

**Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.770 (“Ley Emilia”) a la Ley del Tránsito y al Decreto Ley N° 321 Minuta N° 15 / 2014 / Diciembre.
Departamento de Estudios. Defensoría Nacional**

César Ramos Pérez
Fernando Mardones Vargas

Departamento de Estudios y Proyectos
Defensoría Penal Pública¹

I. Introducción

1. Finalidad y efectos de la Ley N° 20.770

Con fecha 16 de septiembre de 2014, se publicó en el Diario Oficial 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 (“Ley Emilia”). A diferencia de lo que parece indicar su título, la referida ley no solo modificó la regulación del delito de manejo en estado de ebriedad (en adelante MEE) causando lesiones graves gravísimas o muerte. Por el contrario, la regulación vigente hasta ese momento fue alterada en diversos aspectos:

- a) Modificación de la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad, en los casos de accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte (art. 176 de la Ley del Tránsito, en adelante LT).
- b) Modificación de la norma sancionatoria aplicable al delito de MEE o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (en adelante MBISES) con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte (art. 196 inc. 3° LT);
- c) Establecimiento de una figura agravada del delito anterior, si concurre una de las tres circunstancias señaladas en la ley (art. 196 inc. 4° LT);

¹ El presente texto fue elaborado con la colaboración de Ivana Peric Maluk, egresada de derecho.

- d) Modificación de la norma sancionatoria aplicable al incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad, en los casos de accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte (art. 195 inc. 2° y ss. LT);
- e) Creación del delito de negativa injustificada de someterse a pruebas o exámenes científicos para establecer presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en su cuerpo (art. 195 bis LT);
- f) Establecimiento de reglas especiales de determinación de la pena (art. 196 bis LT);
- g) Suspensión durante un año de la ejecución de la pena sustitutiva impuesta e inaplicabilidad de la regla de omisión y eliminación de antecedentes del art. 38 de la Ley N° 18.216 (art. 196 ter LT);
- h) Modificación de la pena aplicable al quebrantamiento de la suspensión o inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica o animal (art. 209 LT);
- i) Modificación del plazo para optar a libertad condicional en los casos de MEE o MBISES con resultado de lesiones gravísimas o muerte, simple o agravado (art. 3° DL N° 321).

La finalidad que la Ley N° 20.770 persigue, según indica el Mensaje del Ejecutivo², es revertir la sensación de impunidad existente en la opinión pública respecto de las consecuencias penales asociadas a estos delitos. La crítica se vincula especialmente a la baja cuantía de las penas impuestas y a la concesión de “beneficios”, fenómenos constatables en el tratamiento efectuado por los medios de comunicación social en recientes casos de connotación pública.

Esta finalidad explica los dos principales efectos de la Ley N° 20.770: intensificación de las sanciones y alteración de los efectos de la imposición de penas sustitutivas. Desde esta perspectiva, la modificación impacta en el régimen de penas aplicables a los diversos atentados contra la vida humana y la salud, puesto que con el texto aprobado, la comisión del delito de homicidio simple doloso acarrearía (antes de la Ley N° 20.779, de 17 de

² Boletín N° 137-362, de 28 de mayo de 2014.

septiembre de 2014) la imposición de una pena idéntica en su grado inferior al máximo aplicable en el supuesto de MEE o MBISES con resultado muerte (presidio mayor en su grado mínimo). En cambio si el MEE o MBISES hubiese causado lesiones graves gravísimas, la pena aplicable (presidio menor en su grado máximo) era la inmediatamente inferior en grado a la que correspondía aplicar a la causación dolosa de lesiones graves gravísimas, según el art. 397 N° 1 CP (presidio mayor en su grado mínimo).

Ante esta falta de coherencia, y pretendiendo resolver el problema, el legislador decidió una modificación de las penas aplicables al homicidio simple y calificado, mediante la aprobación de la Ley N° 20.779:

- a) Homicidio simple (391 N°2 del Código penal): concreción en el grado mayor del marco penal aplicable:
 - a. Regulación anterior: presidio mayor en sus grados mínimo a medio.
 - b. Regulación post Ley N° 20.779: presidio mayor en su grado medio.

- b) Homicidio calificado (391 N°1 del Código Penal): incremento del umbral inferior del marco penal aplicable:
 - a. Regulación anterior: presidio mayor en su grado medio a perpetuo.
 - b. Regulación post Ley N° 20.779: presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Desde esta perspectiva, la Ley N° 20.779, excluye toda equiparación entre el marco penal aplicable al MEE o MBISES con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte, y el correspondiente a la respectiva hipótesis de comisión dolosa castigada en el CP.

Esta decisión implícitamente expresa que el legislador considera que no es equiparable el merecimiento de pena de los delitos dolosos descritos en los arts. 391 N°2 y 397 N° 1, con el delito de MEE o MBISES con resultado de muerte o lesiones graves gravísimas. Desde esta perspectiva, si estas figuras protegen, según sea el caso, el mismo bien jurídico, entonces la menor pena aplicable a las figuras descritas en la LT no se explica por una consideración vinculada al desvalor de resultado, sino por el contrario, al desvalor de acción, en especial, a la ausencia de dolo, y por lo tanto, expresa una comprensión del

MEE o MBISES con resultado de muerte o lesiones graves gravísimas, como una figura culposa en relación al acaecimiento de esos resultados.

2. Normas de comportamiento y normas de sanción en la Ley N° 20.770

La Ley N° 20.770, con excepción del art. 195 bis LT, no ha creado nuevas normas de comportamiento en el contexto regulativo de la LT. Desde esta perspectiva, sólo se observa una modificación parcial de la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad en los casos de accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte (art. 176 LT), en términos que su cumplimiento no sólo se vincula a prestar una ayuda necesaria, sino también, una ayuda *posible*.

Por ello, el mayor efecto de esta modificación legal opera en el contexto de análisis de las normas de sanción (arts. 195 y 196 LT) correlativas al incumplimiento de normas de comportamiento expresamente formuladas en los arts. 110, 168 y 176 LT:

- a) Prohibición de conducir cualquier vehículo o medio de transporte, u operar cualquier tipo de maquinaria, o desempeñar las funciones de guardafrenos, cambiadores o controladores de tránsito, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, según establece el art. 110 inciso segundo, del Título IX de la LT, 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, según establece el art. 168 del Título XV de la LT, denominado “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 por tal cualquier funcionario de Carabineros que estuviere próximo al lugar del hecho, para los efectos de la denuncia ante el Tribunal correspondiente, según establece el artículo 176 del Título XVI de la LT, denominado “De los procedimientos policiales y administrativos”.

Por el contrario, en relación a la realización de exámenes corporales, el legislador creó directamente un imperativo en el nuevo artículo 195 bis del Título XVII, denominado “De los delitos, cuasidelitos y de la conducción bajo la influencia del alcohol, en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, Párrafo 1 “De los delitos y cuasidelitos”, consistente en la obligación de someterse a las pruebas y exámenes previstos en los arts. 182 y 183 LT. Y en relación a estos últimos, el legislador introdujo también la prohibición de realizar maniobras que alteren sus resultados o de dilatar su práctica con ese mismo efecto.

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

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

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

Esta diferencia es relevante para el objeto de esta minuta, porque visualiza con claridad el problema de la obligación de someterse a exámenes corporales. En este caso, estamos frente a un deber de conducta que el legislador jamás había prescrito con anterioridad a la Ley N° 20.770. Y desde esta perspectiva, se deberá resolver si esta novedad regulativa, es compatible con los presupuestos que legitiman la intervención del *ius puniendi* estatal, en tanto esta obligación impone al individuo a contribuir activamente a su propia condena.

El presente estudio de la Ley N° 20.770, en lo sucesivo, seguirá el orden de los deberes de conducta identificados previamente, para analizar las consecuencias de la modificación legal. Por ello, en los apartados siguientes se analizarán las modificaciones a la regulación del MEE y MBISES (II), a las reglas de determinación de la pena, imposición de penas sustitutivas y libertad condicional (III), a la 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 (IV), y la obligación de someterse a exámenes corporales (V). Finalmente, se analizará la regulación introducida por la Ley N° 20.770, desde una perspectiva centrada en el análisis constitucional (VI).

II. Modificación a la regulación del MEE y MBISES con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte

El artículo 196 LT, que establece el tipo penal que castiga el MEE, constituye una norma de sanción que hace referencia explícita a la norma de comportamiento prohibitiva cuya infracción es sancionada con pena, contenida en el artículo 110 inciso segundo de la LT.

Artículo 110 inciso segundo.- Se prohíbe, asimismo, la conducción de cualquier vehículo o medio de transporte, la operación de cualquier tipo de maquinaria o el desempeño de las funciones de guardafrenos, cambiadores o controladores de tránsito, ejecutados en estado de ebriedad, bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o bajo la influencia del alcohol.

Como es sabido, la regulación penal asociada al incumplimiento de dicha regla prohibitiva distingue entre una conducción, operación o desempeño en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 196) o bajo la influencia del alcohol (art. 193). La “Ley Emilia” modifica el art. 196, sustituyendo el inciso tercero por uno nuevo, agregando adicionalmente un nuevo inciso cuarto, ambos relacionados con la

producción de un resultado de lesiones graves gravísimas o muerte. Además, establece importantes modificaciones a las reglas de determinación de la pena, efectos de la imposición de penas sustitutivas y otorgamiento de libertad condicional.

Es necesario resaltar que la regulación del inciso tercero y cuarto del art. 196, establecen tipos penales pertenecientes a la categoría de delitos calificados por el resultado. Es decir, la punibilidad exige expresamente el acaecimiento de un resultado, que tiene un efecto agravatorio en relación a la penalidad asociada al delito base. Por ello, es necesario respetar dos consideraciones relevantes desde la perspectiva de los presupuestos generales de la punibilidad:

- a) Desde el punto de vista del tipo objetivo, la punibilidad requiere satisfacer las exigencias de causalidad e imputación objetiva entre el resultado y la conducta del autor. Ello implica, p. ej., que no hay responsabilidad por la producción del resultado calificante si su acaecimiento es imputable a una autopuesta en peligro de la propia víctima, o responde a un riesgo no creado por el autor.
- b) Desde el punto de vista subjetivo, la punibilidad requiere satisfacer las exigencias del principio de culpabilidad, lo que a su vez exige imputación subjetiva a título de culpa del resultado causado, no aceptándose, en consecuencia, responsabilidad penal por el mero caso fortuito.

La penalidad asociada a la figura básica, distingue según el resultado causado. En el caso de las **lesiones del art. 397 N° 1**, se mantiene la pena de presidio menor en su grado máximo, la multa de 8 a 20 UTM y la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, agregándose la pena de comiso del vehículo con que se ha cometido el delito.

En el caso de la causación de **muerte**, se mantiene el umbral mínimo de la pena aplicable –presidio menor en su grado máximo–, elevándose el umbral superior a presidio mayor en su grado mínimo, abarcando en consecuencia, una pena de crimen. Se mantiene la multa de 8 a 20 UTM y la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica. Finalmente, al igual que en el caso anterior, se agrega la pena de comiso del vehículo con que se ha cometido el delito.

La Ley Emilia introduce en el inciso cuarto del art. 196, tres circunstancias agravantes cuyos efectos se vinculan a la pena privativa de libertad aplicable, manteniendo las penas de multa, inhabilidad perpetua y comiso:

- a) Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en el art. 196, salvo que a la fecha de comisión del delito hubieren transcurridos los plazos establecidos en el artículo 104 del Código penal respecto del hecho que motiva la condena anterior.
- b) 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.
- c) Si el responsable condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados³.

La regulación exige la concurrencia de “alguna” de tales circunstancias. En consecuencia, basta una de ellas para la aplicación de la pena agravada.

Para determinar el concreto efecto agravatorio, se requiere interpretar la expresión “*se le impondrá el máximum o el grado máximo de la pena corporal allí señalada, según sea el caso*”. La expresión “grado máximo” exige como presupuesto de aplicación que el marco penal abstracto original comprenda dos o más grados de penalidad. Por ello, “el caso” al que se está refiriendo, es la producción de un resultado de muerte: el efecto agravatorio entonces es la exclusión del tramo entre 3 años y 1 día a 5 años como pena aplicable, imponiéndose en consecuencia una pena de 5 años y 1 día a 10 años.

³ El antecedente directo de estas circunstancias agravantes se encuentra en el proyecto de ley “que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito N° 18.290, y sus modificaciones posteriores, en sus artículos 196 y 197, referidos al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones gravísimas o resultado de muerte” (Boletín N°8813-15), ingresado a tramitación el 5 de marzo del 2013. El Informe de la Comisión Mixta constituida para dicho efecto, basándose en la propuesta presentada ante ella por Jorge Bofill, Julián López y Gabriel Zaliasnik, aprobó la siguiente redacción:

b) Agrégase el siguiente inciso cuarto, nuevo:

La pena prevista en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se configurare alguna de las circunstancias siguientes:

1° Si el responsable hubiese sido anteriormente condenado por alguno de los delitos previstos en este artículo;

2° Si el delito hubiere 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 abandonare el lugar del accidente, a menos que ello resultare necesario para socorrer a la víctima.

A *contrario sensu*, la expresión “máximum de la pena corporal allí señalada” está haciendo referencia a la penalidad aplicable al resultado de lesiones, dado que el inciso tercero establece solo un grado de penalidad aplicable (3 años y 1 día a 5).

El problema es que la Ley N° 20.770 no establece el sentido de la expresión “máximum”. Este término no es reconocido autónomamente por la RAE, sino que es asimilado a la expresión “máximo”, que tiene dos significados. En su segundo sentido, el único pertinente al problema interpretativo objeto de análisis, máximo significa “límite superior o extremo a que puede llegar algo”⁴. En concreto, ello significaría que la pena aplicable a esta figura agravada es únicamente 5 años de presidio menor en su grado máximo, lo que importaría una regulación extravagante en el sistema chileno, pues el legislador se arrojaría la facultad jurisdiccional de determinar en concreto la pena privativa de libertad. Y un alejamiento tan extremo de los criterios aplicables en esta materia, exigiría una referencia explícita por parte del legislador.

Por ello, lo correcto es afirmar que el sentido vulgar de la expresión “máximum” no es aplicable, en tanto si el legislador hubiese querido imponer la pena en su concreta cuantía máxima, dentro del grado, podría simplemente haberlo referido explícitamente. Y la ley no sólo no reguló esta agravación en tales términos, sino que además, el artículo 196 bis se refiere a las penas conminadas en “los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196”, como un “marco fijado por la ley” (regla quinta), y no como una pena de cuantía fija⁵.

En consecuencia, el legislador ha recurrido a un concepto jurídico en la determinación de la pena aplicable. Según dispone la regla hermenéutica establecida en el art. 20 CC, “*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en ésta su significado legal*”. En este sentido, “máximum” hace referencia a una solución que el Código Penal prescribe para los casos en que concurre sólo una circunstancia atenuante o agravante, cuando el marco penal abstracto

⁴ Diccionario de la lengua española, disponible en www.rae.es. Consulta de fecha 13 de octubre de 2014.

⁵ “El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley” (Art. 196 bis, regla 5ta).

asociado a un delito corresponde a un único grado de una pena divisible, según dispone el art. 67 CP⁶.

El problema es que en el contexto de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.770, este concepto legal de “máximo”, tampoco resulta aplicable, en atención a la **inaplicabilidad de lo dispuesto en el art. 67 para la determinación de la pena** del delito establecido en el inciso cuarto del art. 196.

Art. 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 [...]”*.

La introducción de la expresión *máximo* obedece a la propuesta de regulación alternativa introducida por Jean Pierre MATUS. El texto originalmente propuesto por el Ejecutivo establecía una figura calificada, con un marco penal abstracto autónomo de presidio mayor en su grado mínimo, sin distinguir entre resultado de muerte o lesiones graves gravísimas⁷. En el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, se trataron en forma conjunta todas las indicaciones formuladas a la modificación al art. 196 LT. Frente a ella, MATUS propuso un texto alternativo, que a su juicio superaría los problemas existentes en la formulación de las indicaciones. Este texto fue considerado adecuada por los miembros de la Comisión, quienes acordaron aprobar las indicaciones con modificaciones, para acoger así la propuesta de MATUS⁸.

El problema es que MATUS introduce más modificaciones que las que los senadores planteaban en sus indicaciones. Éstas nunca se refirieron a un *máximo* de la pena. MATUS altera la penalidad aplicable, sin observar que la regla siguiente (discutida con posterioridad en la Comisión) haría inaplicable el concepto de *máximo*, al establecer

⁶ Art. 67 inc 3° CP.- Para determinar en tales casos el mínimo u el máximo de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.

⁷ *“Al autor del delito previsto en el inciso precedente se le impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales, además de la pena de inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica si concurrieren alguna de las circunstancias siguientes:*

1° Si el responsable huyere del lugar del accidente y no prestare ayuda a la víctima;

2° Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en este artículo; o

3° Si el delito hubiere 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.”

⁸ Historia de la Ley (HL) N° 20.770, pp. 130-131.

expresamente que lo dispuesto en el art. 67 no debe ser considerado en el caso del art. 196 incisos tercero y cuarto⁹.

Con ello, no hay otra conclusión posible: no es posible establecer la pena en su *máximum* (en el sentido del art. 67) pues la regla que establece su operatividad en la determinación de la pena no puede ser aplicada. Desde esta perspectiva, no existe determinación cierta de la pena aplicable a estas figuras agravadas. Así formulado, el tipo penal agravado es problemático desde la perspectiva del mandato de determinación derivado del principio de legalidad. Y no existiendo pena aplicable, no resta otra opción que aplicar el marco penal original preterido: presidio menor en su grado máximo.

Desde otro punto de vista, y en relación a las circunstancias que agravan la responsabilidad penal establecidas en el inciso cuarto, es necesario analizar en especial, las circunstancias primera y tercera.

En relación a la reincidencia, ella opera con un efecto agravatorio extraordinario frente al efecto general del art. 12 N° 16 CP. Dicha consideración resulta problemática en el nivel de legitimidad de la institución de la reincidencia como tal. En ese sentido, y en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en segundo trámite constitucional, el profesor Juan Domingo Acosta señaló que:

[...] la calificación por reincidencia planteada por el número 2 del nuevo inciso tercero que se incorpora al artículo 196 [N°1 del inciso cuarto del artículo 196 de la ley actualmente en vigencia] de la Ley de Tránsito, puede ser objeto de la crítica genérica que se plantea a la agravación de reincidencia de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, pues la doctrina mayoritaria considera que la responsabilidad penal por un ilícito se extingue completamente al cumplirse materialmente la pena impuesta por el tribunal, razón por la

⁹ La expresión *máximum* no es comentada en ningún momento de la discusión posterior, salvo el caso del senador Harboe en la discusión en Sala, quien se refiere a la regla del inciso cuarto, pero sólo comenta el caso del resultado muerte, es decir, el caso del “grado máximo”, no del *máximum*: “*En estas situaciones se impondrá el máximum o el grado máximo de la pena corporal el que, tratándose de un resultado de muerte, será presidio mayor en su grado mínimo (cinco y uno a diez), al igual que en los casos anteriores procederá en forma conjunta la multa, la inhabilidad perpetua para conducir y el comiso del vehículo*” (HL N° 20.770, p. 158).

*cual no parece ser razonable agravar la responsabilidad por un nuevo ilícito, justamente en razón de la comisión de otro anterior respecto del cual ya operó una condena*¹⁰.

Con independencia de la posición que se asuma en lo referido a la fundamentación de la reincidencia, ella puede ser problemática si se tiene en cuenta las exigencias del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Esto porque aplicar la regla de la reincidencia implica distinguir dos hechos, uno acaecido en tiempo 1, el otro acaecido en tiempo 2, de manera tal que la condena¹¹ por el delito cometido en tiempo 1, es considerada en la determinación de la eventual condena por el delito cometido en tiempo 2. La dificultad aparece ahí donde la ley, que en este caso eleva a la reincidencia al estatus de una circunstancia agravante de efecto extraordinario, es publicada con posterioridad a la comisión del delito en tiempo 1 y con anterioridad a la comisión del delito en tiempo 2. Teniendo en consideración el inciso primero del artículo 18 CP, interpretado sistemáticamente en relación al inciso séptimo del artículo 19 N°3 de la Constitución Política, que prescriben respectivamente que *“ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”*, y que *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*, la pregunta que interesa es si en el caso en examen la aplicación de dicha regla contraviene las normas citadas en lo precedente.

En el contexto de análisis del artículo 18 CP, es correcto afirmar que no sólo un aumento en el *quantum* de la pena o la tipificación de un nuevo delito, sino también las reglas de determinación de la pena deben estar contempladas en la ley vigente al momento del acaecimiento del hecho constitutivo de delito (salvo que una ley posterior sea favorable al imputado)¹².

El problema es entonces determinar el momento en que debe encontrarse vigente la ley que establece el estatuto agravado de la reincidencia para su aplicación al juzgamiento

¹⁰ HL N° 20.770, pp. 78-79.

¹¹ En consonancia con la modificación del artículo 12 N°16 tras la publicación de la Ley N° 20.253 se requiere ya no haber cumplido la condena, sino que solo haber sido condenado.

¹² En este sentido, el Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 40-2009, del 27.05.2009, aplica a contrario sensu el razonamiento anterior en lo referido al principio de favorabilidad como prohibición de exceso. Así, señala en el Considerando Décimo que *“debe primar la aplicación de la norma más favorable al imputado, no se limita a aquellas leyes que despenalizan un delito o rebajan la pena asignada al mismo, sino que incluye también todas aquellas que determinan la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad o establecen formas menos rigurosas o gravosas de cumplir la pena, las que pudiendo eventualmente tener un carácter procesal, inciden igualmente en lo sustantivo, al afectar el quantum de la pena que se aplica al condenado”*.

del hecho posterior. Al respecto, es necesario precisar que una regla de reincidencia implica que la comisión del primer hecho se expresa a efectos del reproche penal, no sólo en la pena impuesta en la sentencia respectiva, sino que también en la segunda condena, que resultará agravada por la condena anterior. Ese efecto adicional de aumento de la pena aplicable, si se pretende un respeto irrestricto por las exigencia de *lex previa*, debe estar previsto por la ley con anterioridad al hecho que da fundamento a esa agravación, es decir, con anterioridad al primer delito. De lo contrario, la determinación de las consecuencias del hecho se vuelven incierta, pues el legislador, mediante un estatuto de reincidencia siempre podría establecer consecuencias más lesivas a las previstas originalmente para el hecho¹³.

En consecuencia, una regla que agrava la pena en los términos señalados, debe encontrarse vigente con anterioridad a los hechos que le sirven de fundamento. Si la razón de la agravante por reincidencia es la comisión de dos hechos para su aplicación, los hechos subsumidos en ella deben acaecer durante la vigencia de la regla que establece tal agravación¹⁴. En lo particular, ello significa que la regla de la reincidencia contemplada en el artículo 196 inciso cuarto N°1, solo puede operar en el evento en que el primer delito que sirve de antecedente para su aplicación haya sido cometido con posterioridad a la publicación de la Ley N° 20.770, esto es posterior al 16 de septiembre del año 2014¹⁵.

Si, por el contrario, se aplica la regla de la reincidencia considerando como primer delito aquel cometido con anterioridad a la publicación de la Ley N° 20.770, se infringe el principio de irretroactividad de la ley penal, pues se aplican consecuencias más gravosas por la realización de un hecho acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que las establece.

Es necesario precisar dos cuestiones adicionales vinculadas a la regla de reincidencia:

¹³ Vid. al respecto, RAMOS, César. *Reincidencia y receptación de vehículos motorizados*. Consulta (01) 2014, DEP, *passim*. En línea: <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=5752>

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Para la negativa a aplicar la regla de agravación por reincidencia fundamentado en que el estatuto que la contempla no se encontraba vigente al momento del hecho que le sirve de antecedente, vid. también SCA Temuco, Rol N°142-2014. SCA Santiago Rol N° 1826-2008, STOP Santiago RIT N° 687-2010, STOP Santiago RIT N° 40-2009, STOP Santiago RIT N° 78-2009, STOP Santiago RIT N° 237-2009, STOP Angol RIT N° 31-2008.

- a) El legislador expresamente aplica la regla de prescripción del art. 104 CP, en el sentido que la condena anterior no puede ser considerada si a la fecha de comisión del nuevo ilícito, *“hubiesen transcurridos los plazos establecidos en el artículo 104 del Código penal respecto del hecho que motiva la condena anterior”*¹⁶.
- b) Si se aplica la figura agravada por reincidencia del N°1 del inciso cuarto del art. 196, no es posible aplicar las agravantes de reincidencia de efecto ordinario, reguladas en el art. 12 CP, pues ello implicaría una infracción al *ne bis in ídem*.

Finalmente, en relación a la tercera circunstancia agravante, esto es, haber cometido el delito conduciendo con licencia cancelada o inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados, su incorporación debe necesariamente relacionarse con la modificación introducida al artículo 209 LT, cuyo texto vigente es el siguiente:

Artículo 209.- El conductor que hubiere sido condenado a las penas de suspensión o inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica o animal, y fuere sorprendido conduciendo un vehículo durante la vigencia de la sanción impuesta, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de hasta diez unidades tributarias mensuales.

Si los delitos a que se refieren los artículos 193 y 196 de la presente ley, fueren cometidos por quien no haya obtenido licencia de conducir, o que, teniéndola, hubiese sido cancelada o suspendida, el tribunal deberá aumentar la pena en un grado.

Lo previsto en el presente artículo no se aplicará a quienes fueren condenados por los delitos contemplados en los incisos tercero y cuarto del artículo 196.

¹⁶ El fundamento de esta incorporación obedece a la opinión del profesor ACOSTA, en sesión de la Comisión de Constitución del Senado, de fecha 12 de agosto del 2014, quien señaló, en relación a la reincidencia, que *“otro problema que presenta esa disposición es el efecto en el tiempo de la calificación, pues no queda claro qué tan antiguo debe ser el ilícito anterior para que se aplique la regla especial. En contraposición, recordó que el artículo 104 del Código Penal establece que la norma sobre agravación genérica de responsabilidad penal de los numerales 15 y 16 del artículo 12 de ese cuerpo legal, solo puede hacerse valer dentro de los 5 años siguientes cuando se trata de la comisión de un simple delito y dentro de los 10 años siguientes, cuando se trata de crímenes. De esta propuesta, precisó, no se desprende que acá también se aplicará esta regla restrictiva, lo que puede dar lugar a contrasentidos, como sería el caso de una persona condenada por manejo en estado de ebriedad sin haber causado daño alguno a terceros, que 20 años después se ve involucrada en otro caso de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas. Indicó que en esa situación hipotética, el imputado se vería sometido, de manera automática, a una pena de crimen, lo que puede ser desproporcionado”* (HL 20.770, pp. 81-82). El texto definitivamente aprobado corresponde a la propuesta de Jean Pierre Matus en la sesión de Comisión de Constitución del Senado, de fecha 8 de septiembre (HL. 20.770, p.131).

La Ley N° 20.770 no sólo aumentó la pena aplicable en el inciso primero a la conducta de conducir un vehículo durante la vigencia de la suspensión o inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica o animal (de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo, convirtiendo esta figura en un simple delito)¹⁷, sino que además, excluye de esa pena o del aumento del inciso segundo establecido para los delitos contemplados en los arts. 193 y 196 que fueren cometidos por quien no ha obtenido licencia, o ella se encuentra cancelada o suspendida, los casos de MEE y MBISES en que se ha producido un resultado de lesiones graves gravísimas o muerte.

El problema es que no hay correspondencia en el ámbito de regulación de ambas disposiciones. La agravante del inciso segundo del art. 209 es aplicable a quien **no ha obtenido licencia de conducir, o que hubiese sido cancelada o suspendida**. En cambio, la circunstancia pertinente del art. 196 inciso cuarto castiga de forma agravada a quien conduce con **licencia cancelada o inhabilitado a perpetuidad**.

En consecuencia, en los casos de condenados por el inciso tercero del art. 196, si el delito es cometido por quien no ha obtenido licencia, o por quien la tuviere suspendida, no se aplica la agravada del inciso cuarto del art. 196, ni la agravante del inciso segundo del art. 209, ni tampoco, en el caso de suspensión, se aplica la pena del inciso primero de la última disposición. Sólo si la licencia ha sido cancelada o ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados, es aplicable la figura agravada del art. 196 inciso cuarto.

III. Reglas especiales aplicables a la determinación de la pena, imposición de penas sustitutivas y otorgamiento de la libertad condicional

El nuevo artículo 196 bis LT, establece **reglas especiales que desplazan la aplicación de los arts. 67, 68 y 68 bis CP**¹⁸, “para determinar la pena en los casos previstos en los

¹⁷ El fundamento de esta modificación se encuentra explícito en la historia de la ley. Al respecto, vid. la intervención del diputado Chahín, en Sala: “*Cuando alguien es sorprendido conduciendo sin licencia, habitualmente dice que se le quedó en la casa, por lo que es derivado al juez de policía local respectivo. Cuanto ese juez se da cuenta de que la verdad es que ese conductor tenía su licencia suspendida o cancelada, lo deriva al Ministerio Público, organismo que lo debe formalizar. En el intervalo transcurren los seis meses de plazo en que prescriben las faltas y, por lo tanto, ese conductor queda sin sanción. Por otra parte, como esto es sancionado por dos normas, la del artículo 90, número 8°, del Código Penal y la del artículo 209 bis de la Ley de Tránsito, los tribunales han interpretado que prima la más favorable al infractor, por aplicación del principio in dubio pro reo. En consecuencia, esta maniobra es utilizada para que, en la práctica, ese quebrantamiento quede sin sanción*” (Hl. N° 20.770, p. 53).

¹⁸ Las reglas desplazadas corresponden a las siguientes:

incisos tercero y cuarto del artículo 196". En otros términos, esta regulación se aplica al delito de conducción, operación o desempeño en EE o BISES, con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte, tanto en su figura simple (inciso tercero) como agravada (inciso cuarto).

La inaplicabilidad de lo dispuesto en los arts. 67, 68 y 68 bis se vincula principalmente con la determinación de la pena privativa de libertad, pues ella admite graduación en grado, presupuesto de aplicación de los arts. 67 y 68. La pena de comiso no admite graduación, rebajas o aumentos, razón por la cual es impertinente. La pena de multa se determina según el art. 70, y en consecuencia, no ha sido alterada por la Ley N° 20.770.

En cambio, en relación a la pena de inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica, ella se encuentra reconocida explícitamente en el art. 21 CP, y en su carácter de perpetua, constituye una pena indivisible, cuya determinación debiera sujetarse a lo dispuesto en el art. 65 CP. Si se estima en consecuencia que es aplicable la rebaja establecida en esa disposición en el caso en que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, deberá recurrirse a la pena de multa según lo dispuesto en el art. 61 N° 5 CP, o en caso contrario, rebajar la pena aplicando analógicamente la escala gradual número 4 del art. 59¹⁹ o la regla del art. 70.

Es importante precisar que la modificación tiene por objeto únicamente el efecto de las circunstancias modificatorias de efecto ordinario, esto es, aquellas que se sujetan a lo dispuesto en los arts. 67, 68 y 68 bis. En su remplazo, el artículo 196 bis regula lo siguiente:

Art. 67: determinación de la pena cuando consta de un grado de una divisible.

- a) Regulación del caso en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes
- b) Regulación del caso en que concurre sólo una agravante o atenuante
- c) Regulación del caso en que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante
- d) Regulación del caso en que concurren dos o más agravantes y ninguna atenuante
- e) Regulación del caso en que concurren atenuantes y agravantes

Art. 68: determinación de la pena cuando consta de dos o más grados

- a) Regulación del caso en que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes
- b) Regulación del caso en que concurre sólo una agravante o atenuante
- c) Regulación del caso en que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante
- d) Regulación del caso en que concurren dos o más agravantes y ninguna atenuante
- e) Regulación del caso en que concurren atenuantes y agravantes

Art. 68 bis: Regulación de los efectos cuando sólo concurre una atenuante muy calificada

¹⁹ Vid. al respecto, RAMOS, César. *Rebaja en grado de la pena de inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica*. Consulta (03) 2013. DEP, *passim*.

En línea: <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=5556>.

- a) Compensación racional: Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional, graduando el valor de unas y otras (regla cuarta). Esta regla reproduce lo dispuesto en el artículo 67 inc. final y por lo tanto, no hay variación.
- b) Regulación del caso en que no concurren circunstancias modificatorias: 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 (regla primera). Esta regla reemplaza lo dispuesto en el inciso primero de los artículo 67 y 68 CP, en los mismos términos.
- c) Prohibición de rebasar el umbral mínimo y máximo fijado por la ley (regla quinta). Esta regla hace inaplicable toda rebaja o aumento que implique una pena mayor o menor al marco penal abstracto fijado por ley.

La regla debe circunscribirse a los efectos de las circunstancias de efecto ordinario, pues ella tiene aplicación “en lugar” de los artículos 67, 68 y 68 bis, y por lo tanto, restringe sus efectos a las circunstancias cuya concurrencia está regulada por dichas disposiciones generales, no comprendiendo en consecuencia a las circunstancias de efecto extraordinario, o a otras reglas que establecen rebajas en grado, p. ej., el art. 103 o las rebajas para grados de ejecución imperfecta, complicidad o encubrimiento.

La única excepción que permite la regla es la eximente incompleta del art. 11 N° 1 en relación al art. 10 N° 11 (estado de necesidad exculpante), que faculta al tribunal para imponer la pena inferior en grado si concurre la mayor parte de sus requisitos. Si concurre dicha eximente incompleta, tiene el tratamiento de una atenuante de efecto ordinario (la del art. 11 N° 1, excluyendo implícitamente toda aplicación del efecto extraordinario del art. 73) pero de especial intensidad, al facultar al tribunal a realizar una rebaja en un grado.

- d) Tratándose del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196 (figura simple de conducción, operación o desempeño en EE o BISES, con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte), la regla segunda señala lo siguiente:

i.- Si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena de **presidio menor en su grado máximo**. Esta regla reemplaza lo dispuesto en los incisos segundo y cuarto del art. 67, y segundo y tercero del art. 68.

El efecto de esta modificación es radical:

- Si el resultado es muerte, la concurrencia de dos o más atenuantes tiene el mismo efecto que una sola de ellas según el artículo 68: inaplicabilidad del grado máximo.
- Si el resultado es lesiones graves gravísimas, las atenuantes no tienen ningún efecto (pues siempre el marco penal aplicable fue presidio menor en su grado máximo).
- La eventual calificación de la atenuante es irrelevante, pues se sujeta a las reglas anteriores.

ii.- Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, se aplica la pena de **presidio mayor en su grado mínimo**. Esta regla reemplaza a los incisos segundo y cuarto de los arts. 67 y 68.

El efecto de esta modificación también es radical:

- Si el resultado es muerte, la concurrencia de una o más agravantes tiene el mismo efecto que una sola de ellas según el artículo 68: inaplicabilidad del grado mínimo.
- Si el resultado es lesiones graves gravísimas, las agravantes (una o más) tienen el efecto de dos o más de ellas según el inciso quinto del art. 67, pero con carácter obligatorio (obliga a aumentar la pena en un grado).

Al respecto, se observa una nueva contradicción con lo dispuesto en el numeral 5° del mismo art. 196 bis., toda vez que pese a la prohibición expresa de superar el umbral máximo y mínimo fijado por ley, en el caso de la conducción, operación o desempeño en EE o BISES, con resultado de lesiones graves gravísimas, se dispone un aumento obligatorio de la pena en un grado. Frente a esta

contradicción, debe darse aplicación preferente a la regla quinta del artículo 196, y afirmar que el legislador ha cometido un error al disponer tal grado de pena, por sobre el marco fijado por la ley. De lo contrario, se estaría afirmando que una agravante en el caso de menor gravedad (lesiones graves gravísimas), tendrá un efecto más potente que el provocado respecto del resultado más grave (muerte), pues en el primero la pena aumenta en un grado, y en el segundo sólo excluye el grado inferior (agravación dentro del marco).

- e) Tratándose del delito establecido en el inciso cuarto del artículo 196 (figura agravada de conducción, operación o desempeño en EE o BISES, con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte), la regla tercera señala que si concurre una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Y 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.

En este caso, la regla constituye una excepción a lo dispuesto en el art. 67, pues la figura agravada del inciso cuarto está compuesta por un solo grado de pena. Constituye además una regulación *sui generis* que establece “grados de pena dentro de un grado”.

Si se trata de un resultado **muerte**, la pena del inciso cuarto corresponde a presidio mayor en su grado mínimo. Por lo tanto, el tribunal deberá dividir ese grado por la mitad, para obtener el “grado máximo” y el “grado mínimo”, en los mismo términos que la determinación del *máximum* y del *mínimum* del art. 67.

En otros términos, en esta figura agravada, la concurrencia de una o más atenuantes produce el mismo efecto de la concurrencia de una sola de ellas según el art. 67, esto es, aplicar la pena en la mitad inferior. Y la concurrencia de una o más agravantes, produce el mismo efecto que la concurrencia de una de ellas según el art. 67, es decir, aplicar la pena en la mitad superior.

Si se trata de un resultado **de lesiones graves gravísimas**, la pena corresponde a presidio menor en su grado máximo (si se acepta que es imposible dar aplicación a una pena en su máximo, en los términos definidos por el art. 67, toda vez que la misma ley establece la improcedencia de ese concepto. Por lo tanto, el tribunal deberá dividir ese grado por la mitad, para obtener el “grado máximo” y el “grado mínimo”, en los mismos términos que la determinación del mínimo y el máximo del art. 67.

Por su parte, el artículo 196 ter establece tres reglas relativas a la **imposición de penas sustitutivas**:

- a) Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196 (figura simple de conducción, operación o desempeño en EE o BISES, con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte), el art. 196 ter señala que *“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”*.

El anómalo efecto de esta regla es la necesaria privación de libertad del condenado, aunque se haya impuesto una pena sustitutiva, por el plazo de un año. Si por ejemplo, se impone una pena de libertad vigilada intensiva por un plazo de 3 años y un día, se suspende su ejecución por un año, tiempo en el que el condenado deberá cumplir la pena privativa de libertad.

Esta regla es criticable desde el punto de vista de un diseño coherente de política legislativa: el propio legislador el año 2012, año de publicación de la Ley N° 20.603 que modificó la Ley N° 18.216, tuvo en cuenta las críticas a las penas privativas de libertad de corta y mediana duración, en atención al efecto criminógeno que naturalmente conllevan, orientando el sistema penal chileno a la imposición de penas en libertad, asociadas ahora a un mayor control y condiciones de efectivo cumplimiento. Para el caso, p. ej., en que existiera un consumo problemático de alcohol o sustancias estupefacientes, la Ley N° 18.216 contempla la obligación de tratamiento, asociada a la libertad vigilada simple o intensiva, con rígidos controles periódicos, judiciales y administrativos. Todo ello es eliminado dos años después, antes que el sistema de la Ley N° 20.603 se encuentre en total operatividad, motivado

por hechos acaecidos con anterioridad a tales modificaciones, y por lo tanto resueltos por un estatuto legal ya derogado. Desde esta perspectiva, el diseño del sistema de penas sustitutivas, en materia de MEE o MBISES, ha sido abandonado por el legislador sin ningún fundamento empírico y sin evaluar sus méritos en su aplicación práctica.

Esta regla además carece de una correcta técnica legislativa. La regla impone un año de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. Pero no aclara si ese año se imputa al cumplimiento de la pena sustitutiva suspendida. De lo contrario, en el ejemplo, la pena de 3 años y 1 día se transformaría en una pena de 4 años y 1 día, uno privado de libertad, y otros tres bajo pena sustitutiva.

Sin perjuicio de que la expresión “suspensión” puede llevar a esa alarmante conclusión, esa comprensión incurre en una desproporción manifiesta con la pena determinada por el tribunal, que ha establecido la cuantía de la pena en justa proporción con la gravedad del hecho. Desde ese punto de vista, una interpretación armónica de las disposiciones que regulan el tiempo de duración de la pena sustitutiva, obligan a considerar que el año de cumplimiento efectivo debe ser abonado al cumplimiento de la pena sustitutiva “suspendida”, pues de lo contrario, no estaríamos hablando de sustitución sino de acumulación, y la Ley N° 18.216 fija los plazos de la pena sustitutiva de modo equivalente al que correspondería “si se aplicara la pena privativa de libertad”, y en consecuencia, el cumplimiento efectivo debe ser descontado.

Por tanto, suspendida la ejecución de la pena sustitutiva, el condenado deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad a la que fue originalmente condenado. Luego de ese plazo, se inicia la ejecución de la pena sustitutiva, abonándose el periodo de cumplimiento efectivo de la privación de libertad, a menos que bajo este recurso se pretenda exceder desproporcionadamente la sujeción del condenado al cumplimiento de sanciones penales.

Otro problema que plantea la regulación introducida por la Ley N° 20.770, es la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva a los casos en que se realiza la figura agravada del inciso cuarto del art. 196, por ejemplo, en los casos

de lesiones graves gravísimas, cuyo marco penal abstracto se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las penas sustitutivas. Y en atención a que la regla del art. 196 ter, expresamente se refiere sólo al inciso tercero, es decir, a la figura simple, y que cuando el legislador ha estimado necesario aplicar una regla a ambos incisos, lo ha hecho expresamente (ejs. art. 196 bis, art. 3° DL N° 321), no resulta procedente su aplicación a los casos del inciso cuarto. No se observa un fundamento para esta distinción, por el contrario, pareciera ser un error del legislador. Sin embargo, un respeto irrestricto del principio de legalidad impide la aplicación de esta suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva a aquellos casos que no están comprendidos en la regla en cuestión. Operar de modo inverso no es otra cosa que una aplicación analógica *in malam partem*, prohibida por el principio de legalidad en su manifestación de *lex stricta*.

b) El inciso segundo del nuevo art. 196 ter, señala lo siguiente:

“Con todo, no se aplicará en estas situaciones lo dispuestos en el artículo 38 de dicha ley [...]”.

La regla implica que “en estas situaciones”, es decir, en aquellas reguladas en la misma disposición en el inciso anterior, esto es, la imposición de una pena sustitutiva respecto del delito contemplado en el art. 196 inciso tercero, no serán procedentes dos instituciones:

- La omisión en los certificados de antecedentes de las anotaciones a que da lugar la sentencia condenatoria.
- La eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de los antecedentes prontuarios, una vez que se hubiese cumplido satisfactoriamente la pena sustitutiva.

En consecuencia, la posibilidad de omitir o eliminar antecedentes deberá regirse por las reglas generales, contempladas en el D.S N° 64, en la Ley N° 19.628, en el DL N° 3.482, y el DL N° 409.

c) El mismo inciso segundo, establece en su parte final, lo siguiente:

“[...] y en ningún caso la sustitución de la pena privativa de libertad implicará la sustitución o suspensión del cumplimiento de las multas, comiso e inhabilidades impuestas”.

La regla es superflua: si la pena sustitutiva sólo sustituye la pena privativa o restrictiva de libertad, es evidente la subsistencia de penas pecuniarias o privativas de derecho.

Finalmente, la Ley N° 20.770 intercala un nuevo inciso sexto en el **artículo 3° del DL N° 321**, del siguiente tenor:

“Los condenados por los incisos tercero y cuarto del artículo 196 de la ley de Tránsito podrán obtener el mismo beneficio una vez cumplidos dos tercios de la condena”.

El legislador equipara el delito de MEE o MBISES causando muerte o lesiones grave gravísimas, en su figura simple (inciso tercero del art. 196) o agravada (inciso cuarto del art. 196), a los delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación impropia, infanticidio, abuso sexual con introducción de objeto de persona menor de catorce años, abuso sexual de persona menor de catorce años, producción de material pornográfico infantil, obtención de servicios sexuales de menores de dieciocho años, trata de personas y elaboración o tráfico de estupefacientes.

IV. Omisión del deber de detener la marcha, prestar ayuda posible y dar cuenta a la autoridad

En la LT, existen dos reglas de conducta pertinentes para el análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.770.

La primera regla es el art. 168, que no sufre alteración:

Art. 168.- En todo accidente del tránsito en que se produzcan daños el o los participantes estarán obligados a dar cuenta de inmediato a la autoridad policial más próxima.

La regla establece un mandato dirigido a quien *participa* en un accidente de tránsito en que se produzcan daños, y consiste en la obligación de dar cuenta de inmediato a la autoridad policial más próxima.

La omisión del cumplimiento de este mandato, está sancionado a título de falta en el art. 195 inc. 1°, modificado por la Ley N° 20.770, eliminando como requisito para la punibilidad de esta omisión propia, su incumplimiento *a sabiendas*²⁰:

Art. 195 inciso 1°.- 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.

La segunda regla de conducta relevante está descrita en el art. 176, modificado por la Ley N° 20.770:

Art. 176.- En todo accidente del tránsito en que se produzcan lesiones o muerte, el conductor que participe en los hechos estará obligado a detener su marcha, prestar la ayuda que fuese posible y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata, entendiéndose por tal cualquier funcionario de Carabineros que estuviere próximo al lugar del hecho, para los efectos de la denuncia ante el Tribunal correspondiente.

La regla establece un mandato dirigido a *un conductor que participa* en un accidente de tránsito en que se producen lesiones o muerte, y consiste en la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible (y no sólo la necesaria²¹) y dar cuenta a la autoridad policial más inmediata para los efectos de la denuncia ante el tribunal correspondiente. Tal autoridad corresponde a cualquier funcionario de Carabineros de Chile próximo al lugar del hecho.

²⁰ La redacción anterior del artículo 195 era la siguiente “Artículo 195.- El incumplimiento, a sabiendas, de lo señalado en el artículo 168 será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes. El incumplimiento, a sabiendas, de lo señalado en el artículo 176 será sancionado con la suspensión de la licencia de conductor por un plazo máximo de doce meses y si el juez así lo estimare, presidio menor en grado mínimo a medio, salvo que las lesiones producidas tengan el carácter de leves, en cuyo caso se aplicará la sanción del inciso primero del artículo 193”.

²¹ El artículo sufrió dos modificaciones. Primero, se incorpora a la obligación a detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad, los accidentes con resultado de muerte. Segundo, la ayuda requerida por la actual norma es la que fuese “posible”, y no sólo la “necesaria”.

La omisión del cumplimiento de este mandato es sancionado como simple delito de omisión propia, en el art. 195 inc. 2° y 3°, modificado por la Ley N° 20.770, eliminando la exigencia de un incumplimiento a sabiendas, y la facultad judicial de imponer la pena privativa de libertad cuando el tribunal así lo estimare²²:

Art. 195 inciso 2°.- 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 para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales.

Art. 195 inciso 3°.- Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1° 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.

La regla que establece la punibilidad de la omisión de este imperativo en los casos en que se producen lesiones graves gravísimas o muerte, constituye una figura calificada por el resultado producido por el accidente, criticable desde la perspectiva de las exigencias del principio de culpabilidad, toda vez que la aplicación de la pena más grave depende del acaecimiento de un resultado que no necesariamente será abarcado por el dolo o culpa del autor, toda vez que basta para afirmar responsabilidad por esta figura el hecho de ser un *conductor participante* del accidente, sin que necesariamente el resultado haya sido objetiva y subjetivamente imputable a la conducta del autor²³.

Lo que es claro en la disposición, es que la punibilidad de esta omisión exige la no realización de tres conductas (detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad), copulativamente, no bastando en consecuencias para la consumación del

²² La regulación anterior establecía la suspensión de la licencia de conductor por un plazo máximo de doce meses y si el juez así lo estimare, presidio menor en grado mínimo a medio, salvo que las lesiones producidas tengan el carácter de leves, en cuyo caso se aplicará la sanción del inciso primero del artículo 193.

²³ Vid. *infra*.

hecho, la omisión de una sola de ellas. La razón de esta exigencia copulativa es simple: no sólo se deriva de la utilización del término “y”, cuyo sentido inequívoco es copulativo, sino que además, si se observa el fundamento heterogéneo de la punibilidad por la infracción al imperativo referido, esto es, la infracción a un deber de solidaridad (*detener la marcha y prestar ayuda*) y la infracción a un deber de colaborar con la acción persecutora del Estado (*dar cuenta a la autoridad para fines de denuncia*) se reafirma la necesidad de una realización copulativa de tales conductas, pues si se compara la pena aplicable a la realización del art. 195, con otros delitos cuyo objeto de protección es semejante, se observa que éstos están sancionados exclusivamente con pena de falta, p. ej., la omisión de socorro (art. 494 N° 14 CP) y la omisión de denuncia (art. 177 CPP en relación al art. 494 CP), y por lo tanto, un criterio interpretativo correcto es sostener que la pena de simple delito exige pluralidad de desvalor de injusto expresado en términos de afectación pluriofensiva de bienes jurídicos.

La reglas de determinación de pena aplicables a esta omisión, tanto en relación a las penas principales como a los efectos de las penas sustitutivas, depende de si acaecen o no los resultados establecidos en el inciso tercero. Si no fuese el caso, se aplican las reglas generales. En cambio, si ello así acontece, se determina según las reglas excepcionales establecidas en el art. 196 bis y 196 ter, ya comentadas previamente.

Finalmente, si además de la realización de esta figura omisiva, el autor es responsable por el delito o cuasidelito vinculado al resultado producido, el inciso final del art. 195 establece la obligatoria consideración de un concurso real aplicando el régimen de acumulación material previsto en el art. 74 CP.

Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor conjuntamente 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

Esta regla es inadecuada. Por ejemplo, si el resultado muerte o lesiones es objetivamente imputable a la omisión dolosa de prestar ayuda, y el autor se encuentra en posición de garante fundada en el actuar precedente, no resultaría posible castigar además por el tipo omisivo del art. 195, sin incurrir en infracción al principio de *ne bis in ídem*²⁴. La alta pena

²⁴ Vid. al respecto, *infra*.

aplicable a un homicidio doloso, en comisión por omisión, después de la reforma introducida al CP por la Ley N° 20.779, permitiría absorber todo el desvalor de injusto del hecho sin enfrentar problemas de constitucionalidad. Curiosamente, si este fuera el caso, serían plenamente aplicables todas las reglas generales en materia de determinación de la pena, pues el título de incriminación es el art. 391 N° 2, y no el art. 195 o 196 LT.

Sin embargo, esta interpretación desconoce que el fundamento de la figura del art. 195 no consiste sólo en una infracción a un deber de solidaridad, sino que es también un problemático y cuestionable caso de punibilidad de omisión de una auto-denuncia. Desde esta perspectiva, podría constatarse sin problemas pluralidad de desvalor de injusto en el caso analizado, toda vez que además del atentado omisivo con el bien jurídico personalísimo, concurre la negativa a auto-denunciarse sancionado en el art 195, lo que sitúa el problema en el contexto de análisis de constitucionalidad de dicha regla, cuestión que será analizada *infra*.

V. Negativa injustificada a someterse a pruebas respiratorias o exámenes científicos

Como se indicó anteriormente, el art. 182 LT regula la facultad de los funcionarios de Carabineros de Chile, de someter a un conductor a una prueba respiratoria o de otra naturaleza, destinada a detectar la presencia de alcohol en el organismo o acreditar el hecho de conducir bajo la influencia de estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Por su parte, el art. 183 LT regula la facultad o deber de los mismos funcionarios, según sea el caso, de someter a un conductor a una prueba respiratoria evidencial u otra prueba científica, a fin de acreditar la presencia de alcohol en el organismo y su dosificación, o el hecho de encontrarse la persona conduciendo bajo la influencia del alcohol o de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o en estado de ebriedad.

Estas reglas establecen normas de conducta dirigidas a los funcionarios de Carabineros, no a los conductores. Desde esa perspectiva se explica la inexistencia de una sanción por la negativa a la realización de tales pruebas, existiendo en cambio, antes de la Ley N° 20.770, una regla que permitía que dicha negativa o la huida del lugar, sirvieran al juez de antecedente calificado y con valor suficiente para presumir el estado de ebriedad o la presencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo del conductor.

La Ley N° 20.770 introduce un nuevo art. 195 bis a la LT, que establece directamente la obligación dirigida al conductor de someterse a la realización de pruebas respiratoria u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o sicotrópicas previstos en el art. 182:

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.

A su vez, el inciso segundo de este nuevo artículo 195 bis establece el imperativo dirigido al conductor que hubiere intervenido en un accidente que produzca lesiones graves gravísimas o muerte, de someterse a la realización de las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el art. 183, conjuntamente con la prohibición de realizar cualquier maniobra que altere sus resultados o la dilación de su práctica con el mismo efecto:

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.

Como se observa, la nueva disposición aplica las reglas especiales aplicables a la determinación de la pena e imposición de pena sustitutiva, a esta nueva figura. Y en el caso de la negativa injustificada del conductor que interviene en un accidente que produce lesiones graves gravísimas o muerte, el inciso final del art. 195 bis establece la

apreciación de un concurso real con el respectivo delito o cuasidelito, aplicando el régimen de la acumulación material de penas, establecido en el art. 74 CP.

Nuevamente, en el caso del delito del inciso segundo, se establece una figura calificada por el resultado producido por el accidente, criticable desde la perspectiva de las exigencias del principio de culpabilidad, toda vez que la aplicación de las penas más altas depende del acaecimiento de un resultado que puede no ser abarcado por el dolo o culpa del autor, toda vez que basta para la responsabilidad por esta figura, ser un conductor interviniente en el accidente, sin que necesariamente el resultado haya sido objetiva y subjetivamente imputable a la conducta del autor.

La tipificación de este nuevo delito responde a dos razones mutuamente dependientes. La primera dice relación con el vínculo que se pretende establecer entre la huida del lugar del accidente y el sometimiento al examen en cuestión. Jean Pierre Matus, en la segunda sesión de la Comisión de Constitución del Senado, señaló lo siguiente:

“[...] quien maneja un vehículo en estado de ebriedad y causa un accidente que provoca la muerte de una persona, se ve enfrentado a un dilema básico que es huir y no sufrir la pena, o quedarse y exponerse a un castigo cierto. Señaló que ello ocurre porque quien huye lo hace para no ser sometido en forma inmediata al examen de alcoholemia que acreditaría el estado de ebriedad, que es el elemento basal para la configuración del delito”²⁵.

La segunda razón es una supuesta inoperatividad de la presunción establecida en el derogado inciso final del art. 183. De este modo, se argumenta que la no aplicación de la presunción genera un incentivo perverso a huir del lugar para evitar realizarse los exámenes y con ello burlar la aplicación de la ley²⁶.

²⁵ HL N° 20.770, p. 83.

²⁶ Vid. al respecto la exposición del senador Harboe, en Sala: “la legítima preocupación que ha planteado el Senador Orpis por la presunción legal, que en la práctica no se aplicaba, la hemos recogido en un tipo penal especial, con lo cual va a haber aplicación práctica, que, por lo demás, ha sido uno de los planteamientos que se ha hecho para aplicar de manera efectiva una sanción a quien se niega a hacer los exámenes” (HL N° 20.770, p. 180).

Sin embargo, las razones que justificaría esta tipificación no son correctas. Pues para acreditar el estado de ebriedad se aplican las reglas probatorias generales, y en consecuencia, el resultado del examen de alcoholemia no es una prueba imprescindible²⁷. Y por otro lado, es posible aplicar en estos casos la regla del artículo 197 CPP.

Exámenes corporales. 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, consintiere 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.

Finalmente, es necesario señalar que la descripción de esta conducta punible exige una “negativa injustificada”. Sin embargo, la determinación de los casos en que dicho conducta se encuentra justificada es un déficit de esta regulación, y convierte a esta figura en un tipo penal indeterminado.

Sin perjuicio de lo anterior, un ámbito de razones que justificarían la negativa es la invocación del ejercicio de un derecho fundamental. Desde esta perspectiva, consideraciones vinculadas al derecho a la privacidad, y en general, la invocación del derecho a la intangibilidad corporal permitirían inferir, en concordancia con el art. 197 CPP, que es una justificada negativa el rechazo a someterse a un examen corporal, con anterioridad a la dictación de la correspondiente autorización judicial.

VI. Problemas de constitucionalidad de las reglas contenidas en la Ley N° 20.770

²⁷ Vid. al respecto lo prescrito en el inciso primero del art. 111 LT: “Para la determinación del estado de ebriedad del imputado o del hecho de encontrarse bajo la influencia del alcohol, el tribunal podrá considerar todos los medios de prueba, evaluando especialmente el estado general del imputado en relación con el control de sus sentidos, como también el nivel de alcohol presente en el flujo sanguíneo, que conste en el informe de alcoholemia o en el resultado de la prueba respiratoria que hubiera sido practicada por Carabineros”.

El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. En efecto, los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico – estricta legalidad, lesividad, presunción de inocencia, contradictorio entre las partes– en gran parte son el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Lo anterior debe ser resaltado en cualquier análisis de constitucionalidad de normas penales, para estar prevenidos de entrada que muchas decisiones de política criminal tienen como resultado la legislación de tipos penales contrarios a los principios citados.

Una legislación pre moderna, como señala HASSEMER, se aleja del derecho penal y procesal penal que se fundamenta en los derechos del hombre y del ciudadano como pilares de todo ordenamiento jurídico, de un derecho que debe proporcionar protección jurídica y garantizar las libertades justamente también para quien viola el derecho²⁸. Desde esta perspectiva, el derecho penal sustantivo y procesal debe necesariamente ser entendido como un derecho constitucional aplicado. Porque es en el derecho sancionador y su realización práctica donde se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos con particular precisión²⁹. Vale decir, el Derecho penal debe tener por función la protección del individuo frente a la arbitrariedad de la autoridad. Y si bien puede ser acertado dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del derecho penal, ellas en su fundamentación legal y legitimidad, no pueden estar por debajo del modelo garantista desarrollado por los ordenamientos modernos, porque la soberanía del legislador tiene su límite en los principios constitucionales como criterios legitimatorios de la sanción penal.

En este sentido, el criterio de lo tolerable socialmente respecto de una medida de política criminal como la Ley N° 20.770, debe considerarse restrictivamente, por la transitoriedad inherente a las políticas criminales, especialmente respecto de medidas de agravamiento de penas a partir de un aumento coyuntural de delitos y del impacto sobre la inseguridad subjetiva que tal fenómeno provoca.

En consecuencia, aun cuando no se discute que el legislador está facultado para dictar normas dentro del ámbito de reserva legal determinado por la Constitución, deberá siempre atender a los principios y derechos constitucionales, que son condición de

²⁸ En *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Colección de Estudios N° 10 del Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 55.

²⁹ *Ibidem*, p. 67.

legitimidad de tal regulación. Porque no se debe olvidar que los derechos y principios (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, prohibición de *ne bis in idem*, etc.) no son la resultante de los designios de la política criminal vigente en una época y en un país determinado, sino que forman parte de aquello que nos define de alguna forma como sociedad civilizada, y que ha adquirido un carácter vinculante para el legislador, mediante el reconocimiento de derechos fundamentales y sus garantías en la Constitución.

La regulación introducida por la Ley N° 20.770 a la LT es cuestionable desde varias perspectivas en relación a su correspondencia con las exigencias constitucionales que legitiman el ejercicio del *ius puniendi estatal*.

Primero: Inconstitucionalidad del delito de omisión de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad

Como bien es sabido, es un principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. En este cometido, los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad o a la necesidad de proteger otros derechos que representan valores socialmente deseables. No obstante, conforme al numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, tales regulaciones **no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.**

El Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios para determinar si una regulación afecta el contenido esencial de un derecho fundamental. Así, ha resuelto que “debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible. En cambio, debe entenderse que “se impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”³⁰. El Tribunal Constitucional ha señalado también que “el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta

³⁰ STC Rol N° 200, c. 4. En el mismo sentido STC Rol N° N° 43, c. 21; STC Rol N° N° 200, c. 4; STC Rol N° N° 280, c. 13; STC Rol N° N° 280, c. 29.

más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular³¹. Asimismo, ha dicho que las limitaciones debe estar “razonablemente justificadas”³², esto es, deben estar ajustadas a “un examen de proporcionalidad que consiste en que la limitación debe perseguir fines lícitos, constituir un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue”³³.

Conforme a estos parámetros, la ley será inconstitucional al tenor del artículo 19 N° 26 en los siguientes casos:

- i. cuando el derecho deja de ser reconocible;
- ii. cuando se impide el “libre ejercicio” del derecho, esto es, cuando el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica;
- iii. cuando el derecho se hace impracticable porque sus facultades no pueden ejecutarse; y,
- iv. cuando las limitaciones no están “razonablemente justificadas, porque no se persigue un fin lícito; no constituye un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin; y la limitación al ejercicio del derecho no es proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue.

Pues bien, siguiendo estos criterios, el artículo 195 de la LT limita algunos derechos afectándolos en su esencia, razón por la cual su aplicación a un caso concreto puede resultar contraria a la Constitución.

En relación al **principio de no autoincriminación y dignidad**, la regla es inaplicable en los casos en que existe un incumplimiento por parte del responsable del acaecimiento del resultado, de la obligación de dar cuenta a la autoridad para fines de auto-denuncia. Pese a que la ley no establece el estándar de satisfacción de esta obligación, en el sentido de si la constancia a la autoridad puede ser anónima, dicha obligación debe ser entendida de todos modos como una obligación de auto-denuncia, pues expresamente en esos términos es regulada en el art. 176 a que hace referencia el art. 195. Ello infringe

³¹ STC Rol N° N° 792, c. 13.

³² STC Rol N° N° 1262, c. 24.

³³ STC Rol N° N° 1182, c. 21. En el mismo sentido STC Rol N° N° 1193, 1201; STC Rol N° N° 541, STC Rol N° N° 1046; STC Rol N° N° 1061; STC Rol N° N° 1260, c. 34.

explícitamente el **artículo 19 N° 7 letra f)** de la Constitución Política de la República, que establece el derecho del imputado a no ser obligado “a que declare bajo juramento sobre hecho propio”, y el **artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos**, en el cual se reconoce “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. Si bien ambos preceptos se refieren exclusivamente al derecho del imputado a no ser obligado a declarar, ambas normas deben interpretarse como una concreción del principio de no auto-incriminación, de forma que toda coacción por parte del Estado –dentro de las cuales se encuentra la amenaza de pena–, dirigida a constreñir a una persona a auto-denunciarse, es inconstitucional³⁴.

Además, la tipificación del incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad contradice la sistemática del Código Penal, la cual, sobre la base del principio de no autoincriminación, considera la auto-denuncia como causa atenuante (artículo 11 circunstancia 7ª del Código Penal). Por tanto, la ausencia de una circunstancia atenuante no puede ser considerada un delito autónomo.

En cuanto a la **dignidad**, reconocida en el **artículo 1° de la Constitución**, ella alude a la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados³⁵. En tal sentido, la Constitución caracteriza a la persona en una visión humanista que enfatiza que ella es sujeto y no objeto del derecho³⁶. Este principio, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, no configura una mera declaración programática, sino que constituye un mandato expreso para los gobernantes³⁷.

En este orden, el artículo 195 LT, al convertir el incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad en el presupuesto fáctico de un hecho en sí mismo constitutivo de delito, lesiona en su esencia la dignidad del conductor partícipe (que en la situación típica que describe la norma tiene sin duda el carácter de imputado al tenor del artículo 7° CPP). En efecto, el precepto legal fuerza al imputado a auto denunciarse, para favorecer la

³⁴ Señala MAIER que “la inadmisibilidad de emplear ciertas formas de coerción, para privar al imputado de su libertad de decisión como informante (trasmisor de conocimientos) en su propio caso reside, por último, en la pretensión de evitar que una declaración coacta del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra”. Agrega que “no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción”. En Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, Ed. del Puerto, 2002, págs. 595 y 694, respectivamente.

³⁵ Vid. STC Rol N° N° 389, c. 17.

³⁶ Vid. STC Rol N° N° 740, cc. 45 y 46.

³⁷ Ver STC Rol N° N° 1185, cc. 11 y 12.

acción de la justicia en desmedro de su condición de sujeto de derechos, y transforma así en irreconocible su condición de persona imputada. Por otro lado, la coacción estatal vía amenaza de pena, impide el libre ejercicio de las facultades, derechos y garantías que la Constitución y el Código Procesal Penal le reconocen al imputado en tal calidad. De esta forma, el precepto legal franquea en forma intolerable la incoercibilidad moral de la persona imputada: si ella goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, no se entiende como el Estado pueda forzarla a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye³⁸.

Desde otra perspectiva, como se señaló, en la revisión de constitucionalidad de las normas legales, el Tribunal Constitucional ha establecido como criterio 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”³⁹.

Como se señaló anteriormente, la finalidad que tuvo a la vista el legislador para sustituir el artículo 195 LT, era hacerse cargo de la sensación de impunidad ante el delito de manejo en estado de ebriedad⁴⁰. Quien maneja un vehículo en estado de ebriedad y causa un accidente que provoca la muerte de una persona, se ve enfrentado a un dilema básico que es huir y no sufrir la pena, o quedarse y exponerse a un castigo cierto. Por tal motivo, se consideró que debería establecerse una pena más elevada en caso de incumplimiento de las obligaciones ya citadas, que se aplique en forma autónoma y conjunta con la pena que proceda por el manejo en estado de ebriedad, con la salvedad de no aplicar una pena muy drástica cuando el conductor ebrio que se da a la fuga solo ha provocado daños materiales o lesiones menores. De este modo, se distinguió, para efectos de la pena, según el resultado producido. Por último, esta finalidad quedó vertida en forma clara en el segundo informe de la Comisión, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, donde se consigna la opinión del profesor Jean Pierre Matus, seguida por la Comisión, quién señaló que la opción lógica es no prestar ningún tipo de ayuda, huir, esconderse hasta que pase la embriaguez y después entregarse a la unidad policial más cercana. Explicó

³⁸ CAFFERATA, José, *El Imputado*, Estudios, Ed. Mediterránea, 2004, p. 24.

³⁹ STC Rol N° N° Rol N° 541-06.

⁴⁰ El problema es que la respuesta legislativa a la sensación de impunidad no puede validar el castigo de un individuo con fines ejemplificadores. Asimismo, ya el hecho de que hoy las leyes lleven los nombres de quienes motivaron su creación (motivaron mediáticamente), da muestra de que las leyes se crean según la presión social/mediática/política del momento sin consideración a criterios de efectividad, necesidad o razonabilidad de las normas penales.

que quien actúe de esa forma, se asegura que no se pueda probar su estado de ebriedad previo y sólo se verá enfrentado a una pena por omisión de auxilio, que muy posiblemente cumplirá en libertad⁴¹.

Por ello, mediante el artículo 195 se pretendió hacer frente a cierta sensación de impunidad, y asegurar a la administración de justicia penal la persona del conductor que participa del accidente con resultado de lesiones o muerte, y con ello asegurar también las pruebas incriminatorias, derivadas de la realización de pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol.

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, en primer lugar, la regulación es criticable bajo el prisma del subprincipio de idoneidad. Ello nos lleva a la pregunta sobre la eficacia preventiva de esta figura, es decir, porque el problema es que quien huye no necesariamente lo hace en términos de *intención*, sino que a su respecto se puede hablar de *reacción*. En ese sentido, el legislador pasó por alto los efectos inmediatos del *post traumatic stress disorder* (PTSD) o de patologías análogas, que no sólo afectan a las víctimas sino que también a los victimarios.

En segundo lugar, y desde la perspectiva del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la penalidad asociada a la omisión de prestar ayuda posible es desproporcionada. Ello se observa si se la contrasta con la respuesta punitiva que el sistema punitivo chileno da a la omisión de socorro. En efecto, el artículo 195 castiga la omisión de la ayuda posible, distanciándose de la respuesta punitiva que el mismo legislador ha estimado más concordante y proporcional a una omisión de esta naturaleza en el artículo 494 N° 14, que castiga como una falta sancionada con pena de multa la omisión de socorro, cuando el deber recae en personas a las cuales no se les puede imputar la causación del proceso lesivo. Por el contrario, el artículo 195 LT aplica una pena exorbitante en comparación a la anterior, indiscriminadamente tanto al conductor imprudente o ebrio responsable del accidente, como al conductor que no tuvo ninguna injerencia punible en él. Es más, dado que el precepto no distingue entre conductores responsables por el accidente y conductores involucrados que no hayan tenido responsabilidad por su producción, debe entenderse que el precepto es aplicable aún respecto del conductor “víctima” que continúa la marcha, sin prestar ayuda al

⁴¹ Vid. al respecto HL N° 20.770, p. 123.

responsable, ni dar aviso a las autoridades, lo que constituiría una agravación irreflexiva de la penalidad de la omisión socorro establecida en el artículo 494 N° 14 CP.

Desde otro punto de vista, y en relación al **principio de ne bis in ídem**, no es posible castigar conforme al art. 74, por la realización conjunta de la omisión del art. 195 y la conducta que genera responsabilidad penal por el accidente, sin incurrir en una infracción a dicho principio.

La prohibición de *ne bis in ídem* en su faceta sustantiva, implica una prohibición de doble valoración de un hecho, lo que se traduce en la imposibilidad de juzgar a alguien por dos delitos distintos que se fundamentan en un solo injusto. Por su parte, el injusto de todo delito de resultado comprende obviamente la no evitación de la producción del resultado y, es por eso, que su concurrencia constituye una circunstancia atenuante, o sea, disminuye el contenido de injusto y, por tanto, la penalidad del delito. (Art. 11 circunstancia 7ª "...impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias"). Al igual que la auto-denuncia, la no concurrencia de esta circunstancia atenuante no puede ser considerada como delito autónomo.

Por ello, quien causa un accidente en el marco de la ley del tránsito produciendo resultado de lesiones o muerte y no se detiene a prestar ayuda, realiza el injusto completo del delito de lesiones u homicidio según corresponda. El no prestar ayuda no puede ser considerado un delito autónomo, porque se fundamenta en un injusto accesorio al delito de lesión contra la vida o la salud, por lo que debe considerarse que se trata de un concurso aparente de leyes en relación de consunción: los tipos de homicidio y lesiones comprenden o absorben en su estructura, el hecho de no prestar ayuda.

Luego, la única forma de salvar la constitucionalidad de la norma, es través de una reconstrucción interpretativa de la norma. Debería entenderse que la obligación de detenerse y prestar asistencia solo rige para la víctima involucrada en el accidente, cuyo incumplimiento realizaría el tipo especial en relación a la omisión de socorro. Respecto del responsable por el accidente, rige el principio *ne bis in ídem*, de modo que el no prestar ayuda debe entenderse como parte integrante del injusto de lesiones u homicidio, según sea el caso.

Por lo tanto, la regla que impone el castigo según el régimen de acumulación material del art. 74, es inaplicable por inconstitucionalidad si se trata de determinar la responsabilidad penal del responsable por el resultado acaecido, especialmente considerando que aquel margen de exceso en relación al incumplimiento del deber de solidaridad, esto es, la obligación de auto-denuncia, adolece igualmente de problemas de constitucionalidad por afectar en su esencia, el derecho a guardar silencio y la dignidad de la persona, incurriendo desde esta misma perspectiva, en una infracción al principio de proporcionalidad.

Por último, en este contexto de análisis, es necesario reafirmar lo señalado anteriormente, en términos de que la regla que establece la punibilidad en los casos en que se producen lesiones graves gravísimas o muerte, constituye una figura calificada por el resultado producido por el accidente, criticable desde la perspectiva de las exigencias del **principio de culpabilidad**, toda vez que la aplicación de las penas más altas depende del acaecimiento de un resultado que puede no ser abarcado por el dolo o culpa del autor, toda vez que basta para la responsabilidad por esta figura, ser un conductor participante del accidente, sin que necesariamente el resultado haya sido objetiva o subjetivamente imputable a la conducta.

Segundo: Inconstitucionalidad del delito de negativa injustificada a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos

En la historia de la ley consta que esta norma tuvo por finalidad constreñir al eventual responsable de un delito de manejo en estado de ebriedad a intervenir forzosamente en pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol. Pero, la norma **no es idónea para tal fin**. En efecto, la norma hubiera sido idónea si al conductor se le hubiera planteado la alternativa de aceptar el riesgo de ser condenado por el delito de manejo en estado de ebriedad o por uno mucho más grave en caso de huir y no someterse a pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol bajo *tertium non datur*. Sin embargo, con el artículo 195 bis de la LT sucede lo contrario, el conductor lo más probable es que no acepte el riesgo -al menos en aquellos accidentes en que se produzcan lesiones menos graves o simplemente graves-, porque la pena es sensiblemente menor a la asignada al

delito de manejo en estado de ebriedad causando estos resultados⁴². Por tanto, si la finalidad de la norma era la de intentar favorecer la investigación de los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, la consecuencia jurídica que se anuda al supuesto de hecho la niega, al no preverse consecuencias jurídicas más gravosas para quien se niegue a someterse a pruebas de investigación. En consecuencia, la solución adoptada no es técnicamente correcta ni político criminalmente afortunada.

En relación al **principio de no autoincriminación y dignidad**, son plenamente aplicable al artículo 195 bis los comentarios *ut supra* sobre afectación esencial a la dignidad. Sin embargo, en relación al constreñimiento a producir pruebas en contra de la voluntad para colaborar con la investigación del delito que se atribuye, la afirmación de una eventual vulneración al derecho a guardar silencio ha sido objeto de reparos. En este sentido, se ha argumentado que el principio se ciñe a las declaraciones o manifestaciones de voluntad sobre la comisión de la infracción o sobre su autoría, sin que el aspirar aire o someterse a análisis clínicos pueda entenderse como tales declaraciones o manifestaciones. También se ha indicado que las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol no serían contraria al derecho a no declarar, a no hacerlo contra uno mismo, o a no confesarse culpable, porque al conductor no se le obliga a emitir una declaración de voluntad que admita su culpabilidad, sino que lo que hace es tolerar el ser objeto de una especial modalidad de pericia. Finalmente, se ha señalado que el derecho a guardar silencio solo ampara a una persona como sujeto u órgano de prueba, esto es, como quien, con su relato, incorpora al procedimiento un conocimiento cierto o probable sobre un objeto de prueba⁴³.

⁴² El conductor partícipe en accidentes de tránsito con resultado de lesiones simplemente graves o menos graves está expuesto a una sanción de multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y a la suspensión de su licencia hasta por un mes. Mientras que el conductor en estado de ebriedad que ocasione lesiones graves o menos graves arriesga un pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a dos UTM, y además la suspensión de la licencia de conducir por el término de 36 meses en caso de producirse lesiones menos graves, y de cinco años en el caso de lesiones graves, conforme se establece en el inciso segundo del artículo 196 de la LT.

⁴³ Vid. MAIER, op. cit, p. 675; BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. AD-HOC, 2004, p. 184. También vid. la sentencia del Tribunal Constitucional español 161/1997, que parte de la base de que la prueba no es obligatoria y que, por tanto, no infringe el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (art. 24, 2 de la Constitución española). Parte de la doctrina española ha criticado tal medida, "porque no parece muy correcto desde el punto de vista del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, que se obligue a alguien, aunque sea indirectamente con la amenaza de una sanción penal, a que se someta a unas pruebas que pueden incriminarle. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2001, p. 668. El autor indica que estas objeciones han sido formuladas por un amplio sector de la doctrina (García Arán, Morillas Cueva, Carmona Salgado, etc.).

Pero aun cuando pueda ser discutible la afectación al derecho a guardar silencio en este caso, el artículo 195 bis sí presenta vicios de inconstitucionalidad en relación con la garantía del **debido proceso y la presunción de inocencia**, ambas reconocidas ampliamente en los tratados internacionales de derechos humanos⁴⁴, y en la Constitución, en los incisos sexto⁴⁵ y séptimo⁴⁶ del numeral 3° del artículo 19.

Es sabido que en el proceso penal, el debido proceso es en sí una garantía y un derecho para el enjuiciado (en esto no hay discrepancia, a diferencia del debate respecto de otros intervinientes), a quien la ley presume inocente. Por otro lado, el debido proceso penal es el único medio legítimo por el cual un Estado de Derecho desvirtúa dicha presunción de inocencia y valida su intervención punitiva sobre el enjuiciado⁴⁷. La presunción de inocencia constituye una posición de ventaja que la Constitución atribuye a la persona que se encuentra en posición de parte acusada o, en general, que es objeto de una persecución penal. La ventaja es atribuirle de entrada la calidad de persona inocente y, además, en no obligarle a hacer nada para demostrarlo. La persona favorecida no tiene que preocuparse en absoluto de probar su inocencia, le basta y le sobra la pasividad más absoluta. Como consecuencia de este reconocimiento, se desplaza la exigencia de la prueba de la acusación a las partes que la ejercen y que, en definitiva, pretenden la condena del acusado⁴⁸. Entonces, una dimensión fundamental de esta garantía es la carga del Estado de demostrar la culpabilidad del imputado, quien, por su parte, no tiene necesidad de probar su inocencia, ni menos la obligación de colaborar con la investigación del delito que se le atribuye.

⁴⁴ La Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 8.2. que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en el artículo 14.2 que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁴⁵ “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

⁴⁶ “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. La doctrina y jurisprudencia nacional ha reconocido en esta norma la garantía de la presunción de inocencia. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del artículo 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución, que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad del sedicente infractor, se deduce el principio de presunción de inocencia, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. Agregando que dicho principio es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Carta Fundamental, y del derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que reconoce y ampara su artículo 19” (STC Rol N° 1518, c. 33). En el mismo sentido, STC Rol N° 1584, c. 6.

⁴⁷ Vid. SCS Rol N° 10.910-2013.

⁴⁸ CAROCA, A., *Nuevo Proceso Penal, Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Sistema Procesal Penal*, Ed. Jurídica, pág. 84.

Sin embargo, el artículo 195 bis conforma claramente una situación de constreñimiento para el conductor imputado⁴⁹, que no es indiferente para el derecho a la presunción de inocencia. Porque resulta más o menos evidente que el imputado que resulta compelido a la práctica de la prueba de alcoholemia bajo la amenaza de cometer un nuevo delito, está siendo constreñido a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye. De este modo, la norma genera, bajo la amenaza de pena, la compulsión a la aportación de elementos de prueba que puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra el así compelido.

Por estas razones, la sanción que establece el legislador a la negativa del conductor responsable de 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, es contraria a la Constitución.

Además, como se señaló, en el caso del delito del inciso segundo, se establece una figura calificada por el resultado producido por el accidente, criticable desde la perspectiva de las exigencias del **principio de culpabilidad**, toda vez que la aplicación de las penas más altas depende del acaecimiento de un resultado que puede no ser abarcado por el dolo o culpa del autor, toda vez que basta para la responsabilidad por esta figura, ser un conductor interviniente en el accidente, sin que necesariamente el resultado haya sido objetiva y subjetivamente imputable a la conducta del autor.

Tercero: Inconstitucionalidad de las reglas excepcionales sobre determinación de penas e imposición de penas sustitutivas

Hay tres grupos de disposiciones cuyo análisis es relevante para los efectos de determinar si la Ley N° 20770 contraviene o no el principio constitucional de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución. Ellos son:

⁴⁹ El conductor partícipe del accidente que se le obliga a pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol, tiene sin duda el carácter de imputado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, y en esa calidad es titular de las facultades, derechos y garantías que la Constitución, el Código Procesal Penal y otras leyes le reconocen. De acuerdo a esta norma tiene la calidad de imputado toda persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento, entendiéndose por tal cualquier diligencia o gestión de investigación que se realizare por el Ministerio Público o la policía, en que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

- a) El aumento de las penas aplicables al delito de MEE o MBISES con resultado de muerte, y posteriormente, a través de la Ley N° 20779, el aumento de las penas aplicables al delito de homicidio simple y calificado.
- b) La regla que prescribe la suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva impuesta, cumpliendo en consecuencia un año de pena privativa de libertad.
- c) El establecimiento de un régimen especial de determinación de la pena, que excluye la aplicación de las reglas comunes a todos los demás delitos (arts. 67, 68 y 68 bis).

En lo que al principio de igualdad se trata, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] para efectos de dilucidar si, en el conflicto que se ha planteado, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. Este criterio ha sido reiterado por esta Magistratura, entre otras, en las sentencias roles N°s. 790, 825, 829 y 834⁵⁰

Lo que corresponde en consecuencia es preguntarse es si la diferencia antes mostrada cumple con el juicio de razonabilidad.

“Tal como la jurisprudencia constitucional lo demuestra, es el juicio de razonabilidad dentro del cual debe ser entendido el principio de igualdad. No en vano ha señalado, por ejemplo el Tribunal Constitucional Italiano, que el principio de igualdad es reconducible a esa exigencia de coherencia interna del ordenamiento jurídico que se presenta como un valor esencial para la cultura de la que él mismo es expresión (Sentencia 30 de diciembre de 1982; N° 204, Foro It. 1982, I, 1981)⁵¹.

⁵⁰ STC Rol N° 1340.

⁵¹ Citado en: NOGUEIRA, Humberto. *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional*. Universidad de Talca. p.171.

En relación a la diferencia en el marco penable, no puede predicarse de ella, en terminología usada por el Tribunal Constitucional, arbitrariedad, puesto que se justifica en atención al desvalor de acción⁵²: los delitos de MEE y MIBSES con resultado de muerte son concebidos como expresiones de una conducta imprudente especialmente peligrosa, pero de menor entidad que el hecho doloso. Por lo tanto, ante una situación que es la misma en tanto el resultado es la muerte, existe un diferente marco penal aplicable por una razón que se deja explicar en términos de un menor desvalor asociado a la conducta delictiva, en relación al delito doloso, pero mayor en relación al homicidio imprudente. Es en ese sentido, que el legislador no incurre en una infracción al principio de igualdad ante la ley constitucionalmente garantizado.

A diferencia de lo anterior, en relación al establecimiento de reglas distintas de determinación de penas, no existen consideraciones vinculadas al hecho punible que puedan fundamentar tal diferenciación. Si se considera que el desvalor del injusto de homicidio simple tiene asociado un marco penal más alto que el correspondiente al delito de MEE o MIBSES con resultado de muerte, no hay razones que justifiquen la aplicación de este régimen especial de determinación de penas, a la figura menos grave, como se observa en el siguiente ejemplo:

X comete un delito de homicidio simple a título de dolo concurriendo tres circunstancias atenuantes, pudiendo el juez rebajar la pena hasta en tres grados, es decir, puede por ejemplo individualizar la pena en su umbral mínimo que corresponde a 541 días; pero si X' comete un delito de MEE o MIBSES con resultado de muerte, concurriendo las mismas tres circunstancias atenuantes, el juez deberá aplicar la presidio menor en su grado máximo, es decir, aplicar una pena mínima de 3 años y un día.

Además de ser desproporcionado, darle operatividad a dichas reglas especiales implica entrar en total contradicción con la decisión según la cual el delito de homicidio simple tiene asociado un marco penal más severo que el delito de MEE y MIBSES con resultado de muerte. Esta contradicción a su vez se deja reconducir como una no satisfacción de la

⁵² Vid. *supra*. A modo ejemplar, si el homicidio simple protege inequívocamente el bien jurídico vida, y el aumento de las penas aplicables al MEE o MIBSES con resultado muerte se justifica en la idea de dispensar mayor protección a ese mismo bien jurídico, entonces, la menor penalidad aplicable se explica no por una consideración vinculada al desvalor de resultado, sino al desvalor de acción: la ausencia de dolo y por lo tanto, la comprensión del MEE o MIBSES como un peligro de intensidad especial, expresivo de una conducta imprudente en relación a la protección de la vida.

exigencia de coherencia interna del ordenamiento jurídico del que, como se ha argumentado en la jurisprudencia, deriva el principio de igualdad ante la ley.

Es más, si se considera que no todas las circunstancias atenuantes de responsabilidad, cuyos normales efectos resultan desplazados por la regla del art. 196 bis, tienen como fundamento un menor desvalor de injusto, o una atenuación de la culpabilidad, sino que por el contrario, responden a consideraciones político criminales de especial relevancia, como la colaboración con la justicia (arts. 11 N° 8 y 9) o la protección de los intereses de la víctima (Art. 11 N° 7), una regla que proscribe los efectos naturales de su concurrencia no constituye una regulación razonable, pues, so pretexto de amenazar con más penas y nuevos delitos, se pierde el objetivo de incentivar al infractor de la ley penal, a la realización de un comportamiento ex post favorable a los intereses de la víctima o de la persecución penal.

En síntesis: un trato desigual desprovisto de razonabilidad es lo que existe en el establecimiento de estas reglas especiales de determinación de la pena, pues no hay fundamento para excluir del efecto de las atenuantes al imputado por alguno de estos delitos.

a) Si se sostiene que es la importancia de la “vida”, como bien jurídico protegido, entonces la distinción es arbitraria en relación a un imputado por un delito de homicidio simple, calificado, parricidio o infanticidio.

b) Si se afirma que la distinción se justifica en el desvalor de acción, es decir, el potencial peligro que emana de la conducta en estado de ebriedad, ello no es razonable toda vez que una conducta aún más peligrosa, por estar directa e intencionalmente dirigida a producir el resultado muerte, como es la tentativa de homicidio doloso, sí admite rebaja de pena.

c) Si se estima que el fundamento es alguna relación entre la atenuante cuya aplicación no es factible, y el delito en cuestión, esa justificación tampoco es razonable, toda vez que el fundamento de ellas implica, o un menor injusto o un menor reproche de culpabilidad, o una consideración político criminal que no se vincula con el MEE y el resultado causado.

Finalmente, la contradicción interna del ordenamiento jurídico en la que se traduce el establecimiento de un régimen especial de determinación de la pena, es profundizada por la obligación de suspender la aplicación de la pena sustitutiva impuesta por el juez, para el cumplimiento efectivo de la pena sustituida durante un año. El déficit se encuentra en el nivel del test de razonabilidad, que como se indicó en lo precedente, está constituido por dos momentos; el primero es determinar si la diferencia encuentra fundamento razonable, y el segundo, si es idónea para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador.

En este sentido, se observa la intervención del profesor Julián López en el contexto de la discusión parlamentaria de la primera propuesta regulativa vinculada al caso, originada por moción de un grupo de diputados⁵³:

“Este texto, destacó, restringe las opciones a la sanción de libertad vigilada asistida, que implica someter al infractor a la vigilancia continua del delegado de Gendarmería de Chile a cargo de su caso, imponerle un plan de trabajo para su rehabilitación y reinserción, obligarlo a utilizar un brazalete electrónico para saber en todo momento en qué lugar se encuentra y, lo que es más importante, aplicarle coactivamente la participación en un programa de desintoxicación y rehabilitación del abuso de drogas y alcohol, que, en este caso, es la causa basal del delito. Explicó que nada de ello ocurre si el condenado termina en la cárcel”⁵⁴

En atención al marco penal aplicable, respecto de condenados por las nuevas figuras introducidas por la Ley N° 20.770, sólo resultaría aplicable al condenado el régimen descrito por el profesor López, correspondiente a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Y considerando la necesaria orientación a la reinserción en la ejecución de las penas, los riesgos que acarrea la pena privativa de libertad en términos de contagio criminógeno y resultados de reincidencia delictiva, y lo adecuado que resulta el sistema de la libertad vigilada intensiva para este especial caso, se observa que la modificación legal carece de razonabilidad y por lo tanto, constituye una regulación inconstitucional por infracción al principio de igualdad.

⁵³ Boletín N° 8.813-15, de 05 de marzo de 2013.

⁵⁴ Intervención del profesor López, citada en el Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley Boletín N° 8.813-15, p. 8.