de la Ley 18.290.

Tal como ocurrió en la sentencia pasada, en esta oportunidad el TC también se basó en el principio de proporcionalidad, igualdad ante la ley, debido proceso, derecho internacional, entre otros. Así, respecto a la igualdad ante la ley y la racionalidad de las medidas, el TC señala,

*“3º. [...] La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición.*

*El primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador.*

*4º. En una línea argumental similar, se intuye la necesidad, entre otros elementos, de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, con derecho a prestar e impugnar prueba, que exista una resolución de fondo motivada y pública, susceptible de revisión por un Tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias de un Estado de Derecho.<sup>118</sup>”*

Respecto a este punto, el TC ya se había referido anteriormente, resolviendo de igual forma en la causa STC 2041-16 ó STC 1448-16, a modo de ejemplo. En ambas se hace énfasis en que existen elementos que abarcan todos los derechos que integran las reglas del artículo 19 No.3 de la Constitución Política de la República. Sobre dichos elementos se ha declarado que *“El derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las*

<sup>118</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, páginas 3 y 4.

*personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con los abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...<sup>119</sup>*

Respecto a este punto, es necesario vincular lo señalado por el TC y lo señalado por la doctrina especializada respecto al principio de proporcionalidad. En esta línea es importante recordar que la proporcionalidad se ha comprendido en dos sentidos.

En el primer sentido, se comprende la proporcionalidad en un sentido amplio, también conocido como prohibición de exceso, la que comprende a la intervención pública, la que debe ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible. Este sentido amplio supone que la medida se debe aplicar al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos. El segundo sentido, el estricto, pondera la medida que resulta más beneficiosa o ventajosa para el interés general que perjudicial sobre otros valores o bienes en conflicto, poniendo especial énfasis en los derechos y libertades<sup>120</sup>.

El TC por su parte viene a reafirmar esta postura doctrinal, habiendo señalado en el fallo Causa ROL STC 2365-12 que *“La Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, pero los intérpretes constitucionales no pueden sino reconocer manifestaciones puntuales de dicho principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico<sup>121</sup>.”*

En autos el TC ha reafirmado esta postura, señalando,

*“8º. Respecto de la invocación del principio de proporcionalidad, el legislador tiene amplia libertad para aumentar las penas en beneficio de la seguridad vial y el interés social comprometido en materia de tráfico de vehículos motorizados, también posee un margen amplio de libertad para determinar las penas asociadas a comportamientos valorados negativamente en atención a sus*

<sup>119</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 2041-16, considerando décimo.

<sup>120</sup> Bernes, Javier. (1994). *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*. (Número 15). Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Sevilla, España. Página 500.

<sup>121</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 2365-2012, considerando 16º.



*consecuencias, muchas de las cuales pueden resultar irreparables.<sup>122</sup>*

Con esta cuestión el TC en su voto de mayoría, que es en estricto rigor la mitad de los ministros en sala, zanja el tema de la proporcionalidad, acogándose a la petición del requerimiento en autos ya que comprende a la proporcionalidad en un sentido amplio y complejo. En segundo lugar, se aborda la situación al límite de las penas,

*“11º. Los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar su carga de penuria<sup>123</sup>.”*

Este límite tiene estrecho vínculo con el principio de legalidad y la proporcionalidad de las penas ya que como se vio en el segundo capítulo de esta memoria, la facultad de fijación de la pena debe ejercerse con plena sujeción a los límites que impone el respeto de los derechos, principios y valores constitucionales. Esta postura se acompaña con los argumentos del TC, que señala

*“13º. Se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo con los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos<sup>124</sup>.”*

El voto de mayoría centra su argumentación además en el problema de circulación vial, en la dogmática y la practicidad de la sanción punitiva.

Desde el plano normativo, resulta fundamental recordar que las normas penales de tráfico vial deben tener desde la perspectiva de prevención general negativa, la influencia disuasoria clara. Aun cuando la certeza perseguida del castigo formal aparece relacionada con el cumplimiento de los límites de velocidad, no ocurre de la misma forma en lo que al límite de alcohol por litro de sangre respecta. Lo importante de esto, es la agravación de las penas que supuso la reforma del Código

<sup>122</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, página 5.

<sup>123</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, páginas 5 y 6.

<sup>124</sup> Ibis, página 6.

Penal en materia de seguridad vial, la que en definitiva no parece relacionarse con el comportamiento de los conductores a la hora de enfrentar los preceptos formales.

*“21º. No desconoce este Tribunal Constitucional que la exigencia impuesta por el artículo 196 ter, inciso primero, de la Ley de Tránsito puede ser parte de una política de estado más general [...]*

*Aunque la ley es soberana, no le está dado alterar sin más aquellas normas sedimentadas tras una detenida reflexión y que se ha asumido como parte de una dilatada experiencia jurídica.*

*22º. Las penas sustitutivas también tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, coadyuvar a su reinserción social y evitar un modelo de reincidencia<sup>125</sup>”*

La postura se apoya en la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que señala que las penas sustitutivas de aquellas de privación de libertad no constituyen “un beneficio” y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Puesto que este tipo de pena favorece la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas<sup>126</sup>.

*“23º. La disposición que suspende la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad por un año resulta desproporcionada e inequitativa respecto a las personas condenadas incluso por delitos de mayor gravedad<sup>127</sup>.”*

Este punto se funda en que la naturaleza retributiva de la pena hace que ésta pueda conmensurar en casa caso a la gravedad del respectivo delito. Fundado este argumento en Bettiol, “*La base de la retribución sobre la que se hizo su ingreso en el*

<sup>125</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, página 9.

<sup>126</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos - INDH (2013). Opinión del INDH sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad. *Minuta aprobada por el consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de Mayo de 2013 - sesión 153*. Santiago, Chile. Disponible en [www.bibliotecadigital.indh.cl](http://www.bibliotecadigital.indh.cl). [consultado el 15 de Septiembre de 2020].

<sup>127</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, página 9.

*derecho penal, el criterio de la proporcionalidad, ya que la pena retributiva es naturalmente proporcionada al comportamiento efectuado<sup>128</sup>*

Se apoya además el TC en lo señalado por la Corte Suprema, quien ha dicho que la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener lo fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causen con la adopción de las desventajas para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causen con la adopción de las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados<sup>129</sup>.

La doctrina por su parte ha dicho como límite constitucional, en su aspecto material, en cuanto el Estado debe respetar los derechos fundamentales, esbozando lo que suele presentarse como “límite de los límites”, donde la intervención penal limita derechos sobre la base del principio de proporcionalidad, tal como lo desarrolla Santiago Mir Piug<sup>130</sup>.

En cuanto a la conclusión, el TC señala,

*“30º. 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 conlleva penar más allá del hecho punible descrito en la ley, plasmado en el artículo 19 Nº3, inciso final de la Constitución<sup>131</sup>.”*

El presidente, Señor Iván Aróstica Maldonado, estuvo por acoger el requerimiento por los siguientes argumentos:

---

<sup>128</sup> De Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1995). *La retribución Penal*. (1º Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur. Página 51.

<sup>129</sup> Corte Suprema, Sentencia Causa Rol N° 5043-2009.

<sup>130</sup> Mir Pug, Santiago. (2010). *Derecho Penal, parte general*. (5º Edición) Santiago, Chile: Ediciones UC. Páginas 80 y 81.

<sup>131</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, página 11..



*“3º. Parte Final. Informado el proyecto de Ley iniciado por el ejecutivo mediante mensaje N° 1167-362, de 23 de Enero de 2015, relativo a algunos delitos contra la propiedad, y que contempla esta misma exigencia de estar privado de libertad durante un año, por Acuerdo adoptado el 4 de marzo de 2015, la Corte Suprema agregó que este requisito implica un trato diferente y discriminatorio - más riguroso - para los responsables de que se trata, en comparación con otros condenados, que no necesitarán cumplir con ella. En definitiva, habría una infracción a la garantía de igualdad ante la ley.*

*4º. No se desconoce que la exigencia impuesta por el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito puede ser parte de una política de Estado más general [...]*

*Ciertamente cabe su modificación: por motivos jurídicos tanto o más poderosos que aquellos que justificaron su emisión, incorporando reglas del propio Código penal o de una normativa general que dé cuenta de que esa política de Estado no hiere infundadamente derechos legales o atribuciones constitucionales de los Tribunales.<sup>132</sup>”*

El ministro, Señor Cristián Letelier Aguilar, también acogió el requerimiento de autos respecto al reproche formulado al artículo 196 ter, teniendo presente las consideraciones expuestas en la sentencia y, además, lo siguiente:

*“1º. El artículo 1º de la Constitución declara que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en ese sentido la dignidad de las personas humanas es y debe ser el centro del ordenamiento jurídico nacional.*

*6º. Toda política pública por muy loable que sea tiene un límite que es la dignidad humana. <sup>133</sup>”*

---

<sup>132</sup> Ibis, páginas 10 y 11.

<sup>133</sup> Ibis. Página 13.

El argumento del ministro cuestiona en tenor a lo señalado en el artículo 2º del Decreto 518 de 1998 que “Aprueba reglamento de establecimientos penitenciarios”, en relación a la actividad penitenciaria en Chile, el que utiliza como principio rector *“el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.”*

*“7º. Todo lo anterior da cuenta que el presidio o reclusión de una persona, aplicada como pena efectiva, es la última ratio del ius puniendi del Estado. [...] Lo que en la práctica debe ocurrir es que el encierro haya de ser en un establecimiento penitenciario acorde a dicha dignidad.*

*9º. En el caso concreto, el legislador le resta independencia al juez penal, pues lo obliga, en caso de existir una sentencia condenatoria, a que debe ordenar la privación de libertad efectiva durante un año, sin darle otra opción de salida [... ]<sup>134</sup>”*

### **2.2.2 Votos por rechazar el requerimiento.**

Los ministros, Señores Gonzalo García y Domingo Hernández y la Ministra Señora María Pía Silva, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido respecto de la impugnación formulada al artículo 196 ter, inciso primero de la Ley 18.290, por las siguientes razones.

En primer lugar, se abordan los beneficios que otorga la Ley de penas sustitutivas, Nº 18.216 y la forma en que esta no puede ser aplicada al caso concreto.

*“1º. La imposición de una pena sustitutiva está sujeta al cumplimiento de variados requisitos [...] salvaguarda esta determinación como una facultad [...] Puede cambiarla el juez cuando pondere que se están satisfaciendo los requisitos para su otorgamiento o porque se están vulnerando en su cumplimiento.*

*4º- Que la Ley Emilia opera suspendiendo la sustitución por un año y permitiendo su determinación judicial en el período*

<sup>134</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, páginas 13, 14 y 15.



*restante [...] Sólo impone una suspensión de la decisión judicial por un año, imponiendo pena privativa de libertad. Impuesta sea la pena sustitutiva, al concluir su suspensión de un año, la decisión judicial recobra todo su valor permitiendo extenderla en el modo, tiempo y lugar que el juez competente determine<sup>135</sup>.”*

En cuanto a los criterios interpretativos, respecto de las penas alternativas o sustitutivas, el sistema universal de derechos humanos ha reconocido las “Normas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad”, mejor conocidas como Reglas de Tokio, establecen “las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo al principio de mínima intervención”. Al respecto, el voto del rechazo señala,

*“5º. Suprimir estas modalidades de ejecución satisface el principio de legalidad de las penas, pues sólo limita la discrecionalidad del juez y obliga aplicar la pena determinada por la ley [...] El riesgo por accidente de tránsito ha sido un criterio que el TC ha adoptado para enjuiciar una inaplicabilidad, fundado en los bienes jurídicos de protección de la salud de las personas, con especial consideración a los derechos de terceros como límite a la libertad de movimiento. [...] Es una ley que no opera automáticamente y que debe el juez fundar en un ejercicio razonable de ponderación.<sup>136</sup>”*

En cuanto a los criterios para rechazar el requerimiento, el voto de rechazo comienza señalando que es el legislador quien debe de tener políticas preventivas que disuadan efectivamente los accidentes de tránsito con resultado de muerte.

*“7º. El congreso nacional tiene potestades constitucionales formales y sustitutivas para erradicar o mitigar la conducta de riesgo de conducir vehículos con consumo de alcohol. Esta conducta no es un ejercicio de libertad alguna porque es un riesgo que afecta los derechos de otros.*

<sup>135</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, página 15 y 16.

<sup>136</sup> Ibis, página 17



*8º. Es razonable que el legislador busque los medios de que las penas sean efectivas. Así como no es razonable la sobre punición tampoco lo es la impunidad [...] Llegar a la minusvaloración de estas conductas es un serio renunciamiento de la obtención de finalidades de derecho[...]*

*Este tribunal ha validado la legitimidad de penalizar estas conductas y de disociar las conductas típicas relativas al manejo en estado de ebriedad, la conducta de auxilio a la víctima y la denuncia de los hechos a la autoridad [...]*

*9º.-Si es legítimo privar de libertades a las personas, mediante una ley que tipifique el delito, es natural al sentido de la ley que ésta tenga la fuerza propia para imponerse<sup>137</sup>*

Finalmente, respecto al punto de mayor discusión, en torno a la proporcionalidad o desproporcionalidad de la suspensión de una pena privativa de libertad el voto de rechazo señala,

*“12º. Hacer efectiva la pena de privación de libertad en los delitos de manejo en estado de ebriedad, con resultado de muerte, se corresponde con una medida que está amparada en diversas finalidades constitucionales. Es una función esencial de bien común [...]*

*15º. En cuanto al juicio de proporcionalidad, en un sentido estricto, hemos sostenido que en materia penal esta faceta del examen de proporcionalidad le corresponde plenamente al juez penal y no puede el juez constitucional está ponderación.*

*16º. Es razonable que una persona cumpla un año de pena efectiva en relación con un tipo penal que puede quintuplicar esa penalidad. Es razonable proteger la vida del tercero. Se trata de una medida objetiva que satisface el test de igualdad ante la ley. [...]<sup>138</sup>*

---

<sup>137</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL STC 4781-18, páginas 16, 17 y 18.

<sup>138</sup> Ibis, páginas 19 y 20.



### **2.3 Sentencia del Tribunal Constitucional, Causa RIT 3270-16, referida a sentencia en proceso penal Causa RIT 4546-2616; RUC 1600647811-9 del Juzgado de Garantía de San Antonio.**

Con fecha 10 de Julio del año 2016, el Juzgado de Garantía de San Antonio, a folio 1 en carpeta de OJV, ordena en atención al cumplimiento de la medida cautelar más gravosa de nuestro ordenamiento jurídico (prisión preventiva), el ingreso al centro penitenciario de la misma localidad, a Don David Jeremahia Romero Acuña, en calidad de imputado por su presunta participación en calidad de autor por el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte, prevista y sancionada en los artículos 196 y ss de la Ley de tránsito, los cuales fueron modificados con la entrada en vigencia de la Ley 20.770 el pasado 17 de Septiembre del 2014.

Lo anterior en virtud a los hechos expuestos por la fiscalía local de San Antonio y que fueron ratificados en proceso penal por la parte querellante en presentación efectuada el 25 de Julio del mismo año a folio 8.

En ambas presentaciones se puede apreciar de forma cronológica del ilícito cometido por el imputado en autos, donde se señala que el 10 de Julio de 2016 alrededor de las 1:30 horas, Don David Romero conducía un vehículo por una calle de la ciudad en compañía de Doña Valentina Palma Muñoz, a exceso de velocidad y bajo un evidente estado de ebriedad. Tras una maniobra imprudente del conductor y unido a la rapidez de conducción, Don David pierde el control del vehículo, estrellándose contra un árbol. Producto del impacto, ambos resultaron con lesiones de distinta gravedad, por lo que ambos fueron trasladados al hospital Claudio Vicuña de San Antonio. Según el parte médico N° 002231, la víctima Valentina Palma, ingresó en calidad de fallecida, decretando esta situación el médico de turno.

El teniente carabinero a cargo, Juan Muñoz Luna, señala que el impacto se produjo debido al consumo de alcohol del imputado en un grado que era imposible de determinar, pero que era más evidente que este superaba el límite permitido. Tal circunstancia provoca que Don David pierda la noción del concepto de velocidad, así como el control del vehículo lo que provocó que se desviase hacia la orilla e impactara de frente con un árbol.

En virtud de todo lo expuesto, el 21 de octubre de 2016, el Juzgado de Garantía decretó en audiencia de preparación de juicio oral la mantención de la medida cautelar hasta la audiencia de juicio oral en el Tribunal respectivo, esto por haber concurrido los supuestos de los artículos 196 bis y 196 ter de la Ley 18.290.



Es por lo anterior, que el 9 de noviembre se presenta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de la resolución emanada del Juzgado de Garantía de San Antonio. Esto solicitando en dos cuestiones, en primer lugar, se solicita la declaración de inaplicabilidad de los artículos 195 y ss. de la Ley 18.290, por contravenir el principio constitucional de igualdad ante la ley y los fines legítimos perseguidos por el legislador sean estos el derecho a un proceso racional y justo y el principio de la culpabilidad; Con fecha 16 de diciembre de 2016 la segunda sala del excelentísimo Tribunal constitucional declaró admisible el requerimiento.

Frente al requerimiento el Ministerio Público solicita el rechazo de este haciendo énfasis en el requerimiento es abstracto y fundado en argumentos de mérito, ajustándose la norma al principio de proporcionalidad y al fin perseguido por el legislador.

Tras un extenuante análisis el 18 de Julio del año 2017, el TC resuelve:

- I. Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad en lo concerniente a la impugnación formulada al artículo 196 bis, regla 2, primera parte y regla 5 de la Ley 18.290, de tránsito.
- II. Que se acoge la acción deducida declarándose inaplicable en la gestión pendiente del artículo 196 ter, inciso primero, segunda parte de la Ley 18.290, de tránsito, en la parte que dispone: “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”. Oficiese a tal efecto.<sup>139</sup>

Son justamente estos argumentos los que serán expuestos a continuación, los cuales no son absolutos, porque pese a la postura adoptada por el voto de mayoría, surgen diversos argumentos del voto de minoría referidos a esta sentencia en cuestión, los cuales también serán desarrollados oportunamente.

### **2.3.1 Argumentación del voto de mayoría en torno al rechazo de la acción deducida respecto de los artículos 195, 195 bis y 196 bis por contravenir los derechos y garantías constitucionales.**

El voto de mayoría comienza la argumentación del fallo haciendo un análisis de todo lo ocurrido, circunstancia que para estos efectos es innecesaria exponer porque ya se señaló en un comienzo de este apartado. Sin embargo, resulta fundamental exponer

<sup>139</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, parte resolutive, páginas 39 y 40.

los argumentos en cuestión. Para ello el voto de mayoría realiza un análisis doctrinal de la concepción del principio de proporcionalidad, señalando lo siguiente:

**“F. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

*VIGÉSIMO PRIMERO, PARTE FINAL: La doctrina ha destacado como notas del principio de proporcionalidad la prescindencia del acto sancionador para lograr el fin propuesto, la adecuación de la medida aplicada para obtenerlo, la necesidad de establecer criterios cuyo tratamiento permite conocer el grado de prejudicialidad de cada medida [...] y la importancia del objetivo que la justifica (Carlos Lesmes Serrano y otros, *Derecho Penal Administrativo*, Granada, 1992, p.12; cit. Enrique Navarro Beltrán, *La Constitución Económica Chilena ante los tribunales de Justicia*. Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016, p.276”<sup>140</sup>*

Tras este breve análisis por parte del voto de mayoría, se esgrime que la proporcionalidad es mayoritariamente entendida por la doctrina en un sentido amplio, también conocido como prohibición de exceso. Esto por señalar una serie de criterios que se deben de considerar a la hora de intervenir de manera pública en el caso concreto, para que así tal intromisión sea susceptible a alcanzar la finalidad perseguida. De modo que, la aplicación de una medida se justifica principalmente en que no existe otra menos restrictiva, dentro de la esfera de la libertad del afectado, a la que se está imponiendo.

Sin embargo tal como existe una postura mayoritaria respecto a la proporcionalidad en sentido amplio, también hay una postura doctrinal que la comprende en un sentido estricto, tras la ponderación de las posibles medidas que se pueden aplicar, se opta por aquella que resulta más beneficiosa para el interés general que se ve perjudicado respecto otros valores o bienes en conflicto, principalmente sobre derechos y libertades<sup>141</sup>.

Tras este análisis y posterior explicación que a nuestro juicio resultó relevante, el TC procede a argumentar su decisión, señalando,

<sup>140</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, Considerando 21º, primera parte.

<sup>141</sup> Barnes, J. (1994). *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*. Revista de Administración Pública No 135, página 500.



**“VIGÉSIMO SEGUNDO, PRIMERA PARTE:** *Este Tribunal ha señalado que la Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, pero los intérpretes constitucionales no pueden sino reconocer manifestaciones puntuales de dicho principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico [...]*

**VIGÉSIMO TERCERO, SEGUNDA PARTE:** *El legislador tiene libertad para definir bienes jurídicos que pretende cautelar mediante sanción punitiva, de forma que incluso puede tutelar diversos bienes jurídicos, generando una multiplicidad de penas, en tanto se respete la restricción o límite punitivo de la doble incriminación. En consecuencia, es permitido al legislador de manera legítima tipificar como delito la conducta descrita en autos*

**VIGÉSIMO CUARTO:** *En una mera operación deductiva no resulta posible aceptar que las hipótesis fácticas descritas en la tipificación de las figuras delictivas de los artículos 195 y 195 bis de la Ley 18.290 sean vulneratorias de garantías constitucionales.<sup>142</sup>”*

Los argumentos expuestos por el voto de mayoría dicen relación con lo señalado por esta parte anteriormente. Al no existir los antecedentes que permitan esclarecer los motivos del por qué el imputado no se realizó las pruebas respectivas así como tampoco se señala por qué no se dio cuenta a la autoridad respectiva, ya que tal gestión fue realizada por el centro médico, no es posible considerar que las sanciones de suspensión de la licencia de conducir por hasta un mes unido al pago de las multas referidas en los artículos 195 y 195 bis sean contrarias a los preceptos legales previstos en la constitución, siendo esta causal suficiente para desestimar el requerimiento interpuesto en este primer punto.

Sin embargo, el voto de mayoría continúa con su análisis señalando que, en virtud de la competencia otorgada a cada Tribunal, así como facultades que ellos mismos adquieren en virtud de lo señalado en la Carta Fundamental y en el Código Orgánico

<sup>142</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, Considerandos 22º, primera parte, 23º parte final y 24º.



de Tribunales, al TC solo le corresponde cerciorarse de que tales penas y atribuciones obedezcan los márgenes de la licitud.

En este sentido, los órganos del Estado al momento de la determinación de las penas deben considerar el campo de aplicación de las mismas, y que una política penal cuya base sean sus efectos intimidatorios supone que la medida carece de base empírica, resulta ineficiente y colisiona de frente con los valores básicos de un Estado de Derecho, el que debe buscar siempre que las restricciones de los derechos y garantías sean proporcionadas para que su imposición sea en la medida de lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad de todos aquellos que cometan algún ilícito.

Este criterio se desprende de lo señalado por el propio TC,

#### **“G. LÍMITES DE LA PENA. GENERALIDADES**

*VIGÉSIMO SÉPTIMO: Los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto, en términos que pueden modificar, de manera notable, su carga de penuria, [...] las cuales son vinculadas a la personalidad del sujeto y a su evolución mediante el tratamiento penitenciario o medida alterna en el cumplimiento de la pena. [...] El principio de proporcionalidad supone un límite constitucional material y fundamental que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad.<sup>143</sup> ”*

### **2.3.2 Argumentación del voto de mayoría en torno a la admisibilidad de la acción deducida respecto al artículo 196 ter de la Ley 18.290, por contravenir los derechos y garantías constitucionales.**

Tras la modificación introducida en el año 2014 por la Ley Emilia, el nuevo artículo 196 ter señala que el condenado por manejar en estado de ebriedad que ocasione lesiones o la muerte del ofendido no puede acceder a una pena sustitutiva, sino que

<sup>143</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, Considerando 27º, primera parte.



solo una vez que transcurra un año de cumplimiento efectivo de la correspondiente pena privativa de libertad.

Los siguientes apartados tendrán por propósito señalar los argumentos claves para el voto de mayoría en torno a la declaración de admisibilidad del requerimiento respecto a este controvertido artículo.

***“TRIGÉSIMO CUARTO, PARTE FINAL:** Con anterioridad al año 2014, eran los tribunales del Poder Judicial quienes impartían justicia dando lo suyo a cada cual, en cada caso concreto y con un criterio de igualdad proporcional [...]*

***TRIGÉSIMO QUINTO:** [...] El legislador sustituyó esa ponderación a los jueces. De modo que [...] se pasó a un régimen legal de denegación genérica, con prescindencia de los antecedentes a su favor que pudiere presentar casa condenado en especial.*

*Lo que a continuación objeta el Tribunal Constitucional no es la llamada Ley Emilia. [...] Se repara en concreto la constitucionalidad del citado nuevo artículo 196 ter de la Ley 18.290, porque ni de su texto ni de sus antecedentes aparecen razones jurídicas suficientes que justifiquen introducir esta excepción.*

***CUADRAGÉSIMO:** 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.*

*Lo anterior limita al legislador en el uso de penas de privación de libertad de manera desmedida.<sup>144</sup>*

En este punto es preciso citar a Bettiol, quien señala que es sobre la base de la idea de retribución sobre la que hizo su ingreso en el Derecho Penal el criterio de proporcionalidad, ya que la pena retributiva es “naturalmente” proporcionada al comportamiento efectuado.<sup>145</sup>

<sup>144</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, Considerandos 34º, parte final, 35º y 40º.

<sup>145</sup> De Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1995). *La retribución Penal*. (1º Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur, página 51.



Teniendo en cuenta esta argumentación, es que el voto de mayoría procede finalmente a efectuar sus conclusiones,

**"K.- CONCLUSIÓN.**

**CUADRAGÉSIMO SEXTO:** [...] *La idoneidad no solo nos obliga a elegir dentro del catálogo de penas a aquella que resulte más adecuada, sino que debe resolver la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos que el penal, resolviendo su intervención como última ratio.*

*La proporcionalidad se rige por el principio de necesidad: una vez convencido el sancionador de que la pena es la más idónea, debe imponer con criterio de estricta necesidad para alcanzar los fines preventivos.*

*Los jueces deben llevar adelante un razonamiento práctico basado en principios [...] fundado en la importancia de aquellos principios que lleven a decantar la solución del caso en conformidad a la razonabilidad.*

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO:** *Resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley 18.290, no resulta pertinente que la norma de sanción (sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica. Implica el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional. Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, ya que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación<sup>146</sup>*

Como es posible vislumbrar, todo lo expuesto compone la opinión generalizada del TC, sin embargo, esta postura no resulta absoluta puesto que diversos ministros opinaron diferente al voto de la mayoría. Sus argumentos y opiniones serán expuestos a continuación.

<sup>146</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, Considerandos 46º y 47º .



### **2.3.3 Del voto de minoría, el rechazo del requerimiento respecto al artículo 196 ter de la Ley 18.290.**

En primer lugar, el ministro y expresidente Don Iván Aróstica Maldonado, estuvo a favor del rechazo del requerimiento en torno al primer punto, sin embargo, sus argumentos distan de lo referido por el voto de mayoría. Es así como se señala:

*“3º Resulta incompatible con la naturaleza y fines de las penas sustitutivas, que precisamente están orientadas a evitar males conocidos y consecuencias insatisfactorias de las sanciones privativas de libertad que esa política de Estado no hiere infundadamente derechos legales o atribuciones constitucionales de los Tribunales. Lo contrario, mueve a calificar tales leyes ad hoc como una suerte de derogación singular, reñida con la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias.  
147”*

En este mismo sentido, los ministros Don Juan José Romero, Doña María Luisa Brahm, Don Cristián Letelier y Don José Ignacio Vásquez, procedieron a rechazar el requerimiento en su punto II por las siguientes razones.

#### **“Del derecho internacional de los Derechos no se puede deducir un derecho subjetivo a una pena alternativa y criterios para rechazar el requerimiento**

*2. Que es razonable que el legislador busque los medios de que las penas sean efectivas, máxime si las mismas son constitucionales.*

*45º: Llegar a la minusvación de estas conductas es un serio renunciamiento de la obtención de finalidades del derecho. El mecanismo que permite que la pena existente se vuelva potencialmente más real es parte de la atribución inherente del legislador.*

*Este Tribunal ha validado la legitimidad de penalizar estas conductas y de disociar las conductas típicas relativas al manejo en estado de ebriedad, de auxilio a la víctima y de denunciar a la*

<sup>147</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, páginas 42 y 43.



*autoridad. Por tanto, si estas penas son proporcionales y constitucionales ¿Por qué no ha de ser aquella medida que pretende aplicar una pena justa?*

6. La suspensión de una pena alternativa no privativa de libertad es proporcional.

*50º: [...] hacer efectiva la pena de privación de libertad en delitos de manejo en estado de ebriedad, con resultado de muerte, se corresponde con una medida que está amparada en diversas finalidades constitucionales<sup>148</sup>.”*

En este último punto, el voto de minoría busca explicar lo siguiente: En la dimensión privativa, la regla penal de tránsito tiene por objeto que el Estado le brinde una protección a la población, enmarcando en una función clara y orientada al bien común.

En lo que respecta a los bienes jurídicos tutelados, se otorga una protección añadida al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, regulado expresamente en la CPR en su artículo 19 N°1. Para este fin se tiene presente la función asociada a la protección de los derechos fundamentales que toda persona tiene. Ello elabora la más importante de las funciones en este caso, siendo esta la función que tienen los policías consistente en el ordenamiento estatal.

Todo lo anterior crea una legislación que se inscribe sin dificultad alguna dentro de un entramado de finalidades y derechos constitucionales que amparan esta intervención regulatoria.

*“52º: Que la proporción debe basarse en una relación de medios afines. En tal sentido, insistimos que no hay un juicio racional de proporcionalidad aislado de sus fines. Este juicio de idoneidad puede hacerse de varias maneras. Lo que hay que comprobar es que el medio fomenta el fin. Y ello puede lograrse de un modo cuantitativo, ó de un modo cualitativo. O bien de una manera probabilística, esto es, la suspensión de la pena sustitutiva va a fomentar el fin con alto grado de seguridad más que otorgar la pena sustitutiva.*

---

<sup>148</sup> Idem, páginas 77 a 79.



*Resulta claro que no puede exigirse que la medida sea cuantitativa, cualitativa y probabilísticamente idónea, puesto que aquello es resorte del legislador. El Tribunal*

*Constitucional no puede sustituir la función normativa para escoger el medio exacto que contribuye a un fomento de la solución más significativa, mejor de todas y la que con certeza satisface el fin perseguido. Tal exigencia pervierte las competencias de esta magistratura. Por tanto, el juicio de idoneidad exigido es un juicio débil o no tan intenso. Basta que la medida sea cuantitativa, cualitativa o probabilísticamente adecuada, entendidas de un alternativo y no copulativo”<sup>149</sup>*

Lo que señala el voto de minoría en este caso es que suspender la pena alternativa y sustituirla por lo señalado en el artículo 196 ter de la Ley de tránsito, configura la medida más idónea en este caso. Esto en virtud de dos razones. En primer lugar, porque la prisión preventiva es un medio eficaz en sí mismo para impedir que vuelva a incurrir el autor en un accidente del mismo tipo; En segundo, la medida resulta eficaz porque ejerce una función simbólica respecto del nuevo estadio que el ordenamiento quiere satisfacer.

Esta Postura se ve reforzada con en el punto 54º del voto de minoría que expone:

*“54º: En cuanto al juicio de proporcionalidad, en un sentido estricto, una vez adoptada la decisión judicial opera la ley suspendiendo la pena sustitutiva aplicada. Hemos sostenido que en materia penal esta faceta del examen de proporcionalidad le corresponde plenamente al juez penal y no puede el juez constitucional sustituir esta ponderación por diversas razones [...] El límite reside en el hecho de que el precepto sea el obstáculo objetivo que le impida al juez imponer una pena privativa de libertad inferior a un año de plazo. Sin embargo, el examen de valoración punitiva, y en una perspectiva abstracta, se dificulta que exista una norma penal que en la práctica imponga una pena privativa de libertad inferior a un año cuando está por medio el bien jurídico, vida.”<sup>150</sup>*

<sup>149</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, páginas 80 y 81.

<sup>150</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 3270-2016, páginas 81 y 82.

### **3. Jurisprudencia de Corte con relación a la ley que modifica la ley del tránsito.**

#### **3.1 Sentencia Corte Suprema, Causa ROL 6095-2017 en relación a proceso penal, Causa RIT 88-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique.**

El día 05 de noviembre del año 2015, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, rechazó de manera unánime el recurso de nulidad y confirmó la sentencia aludida en la que, se aplica conforme a derecho la normativa prevista en la Ley 20.770.

La sentencia, que fue emitida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique el día 08 de febrero del 2016, condenó al conductor, Don René Hermosilla, a la pena de presidio menor en su grado máximo, esto es tres años y un día y las penas accesorias correspondientes señaladas en el artículo 196 de la Ley 20.770.

Se le sustituyó la pena corporal aplicada por la pena de libertad vigilada intensiva, la que tendría vigencia por dos años y un día, quedando así la pena sustitutiva aplicada en suspenso durante un año, según lo señalado en el artículo 196 de la Ley de Tránsito, periodo que debía de ser cumplido por el condenado de manera efectiva y reconociéndose además dos días de abono. Todo lo anterior debido a que Don Cristián no dio cumplimiento a los requisitos previstos en los artículos 195 y siguientes de la Ley Emilia, principalmente en lo referido al hecho de no haber informado a la autoridad competente del accidente automovilístico en el que el sujeto se vio envuelto en el mes de febrero del año 2016.

En contra de la resolución señalada en párrafos anteriores, la defensa del acusado interpuso recurso de nulidad bajo la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal en lo principal y de manera subsidiaria además señala la causal prevista en la letra b) del mismo artículo. Es menester señalar que el artículo en cuestión señala las causales para decretar la nulidad de la sentencia y del juicio oral cuando se cumplen ciertas condiciones, siendo algunas de estas la letra a), que se refiere a la infracción de derechos y garantías constitucionales y la letra b) que se refiere a una errónea aplicación de la norma legal.

En este punto se abordará la resolución de la Corte Suprema en torno al rechazo del recurso de nulidad en tenor de lo previsto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal- Además se señalará los motivos por los cuales si se acogió el recurso en tenor a la letra b) del mismo artículo.

##### **3.1.1 Del único argumento que llevó a la Corte Suprema a rechazar el recurso de nulidad en tenor al artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.**



*“Quinto: Que, para una adecuada resolución del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, es necesario recordar que la norma del artículo 195 de la Ley de Tránsito busca sancionar lo que se conoce en E.E.U.U como hit and run, esto es, golpe y huye, consistente en la acción dolosa destinada a evadir la persecución penal. Lo anterior fue recogido en el mensaje de la Ley 20.770 [...] Así las cosas, el ya mencionado artículo 176 impone al conductor una obligación de solidaridad, generándole un deber al garante cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción legal. En consecuencia, lo único que exige la norma para que surja obligación legal de detenerse, prestar auxilio y dar aviso a la autoridad, es que el conductor participe en un accidente de tránsito que genere los resultados previstos en la disposición legal.<sup>151</sup>”*

En suma, lo que puede resumirse de este considerando, es que aun cuando el conductor no sea el causante del accidente automovilístico, tiene un deber de detenerse, prestar colaboración y dar cuenta a la autoridad en la forma prevista por la Ley Emilia. Así, el tipo penal del artículo 195 de la Ley 18.290, supone la existencia de un delito doloso de omisión<sup>152</sup> ya que la conducta ilícita emana del actuar voluntario del sujeto que, pese a ser conocedor de un accidente automovilístico, decide incumplir con los deberes establecidos por el legislador.

*“Octavo: Que de acuerdo con el precepto legal precitado (artículo 373 letra a), la calidad de imputado y, por ende, el ámbito de protección que le acompaña, como los derechos de guardar silencio y defensa, cuya omisión se denuncia por el recurso, se adquiere desde que el procedimiento se dirige en contra de una persona y más específicamente, desde que se le atribuye alguna participación en la comisión de un hecho punible.<sup>153</sup>”*

<sup>151</sup> Corte Suprema, Sentencia ROL 6095-17, página 5.

<sup>152</sup> Ver capítulo 1 de esta memoria.

<sup>153</sup> Corte Suprema, Sentencia ROL 6095-17, página 7.



En este punto es preciso señalar que el considerando hace alusión al artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, puesto que tal norma legal se funda en la supuesta vulneración de derechos que el autor, Don René Hermosilla, sufre toda vez que este es privado de sus derechos a guardar silencio y derecho a defensa. Sin embargo y pese a la efectividad del argumento que apunta al resguardo y consagración de tales derechos en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso señalar que estas garantías se encuentran reguladas en el artículo 7 del Código Procesal Penal en el apartado que regula la calidad de imputado. En consideración a esto, la norma establece,

*“Artículo 7.- Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuye a una persona responsabilidad en un hecho punible<sup>154</sup>”*

Este punto es importante toda vez que la obligación que el artículo 176 de la Ley 18.290 impone al conductor, que le exige dar aviso de forma personal y mediata a la autoridad policial, no puede ser interpretada como una vulneración al derecho de guardar silencio y/o al derecho de defensa, puesto que el autor, al momento de conocer el accidente no tenía la calidad de imputado, resultando absolutamente improcedente que se le leyeran sus derechos para que denunciara lo acontecido por la autoridad. Además, al autor en este caso en particular, no se le establecieron los presupuestos fácticos para ello.

En síntesis, no se puede señalar la vulneración de derechos dentro de un procedimiento cuando este aún no ha empezado.

---

<sup>154</sup> Artículo 7. Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. . Publicado el 12 de Octubre de 2000. Santiago, Chile.

### **3.1.1 De los argumentos que llevaron a la Corte Suprema a acoger el recurso de nulidad en tenor al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.**

Tal como se señaló al principio del apartado, la defensa de Don René Hermosilla interpone un recurso de nulidad solicitando en lo principal la aplicación del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y en subsidio la aplicación del mismo artículo en su letra b).

En torno a lo principal del asunto recurrido se rechazó de manera unánime, sin embargo, en este segundo punto la Corte Suprema decidió declarar admisible este punto, en torno a lo siguiente.

La causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal se solicita por la defensa bajo la premisa de la aparente transgresión del artículo 195 de la Ley de Tránsito, en relación con el incumplimiento de los deberes previstos en el artículo 176 del mismo cuerpo legal. Se indica entonces que el error de derecho se genera por medio de una pluralidad delictiva dentro del mismo tipo penal omisivo, estableciéndose por el Tribunal de forma errónea un delito.

En este punto, hay concordancia entre las partes respecto a los hechos. Que, el día 19 de febrero de 2016, Don René Hermosilla conducía por una calle de la ciudad de Coyhaique al tiempo en que un peatón se encontraba caminando por un lugar no habilitado y bajo los efectos del alcohol. Este último cruza la calle y es atropellado por el señor Hermosilla, quién si bien se detuvo y prestó ayuda a la víctima, se retiró del lugar momentos antes de la llegada de Carabineros al lugar. Producto de las lesiones ocasionadas por el impacto, la víctima fallece al día siguiente en el hospital de la ciudad.

Días más tarde, un suboficial de carabineros oficia un escrito que da cuenta de la placa patente del vehículo involucrado en el accidente, el cual se obtiene por medio de cámaras de seguridad ubicadas en el lugar de los hechos, las mismas cámaras también señalan al presunto autor. Las fotografías inculpatorias fueron utilizadas como medio de prueba y estas fueron reconocidas por el autor, Don René.

Es en tenor de la concurrencia del ilícito de no informar a la autoridad competente que al autor se le impone la sanción del artículo 196 de la Ley Emilia, debiendo cumplir un año al menos en un centro penitenciario sin derecho a una pena sustitutiva.

En este punto la Corte Suprema señala,

*“DUODÉCIMO: Que, el artículo 195 inciso 2º de la Ley N° 18.290, no le impone al conductor una o dos, sino que tres exigencias copulativas,*



*esto es, todas ellas deben concurrir, por lo que basta que una sola de ellas no sea cumplida para que se configure tal ilícito.*

*Así, los dos primeros deberes, aparecen satisfechos por encartado. Sin embargo, según se explicitó en el fallo recurrido y que se analizó precedentemente, no es posible afirmar lo mismo respecto del tercer deber, pues si bien el acusado detuvo la marcha del vehículo, prestó ayuda a la víctima atropellada y esperó que llegara la ambulancia, después se fue del lugar, sin dar cuenta a carabineros, ni mucho menos de manera inmediata [...]*

*Así las cosas, atendiendo que la omisión a que se refiere el artículo 196 inciso segundo de la Ley 18.290, constituye un solo deber de conducta que exige tres acciones - detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad- todas destinadas a la protección de la víctima y a colaborar con la acción persecutora del Estado, el sujeto soporta el deber normativo de conducta que exige el despliegue íntegro de las acciones antes referidas. De este modo la omisión de una de ellas hace surgir la infracción penal prevista en el precepto precitado y se tiene por configurado el ilícito previamente señalado. <sup>155</sup>*

Lo que se establece en este punto es la circunstancia de la errónea interpretación del artículo 176 previamente señalado, pues no resulta exigible que tal obligación sólo sea posible de cumplir “de propia mano”. El legislador no exigió una modalidad específica para su cumplimiento, sino la inmediatez, por lo que la satisfacción de este deber puede ser realizada por otras personas, tal como se puede señalar ocurrió en la especie.

<sup>155</sup> Corte Suprema, Sentencia ROL 6095-17, página 9.

## CONCLUSIÓN Y POSTURA CRÍTICA

Tras esta exposición, donde se abarcó a cabalidad el contenido de la Ley 20.770, que si bien es cierto es una ley modificatoria, cambia sustancialmente el contenido y la tipificación del delito de manejo en estado de ebriedad o bajo el efecto de otra sustancia psicotrópica o estupefaciente, se puede señalar que el interior de la Ley Emilia es un universo, puesto que una serie de contenidos y de precisiones que hacen de este un tema bastante extenso.

Lo primero que hay que señalar es que el principio de proporcionalidad debe ser entendido en un sentido amplio, ya que sólo comprendiendo el principio de esta forma es posible determinar si la modificación efectuada en la Ley 18.290 por la Ley 20.770 es realmente proporcional o no. Esto porque, el sentido amplio, como se ha visto anteriormente, supone regular la adecuación de la norma al fin propuesto, la necesidad de cautela y el juicio de ponderación o de valor que el juez debe de realizar previo a la aplicación de la norma. Así, como se señaló a lo largo de esta exposición, no es posible aplicar las reglas de la proporcionalidad en conjunto cuando uno de estos mecanismos falla, porque su sola ausencia supone que desde ya la norma no es proporcional. Aplicar la proporcionalidad en un sentido estricto supone incurrir en un error ya que sólo se limita a regular una de las tres esferas que ella abarca, no aplicando el análisis completo por lo que la definición de si la norma es o no proporcional resultaría errónea. Al mismo tiempo, en los fallos expuestos en el capítulo tres de esta memoria, se aprecia que tal como nosotras, el TC mira y aplica la proporcionalidad de la misma forma.

En segundo lugar, desde una perspectiva penal y el contenido particular de los artículos 195 y 195 bis se puede señalar que estas normas son completamente proporcionales. Esta estimación era esbozada con antelación por nosotras toda vez que, previo a la confección de esta memoria, habíamos leído diversas STC y respecto a las cuales en la mayoría de los casos el TC rechaza el requerimiento respecto a los artículos 195 y 195 bis. Ahora, tras haber terminado este trabajo podemos entender sus motivos.

Los artículos resultan proporcionales porque el imputado jamás pierde su derecho a guardar silencio, pudiendo ejercerlo en cualquier momento, pudiendo incluso prestar declaración como medio de defensa. Es por lo anterior que, aun cuando la norma supone una exageración para el requerido, señalando que es exagerado que en caso de ocasionar la muerte o lesiones al ofendido o bien, cuando no solicite auxilio a la autoridad competente, se le aplique el artículo 196 ter y se le prive de libertad, se considera justo y racional en el sentido de que el autor puede, si así lo requiere declarar en su beneficio aclarando las circunstancias. Si esto ocurre, hay una obligación legal de realizar una audiencia de modificación de medidas cautelares por no incurrir entonces en el artículo 195 y/o 195 bis, aplicando entonces la ley sobre penas sustitutivas.

Porque, además, como ya se señaló en fallos por el TC la suspensión de aplicación de penas sustitutivas de privación de libertad, supone sólo una suspensión del beneficio por un año, no la imposibilidad absoluta de optar a este beneficio. Sin embargo, lo que la ley no señala y que, permite en consecuencia aplicar en subsidio el Código Penal, es que, habiendo variado las circunstancias en torno al imputado, no siendo este considerado un peligro, puede optar a la modificación de sus medidas cautelares. Siendo entonces, una norma completamente justa, racional e idónea.

Sin embargo, la norma 195 bis, en torno a la parte final referida al nuevo delito, esto es la negativa del autor de realizarse exámenes corporales resulta completamente injustificada y desproporcional. Lo anterior porque la consecuencia escrita en el 195 bis sólo puede de aplicarse cuando el sujeto se niega a su realización existiendo de por medio una resolución judicial porque el artículo 195 bis no explica qué se entiende por negativa injustificada, razón suficiente para aplicar el artículo 197 del Código Procesal Penal que regula los exámenes corporales, esto por la falta de regulación específica. De modo que, condenar a un sujeto por el 195 bis, porque se negó a realizarse exámenes corporales sin una autorización judicial, resulta completamente desproporcionado e injusto cuando el mismo legislador es claro en señalar que la realización de los mismos se efectúa solo previo autorización del Juez competente y aun así, la sanción por la negativa en este segundo caso jamás supone la comisión de un delito, puesto que si esto ocurre, el Juez es quien debe solicitar la realización de este examen de forma obligatoria por ser sus resultados relevantes para la investigación. Se concluye entonces que aplicar el 195 bis, en este caso es irracional, desproporcional e injustificado.

Respecto a la presunta vulneración de la Ley 20.770 a los principios formadores del Derecho Penal, tales como el de *ultima ratio*, se ha establecido que tal afectación por parte de la Ley Emilia no es efectiva toda vez que, siguiendo los principios de la Carta Fundamental, el derecho penal solo debe de aplicarse cuando todas las herramientas restantes no son suficientes para proteger aquellos bienes jurídicos que la sociedad considera más valiosos. En este ámbito se deduce entonces que a mayor gravedad del ilícito mayor es la sanción y menores son las posibilidades de optar a una pena sustitutiva. Esto mantiene el equilibrio y la proporcionalidad de las sanciones. Ya que no podemos olvidar que la idea del legislador es proteger los bienes jurídicos de mayor valor, esto es la vida y la integridad física, pero no solo del ofendido, sino que también del autor.

En atención a la vulneración del principio de igualdad ante la ley en cuanto a que se castiga a un grupo de la sociedad con penas más gravosas que a otros grupos, siendo delitos similares en cuanto a la afectación de bienes jurídicos como son la integridad física o la vida, se señala por esta parte un ejemplo que es expuesto constantemente. La Ley 20.770 contempla penas especiales consideradas por muchos excesivamente



gravosas en comparación con otros delitos. Pero, la Ley 20.779, eleva la pena del homicidio calificado y del simple en un grado, siendo así más benévola para el condenado a la hora de aplicar las reglas sobre determinación de la pena. Esto no tiene asidero, en el sentido de que el Derecho penal no nace para castigar todas las conductas que lesionen los intereses de la sociedad, sino que sólo se centra en castigar aquellos que son considerados más valiosos. Así, se decide elevar las penas en el caso del homicidio simple y del calificado, pero no por razones irracionales o arbitrarias para justificar la creación de la Ley Emilia, sino por los bienes jurídicos que están en juego. No podemos olvidar que el legislador tiene la facultad de clausura legal y por tanto sí puede establecer normas especiales para situaciones especiales, como es el caso de la Ley Emilia o la Ley de conducta terroristas.

El principio de igualdad supone el mismo tratamiento para las personas que se encuentran en parecidas condiciones según la determinación que ha hecho previamente el legislador. Por lo que la Ley Emilia no atenta contra la igualdad ante la ley ya que en ella es el legislador quien coloca al sujeto dentro de un determinado escalafón para la determinación de la pena, no siendo en ningún caso una determinación especial, aislada o particular según la comisión del hecho.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que la Ley 20.770 surge a raíz de una acción reactiva del legislador tras la presión social causada por determinados y conocidos accidentes de tránsito y no producto de una política criminal adecuada y estudiada. No se puede desconocer que resulta efectivo que, en más de una oportunidad, el poder legislativo ha actuado por política y revuelo social y no por un estudio de necesidades de índole científico. Sin embargo, es imposible negar que los hechos que busca proteger la ley son los correctos, la vida e integridad física y la circunstancia previa: en nuestro ordenamiento jurídico ya se habían implementado medidas menos drásticas que la Ley Emilia, como es el caso de la Ley de Tolerancia Cero, no siendo respetada por nuestra ciudadanía. Por lo anterior se necesitaba una norma que generase una disminución real y efectiva de la comisión del delito en cuestión.

En este sentido, se señala que no existe desproporción en las penas previstas en la Ley 20.770 sino más bien existe una desproporción en las penas aplicadas a otros tipos penales que protegen bienes jurídicos para la sociedad, porque tal como se expuso, se tuvo que aplicar una sanción drástica para que la sociedad recién comenzará a tomar conciencia de la importancia de no manejar bajo los efectos del alcohol u otra sustancia. Así, la sanción no es exagerada, sino que es una consecuencia emanada del que actúa contra ley y produce un resultado repudiado por la norma.



La Ley 20.770 representa un importante avance en materia de protección de los bienes jurídicos de mayor relevancia para la sociedad. El hecho de aumentar las penas y de establecer normas especiales en materia de determinación y cumplimiento de estas, viene sólo a asegurar una mínima sanción al culpable de la gravosa vulneración a los bienes protegidos, suprimiendo, o al menos disminuyendo la discrecionalidad de los Tribunales de justicia. Esto no es más que un intento de volver a los primeros años de vigencia de nuestro Código Penal, el cual establecía en casi su totalidad, penas proporcionadas a las lesiones causadas a nuestros bienes jurídicos, pero que, por el juego de las atenuantes, las leyes de cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad y de los beneficios carcelarios ha provocado una completa dicotomía entre el mal que se causa y la sanción que se busca aplicar.

Para finalizar este trabajo y tras una exhaustiva revisión de la postura del Tribunal Constitucional en cuanto a la admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, podemos concluir que el problema de fondo no es que este Tribunal se encuentre en contra de la Ley Emilia, sino más bien la disposición del artículo 195 es contraria al principio de igualdad. Esto porque, tal como se ha señalado a lo largo de este trabajo, existen diversos delitos que son tan o más graves que esté en los que sí se puede acceder a una pena sustitutiva. Por el contrario, en nuestra legislación existen otros delitos respecto a los cuales no se puede aplicar la pena sustitutiva, como es el caso del secuestro, homicidio, violación, entre otros. Esto es importante por la evidente desproporción de las penas que existe entre los delitos a quienes no se les permite optar por una pena sustitutiva y el delito de manejo en estado de ebriedad, existiendo un error en la Ley Emilia en este punto que debiese de ser subsanado, puesto que esta norma olvida por completo que en la actualidad lo que rige en materia penal es la presunción de inocencia y que el sujeto pueda acceder a una pena sustitutiva, la búsqueda de la reinserción y rehabilitación social. La privación de libertad es la máxima pena que se puede imponer a una persona, resultando así la Ley Emilia excesiva y completamente exagerada.

Una forma de modificar la Ley 20.770 sería eliminar el párrafo que priva de libertad al autor por el periodo de un año, cambiando este por uno que señale la posibilidad de optar a una pena sustitutiva como la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva, puesto que así la sanción sería proporcional si se compara con el resto de las normas, se respetarán los derechos y garantías del autor y al mismo tiempo da seguridad social puesto que el sujeto estaría sometido a control constante por la autoridad competente.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. Jurisprudencia Recopilada:

1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley N° 20.770. Modifica la Ley de Tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte. (Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Subsecretaría de transportes). Publicada el 17 de septiembre de 2014. Santiago, Chile. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
2. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley N° 18.216. Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad (Ministerio de Justicia). Publicada el 14 de mayo de 1983. Santiago, Chile. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
3. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Penal. (Ministerio de Justicia). Publicado el 12 de noviembre de 1874. Santiago, Chile. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
4. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley N° 18.290. Ley de Tránsito. Publicada el 07 de febrero de 1984, con las modificaciones introducidas el 07 de Noviembre de 2009. Santiago, Chile. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
5. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Procesal Penal. Establecido por medio de la Ley N° 19.696 (Ministerio de Justicia). Publicado el 12 de octubre de 2000. Santiago, Chile. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
6. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.770. Modifica la Ley de Tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
7. Cámara de Diputadas y Diputados. Grupo transversal de diputados recibe más de 40 mil firmas en apoyo a Ley Emilia. Publicado el 12 de marzo de 2013. Disponible en [www.camara.cl](http://www.camara.cl).

8. Historia de la Ley N° 20.779. Modifica artículo 391 n°2 del Código Penal, con el objeto de aumentar la penalidad al delito de homicidio simple. Publicado el 17 de septiembre de 2014. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).

## **II. Doctrina Recopilada:**

1. Navarro Beltrán, Enrique; Carmona Santander, Carlos. (2015). *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981 - 2015)*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 45. Colección Conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011. Santiago, Chile. Agosto 2011.
2. Carrasco Durán, Manuel; Pérez Royo, Francisco; Urias Martínez, Joaquín; Terol Becerra, Manuel. (2006). *Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. (Volumen 8). Sevilla, España. Editorial Aranzadi Thomas Reuters.
3. Bernal Pulido, Carlos. (2007). *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. El Principio de Proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador (3ª Edición). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
4. Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés. (34ª Edición), Madrid España: Colección el derecho y la justicia.
5. Bacigalupo Zapater, Enrique (2012). *Derecho Penal y Estado de Derecho*. (Volumen 7). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
6. Ferrajoli, Luigi (2012). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo Penal*. (1ª Edición). Madrid, España: Editorial Trotta.
7. Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2003). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte General (1ª Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
8. Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno* (Tomo I). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.



9. Velásquez Valenzuela, Javier. (2014). *El origen del paradigma del riesgo*. Política criminal (Volúmen 9, Tomo 17). Santiago, Chile: Editorial Scielo.
10. Lamnek, Siegfried.(2002). *Teorías de la Criminalidad*. (5º Edición). Ciudad de México, México: Siglo XXI editores.
11. Bernes, Javier. (1994). *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*. (Número 15). Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Sevilla, España.
12. De Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1995). *La retribución Penal*. (1º Edición). Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
13. Mir Pug, Santiago. (2010). *Derecho Penal, parte general*. (5º Edición) Santiago, Chile: Ediciones UC.

### **III. Revistas de Derecho:**

1. Navarro Beltrán, Enrique. Notas sobre el Principio de Proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista de Derecho Público*, Número especial (año 2018). Páginas 309 - 322. Santiago, Chile.
2. Bilici Cerda, Tomislav. Artículo de Opinión. *Normas de principio, ponderación y juicio de proporcionalidad*. Diario Constitucional. Santiago, Chile. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl](http://www.diarioconstitucional.cl).
3. Navarro Beltrán, Enrique. Proporcionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Columna de opinión Facultad de Derecho Universidad de Chile*. Publicada en el *Mercurio Legal* el Jueves 13 de Octubre de 2016. Santiago, Chile. Disponible en [www.derecho.uchile.cl](http://www.derecho.uchile.cl).
4. Yennisey Rojas, Ivonne. La Proporcionalidad de las Penas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa*. Mazatlán, México. Disponible en [www.ongsinfronteras.cl](http://www.ongsinfronteras.cl).
5. Gordillo Santana, Luis. (2006). *Los Principios constitucionales y las Garantías Penales en el marco del proceso de mediación penal*. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja. La Rioja, España. Disponible en [www.publicaciones.unirioja.es](http://www.publicaciones.unirioja.es).



6. Fuentes Cubillos, Hernán. (2008). *El principio de Proporcionalidad en Derecho Penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena.*(Volúmen 14 N°2 ). Santiago, Chile: Editorial Scielo. Disponible en [www.scielo.coincyt.cl](http://www.scielo.coincyt.cl).
7. Falcone Salas, Diego.(2015). El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online] (Número 44)*. Valparaíso, Chile. Disponible en [www.rdpucv.cl](http://www.rdpucv.cl).
8. Ramos Perez, César; Mardones Vargas, Luis.(2014). Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.770 a la Ley de Tránsito y al Decreto Ley N° 321 (Minuta N°15). *Departamento de estudios y proyectos de la Defensoría Nacional*. Santiago, Chile. Disponible en [www.dpp.cl](http://www.dpp.cl).
9. Valenzuela Sadías, Jonathan. (2015). 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 Penal Pública (Minuta N°1). Santiago, Chile. Disponible en [www.dpp.cl](http://www.dpp.cl).
10. Instituto Nacional de Derechos Humanos - INDH (2013). Opinión del INDH sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad. *Minuta aprobada por el consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de Mayo de 2013 - sesión 153*. Santiago, Chile. Disponible en [www.bibliotecadigital.indh.cl](http://www.bibliotecadigital.indh.cl).

#### **IV. Otras Recopilaciones:**

1. Sentencia Rol 3062-2016. Tribunal Constitucional.
2. Sentencia Rol 3299-2016. Tribunal Constitucional.
3. Sentencia Rol 3353-2017. Tribunal Constitucional.
4. Cooperativa, radio. (23 de octubre de 2012). Para entender las diferencias entre alcoholemia y alcotest. *Cooperativa.cl*. Disponible en <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/alcohol/para->



[entender-las-diferencias-entre-la-alcoholemia-y-el-alcotest/2012-10-23/113345.html](http://entender-las-diferencias-entre-la-alcoholemia-y-el-alcotest/2012-10-23/113345.html).

5. Diario El Día (14 de Setiembre de 2019). Donde la Ley Emilia no vale. Sube un 2.500% las muertes por conductores bajo la influencia del alcohol. *Diarioeldia.cl*. Disponible en <http://www.diarioeldia.cl/pais/sube-2500-muertes-por-conductores-bajo-influencia-alcohol>.
6. Sentencia Rol 2983-2016. Tribunal Constitucional.
7. Sentencia Rol 3299-2016. Tribunal Constitucional.
8. Sentencia Rol 4781-2018. Tribunal Constitucional.
9. Sentencia Rol 2041-16. Tribunal Constitucional.
10. Sentencia Rol 5043-2009. Corte Suprema.
11. Sentencia Rol 3270-2016. Tribunal Constitucional.
12. Sentencia Rol 6095-2017. Corte Suprema.