



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ANÁLISIS CRÍTICO DE ARTÍCULO 195BIS LEY DEL TRÁNSITO

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Natalia Paz Soto Aguilera

Profesor guía: Rocío Lorca

Santiago, Chile

2016

Resumen

El siguiente trabajo de investigación analiza el artículo 195bis de la Ley del Tránsito, introducido por la ley Emilia (2014). Este artículo incorpora un nuevo delito; la negativa injustificada a someterse a exámenes corporales y otras pruebas científicas con el objeto de determinar la presencia de alcohol y sustancias sicotrópicas o estupefacientes en el organismo.

El objeto de este análisis es determinar si este artículo contraviene a ciertos principios constitucionales como la garantía de no autoincriminación, y también si está en concordancia con los principios básicos del derecho penal como lo es la responsabilidad, culpabilidad y causalidad, detectar si presenta problemas en este análisis y plantear una solución al respecto. Para esto, primero analizare el artículo en cuestión, identificando inquietudes que se puedan presentar; luego revisare la concordancia del artículo con el principio de no autoincriminación y; por último, analizare la concordancia de este artículo con principios relevantes del derecho penal chileno.

INDICE

Resumen.....	2
Introducción	4
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 195BIS LEY DEL TRÁNSITO	7
1.1 Artículo 195 bis Ley del Tránsito	7
1.2 Inciso primero artículo 195bis.....	9
1.3 Inciso segundo artículo 195bis.....	12
1.4 Inciso tercero artículo 195bis.....	15
1.5 Exámenes corporales	19
CAPÍTULO II: ARTÍCULO 195 BIS Y PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.....	23
2.1 Garantía de No Autoincriminación y su consagración en nuestro ordenamiento jurídico.....	24
2.2 Doctrina respecto a la no autoincriminación o derecho a guardar silencio	27
2.3 Valoración del derecho a guardar silencio por parte de la Jurisprudencia chilena	35
CAPÍTULO III: Análisis crítico del artículo 195 bis desde el punto de vista penal.....	40
3.1 Delito calificado por su resultado	40
3.2. Problemas que se presentan respecto a la individualización judicial de la pena	45
3.3 Problemas en cuánto a los concursos de delitos	50
Conclusiones	55
Bibliografía	60

Introducción

Con anterioridad al año 2014, se produjeron casos emblemáticos y significativos en cuanto a delitos en conducción bajo estado de ebriedad, como el caso de Johny Herrera, arquero de la Universidad de Chile, quién en diciembre de 2009 atropelló y causó la muerte de la estudiante Macarena Cassasus, y fue condenado a 145 días de pena remitida, el caso de Kevin Silva, joven que se dirigía a la maratón de Santiago el año 2011 cuando fue atropellado por un conductor ebrio que luego fue condenado a 4 años de prisión pero al cumplir dos años se le otorgó la libertad condicional, Hernán Canales, atropellado por Martín Larraín el año 2013, quién fue absuelto, Rosa Pinto, una mujer de 70 años que falleció durante la tramitación de la Ley Emilia y producto de atropelló que sufrió de parte de un conductor ebrio al momento de encontrarse ella cruzando por un paso peatonal, el conductor responsable se dio a la fuga y fue encontrado con posterioridad al chocar contra una barrera de contención, dentro de muchos otros casos¹, los cuales tienen en común la sensación de impunidad que dejaron ante la ciudadanía debido a no ser los responsables condenados a penas privativas de libertad o considerarse las condenas muy bajas, el caso más emblemático y que derivó en la modificación legal es el de Emilia Silva. El 21 de enero del año 2013 falleció la menor Emilia Silva Figueroa de 9 meses de edad, luego de que el día 20 de enero del mismo año, un hombre que conducía con 1,9 gramos de alcohol por litro de sangre, impactara el vehículo de sus padres frente a la Municipalidad de Vitacura, quién luego del accidente huyó del lugar sin dar cuenta a la autoridad de la ocurrencia del mismo y, sin embargo, fue retenido por testigos del choque y entregado a Carabineros, tras lo cual y luego del juicio fue condenado a una pena de dos años de presidio menor en su grado medio, pena que fue cumplida en libertad debido a la intachable conducta anterior del sujeto por la cual optó al beneficio de remisión condicional de la pena privativa de libertad y, además la pena de inhabilitación perpetua para conducir vehículos motorizados. Debido a toda esta tragedia, y los resultados que tuvo es que se contiene en la Ley Emilia el delito de negativa injustificada de someterse a exámenes corporales; el delito de no dar cuenta a la autoridad y de fuga del lugar del accidente y no prestar la ayuda posible; el que a pesar de que el sujeto condenado adquiere el

¹ Lepe Durán, Nathaly. Víctimas de conductores ebrios: los casos más emblemáticos. [en línea]. Terra. 29 de junio del 2014. <<https://noticias.terra.cl/chile/victimas-de-conductores-ebrios-los-casos-mas-emblematicos,f76ebdda53fd6410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>> [consulta: 4 octubre 2016]

beneficio de pena sustitutiva, debe cumplir un año de privación de libertad efectiva, con el objeto de evitar que quienes cometen estos delitos cumplan la totalidad de las penas en libertad.

Ante la conmoción social causada por este caso, diversas iniciativas buscaron generar las modificaciones legales necesarias para impedir que conductores ebrios que ocasionaban lesiones graves e incluso la muerte a terceros fuesen condenados a penas menores y que finalmente son cumplidas en libertad, y es por esto mismo que la Ley Emilia contempla los delitos de negativa a someterse a determinados exámenes corporales y el delito de fuga del lugar del accidente y no dar cuenta de su ocurrencia a la autoridad, y reglas especiales de individualización judicial de la pena en que se contempla el cumplimiento de un año de cárcel efectiva, a pesar de que el sujeto imputado haya obtenido alguna pena sustitutiva a la privativa de libertad.

Producto la trágica muerte de la menor Emilia Silva, es que se presentaron diversos proyectos que concluyeron con la promulgación de la Ley 20.770, popularmente conocida como “Ley Emilia”, que entró en vigencia el 16 de septiembre del año 2014. Esta normativa modifica la ley de Tránsito 18.290, al sancionar con cárcel efectiva de al menos 1 año a los conductores en estado de ebriedad que generan lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte. Importante es considerar que con anterioridad entró en vigencia la ley 20.580 (15 de marzo del año 2012) “Tolerancia Cero” que también modificó la Ley de Tránsito al bajar los gramos de alcohol permitidos en la sangre para determinar la ebriedad al momento de conducir, determinando este estado de ebriedad con 0,8 gramos de alcohol por litro de sangre (con anterioridad se requería 1,0 gramos) y aumentó las sanciones de suspensión de la licencia de conducir.

Esta ley estableció al menos dos modificaciones a la Ley del Tránsito que han sido ampliamente cuestionadas en cuanto a su legitimidad y constitucionalidad; modificaciones que se contienen en los actuales artículos 195 y 195 bis de dicha ley. El artículo 195 establece el delito de fuga, no prestar la ayuda posible y no dar cuenta del accidente a la autoridad; y el artículo 195bis crea el delito de negativa injustificada de someterse a exámenes corporales. En esta investigación analizaré este último caso, que trata del delito de negativa injustificada a someterse a exámenes corporales, delito que fue creado por esta ley, ya que con anterioridad, la negativa del sujeto a someterse a exámenes

corporales solo podía ser considerada como una circunstancia calificada para presumir legalmente el estado de ebriedad, anterior inciso quinto del artículo 183 Ley del Tránsito.²

Este delito contemplado en el artículo 195bis contiene la negativa injustificada de un sujeto que ha participado en un accidente de tránsito a someterse a determinados exámenes corporales con el objeto de determinar la presencia de alcohol o de sustancias estupefaciente y psicotrópicas en el organismo. La regla general contemplada en el inciso primero es el caso de producirse lesiones leves en que la pena asignada al delito es de multa y suspensión de licencia por un mes, y en el inciso segundo, se contempla un caso calificado por su resultado cuando se producen las lesiones contempladas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal, esto es si como resultado de las lesiones el ofendido queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, o se produce la muerte de una persona, la pena a que se condena es de presidio menor en su grado máximo, multa, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo en que se produce el accidente de tránsito. Esta figura delictual presenta varias inquietudes que analizaré más adelante, por ejemplo, qué se entiende por negativa injustificada.

En este trabajo, en un primer capítulo, analizaré el artículo 195bis, para comprender la figura delictual que se plantea. Luego, en un segundo capítulo, veremos los problemas que este artículo plantea en el ámbito constitucional, en específico a la luz del principio de no autoincriminación, siendo necesario primero determinar en qué consiste este principio y donde se encuentra reconocido en nuestro derecho; podemos definir en términos amplios al principio de no autoincriminación como aquella garantía con que cuenta el imputado y que le permite no autoincriminarse, es decir, el que el sujeto imputado tenga derecho a guardar silencio, a no declarar bajo juramento y a no servir él mismo como prueba incriminatoria en su contra; también es relevante definir qué se entiende por presunción de inocencia, ya que en este capítulo veremos que ambos principios se encuentran vinculados; presunción de inocencia es un derecho con que cuenta todo sujeto imputado o acusado y que consiste en presumirse inocente hasta que no se pruebe lo contrario, esto implica que el sujeto acusado tiene una labor pasiva y no debe probar su inocencia sino que toda la carga probatoria es para el órgano persecutor, el que debe desvirtuar la presunción de inocencia y demostrar la culpabilidad y responsabilidad del sujeto más allá de toda duda razonable. En un tercer y último

² Este nuevo delito de negativa injustificada a someterse a exámenes corporales no se contenía en el proyecto original de esta Ley Emilia, sino que fue incorporado en las sesiones de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del senado.

capítulo, analizaré este artículo a la luz de los principios básicos del derecho penal chileno, para luego determinar si el modo en que el legislador chileno incrimina esta conducta respeta ciertos principios básicos de la teoría del delito, en que se presentan algunos problemas respecto a la individualización judicial de la pena, al concurso de delitos, y al hecho de que este es un delito calificado por su resultado, lo que deriva en un problema con respecto al principio de culpabilidad. A continuación, revisaré brevemente el artículo 195bis.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 195BIS LEY DEL TRÁNSITO

En este primer capítulo, revisaré en específico la normativa del artículo 195bis Ley Emilia, dándole una interpretación y comprendiendo todas las figuras que se contemplan en él, identificando algunos problemas que se presentan y que serán analizados en profundidad en el segundo y tercer capítulo.

1.1 Artículo 195 bis Ley del Tránsito

Este artículo fue introducido el año 2014 por la ley Emilia (20.770), que creó el delito de negativa injustificada de someterse a determinados exámenes corporales o pruebas respiratorias. Con anterioridad a esta ley, esta negativa injustificada se consideraba como un caso de presunción legal para establecer el estado de ebriedad del acusado, o la presencia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas (anterior artículo 183 inciso 5 Ley del Tránsito).

Este nuevo artículo, sin embargo, no fue introducido en el proyecto original emanado del Poder Ejecutivo, sino que se introdujo en las sesiones de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en que se vio la necesidad de tipificar de modo independiente el ilícito de fuga del lugar del accidente y la negativa injustificada a someterse al examen de alcoholemia. Además, se quiso hacer una distinción en cuanto a la pena, la que se consideraba debía ser más grave

en caso de que en el contexto de un accidente de tránsito se produjeran determinados resultados. A este propósito, el profesor Jean Pierre Matus manifestó el parecer de los miembros de la Comisión de que

“debería considerarse una ubicación distinta para esta disposición, dentro del título de las penalidades, y distinguir según el resultado final del accidente, a efectos de imponer una pena extra alta si los resultados son muy perjudiciales para terceros, o una pena baja si tal resultado nocivo no tuvo lugar.”³

Como consecuencia de esto, se propuso suprimir el inciso quinto del artículo 183, que contenía la presunción legal de estado de ebriedad. El delito de negativa injustificada a someterse a determinados exámenes corporales con el propósito de determinar la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes y sicotrópicas fue consagrado en estos términos:

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

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

³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley Nº 20.770 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. Santiago, Chile. Disponible en www.bcn.cl [consulta 29 abril 2016].

determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

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

Este nuevo delito de negativa injustificada contempla diversas medidas o castigos dependiendo de los daños causados producto del accidente, siendo la regla general multa y suspensión de licencia por un mes, y en caso de determinadas lesiones o de producirse la muerte de una persona, se condena a presidio menor en su grado máximo, multa, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del vehículo.

Con anterioridad a esta ley 20.770, el artículo 182 de la Ley del Tránsito establecía la facultad de funcionarios de Carabineros para someter a un conductor a una prueba para acreditar si se conducía bajo influencia de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y el artículo 183 también regula la facultad o deber de estos funcionarios para acreditar la presencia de alcohol en el organismo y su dosificación. Estas normas de conducta estaban dirigidas a funcionarios de Carabineros, no existiendo un deber de conducta para el conductor, y la única consecuencia ante la negativa se contemplaba en el inciso quinto del artículo 183, actualmente suprimido, que contemplaba esta negativa como un antecedente calificado para presumir legalmente el estado de ebriedad o la presencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Con la modificación legal, se configura esta negativa injustificada como un tipo penal autónomo, cuya pena se aplica de modo independiente y conjuntamente a la pena que corresponda por la responsabilidad en el correspondiente delito o cuasidelito, que podrían ser daños, lesiones leves, graves, gravísimas, lesiones contempladas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal y, homicidio.

1.2 Inciso primero artículo 195bis

El artículo 195 bis inciso 1 contempla el delito de negativa injustificada de un conductor de someterse a determinados exámenes que se solicitan con el propósito de determinar la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, y cuya sanción es multa de 3 a 10 UTM y suspensión de licencia hasta por un mes. El primer problema que plantea este artículo es la cuestión de qué se considera como una negativa injustificada, ya que esto no está expresamente determinado por el artículo ni por la Ley del Tránsito. Considerando el artículo 197 del Código Procesal Penal que establece la posibilidad para que el fiscal o la policía realicen exámenes corporales al imputado u ofendido por el hecho punible, siempre que esto sea necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, se determina que en caso de negativa de quién será objeto de la prueba, se debe solicitar la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. En virtud de este artículo, y aplicándolo supletoriamente debido a la falta de regla especial al respecto, podría entenderse que el negarse a la realización de exámenes corporales o pruebas científicas sin la correspondiente autorización judicial sería un caso de negativa justificada, ya que las razones serían el argumentar la violación de un derecho fundamental, como la privacidad o la intangibilidad corporal, lo que haría necesario el que primeramente se cuente con una autorización judicial que garantice de cierta forma y de respaldo al actuar de los funcionarios fiscales o policiales de que se actuará dentro de un margen legal y no se violarán derechos fundamentales del acusado. Entonces, podríamos estimar que una primera negativa del imputado debe necesariamente ser respaldada por autorización judicial, ya que los funcionarios de Policía no podrían calificar cuando la negativa será injustificada. Y esto derivaría en que si luego de dada la orden judicial, el sujeto aún se niega a practicarse los exámenes o pruebas respiratorias, se estaría ante el delito de negativa injustificada, y no con anterioridad a esto, ya que deben compatibilizarse ambos artículos, 195 bis ley Emilia y 197 del Código Procesal Penal, ante una falta de regulación y determinación específica por parte del artículo 195bis ley Emilia. Entonces, la negativa del sujeto acusado ante una orden judicial que autorice para realizarle exámenes corporales o pruebas respiratorias daría lugar a este delito de negativa injustificada, y no se configurarían los supuestos del delito con anterioridad a contar con esta autorización judicial, debido a que en este último caso su negativa podría calificarse de justificada.

En opinión de DIEGO FALCONE, la conducta típica en este delito es la negativa, una denegación que como tal presupone un requerimiento previo por parte de la autoridad, y el funcionario competente para efectuar este requerimiento es uno de Carabineros de Chile, de acuerdo al artículo 182 de la Ley

del Tránsito; además, y debido a la remisión en específico que se realiza a este artículo, el delito de negativa injustificada contemplado en este inciso primero artículo 195bis, se aplicaría para pruebas respiratorias u otros exámenes científicos, pero no al examen de alcoholemia que se contempla en el artículo 183.⁴ Es decir, en opinión de este autor, existiría un vacío legal en este primer inciso, ya que claramente la intención del legislador sería condenar el caso de negativa injustificada a realizarse exámenes corporales para determinar la presencia de alcohol y de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, y no sólo la presencia de estas últimas. Esta opinión de FALCONE se fundamenta en que el artículo 182 de la Ley del Tránsito (introducido por la Ley de Tolerancia Cero) contempla la facultad de Carabineros para someter al conductor a determinadas pruebas, que en el caso de determinar la presencia de alcohol, es el alcotest, que es una prueba respiratoria, en cambio, el examen de alcoholemia propiamente tal es un examen de sangre, que por tanto debe ser realizado en un recinto de salud, caso que no es contemplado en el artículo 182 sino que en el artículo 183 Ley del Tránsito, el cual no menciona este inciso primero.

Para comprender el porqué de la opinión de este autor, es relevante conocer las principales diferencias entre el alcotest y el examen de alcoholemia; el primero es una prueba respiratoria que mide la presencia de alcohol en el pulmón, y la segunda es un examen médico que mide la presencia de alcohol en la sangre. La relevancia de que se contemple o no en este inciso la posibilidad de realizar el examen de alcoholemia, radica en los cuestionamientos que se han producido respecto al alcotest, en que han existido casos en que hay grandes diferencias entre lo que marca este y lo que ha resultado luego del examen de alcoholemia, como el caso de la actriz Daniela Ramírez, quién en la prueba respiratoria de alcotest arrojó 3,39 gramos de alcohol por litro de sangre, y en el examen de alcoholemia esto se redujo a un 1,6. En opinión del director del Centro de Investigación Toxicológica de la Universidad Católica (CITUC) Juan Carlos Ríos, ambas pruebas muestran valores similares, siendo la única gran diferencia el que la alcoholemia tiene valor jurídico y el alcotest carece de este valor⁵. En realidad, no existe ninguna norma legal que disponga que la alcoholemia tiene valor probatorio y el alcotest carece de ella; el tribunal considerará todas las pruebas que estime pertinentes para probar los hechos que se investigan, por lo que no comparto la opinión de DIEGO FALCONE en cuanto a que

⁴ Falcone Salas, Diego “El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLIV): 143-169, 1º semestre de 2015.

⁵ Cooperativa.cl. Para entender las diferencias entre la alcoholemia y el alcotest. [en línea] Cooperativa.cl. 23 octubre 2012.<<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/alcohol/para-entender-las-diferencias-entre-la-alcoholemia-y-el-alcotest/2012-10-23/113345.html> > [consulta: 10 mayo 2016]

existiría un vacío legal, ya que no sería relevante el que no se contemple específicamente el examen de alcoholemia debido a que ambos tipos de pruebas son válidas y cumplen un mismo rol, tanto el alcotest como la alcoholemia, y de todos modos la prueba respiratoria de alcotest es la mayormente practicada por su rapidez y por no requerir de un recinto hospitalario para realizarse.

Podemos concluir de este primer inciso el que el delito en el contemplado requiere para configurarse de un requerimiento por parte de Carabineros de Chile para que éstos realicen determinados exámenes corporales contemplados en el artículo 182, para determinar la presencia de alcohol y sustancias estupefacientes o sicotrópicas en el organismo. Se requiere una negativa injustificada por parte del sujeto acusado, que requeriría de una negativa ante una autorización judicial, sin esta, la negativa no podría ser calificada de injustificada por parte de Carabineros, esto debido a que no se contempla en el artículo 195bis ni en el Ley del Tránsito una determinación de lo que se debe entender por negativa injustificada, y en este caso debemos aplicar el artículo 197 del Código Procesal Penal que contempla la posibilidad para Carabineros de realizar exámenes corporales, y para esto se requiere autorización judicial en caso de negarse el sujeto a la realización de estos exámenes.

1.3 Inciso segundo artículo 195bis

En el inciso segundo de este artículo se contempla una figura calificada para el caso de que se produzcan las lesiones comprendidas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal esto es; si como resultado de “las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”, o se produce la muerte de alguna persona, en que la negativa injustificada de parte del conductor que ha intervenido en el accidente, a someterse a determinados exámenes para determinar la dosificación de alcohol o sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o la alteración de sus resultados o la dilación de su practica con el mismo objeto, son castigados con la pena de presidio menor en su grado máximo (3 años a 5 años y un día), multa de 11 a 20 UTM, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo con que se cometió el delito. Además, se determina la pena en el caso concreto de acuerdo a nuevas reglas contenidas en los artículos 196bis y 196ter de la Ley del Tránsito.

El primer problema que plantea esta figura calificada que contiene una pena privativa de libertad, es respecto al principio de culpabilidad. La culpabilidad en dichos de BINDER “es una determinada contrariedad con las normas penales. Es un haber actuado en contra de las normas penales (prohibitivas o imperativas), pudiendo haber hecho lo contrario (reprochabilidad)”⁶. Siguiendo a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, la culpabilidad es un elemento necesario para que la pena pueda ser aplicada o imputada a un sujeto determinado, y consiste en el “reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”. Se requiere para configurar la culpabilidad, de elementos positivos: dolo (el sujeto sabía y quería lo que hacía) o culpa (imprudencia, negligencia: el sujeto, que no quería el hecho, podría siquiera haberlo previsto y evitado) y otros elementos negativos que se dan por supuestos y que por tanto, el sujeto imputado debe probar su existencia: que no haya existido una causal de inimputabilidad (ej. Enajenación mental); que no haya existido un error (de prohibición) que impidiera al hechor comprender la antijuridicidad de su conducta y haya creído actuar lícitamente; que no haya existido una causal de inexigibilidad de otra conducta (ej. miedo insuperable art. 10 N°9 Código Penal). Para estos autores, el principio de culpabilidad, cumple las funciones de ser fundamento para la aplicación de la pena, en el entendido de que si no hay un reproche al poder actuar de modo diverso, podría no aplicarse la pena, por ejemplo por error de prohibición o inexigibilidad de otra conducta y, además, cumple la función de ser la medida de la pena, es decir, el sujeto no responde más allá de lo que abarca su culpabilidad, de los resultados que pudo prever.⁷ La figura calificada contemplada en este inciso segundo del artículo 195bis Ley Emilia, sería aplicable a cualquier conductor que hubiera intervenido en el accidente, ya que no se contempla en específico que se aplica a aquél conductor que resulta responsable en el sentido de reglas de culpabilidad y causalidad, así que esta figura podría provocar situaciones injustas ya que podría aplicarse a aquél conductor que por alcance se ha visto involucrado en el accidente pero cuyo actuar no lo provocó, y sin embargo, se niega a realizarse estos exámenes corporales o pruebas científicas por cuya negativa está expuesto a una pena privativa de libertad de entre 3 años a 5 años y 1 día. Sin embargo, se hace necesario interpretar este artículo de acuerdo a los principios del derecho penal y, en primer lugar, entender que como esta figura calificada depende de un resultado que se produce, no podría aplicarse al sujeto afectado por ese resultado, pero si podría darse el caso de un accidente que involucra varios automóviles y aquellos conductores que se niegan a someterse a los exámenes

⁶ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. AD-HOC S.R.L., 1999. Pág.126

⁷ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.243 a 254

corporales que se les requiere sean condenados en base a un resultado producido que no ha dependido de ellos, y aquí se produce el problema respecto al principio de culpabilidad, lo cual, sin embargo, debiera ser interpretado en el sentido que le dé legitimidad, y aplicar esta figura calificada a quién al menos haya previsto las consecuencias que podría causar su actuar y aun así realizó la conducta, es decir, de todos modos se requeriría de las normas básicas del Derecho Penal en cuanto a que el resultado producido sea causa de la conducta del sujeto, y que ésta conducta le sea reprochable en el entendido de que pudo actuar de modo diverso.

Esta penalidad calificada que contempla pena privativa de libertad y la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, tiene su base en las discusiones al momento de aprobar la Ley Emilia, en que la mayor penalidad es debido al resultado causado, que en el caso más grave será la muerte de alguna persona, o las lesiones que contempla el número primero del artículo 397 del Código Penal, lesiones que son de tal magnitud que modifican completamente la vida que el sujeto llevaba hasta ese momento.

Otro punto de conflicto se produce en la aplicación de la pena, la individualización judicial de la misma, ya que en esta figura se aplican nuevas reglas para individualizar la pena, las que se contemplan en los artículos 196bis y 196 ter. El primero de ellos da reglas para individualizar la pena en el caso concreto; si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena; si concurren ambos tipos de circunstancias, se compensan racionalmente graduando su valor y; el tribunal no puede imponer una pena mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo cuando concurren la mayor parte de los requisitos de la eximente del número 11 del artículo 10 Código Penal, pero sin embargo, no puede entenderse exento de pena.

El artículo 196 ter, por su parte, hace aplicable las penas sustitutivas a las privativas de libertad contempladas en la ley 18.216, con la excepción del artículo 38 de dicha ley que establece que las personas que son condenadas por primera vez a una pena y no cuentan con antecedentes, y les fue concedido el beneficio de pena sustitutiva, tienen derecho a que la condena no se registre en sus antecedentes y se debe oficiar al Registro Civil para estos efectos. En el caso de las personas condenadas por la Ley Emilia, no existe este beneficio y de todos modos se registra en sus antecedentes la respectiva condena. La aplicación de esta ley de penas sustitutivas a las privativas de libertad, se encuentra con otra modificación al aplicarse a la Ley Emilia; la aplicación de la pena

sustitutiva quedará en suspenso durante un año, tiempo en que el condenado deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad a que fuera condenado, y esta sustitución de pena no afectará al cumplimiento de multas, comisos e inhabilidades impuestas. Este caso plantea la interrogante de si este año de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad se imputa al tiempo que el sujeto debe cumplir de pena sustitutiva, o en caso contrario, se aplica de modo independiente y como un adicional a dicha pena sustitutiva. Se plantea esta interrogante pero claramente se debe entender que este año de cumplimiento efectivo se imputa a la pena sustitutiva, ya que resultaría injustificado y excesivamente gravoso el caso contrario, debido a que la misión de la pena sustitutiva de libertad es evitar la privación de libertad, y en este caso de aplicación a la Ley Emilia, ya se está desvirtuando su misión y esencia, en que no obstante que el sujeto obtenga el beneficio de cumplimiento sustitutivo de la pena privativa de libertad, debe cumplir con un tiempo obligatorio de privación de libertad, caso al que no se ven expuestos los sujetos fuera del ámbito de aplicación de la Ley Emilia, lo que resulta arbitrario ya que los daños provocados pueden ser similares en ambas situaciones pero la pena por el resultado producido se vuelve más gravosa para quién participa de él dentro del ámbito de aplicación de la Ley Emilia.

Este inciso presenta inquietudes en cuanto al principio de culpabilidad; la individualización judicial de la pena y su cumplimiento, problemas e inquietudes que serán analizadas mayormente en un apartado dedicado específicamente a su análisis.

1.4 Inciso tercero artículo 195bis

El inciso tercero de este artículo es aplicable a las dos figuras contempladas anteriormente. En él se determina que la pena contemplada se aplicará conjuntamente con la que corresponda por la responsabilidad del respectivo delito o cuasidelito, siendo aplicable el artículo 74 del Código Penal; en cuanto a que al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas que correspondan por cada uno de esos delitos, debiendo cumplirse simultáneamente de ser posible, o sucesivamente partiendo por la de mayor pena. Esto plantea ciertas inquietudes en cuanto a analizar si realmente sería aplicable este artículo 74 que se relaciona con el concurso real de delitos. Este punto lo analizaré especialmente en el tercer capítulo.

En ambas figuras contempladas por el artículo 195bis, el sujeto activo en ella es el conductor, que se encuentra definido en el artículo 2 n°9 de la Ley del Tránsito como “Conductor: Toda persona que conduce, maneja o tiene control físico de un vehículo motorizado en la vía pública; que controla o maneja un vehículo remolcado por otro; o que dirige, maniobra o está a cargo del manejo directo de cualquier otro vehículo, de un animal de silla, de tiro o de arreo de animales”. Es decir, en virtud de la definición de conductor dado por la Ley del Tránsito, un conductor es todo aquel que tiene control físico sobre un vehículo, no siendo necesario que éste sea motorizado, esto implica que este delito de negativa injustificada puede ser aplicado a un ciclista que se ve involucrado en un accidente de tránsito y que se niega a practicarse determinados exámenes corporales, quedando a criterio de las autoridades policiales encargadas de estos exámenes el determinar cuáles son los sujetos que deben someterse a este procedimiento y a los cuales por tanto se les puede aplicar este artículo en específico de la Ley Emilia.

En palabras de CÉSAR RAMOS y FERNANDO MARDONES, este artículo no logra su propósito de constreñir al eventual responsable de un delito de manejo en estado de ebriedad a intervenir forzosamente en pruebas respiratorias u otros exámenes científicos para determinar la presencia de alcohol en la sangre, debido a que la pena prevista para este caso en el inciso primero del artículo 195bis, cuando se producen lesiones menores, es menor a la asignada para el delito de manejo en estado de ebriedad causando estos resultados, pena de presidio menor en su grado medio, multa de 2 a 4 UTM y suspensión de licencia de entre 36 meses a 5 años, esto según el artículo 196. Lo mismo ocurre con el caso de causarse las lesiones contempladas en el número 1 artículo 397 del Código Penal o la muerte de una persona, en que las penas para el caso de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte, son mayores a las asignadas al mismo resultado en caso de negativa injustificada a someterse a pruebas respiratorias u otros exámenes corporales⁸, por lo que resultaría más conveniente para el sujeto que efectivamente está bajo influencia de sustancias o en estado de ebriedad, el negarse a realizarse los exámenes y así obtener una pena menor que la que correspondería en caso de probarse este estado. Pero no olvidemos que de acuerdo al inciso tercero de este artículo 195 bis, esta pena del delito de negativa injustificada se aplica conjuntamente con la pena que pueda caber al sujeto por el delito o cuasidelito, por lo que podría resultar mayor la

⁸ Ramos Pérez, César y Mardones Vargas, Fernando. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.770 a la ley del Tránsito y al decreto ley N°321. Minuta N°15. Departamento de Estudios y Proyectos Defensoría Nacional. Diciembre 2014.

condena total por el delito de negativa injustificada y el correspondiente delito o cuasidelito, a el delito de causar determinadas lesiones en estado de ebriedad o bajo influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, que se aplicaría solo esta última pena ya que el artículo no hace aplicable al artículo 74 del Código Penal por concurso real de delitos. Este punto respecto a la aplicación de este artículo lo analizaremos más adelante, y la conclusión nos llevara a una hipótesis similar a la que en este caso se plantea por CÉSAR RAMOS y FERNANDO MARDONES.

Continuando con la línea argumentativa de estos autores, plantean que este artículo 195bis afectaría a la presunción de inocencia más que al principio de no autoincriminación, ya que la presunción de inocencia implica una calidad de quién es acusado por un delito, de presumirse que es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, y esta carga probatoria recae en el acusador, por lo que el acusado no requiere realizar ninguna gestión para acreditar su inocencia, es por esto que se vería afectado este derecho, debido a que el artículo 195 bis exige al acusado una conducta determinada de colaboración, de facilitar la prueba de su posible culpabilidad sobre el delito, y desvirtúa la presunción de inocencia, transportando la carga de la prueba al acusado o imputado y, además, la negativa a esta conducta implica la comisión de un delito, que se aplica de modo conjunto con la pena del delito principal por el cual se requieren estos exámenes corporales o pruebas respiratorias y otras modalidades de pruebas científicas. Podemos percatarnos de que todos los derechos de que goza el sujeto imputado o acusado están vinculados, y por tanto, si el sujeto tiene la carga de probar de algún modo su inocencia (exámenes corporales), se estaría desvirtuando la presunción de inocencia, y también el principio de no autoincriminación, debido a que en el entendido de HORVITZ y LÓPEZ, la no autoincriminación implica cualquier actividad o conducta en que el sujeto sea obligado a autoincriminarse, a servir él mismo como prueba en su contra, y esto es lo que pasaría con los exámenes corporales a los que es compelido de algún modo el sujeto acusado a realizarse.

Otro autor que da su opinión con respecto a este artículo y su legitimidad es JONATHAN VALENZUELA que en un informe en derecho realizado para la Defensoría, considera injustificada la inclusión de una figura delictual como la del artículo 195 bis, ya que no se justifica de acuerdo a los derechos de que goza el imputado, tales como la no autoincriminación, derecho a guardar silencio y presunción de inocencia, y además, tampoco se justifica con el principio general de inclusión de prueba, ya que éste admite límites que están dados por los derechos fundamentales con que cuenta el acusado o imputado, y el sistema acusatorio chileno se basa en una idea de defensa estratégica del imputado,

en que la carga de la prueba está a cargo del Ministerio Público, quién debe desvirtuar la presunción de inocencia⁹.

En opinión de DIEGO FALCONE, el único motivo del legislador chileno para incriminar este comportamiento es un interés funcional, para facilitar la obtención de prueba respecto a la concentración de alcohol en el organismo del conductor, cuestión que, de considerarse así, iría claramente contra la presunción de inocencia, al desvirtuar o modificar la carga de la prueba que debe estar en el ente acusador. Además, en opinión de este autor, el bien jurídico protegido con este delito de negativa injustificada es el principio de autoridad, sería un mero delito de desobediencia a la autoridad, ya que, considerando a una doctrina española, las alternativas serían i) delito de desobediencia; ii) delito contra la seguridad vial y/o contra bienes de carácter individual; iii) delito pluriofensivo; iv) delito contra la administración de justicia, y se descarta el que el sujeto con la negativa pueda afectar a los otros bienes jurídicos, debido a que al negarse el conductor a realizar estas pruebas, no por este hecho afectará la vida o la propiedad de terceros, sino que esta afectación se produce en otro momento, y en apoyo de esta tesis, se cita el artículo 195 bis que menciona que esta pena se impone al conductor conjuntamente con la que le corresponda por el respectivo delito o cuasidelito, siendo aplicable al artículo 74 CP. Y, basándose en la aplicación de este artículo del Código Penal, para FALCONE resultaría evidente que los bienes jurídicos protegidos son de distinta naturaleza, ya que de lo contrario, el concurso real debiera acogerse, en principio, a la regulación efectuada por el artículo 351 del Código Procesal Penal¹⁰ que regula el caso de reiteración de crímenes y simples delitos de la misma especie, y se entiende por estos a aquellos que afectan a un mismo bien jurídico. Es decir, considerando a este delito de negativa injustificada como un delito amparado por el principio de autoridad, resultaría completamente correcto que se aplicará el artículo 74 del Código Penal, y la pena asignada al delito o cuasidelito de lesiones sea aplicada conjuntamente con la pena de negativa injustificada, por el contrario, de considerarse que este delito de negativa injustificada afecta a otros bienes como la vida o la integridad de los sujetos, no sería aplicable este artículo del Código Penal y no estaríamos ante un concurso real de delitos, ya que se trataría de los

⁹ Valenzuela Saldías, Jonathan. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informe en Derecho Departamento de estudios Defensoría Penal Pública, N°1/2015/Junio.

¹⁰ Falcone Salas, Diego "El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLIV): 143-169, 1º semestre de 2015.

mismos bienes jurídicos que son afectados y por tanto no se podría penalizar dos veces una misma conducta.

Este problema que se plantea respecto al concurso de delitos, será analizado específicamente en el tercer capítulo.

1.5 Exámenes corporales

Resulta relevante analizar qué son los exámenes corporales y comprender mejor esta figura que regula el artículo 195bis, en cuanto a la negativa injustificada a su realización. HORVITZ y LÓPEZ diferencian los registros e inspecciones de las investigaciones corporales; “las intervenciones corporales son aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo (registros o inspecciones) o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen información sobre la persona o de elementos incorporados a él (investigaciones corporales), con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable”¹¹. Respecto al registro e inspección corporal, existe el artículo 89 del Código Procesal Penal que establece que se podrá realizar examen de las vestimentas del detenido y para esto se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardaran todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia. En cuanto a las investigaciones y exámenes corporales, el artículo 197 del Código Procesal Penal determina que, de ser necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, pueden realizarse exámenes corporales al imputado u ofendido por el hecho punibles, tales como pruebas de carácter biológico, extracción de sangre y otros análogos, siempre que no se tema menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Estos exámenes se practicarán de inmediato si la persona objeto de este consiente en ello, de lo contrario, se deberá solicitar autorización judicial exponiendo las razones de la negativa. Se discute si esta prueba podría realizarse utilizando coacción, en el caso de ser autorizada por el juez de garantía, y en la interpretación de ciertos autores, la autorización judicial solo faculta a que se apliquen las medidas a que da lugar la no

¹¹ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 507.

realización del examen, pero nunca podrá obtenerse su realización mediante la utilización de coacción física, sino que solo se le informan al sujeto las consecuencias que derivaran de ello. Comparto esta opinión ya que de ningún modo el sujeto puede ser obligado, presionado o coaccionado en modo alguno para realizarse determinados exámenes, por lo que solo se pueden aplicar las penas o consecuencias jurídicas a que dé lugar la negativa del sujeto, esto debido a que existen límites a la obtención de prueba, y dentro de estos límites se encuentran los derechos fundamentales del sujeto acusado.

Existen límites formales a la obtención de prueba, ya sea en la etapa de investigación en que se buscan estos elementos probatorios, o en la etapa de juicio oral en que la labor es incorporarlos como prueba. Estos límites están dados por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos, dentro de estos límites se encuentran ciertas garantías en las que resalta el principio de no autoincriminación. Este derecho cuenta con tres variantes; el derecho a no prestar declaración bajo juramento: artículo 19 n°7 letra f de la Constitución; derecho a guardar silencio: artículo 93 letra g y artículo 98 del Código Procesal Penal; y derecho a no ser la persona del imputado utilizada como prueba en su contra. En cuanto al derecho a guardar silencio, se contempla su posibilidad de renuncia, pero esta debe ser libre e informada; la libertad de la renuncia se garantiza al evitar todo medio de coacción sobre el imputado contemplado en el artículo 195 del Código Procesal Penal, en el que se mencionan ciertos medios prohibidos en los que expresamente se declara que no pueden ser aplicados y serán considerados como prueba inválida aun cuando el imputado consienta en la aplicación de ellos; y se establece en el artículo 135 del Código Procesal Penal; el deber de informar al imputado sus derechos por parte de los funcionarios públicos a cargo de la detención o de toda la etapa de investigación; además, se contempla la prohibición de la policía para tomar declaración del imputado en ausencia de su defensor, sólo se puede hacer un registro de lo que declare el imputado pero no se le puede interrogar, esto según el artículo 91 del Código Procesal Penal. Respecto al derecho a no ser la persona del imputado utilizada como medio probatorio en su contra, ha surgido la interrogante respecto a si existiría un derecho al silencio no verbal, en cuanto a la realización de exámenes, registros e inspecciones corporales. ASENSIO MELLADO opina que “si bien el imputado no tiene la obligación de colaborar activamente en su condena, si puede ser obligado a soportar

pasivamente, esto es, sin exigirle colaboración activa, actos que recaigan en su persona o bienes”¹². Es decir, en opinión de este autor, tal derecho al silencio no verbal no existiría.

En opinión de los autores HORVITZ y LÓPEZ, lo que se vería afectado con los exámenes corporales no sería el principio de no autoincriminación, sino que sería el derecho fundamental a la privacidad, esto debido a que es el derecho que más entra en conflicto con la persecución penal, ya que limita la actividad del Estado en cuanto a investigar delitos y evita que puedan interceptarse libremente las comunicaciones y otras formas de violación de privacidad, además de que el grado de privacidad que se garantice a los sujetos tiene directa relación con la libertad de que gozan estos: entre mayor sea el grado de privacidad garantizado, mayor es el reconocimiento a la libertad de los sujetos. En derecho comparado, existen serias restricciones hacia las inspecciones y exámenes corporales, ya que el primer ámbito de protección al derecho de privacidad es el cuerpo.

En nuestro derecho, el artículo 197 del Código Procesal Penal; permite la realización de estos exámenes corporales siempre que la persona consienta en ellos o con autorización judicial en subsidio, bajo la condición de que no se tema un menoscabo para la salud o dignidad del interesado. Entonces, queda a criterio del juez el determinar que exámenes pueden realizarse sin temer un menoscabo, el único regulado legalmente y que en principio debería ser permitido son las extracciones de sangre (mismo artículo 197). En opinión de HORVITZ y LÓPEZ, si luego de la autorización judicial el sujeto se sigue negando a la realización del examen, esto faculta para aplicar las consecuencias jurídicas que de ellos deriven, pero no se podría aplicar el examen corporal contra la voluntad del sujeto, esto debido a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes y a no utilizar la fuerza física¹³.

En cuanto a la inspección a cuerpos desnudos, sobre todo en el ámbito carcelario, no se establece per se que sea una violación al derecho a la privacidad, sino que debe ser realizada en las condiciones necesarias, por ejemplo, contando con implementos como guantes y ser realizada por personas del mismo sexo. Los exámenes anales y vaginales son otro tipo delicado de exámenes corporales que en derecho comparado ha sido considerado per se un trato degradante, sin embargo, en Chile, HORVITZ

¹² Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 94.

¹³ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 101.

y LÓPEZ hacen aplicable la regla general del artículo 197 que hace aplicable otros exámenes análogos, caso en que se debiera contar con autorización judicial, pero estos autores consideran que de todos modos este tipo de exámenes no resultarían válidos ya que no se cumpliría con el principio de proporcionalidad debido a que estas medidas no son necesarias porque se pueden reemplazar por exámenes radiológicos. También se incluyen dentro de estos exámenes corporales a las pruebas dactilares y caligráficas; estas últimas puede solicitarlas el fiscal si considera que son necesarias para la investigación, y en caso de negativa puede requerir autorización judicial, esto según el artículo 203 del Código Procesal Penal. También se contemplan el registro de vestimentas, equipaje y vehículo del detenido; en el artículo 89 del Código Procesal Penal que requiere de indicios que permitan estimar que se ocultan objetos necesarios para la investigación, y en el caso del control de identidad; el artículo 85 del mismo código, pero en este caso se pueden revisar las vestimentas, equipaje y vehículo del sujeto cuando exista indicio de que se haya cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta y en ambos casos no es necesaria autorización judicial previa¹⁴.

En caso de aplicarse los exámenes corporales, estos se podrían impugnar por la vía de recurso de nulidad, ya que la prueba recibida por el tribunal de juicio oral en lo penal puede ser impugnada por ilícita, amparándose en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal que declara procedente la nulidad del juicio oral y de la sentencia cuando en la tramitación de este o en el pronunciamiento de aquella se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Aquí puede esgrimirse como derecho afectado al principio de no autoincriminación en cuanto a derecho a la defensa del imputado, considerado en el artículo 19 n°3 de la Constitución. Este recurso siempre queda a conocimiento de la Corte Suprema, con la intención de que ésta realice un balance entre el interés de persecución penal del Estado y los derechos fundamentales de los sujetos, además en la resolución de este recurso, se le dará lugar cuando se estime que debido a la prueba aportada ilícitamente es el resultado obtenido en la sentencia, de no ser una prueba relevante para el razonamiento y resolución del tribunal, no necesariamente será anulada la sentencia y el juicio oral. En opinión de HORVITZ y LÓPEZ, la prueba ilícita no podría ser excluida con anterioridad, ya que ésta se puede excluir al momento de realizarse la acusación debido a que el juez de garantía determina la prueba que será procedente para el posterior juicio oral, y tampoco el Tribunal de Juicio Oral puede

¹⁴ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 98 a 110.

excluir la prueba presentada por el Juez de Garantía ya que se confundirían los roles y se perdería el sentido de que el juez de garantía examine la prueba, ya que éste podría dejar pasar la prueba ilícita debido a que delegaría en el Tribunal de Juicio Oral la labor de excluirla.

Luego de todo el análisis realizado al artículo 195bis ley Emilia, puedo afirmar que su aplicación literal y sin una interpretación conforme a los derechos y garantías fundamentales del sujeto acusado o imputado, iría contra el principio de presunción de inocencia, debido a que se está poniendo al sujeto acusado en el deber de realizar ciertas gestiones y salir de su rol de pasividad para servir como prueba, y este mismo punto afectaría al principio de no autoincriminación entendido como el derecho del sujeto imputado para no servir él mismo como prueba incriminatoria en su contra, y al coaccionarlo a realizarse determinadas pruebas y exámenes corporales bajo la figura de estar cometiendo un delito independiente y conjuntamente penalizado con otro que pueda probarse su responsabilidad se estaría vulnerando su garantía a no autoincriminarse.

CAPÍTULO II: ARTÍCULO 195 BIS Y PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN

En este segundo capítulo, revisaremos el reconocimiento del principio de no autoincriminación desde tres puntos de vista; su consagración constitucional y legal; el reconocimiento e interpretación que han hecho de él la doctrina y; por último, el reconocimiento e interpretación jurisprudencial. En este último punto, analizaré algunos fallos con respecto al derecho a guardar silencio, que veremos que forma parte relevante del modo en que se ha entendido al principio de no autoincriminación.

2.1 Garantía de No Autoincriminación y su consagración en nuestro ordenamiento jurídico

La garantía de no autoincriminación es un derecho que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable durante un juicio o en la etapa de investigación en su contra; además, esta garantía implica que el imputado conserva la facultad de no responder a un interrogatorio y, si opta por guardar silencio, de este hecho no pueden derivarse consecuencias negativas en su contra y no puede emplearse un medio coactivo para obtener una confesión. Este derecho es parte fundamental del derecho a defensa; no se pueden extraer del silencio consecuencias negativas para el acusado, sino sólo su intención de defenderse.

Esta garantía de no autoincriminación tiene rango constitucional, ya que se encuentra consagrada en el artículo 19 n°7 letra f de nuestra Constitución Política de la República en los siguientes términos; el derecho del sujeto acusado o imputado a no declarar bajo juramento sobre hecho propio y; además, debido a que se encuentra contemplada en Tratados Internacionales, los que tienen rango constitucional por remisión del artículo 5 inciso segundo que determina que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que es deber del Estado respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución o en Tratados Internacionales ratificados en Chile y que se encuentren vigentes. En virtud de esta remisión, resultan aplicables a nuestro derecho Constitucional los artículos 14.3 letra g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966 y el artículo 8.2 letra g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que consagran el derecho de toda persona a no ser obligada a declarar contra sí misma, ni confesarse culpable.

Lo primero que podemos observar de estas consagraciones constitucionales de la garantía de no autoincriminación es que consiste en un derecho a no declarar del sujeto acusado, en específico a no declarar en su contra o confesarse culpable, un derecho a guardar silencio, y el que tenga rango constitucional implica que todas las normas jurídicas deben respetar esta garantía, y cualquier otra que esté consagrada en nuestra Constitución o que por remisión de ésta tengan carácter de normas constitucionales.

En cuanto a la interpretación que se ha dado a esta garantía desde el punto de vista constitucional, resulta relevante la sentencia del Tribunal Constitucional N°2381-12, en el marco del Caso Pollos

llevado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esta sentencia, y de acuerdo a la opinión de Eduardo Cordero, el Tribunal Constitucional interpreta de modo restrictivo esta garantía, limitándola solo a procesos penales en que se pueda privar la libertad personal y seguridad individual, derechos que resultarían sólo ser amparables para las personas naturales y de los que carecerían las jurídicas. Cordero considera que esta interpretación literal es restrictiva y contraria a la interpretación de las garantías constitucionales que suelen ser amplias con el objeto de no condicionar su alcance. En la dictación de este fallo, el ministro Aróstica sostuvo que la eventual afectación de los derechos constitucionales de las personas jurídicas debe ser determinada caso a caso, prescindiendo de limitaciones a priori y en abstracto, debido a que se afectan derechos de personas naturales que están tras estas personas jurídicas, ya que éstas últimas son ficticias y siempre su real cara depende de una persona natural que debe responder por ella, y a la cual se le privaría de una garantía fundamental como lo es el derecho a no autoincriminarse.¹⁵ En este fallo se hace mención a que la garantía de no autoincriminación contemplada en el artículo 19N° 7 letra F se aplica a procesos penales y por interpretación de los Tribunales Superiores de Justicia, al derecho administrativo sancionador, por la razón de que en estos procedimientos también el Estado actúa con *ius puniendi*, pero sin embargo, no podría extenderse esta garantía a todos los procedimientos, y este es otro punto que crítica CORDERO.

Además de la consagración constitucional de esta garantía, nuestro Código Procesal Penal en su artículo 305 la contempla en cuánto un derecho de los testigos, en que estos pueden negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito y, además, está consagrado en el caso de que con la declaración se pueda incriminar a algunos de los parientes mencionados en el artículo 302 del Código Procesal Penal. En este último artículo se consagra el derecho del testigo de ser informado del derecho de abstenerse a prestar declaración y, además, puede retractarse en cualquier momento del consentimiento dado para declarar. En cuanto a derecho del imputado, el artículo 93 del Código Procesal Penal consagra derechos y garantías que tiene este y, en su letra g contempla el derecho de éste a guardar silencio o en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, además de que se impone el deber a las autoridades de informar al imputado que tiene este derecho a guardar silencio y que esto no le provocará ninguna consecuencia legal adversa, sin embargo, si renuncia a este derecho, todo lo que

¹⁵ Cordero, Eduardo. Garantía de no autoincriminación y el poder punitivo del Estado. [en línea] Guerrero Olivos, El Mercurio legal, 6 de septiembre de 2013. < http://www.guerrero.cl/la-garantia-de-no-autoincriminacion-y-el-poder-punitivo-del-estado/prontus_guerrero/2013-09-10/093009.html > [consulta: 14 de julio de 2016]

declare podrá ser utilizado en su contra. El artículo 91 del mismo cuerpo legal dispone el modo en que se llevará a cabo la declaración del imputado ante la policía, la cual solo puede interrogarlo en presencia de su defensor; en caso de que no esté el defensor presente, sólo se le puede interrogar acerca de su identidad, y si el imputado insiste en declarar, se debe realizar ante el fiscal, de no ser posible, la policía puede consignar las declaraciones del imputado con la autorización y bajo la responsabilidad del fiscal a cargo. Esta última norma garantiza el que la declaración sea prestada de un modo libre e informado, al exigir la presencia del defensor, y si este no se encuentra, puede incorporarse en cualquier momento, y en todo caso sin su presencia la policía no puede interrogar, salvo acerca de la identidad del sujeto imputado.

Aspectos relevantes sobre este derecho a guardar silencio es que la declaración del imputado siempre será voluntaria y no se le puede obligar o apremiar para que declare; un segundo aspecto relevante es que el artículo 135 del Código Procesal Penal impone el deber de informar al imputado acerca de este derecho:

“El funcionario público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla, asimismo, le informará acerca de los derechos establecidos en los artículos 93, letras a), b), y g) y 94 , letras f) y g), de este Código”.

También se contempla en el artículo 98 del Código Procesal Penal el derecho a guardar silencio como un modo de defensa del imputado “Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere”, y en el inciso tercero se hace expresa mención a que la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. Para garantizar la voluntariedad de la declaración, la ley prohíbe la utilización de cualquier método que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar, lo cual está prescrito en el artículo 195 inciso 1º del Código Procesal Penal, que en su inciso 2º prohíbe todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial, cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño o la administración de psicofármacos y la hipnosis. En caso de incumplimiento de este precepto, la declaración que se haya obtenido a través del uso de algún método prohibido, será considerada como prueba ilícita, por tanto, carente de todo valor.

Como hemos visto, la garantía de no autoincriminación se encuentra reconocida a nivel constitucional y legal, y como un derecho de los testigos y del imputado a guardar silencio, no declarar bajo juramento y no ser coaccionado a declarar. También es un derecho del imputado a ser informado de que cuenta con dicha garantía, a hacer uso de ella y a no derivarse consecuencias negativas del silencio y, a la vez es un deber de informar para los funcionarios a cargo de la detención e investigación, y se consagra como un derecho de defensa. Ahora veremos el reconocimiento doctrinal que ha tenido esta garantía.

2.2 Doctrina respecto a la no autoincriminación o derecho a guardar silencio

El origen de la garantía de no autoincriminación se ha vinculado directamente con la presunción de inocencia como un modo de reconocer los derechos del imputado o acusado como sujeto de derechos, en especial el reconocimiento de su derecho a guardar silencio y no ser obligado a confesar, para evitar abusos que se producían al considerar al acusado como un medio de prueba al cuál se le extraía una confesión de dudosa procedencia o verdad mediante la tortura o tratos inhumanos y abusivos.¹⁶ En la mayoría de los ordenamientos jurídico procesales penales se contempla el derecho del imputado a abstenerse de declarar, derecho que al igual que en nuestro caso, los funcionarios a cargo de la detención o investigación tienen el deber de informar. Además, la declaración del imputado debe obtenerse en un ambiente de libertad, y las preguntas que se le formulen deben ser claras y precisas, y solo las relevantes para el hecho que se investiga.

En nuestro país, la garantía de no autoincriminación, en opinión de HORVITZ y LÓPEZ tiene tres variantes que se desarrollan a lo largo del tiempo; derecho a no prestar juramento al momento de la declaración; derecho a permanecer en silencio; derecho del imputado a que su persona no sea

¹⁶Pérez López, Jorge. El derecho a la no autonicriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal". [en línea]. Derecho y Cambio Social Nº017 < <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm> > [consulta:22 junio 2016].

utilizada como fuente de prueba incriminatoria en su contra¹⁷. Respecto a la primera variante: el derecho a no prestar declaración bajo juramento, se plantea el problema de que al concebir en estos términos el principio de no autoincriminación se quita valor a la confesión, ya que al carecer de juramento tiene menos valor probatorio, es menos creíble. Esta variante está consagrada en esos términos en el artículo 19 n°7 letra f de nuestra Constitución “en las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”. En cuanto al derecho a guardar silencio, éste se encuentra consagrado en el artículo 93 letra g del Código Procesal Penal, y además se considera expresamente como un medio de defensa del imputado en el artículo 98 del mismo Código. El aspecto del derecho a guardar silencio ha sido el más desarrollado, y al respecto, existen dos posturas doctrinarias en cuánto al valor probatorio del derecho a guardar silencio; una primera postura establece que no se puede valorar como indicio de culpabilidad del imputado la utilización de este derecho; y la segunda postura determina que el silencio se puede valorar negativamente por el juez. Dentro de la primera tendencia, HORVITZ, citando a BINDER señala que el derecho a guardar silencio es una forma de ejercer el derecho a defensa, por lo tanto, extraer inferencias a partir de ese acto sería tanto como

“fundar las resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado”¹⁸.

En este mismo sentido HORVITZ sostiene que existen numerosas razones para no otorgar al silencio el carácter de un elemento incriminatorio, debido a que incluso un inocente puede tener fuertes razones para no declarar, como por ejemplo temor a represalias, deseos de resguardar su vida privada y más aún puede temer a afectar su propia defensa con un mal desempeño al momento de prestar su declaración. Además, permitir que el tribunal extraiga consecuencias perniciosas del silencio, conllevaría a compeler indirectamente a las personas a prestar declaración, lo que contradice el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo¹⁹. Siguiendo dentro de la misma tesis que impide otorgar valor negativo al silencio, MILLAN citando a BINDER, expone que el derecho a declarar en un proceso penal es una manifestación privilegiada del derecho a defensa y, por lo tanto, sólo si se considera la declaración como una de las

¹⁷ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 79.

¹⁸ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 84.

¹⁹ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 84-85

manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra. Además, afirma que el imputado no tiene el deber de decir la verdad y por lo tanto será él quien determine sobre qué hechos le interesa declarar o no. De lo anterior debe inferirse un hecho trascendental:

“el imputado puede en consecuencia negarse a declarar, sin que su silencio produzca efecto alguno sobre el proceso; también podrá declarar cuantas veces quiera²⁰”

En esta misma línea se encuentra MEDINA, quien argumenta que a pesar de no existir una “regla de prohibición de comentario”, es decir, una norma expresa que imponga la obligación de no derivar perjuicio alguno del silencio del imputado en el actual Código Procesal Penal, regla que según el autor se encontraba presente en el artículo 484 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, no es posible concebir un derecho a guardar silencio con efectiva vigencia si de su ejercicio se derivan consecuencias negativas para el imputado. Continúa su argumentación señalando que esta imposibilidad de derivar consecuencias a partir del silencio es esencialmente exigible para el Juez de Garantía el cual no puede considerar el hecho de que el imputado no preste declaración como un indicio de culpabilidad. Y menos aún puede considerarse tal inactividad como un principio válido para valorar la prueba en el juicio oral. Añade finalmente que es de gran importancia la labor de la policía y del ministerio público, en orden a informar al destinatario del derecho, que su uso no acarrea consecuencias negativas en su contra²¹; cuestión que se encuentra específicamente contemplada en el artículo 93 letra g del Código Procesal Penal

"Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra."

Una segunda posición doctrinaria, que refuta la tesis que impide que el juez valore el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad, y por tanto otorga consecuencias negativas al silencio, se encuentran DUCE y RIEGO, quienes sostienen que el juez puede valorar negativamente el silencio del imputado por que éste siempre sabrá que el imputado tuvo derecho a declarar y no lo hizo, y si del

²⁰ MILLÁN P., “El derecho a guardar silencio y los adolescentes inculcados de infringir la ley penal”, en Revista de Derecho procesal penal Defensoría Penal Pública, N° 3, Noviembre, 2002.

²¹ MEDINA, G., “La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio”, AAVV, La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. .46 – 47.

contexto de las pruebas ese hecho les permite hacer deducciones que refuercen la acusación es legítimo que lo hagan, porque todo el juicio está compuesto por un conjunto de elementos de información que se producen de manera simultánea e interactiva y es precisamente de ese conjunto de elementos y de sus relaciones, donde los jueces deben obtener la información necesaria para su decisión. Además, el silencio puede ser utilizado como un elemento que robustezca la acusación, debido a que dependiendo del contexto del caso puede ser un factor preponderante²².

Estas dos posturas doctrinarias existen en Chile; una que no otorga consecuencias negativas al silencio del imputado, que es la mayoritaria, y la segunda postura defendida por DUCE Y RIEGO, quienes extraen consecuencias negativas del silencio. En cuanto a esta última tesis doctrinaria, existe una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que resulta interesante al respecto en la cual se sostiene que el silencio es un factor elocuente dentro del contexto del juicio y se manifiesta que:

“Si bien la culpabilidad de un acusado no puede basarse exclusivamente en inferencias extraídas de su ejercicio al derecho al silencio, ha añadido que el solo hecho de extraer dichas inferencias no atentaría contra los artículos 6.1 y 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia), en la medida que la evidencia existente en contra del acusado fuere lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta o explicación de su parte y se hubiere advertido a éste la posibilidad de extraer inferencias del ejercicio de este derecho. El hecho de usar el silencio en su contra no siempre será una “coacción impropia”, por lo que la decisión debe tomarse a la luz de las circunstancias del caso teniendo particularmente en consideración la situación de la cual se extrae la inferencia, el peso asignado por el tribunal al valorar la evidencia y el grado de coacción inherente a la situación.”²³

En contra de la argumentación de la Corte Europea de Derechos Humanos, HORVITZ señala que el razonamiento utilizado por el tribunal es riesgoso, y lo critica debido a que en definitiva significa dejar entregada a la discrecionalidad del tribunal el problema de la valoración del silencio, para cada caso en particular, con lo cual impide que el imputado y su defensor tengan certeza respecto de las consecuencias que acarrearán la decisión de optar por el silencio como estrategia de defensa. Por lo

²² DUCE, M., y RIEGO, C., Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 476- 477.

²³ John Murray v. United Kingdom, solicitud N° 18731/91, 08/02/1996, Reports 1996-1, considerandos 40 a 58. Véase también Averill v. United Kingdom, solicitud N° 36408/97, 06/06/2000.

anterior concluye este autor que permitir que el tribunal valore el silencio según las circunstancias de cada caso concreto equivale a desconocer la existencia del derecho a guardar silencio²⁴.

Siguiendo dentro de esta misma línea argumentativa que permitiría, según las circunstancias del caso valorar negativamente el silencio, resulta atinente comentar una sentencia del Tribunal Español (24 de julio de 2000), caso en el cual es analizado el derecho en cuestión, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dentro del tercer considerando el tribunal expone que:

“Según la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa, ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación²⁵.”

A nivel comparado, en Estados Unidos se encuentran reglamentadas las circunstancias en que debe darse el interrogatorio policial; que se debe informar al acusado de su derecho a no autoincriminarse y que se debe garantizar por el juez el que el ejercicio del derecho a no declarar no será valorado como prueba de culpabilidad del acusado. En nuestro país, ya hemos visto que también se contempla dentro de los derechos del imputado y como parte esencial de su derecho a guardar silencio, el que debe ser informado de su derecho y de que su ejercicio no le traerá consecuencias legales adversas.

Un argumento esgrimido por la doctrina española, en cuanto al valor del silencio es el de CLIMENT, quien sostiene que en principio el silencio del acusado no debería, acarrear consecuencias perjudiciales para él, esto porque su derecho a la presunción de inocencia obliga al ente acusador a aportar las pruebas de cargo, a través de las cuales se fundamentará la condena²⁶. En este caso, tenemos además del argumento de respetar la garantía de no autoincriminación, el respeto hacia el derecho a la presunción de inocencia, que también podría verse vulnerado con las consecuencias negativas que se puedan asignar al silencio del imputado, quien debido a su derecho a la presunción de inocencia, cumple un rol pasivo en el procesos.

²⁴ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 85.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, 202/ de 24 de julio de 2000, Citado por PASTOR, F., en Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp.69.

²⁶ CLIMENT, C., La prueba penal, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, 2005, pp. 473 – 474.

Volviendo a los autores nacionales, y con respecto a la variante del principio de no autoincriminación considerado como el derecho del imputado a guardar silencio, HORVITZ y LÓPEZ abren la interrogante respecto a la posible existencia de un derecho al silencio no verbal, esto respecto a la posibilidad de realizar exámenes corporales al imputado; si el imputado tendría derecho a negarse a la realización de exámenes corporales que puedan arrojar evidencia que permita inculparle respecto a su participación en un delito. La respuesta podría estar en el artículo 197 del Código Procesal penal:

“Artículo 197.- 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.”

En consecuencia, según se desprende de este precepto, en la medida que exista una autorización judicial fundada y que se trate de aquellos casos que la ley prevé, es posible practicar dichos exámenes, y los resultados obtenidos podrían utilizarse como prueba de cargo²⁷, aunque esto iría contra el principio de no autoincriminación considerado en los términos que lo definen HORVITZ y LÓPEZ como el derecho que tiene el imputado a no ser utilizado como fuente de prueba inculpativa contra sí mismo.

Para concluir con este apartado respecto a la doctrina sobre el principio de no autoincriminación, considero necesaria la definición al respecto dada por HORVITZ y LÓPEZ:

“A lo largo del tiempo, el principio de no autoincriminación, ha tenido tres variantes respecto a las cuales podemos identificarlo, en primer término, se ha identificado con el derecho de no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo sentido, se lo ha identificado con el derecho a permanecer en silencio; finalmente, en un

²⁷ MUÑOZ, Juan Ángel. “Algunas reflexiones en torno al derecho a guardar silencio”, en Revista Procesal Penal Defensoría Penal Pública (4): 11 - 15. Diciembre 2002.

sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba inculpativas en contra de sí misma.”

Luego de este breve análisis a nuestra doctrina y el modo en que esta ha entendido la garantía de no autoincriminación, puedo concluir que dicha garantía está relacionada estrechamente con el reconocimiento del imputado como sujeto de derechos dentro del proceso penal, un sujeto que goza de derechos fundamentales donde se contempla la no autoincriminación que deriva de la dignidad humana debido a que resultaría cruel obligar a alguien a declarar en su contra debido a que va contra la naturaleza humana de supervivencia el atacarse o en este caso inculparse a sí mismo; además del riesgo de tortura que conlleva el que se pueda obtener forzosamente una declaración del sujeto y también que el propósito de obtener la verdad no se cumple mediante una declaración forzada ya que el sujeto para evitar algún dolor u otro mal puede confesarse culpable de algo que no hizo, sólo impulsado por el temor a la coacción. Además, el sujeto imputado está amparado por el derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual no tiene el deber de probar nada, es el persecutor quién se debe encargar de la prueba de culpabilidad, y es por esto que el imputado o acusado tiene derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse,; ambas garantías se encuentran vinculadas para asegurar al sujeto acusado o imputado el respeto de sus derechos y el que efectivamente se llegue a una condena certera y luego de toda una labor investigativa realizada por el órgano persecutor. Podemos percatarnos que dentro de la garantía de no autoincriminación se encuentra el derecho a guardar silencio, el cual incluye como parte fundamental, y de acuerdo al artículo 93 letra g del Código Procesal Penal, el derecho a que el sujeto sea informado del derecho al silencio con que cuenta y a que también se le informe que su ejercicio no producirá consecuencias legales adversas, y es en virtud de este mismo artículo que apoyo la tesis de no otorgar consecuencias al silencio del imputado, debido a una referencia legal explícita, y además, a que en virtud del artículo 98 del Código Procesal Penal, el derecho a guardar silencio es un medio de defensa del imputado y no podría dar lugar a presunciones en contra de este ya que la carga de la prueba recae en el ente acusador, debido al derecho a presunción de inocencia con que cuenta el acusado y el cual lo posiciona de modo pasivo en el proceso penal, en cuanto a no tener el deber de probar su inocencia y tener el correlativo derecho a guardar silencio. En virtud de estas razones, apoyo la tesis que HORVITZ da refutando la argumentación dada por la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuanto a que el dejar a discreción del tribunal la valoración del silencio implica desconocer la existencia del derecho a guardar silencio. En cuanto a la definición de la garantía de no autoincriminación dada por HORVITZ y LÓPEZ, el último punto respecto a que el sujeto imputado no pueda ser utilizado como prueba

incriminatoria en su contra, resulta dificultoso en cuanto a la realización de exámenes corporales, debido a que prohibir la realización de estos exámenes en cualquier situación, conllevaría a injusticias, debido a que con el avance tecnológico es de gran relevancia actualmente una prueba de ADN, y el que ésta no pueda realizarse sin el consentimiento del sujeto imputado conllevaría en muchos casos a que no pueda probarse la culpabilidad del sujeto, como por ejemplo en casos de delitos sexuales, en que se torna de gran relevancia su realización. En consideración a este último punto, considero relevante citar a BINDER:

“...Existen dudas respecto de aquellos actos en los cuales, según se dice, el imputado actúa como “objeto de prueba” y no como “sujeto de prueba”. Por ejemplo: en el caso de un reconocimiento, o cuando es necesario extraerle al imputado una muestra de sangre, ¿es necesario el consentimiento del imputado o esos actos se deben realizar incluso en contra de su voluntad? ¿Se violaría o no, en este último caso, la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo?

Entiendo que la línea divisoria con relación a este problema pasa por el sujeto que ingresa la información. El imputado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener. Ahora bien: en el caso, por ejemplo, del reconocimiento de personas, la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viendo al imputado, lo reconoce; en el caso de la extracción de sangre, la información no es ingresada por el imputado, sino por el perito que, por ejemplo, reconoce la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del imputado. Este criterio, basado en quién es el sujeto que ingresa efectivamente la información, permite distinguir los casos en que el imputado está amparado por esta garantía de aquellos en los que no lo está.²⁸”

²⁸ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal penal. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. AD-HOC S.R.L., 1999. Pág.183-184

2.3 Valoración del derecho a guardar silencio por parte de la Jurisprudencia chilena

En este apartado, se revisan un par de sentencias de nuestros Tribunales que se consideran relevantes en cuanto a orientarnos acerca del modo en que los diversos tribunales valoran el derecho a guardar silencio (que es parte fundamental del modo en que se ha entendido el principio de no autoincriminación). Primero se debe distinguir en cuanto al momento en que se hace ejercicio de este derecho, si este se realiza durante la investigación y el juicio oral, la tendencia es hacia la no valoración del silencio; no se le otorgan consecuencias²⁹. En los fallos se señala que el imputado “hará uso de su derecho a guardar silencio no declarando en juicio”³⁰. Este caso no presenta mayores dificultades, al utilizarse durante una etapa preliminar el derecho a guardar silencio, y luego hacerlo valer al momento del juicio, se respeta este derecho del imputado y no se le otorgan consecuencias al silencio.

Respecto al caso en que el imputado hace uso de su derecho a guardar silencio en el juicio oral, pero previamente en una etapa de investigación o al momento de la detención ha declarado, los problemas se presentan al momento en que comparece en juicio un tercero a prestar declaración sobre los dichos del imputado fuera del juicio. MUÑOZ LÓPEZ plantea que, si este tercero es un agente del Estado, no puede declarar, salvo que el imputado haya renunciado de modo libre e informado a su derecho a guardar silencio; en cambio, si se trata de un particular éstos sí pueden declarar en el juicio ya que respecto de ellos no pesa el deber de informar al imputado sobre los derechos que le asisten³¹. Los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal estiman que no existe vulneración al derecho a guardar silencio cuando declaran funcionarios públicos respecto a los dichos del imputado fuera de juicio, el Tribunal Oral de Antofagasta manifiesta:

13º “...En efecto, dentro de los principios que informan la prueba quizá el más importante es el de libertad probatoria reconocido expresamente en el artículo 295 del Código, que tiene dos manifestaciones. La primera es que pueda utilizarse cualquier medio aun cuando no esté regulado expresamente en la ley. La segunda que se permite, de manera absoluta,

²⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, R.I.T. 13_2005, en *Revista Procesal Penal*.

³⁰ Corte Suprema, ROL Nº 1203_2005, en *Revista Procesal Penal*

³¹ MUÑOZ, Juan Ángel. “Algunas reflexiones en torno al derecho a guardar silencio”, en *Revista Procesal Penal Defensoría Penal Pública* (4): 11 - 15. Diciembre 2002.

que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sean probados por cualquier medio probatorio.

En ese entendido, qué autoriza a impedir que una persona declare sobre los hechos de la causa si, por alguna razón, ha adquirido conocimiento de los mismos. Como se adelantó, la negativa sólo podría encontrarse en que ese conocimiento haya sido adquirido con violación de garantías fundamentales, mas, si el imputado, o alguna de las personas que pueden abstenerse de declarar, en pleno conocimiento de sus derechos, de manera libre e informada accede a prestar declaración, dicho saber de quienes escuchan su declaración no puede estimarse adquirido contraviniendo las garantías fundamentales. Por lo mismo se produce una separación entre el imputado o ese testigo como fuente de prueba y aquellos que lo escucharon en etapas previas. No podrá obligarse a aquellos a que declaren en el juicio pues en el mismo podrán ejercer su derecho a no hacerlo, pero no puede impedirse a éstos que relaten lo que escucharon y que, consiguientemente, sus expresiones sean valoradas conforme a las circunstancias concurrentes.

Eso es precisamente lo que sucedió en este caso. Los funcionarios policiales fueron categóricos en indicar que las declaraciones del acusado y su cónyuge fueron prestadas previa información correspondiente, en conocimiento de sus derechos y de modo libre y voluntario. Nada existe en la causa que permita discutir tal aserto...”³².

En cuanto a las Cortes de Apelaciones, estas han estimado que no existe vulneración del derecho a guardar silencio por el mero hecho de oír declaraciones de terceros que presenciaron lo confesado por el imputado³³. La Corte de Apelaciones de Santiago sostiene:

5º “Que esta Corte no comparte la decisión impugnada ni sus razonamientos, toda vez que la advertencia que la defensa aduce en cuanto a que la presencia del policía y futuro testigo invalidaría la calidad de este último para aparecer en la etapa probatoria, no se encuentra consagrada en ninguna norma y, en todo caso, no tiene el carácter suficiente como para estimar que se trate de una infracción a las garantías constitucionales. Por otra parte, el

³² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, R.I.T. 80_2003, en *Revista Procesal Penal*.

³³ Corte de Apelaciones de Rancagua RIT Nº 7/2004; de Punta Arenas RIT 15/2007; de Iquique RIT 36/2008

artículo 91 del Código Procesal Penal consigna la calidad o entidad de las situaciones en que puede encontrarse una posible declaración del imputado, no desprendiéndose de su lectura algún concepto que apoye la tesis de la defensa respecto a la exclusión de que se trata. De igual manera, se pretende fundar la exclusión en la violación del derecho a guardar silencio que le concede la ley al imputado con lo que declarare el señalado policía Marcelo Saldía, lo que también se rechazará, habida consideración que aceptar este razonamiento, significaría cercenar al tribunal del juicio oral la posibilidad de apreciar y valorar la prueba testimonial que se rinda en el proceso³⁴.”

Nuestra Corte Suprema ha sostenido que no se infringe el derecho del imputado a guardar silencio por el hecho de escuchar en juicio declaraciones de testigos de oídas que declaran sobre lo que el imputado ha expresado de modo espontáneo y libre. Rol N° 2109-2004:

12º “Que en lo atinente al derecho a guardar silencio que la defensa estima conculcado, procede destacar que en los casos que se reclama desconocido dicho derecho no existió la debida preparación de la nulidad en que se asila, toda vez que cuando se presentaron los testigos Patricio Rodríguez Leiva, Leonel Ceballos Molina y Rubén Henríquez Toledo la defensa no realizó la correspondiente impugnación, por lo que no es dable acoger el recurso a este respecto, so pena de violentar el artículo 377 de la referida compilación procesal.

Sin perjuicio de ello y especialmente analizando el caso de la declaración del Teniente Rodríguez Leiva, importa tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a no declarar contra sí mismas, en otras palabras, no existe ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, recayendo todo el peso o carga de la prueba en el organismo persecutor, dicha normativa ha sido establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, de quienes no puede obtenerse coactivamente una indagatoria, pero en nada obsta que ella la preste libremente y que sea oída por un funcionario, ya que en este evento el testigo declarará en el litigio sobre aquello de que ha tomado conocimiento libremente por encontrarse

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 89_2006, en Revista Procesal Penal.

presente en el lugar donde se efectuó, sin ejercer coacción alguna sobre el declarante, y no se divisa razón para restar mérito probatorio a lo así conocido”³⁵.

Se puede concluir que la interpretación que hacen nuestros Tribunales respecto al derecho a guardar silencio y el principio de no autoincriminación, es que se ampara al imputado en el ejercicio de este derecho cuando una vez informado sobre el derecho que le asiste, hace uso de su derecho a guardar silencio desde el primer momento, en una etapa previa al juicio oral, y durante la realización de éste. En cambio, si una vez informado sobre este derecho el imputado declara, ya ha renunciado a este derecho, y si en una etapa posterior decide guardar silencio, esto no opera con efectos retroactivos, y lo que ya ha declarado en una etapa previa al juicio oral, puede ser utilizado como prueba para inculparlo, a través de las declaraciones de testigos de oídas, que pueden ser tanto particulares como funcionarios estatales, no cabiendo ninguna diferencia en cuánto a la valoración de la declaración del testigo por ser o no un funcionario estatal, como la propuesta planteada por MUÑOZ LÓPEZ.

Un punto relevante es que en virtud del artículo 91 del Código Procesal Penal, la policía solo puede interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor, y si éste último insiste en prestar declaración, se debe realizar ésta ante el fiscal o en último caso, puede la policía consignar las declaraciones del imputado, pero no tiene la facultad de interrogar, y estas declaraciones se toman bajo la responsabilidad del fiscal a cargo del caso. Estas declaraciones consignadas no tienen valor como medio de prueba, ya que el artículo 334 del CPP establece la prohibición de dar lectura a registros obtenidos durante la etapa de investigación, tampoco pueden ser leídas como apoyo de memoria o para hacer evidente contradicciones, esto según el artículo 332 del CPP que lo restringe a las declaraciones prestadas ante el fiscal o juez de garantía, por lo tanto, solo tendría valor el testimonio como testigos de oídas, pero no tiene un respaldo detrás de esta declaración, es decir, los funcionarios públicos que declaran tendrían el mismo valor probatorio que el vecino que escucha en la calle que el imputado va a cometer un determinado delito. Lo que me parece correcto, ya que no corresponde otorgarle mayor valor probatorio a la declaración de un determinado funcionario policial debido a que al momento de declarar no está investido de esta calidad, y lo hace como cualquier otro tercero, esto para resguardar el derecho a guardar silencio.

³⁵ Corte Suprema, ROL N° 2109_2004, en Revista Procesal Penal.

Respecto al ámbito constitucional, el Tribunal Constitucional en su rol N° 2381-12 concluye que la garantía de no Autoincriminación se aplica sólo a casos en que se afecten los derechos a la libertad personal y seguridad individual, en definitiva, se aplicaría dicha garantía solo a la persona natural imputada y acusada y a su cónyuge y familiares directos y a procesos penales, ya que en estos últimos procesos es donde se puede privar a libertad personal y afecta la seguridad individual y en que se impide declarar contra sí mismo bajo juramento. El Tribunal también hace aplicable esta garantía a los procesos del Derecho Administrativo Sancionador, debido a que en estos, el Estado actúa con *Lus Puniendi*, investido de autoridad, y por esto se da una mayor protección al sujeto que pueda resultar vulnerado³⁶.

En cuanto a lo argumentado por nuestra jurisprudencia, podemos concluir que se produciría una separación entre los dichos del imputado y el tercero que los escucha, en que éste último puede declarar válidamente en juicio como un testimonio de oídas, de modo independiente a los derechos que asisten al imputado, dentro de los cuáles se contempla la no autoincriminación, presunción de inocencia y derecho a guardar silencio. En definitiva, los funcionarios policiales que toman declaración solo pueden comparecer como testigos de oídas sobre estos dichos, pero no pueden tener al momento del testimonio ningún registro, y tendrán el mismo valor probatorio que cualquier otro tercero que toma conocimiento del asunto a través de los dichos de otro. Esto, además, debe ser de este modo debido a que darles un mayor valor probatorio a los testimonios de funcionarios policiales equivaldría a desconocer el derecho a guardar silencio; si estos funcionarios pudieran presentar como prueba los registros de las declaraciones del sujeto acusado, significaría que el sujeto pierde definitivamente este derecho al silencio por el hecho de realizar alguna declaración en una etapa previa al juicio oral.

³⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Rol 2381-12. [en línea] www.tribunalconstitucional.cl [consulta: 7 de mayo y 25 de octubre de 2016]

CAPÍTULO III: Análisis crítico del artículo 195 bis desde el punto de vista penal

Además del problema que plantea este artículo 195bis Ley Emilia en relación a las garantías de no autoincriminación y presunción de inocencia, desde el punto de vista de los principios del derecho penal, se pueden encontrar otras tres situaciones;

1. Es un delito calificado por su resultado, ya que dependiendo sólo de las consecuencias lesivas es que se asigna una pena, que en caso de ser mayor la consecuencia lesiva, es mayor la pena asignada al sujeto.
2. Respecto a la individualización judicial de la pena se plantea otro problema, ya que se modifican las reglas generales de individualización de la pena y son aplicables los artículos 196 bis y 196 ter de la ley Emilia.
3. El problema de concursos que presenta, y su posible afectación al principio non bis in ídem.

A continuación, examinare por separado cada uno de estos tres puntos.

3.1 Delito calificado por su resultado

En el derecho penal los delitos pueden ser clasificados en consideración a diversos criterios; de acuerdo a su gravedad en crímenes, simples delitos y faltas (artículo 3 Código Penal); de acuerdo a los caracteres de la conducta en acción, omisión; de acuerdo a las características de consumación en delitos de resultado y de mera actividad. Los delitos de mera actividad son aquellos cuya comisión depende de la sola realización de la conducta prohibida por la ley, con prescindencia de un resultado y, los delitos de resultado son aquellos en que es necesaria la ocurrencia de un determinado

resultado contemplado en el tipo penal. Cuando la figura legal requiere, para su consumación, la producción de un resultado separado de la conducta que lo causa, se habla de delito material o de resultado, entendiéndose por resultado la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal en que consiste la acción (o de su omisión). Cuando dicho resultado no se exige, se habla de delitos formales³⁷. Estos delitos de resultado, para ser atribuidos a una persona, requieren de causalidad, es decir, que la conducta del sujeto haya provocado el resultado que se castiga. Para determinar esta causalidad hay diversas teorías, como la teoría de equivalencia de las condiciones que consiste en que es causa de un determinado resultado, aquella acción que suprimida mentalmente deriva en la no ocurrencia del resultado, y la teoría de imputación objetiva, en que se requiere que la acción realizada suponga un riesgo antijurídico hacia el bien jurídico protegido, que fue creado por el sujeto y que provocó el resultado³⁸. Otra categoría de delitos que es relevante respecto al resultado producido son los delitos calificados por su resultado, los cuales se caracterizan por un aumento de las penas cuando se produce determinado resultado, por ejemplo, el delito de lesiones graves contempladas en el artículo 397 del Código Penal, en el cual se dan dos casos de lesiones que se produzcan, y de acuerdo a la gravedad de las lesiones, es la pena que se asigna al delito, es decir, se otorga una mayor pena cuando se produce un resultado considerado más lesivo. De acuerdo a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ,

“Históricamente provienen los llamados *delitos calificados por el resultado* de la doctrina del *versari in re illicita*. Así, en los códigos se suelen encontrar figuras en que, por producirse un resultado más grave debe el hechor sufrir una pena mayor, aunque él no sea culpable de ese resultado. La ley parece describir un *delito básico*, cometido dolosa o culposamente, al que se añade una consecuencia que lo califica y que está *causalmente* vinculada a ese delito, pero que aparentemente *no requiere ser abarcada por la previsibilidad* del agente”³⁹.

De acuerdo al artículo 195 bis de la Ley 20.770, se castiga con pena de multa y suspensión de licencia el caso de quién se niega a someterse a pruebas respiratorias o exámenes científicos para determinar

³⁷ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.174

³⁸ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.176 -180

³⁹ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.251

la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes o sicotrópicas en el cuerpo, y en el inciso segundo de castiga con presidio menor en su grado máximo (3 años a 5 años y 1 día), multa, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo, a quién en el mismo ámbito de la negativa injustificada, produzca las lesiones del número 1 del artículo 397 del Código Penal (quedar el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme) o la muerte de alguna persona. Entonces, la penalidad que se impone al sujeto dependerá de las consecuencias que se deriven del accidente, si son lesiones que no estén contempladas en el número 1 del artículo 397 y no se produce la muerte de alguna persona, será una pena de multa y suspensión de licencia, en cambio, si se producen las lesiones mencionadas en dicho artículo o la muerte de alguna persona, la pena asignada será de privación de libertad. Este delito es del tipo calificado por su resultado, debido a que dependiendo del resultado que cause, si este es más grave, la pena asignada al delito será mayor. También se puede calificar a este delito como de resultado debido a que no se requiere de la prueba de culpabilidad del sujeto acusado, ni de probar la causalidad entre la negativa injustificada y el resultado, es decir, sólo produciéndose el resultado contemplado por el artículo 195 bis, se aplica la pena contemplada en el mismo, ya que el propio artículo no hace mención a la aplicación de la pena al sujeto que resulte responsable por los resultados causados, sino que hace aplicable esta pena a quién se niega a realizarse determinados exámenes corporales y se ha visto involucrado en un accidente de tránsito que produjo determinados resultados. El problema que se plantea respecto a los delitos de resultado y los calificados por su resultado es precisamente la falta de prueba de culpabilidad, es decir, el que la conducta sea penalizada o castigada solo comprobándose la ocurrencia de un resultado, y no siendo necesario verificar si aquella conducta es o no reprochable al sujeto en el sentido de que éste haya tenido efectivamente la posibilidad de modificar ese resultado o de haberlo evitado.

Dentro de la legitimación del derecho penal se consideran ciertos principios; conducta, tipicidad, antijuridicidad de la conducta y el principio de culpabilidad “nulla poena sine culpa” que consiste en que la pena no puede imponerse sin un reproche personal al sujeto, consistente en que éste pudo haber actuado distinto en el caso concreto de que se trata. La culpabilidad en dichos de BINDER “es una determinada contrariedad con las normas penales. Es un haber actuado en contra de las normas penales (prohibitivas o imperativas), pudiendo haber hecho lo contrario (reprochabilidad)”⁴⁰.

⁴⁰ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. AD-HOC S.R.L., 1999. Pág.126

Siguiendo a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, la culpabilidad es un elemento necesario para que la pena pueda ser aplicada o imputada a un sujeto determinado, y consiste en el “reproche que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”. Se requiere para configurar la culpabilidad, de elementos positivos: dolo (el sujeto sabía y quería lo que hacía) o culpa (imprudencia, negligencia: el sujeto, que no quería el hecho, podría siquiera haberlo previsto y evitado) y otros elementos negativos que se dan por supuestos y que por tanto, el sujeto imputado debe probar su existencia: que no haya existido una causal de inimputabilidad (ej. Enajenación mental); que no haya existido un error (de prohibición) que impidiera al hechor comprender la antijuridicidad de su conducta y haya creído actuar lícitamente; que no haya existido una causal de inexigibilidad de otra conducta (ej. miedo insuperable art. 10 N°9 Código Penal). Para estos últimos autores, el principio de culpabilidad, cumple las funciones de ser fundamento para la aplicación de la pena, en el entendido de que si no hay un reproche al poder actuar de modo diverso, podría no aplicarse la pena, por ejemplo por error de prohibición o inexigibilidad de otra conducta y, además, cumple la función de ser la medida de la pena, es decir, el sujeto no responde más allá de lo que abarca su culpabilidad, de los resultados que pudo prever.⁴¹ En los términos utilizados por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ “La exigencia de culpabilidad significa que ese hecho puede atribuirse subjetivamente a su autor, porque él estaba en condiciones de obrar diversamente”⁴² y prefirió libremente la conducta prohibida, y es en este ámbito en el que se determina la responsabilidad del sujeto, el que se pueda atribuir el resultado causado a su conducta; que puede derivarse de culpa (negligencia, desconocimiento o torpeza) o de dolo (tener conocimiento del ilícito y querer su realización y resultados) y que además requiere de varias circunstancias para configurarse, como el que el sujeto sea imputable.

En cuanto a la calificación del delito como de resultado y el problema que esto plantearía con respecto al principio de culpabilidad, POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ plantean que

“es necesario, en orden a mantener la unidad del sistema, admitir una interpretación de dichos tipos penales que contemple de algún modo la vinculación subjetiva del autor con los resultados que se prevén en la ley, esto es, que reafirme el principio de que "sólo se responde hasta donde abarca la culpabilidad". Esta opinión ha sido defendida con elocuencia por NOVOA, quien reclama siquiera la posibilidad de representación del

⁴¹ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.243 a 254

⁴² Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.167

resultado más grave para la aplicación de la pena calificada. Sostiene este autor que "la voluntad del legislador penal, manifestada por el contexto de la legislación, y demostrable por los principios filosóficos y jurídicos que lo inspiraron, es que no se imponga responsabilidad a quien no es subjetivamente reprochable", la convicción (artículo 340) del tribunal sobre la participación culpable del acusado puede extenderse también legítimamente al elemento de la figura que determina la agravación."⁴³

Por esto resulta relevante el que se pruebe la culpabilidad y son tan criticados en cuanto a su legitimidad los casos en que solo se requiere de la producción de un resultado para penalizar no una conducta que debió haberse suprimido o ser distinta, sino que la producción de un determinado resultado. Este principio de culpabilidad es respaldado por la definición de delito contemplada en nuestro Código Penal artículo 1 "toda acción u omisión **voluntaria** penada por la ley", y el artículo 340 del Código Procesal Penal que requiere la convicción del juez, más allá de toda duda razonable, para condenar al sujeto, y esta convicción implica el que el sujeto realmente haya tenido una participación culpable penada por la ley. Entonces, es muy relevante y base fundamental para poder castigar la conducta realizada por un sujeto, el que éste haya actuado voluntariamente de un modo determinado, y que haya podido evitar este actuar debido a encontrarse dicha conducta en su esfera de control; de lo contrario, no resultaría justificable el que se castigue al sujeto sólo por producirse determinado resultado, y sin que la conducta que lo produce le sea subjetiva y objetivamente imputable.

Luego de este breve análisis, puedo afirmar que, el artículo 195 bis establece el delito de negativa injustificada, de modo independiente a su resultado, por lo que éste delito podría calificarse de delito de mera actividad. Pero este mismo artículo, en su inciso segundo contempla un delito calificado al que se le da una penalidad mayor al del inciso primero, y cuya penalidad consiste en privación de libertad y, en este caso, estamos frente a un delito calificado por su resultado, ya que esta pena privativa de libertad depende de la producción de un determinado resultado, cual es la muerte de una persona o el causar las lesiones contempladas en el número 1 del artículo 397 Código Penal. Y este último caso, sería objeto de críticas debido a su legitimidad en el sentido de que para imputar un delito a una persona es necesario probar su culpabilidad; el que la conducta que haya producido

⁴³ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.252

determinado resultado haya sido voluntaria y esté completamente dentro de la esfera de acción y de control del sujeto, el que este último haya podido evitar dicha conducta, de lo contrario, no se justifica el imponerle una pena por una conducta que él no ha controlado. En este inciso segundo del artículo 195bis, solo se determina que se aplicará la pena en él contemplada a aquél conductor que haya intervenido en el accidente en que se ocasionaron los resultados, no se requiere prueba de su culpabilidad o responsabilidad con respecto a los resultados ocasionados, por lo que claramente este inciso iría contra uno de los principios básicos del derecho penal; la culpabilidad del sujeto. El único modo en que podría ser entendido este artículo para ser legítimo es que se penalizará al sujeto que resulte responsable del resultado producido, pero esto no se contempla en específico en la norma sino que debería ser parte de la interpretación que se le da, cuestión que es sumamente importante y que debe ser entendida de ese modo, al ser la voluntad, causalidad y culpabilidad del sujeto principios básicos del derecho penal y fundamentales al momento de imputar el resultado a un sujeto; al momento de determinar su responsabilidad, es decir, este inciso segundo que contempla este delito calificado por su resultado, debiera entenderse en los términos que plantea NOVOA quien al menos requiere de la representación del resultado más grave para que pueda aplicarse la pena calificada al sujeto.

3.2. Problemas que se presentan respecto a la individualización judicial de la pena

Nuestro sistema de determinación de la pena está establecido en la ley, la cual determina la pena que se aplicará de acuerdo a la señalada por la ley al delito; la etapa de desarrollo del delito y el grado de participación del condenado en el delito. La individualización judicial de la pena, en cambio, consiste en la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas del delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de las mismas. En la práctica significa establecer en el caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quién ha intervenido en un hecho punible como autor, cómplice o encubridor⁴⁴. En definitiva, la determinación de la pena es una etapa que corresponde al poder

⁴⁴ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.494

legislativo, en abstracto y es la primera fase, y la individualización judicial de la pena corresponde al juez en el caso concreto.

Según el artículo 50 del Código Penal, la pena que se toma como base para la determinación definitiva es la señalada en la ley, la que corresponde al autor de grado consumado del delito; así mismo el artículo 59 establece escalas graduales para determinar la pena. La regla general, en el delito consumado, es que al cómplice se le aplica la pena inferior en un grado y al encubridor la inferior en dos grados a la señalada por la ley; si el delito está frustrado, el cómplice recibe una pena inferior en dos grados y el encubridor la pena inferior en tres grados a la determinada en la ley; si el delito está en grado de tentativa, al cómplice se le aplica la pena inferior en tres grados y al encubridor la inferior en cuatro grados. Luego de la fase de determinación legal de la pena, viene la determinación judicial de ésta, en la cual el juez determina el grado que se aplicará, dentro del margen de la pena señalada por la ley; aquí se valoran circunstancias atenuantes y agravantes para determinar la pena aplicable al caso concreto.

El artículo 195 bis hace aplicables para efectos de determinar la pena en el caso concreto, los artículos 196bis y 196ter de la Ley del Tránsito. El artículo 196bis excluye de esta determinación las reglas establecidas en los artículos 67, 68 y 68bis del Código Penal,

- El artículo 67, establece el modo de aplicar la pena cuando concurren circunstancias modificatorias; una atenuante, se aplica el mínimo de la pena; una agravante, se aplica el máximo; si son dos o más las atenuantes y no concurren agravantes, se puede aplicar la pena inferior en uno o dos grados; si son dos o más agravantes y ninguna atenuante, se puede aplicar la pena superior en un grado y; concurrendo agravantes y atenuantes, se compensan racionalmente.
- El artículo 68 regula el caso en que la pena señalada por la ley conste de dos o más grados, en que habiendo una sola atenuante no se aplica el grado máximo, y habiendo una sola agravante no se aplica el grado mínimo; si hay dos o más atenuantes sin agravantes, se puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al señalado por la ley; y si concurren dos o más agravantes sin atenuantes, se puede imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo designado por la ley.
- Y el artículo 68 bis regula el caso en que concorra una atenuante muy calificada en que

el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo señalada por la ley.

Estas reglas son reemplazadas por el artículo 196bis Ley del Tránsito y en su reemplazo se otorgan las siguientes reglas:

1. Si no concurren agravantes ni atenuantes, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley
2. Regula un caso específico para el inciso tercero del artículo 196; quién conduce en estado de ebriedad o bajo sustancias estupefacientes o sicotrópicas y causa las lesiones del número 1 del artículo 397 del Código Penal se le aplica pena de presidio menor en su grado máximo, o si se causa la muerte de alguna persona, se aplica pena de presidio mayor en su grado mínimo. Si en este caso concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante se impone pena de presidio menor en su grado máximo; si concurren dos o más agravantes sin atenuantes, se aplica pena de presidio mayor en su grado mínimo. La pena para el delito de negativa injustificada calificada, contemplada en el inciso segundo del artículo 195bis es única, y es la pena de presidio menor en su grado máximo, tanto para producirse las lesiones del número 1 del artículo 397, o en caso de producirse la muerte de alguna persona.
3. Tratándose del delito contemplado en el inciso cuarto del artículo 196; que regula el mismo caso del inciso tercero pero agravado, en que se aplica el grado máximo de la pena en caso de que el responsable haya sido condenado anteriormente por alguno de los delitos de este artículo (salvo que transcurran los plazos del artículo 104 Código Penal respecto del hecho que motiva la condena anterior); si el delito se ha cometido por quién se desempeña en el transporte de personas o bienes, en el desempeño de sus funciones; si el responsable conduce con licencia de conducir cancelada o ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados. En este caso, si concurren una o más atenuantes sin agravantes, se aplica el mínimo de la pena, y si concurren una o más agravantes sin atenuantes, se aplica el grado máximo.
4. Si concurren circunstancias agravantes y atenuantes, se compensa su valor racionalmente, graduándolas
5. El tribunal nunca puede aplicar una pena mayor o menor a la fijada por la ley, pero podrá aplicar la pena inferior en un grado si concurren la mayor parte de los requisitos del número 11 artículo 10 Código penal, pero el hecho no puede entenderse exento de pena.

También resulta aplicable el artículo 196 ter que determina que respecto al inciso tercero del artículo 196, y el artículo 195bis por su propia remisión, es aplicable la Ley 18.216, de penas sustitutivas a las privativas de libertad, pero con algunas modificaciones: la pena sustitutiva quedará en suspenso por un año en el cuál el condenado deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad a que fue condenado; no se aplicará el artículo 38 de esta ley que regula el caso de quiénes obtienen la pena sustitutiva y no han sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, caso en el cual obtienen el beneficio de que esta condena por la cual obtienen pena sustitutiva, no quede registrada en sus antecedentes (para este efecto se oficia al registro civil) y además; en ningún caso la sustitución de la pena privativa de libertad implicará la sustitución o suspensión de multas, comiso e inhabilitaciones impuestas.

Entonces, en cuanto a la individualización judicial de la pena, el artículo 195bis respecto al delito de negativa injustificada, tiene sus propias reglas; no se aplican las reglas comunes contempladas en los artículos 67, 68 y 68bis del Código Penal y, en cambio se aplican otras reglas en que se aplicará el minimum de la pena de presidio menor en su grado máximo cuando concurren dos o más atenuantes sin agravantes, y se aplicará el máximo cuando concurren agravantes sin atenuantes, y concurrendo ambas circunstancias, se compensaran racionalmente de acuerdo a la regla general, además, el único caso en que el juez puede aplicar pena distinta a la señalada por la ley es cuando concurren la mayor parte de los requisitos de la eximente del número 11 del artículo 10, pero debido a su no concurrencia completa, no se puede entender exento de pena. También, se aplica la Ley de penas sustitutivas a las privativas de libertad pero con ciertas modificaciones que consisten en suspender la pena sustitutiva y hacer aplicable la privativa de libertad durante un año y, no aplicar un beneficio que corresponde a quienes han obtenido esta pena sustitutiva sin condenas anteriores, y que consiste en que no quede registrada la condena.

Estas reglas tienen la diferencia de ser específicas para el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, además, se aplica de modo especial la ley de penas sustitutivas de las privativas de libertad, en que el sujeto debe cumplir un año de privación de libertad aunque haya obtenido este beneficio de pena sustitutiva, y tampoco se aplica el beneficio de omitir la condena en los antecedentes al no haber sido anteriormente condenado por crimen y simple delito; es decir, en el delito de negativa injustificada, el sujeto que resulta responsable, aunque obtenga una pena sustitutiva, esta condena quedará registrada en sus antecedentes, cuestión que lo pone en una situación desmejorada y arbitraria en cuanto a la regla

general de los sujetos, ya que el sujeto que se niega a realizarse ciertos exámenes en el ámbito de aplicación de la Ley Emilia, y comparándolo con quién comete el delito de lesiones fuera del ámbito de aplicación de la Ley Emilia, si ambos obtienen la pena sustitutiva, el sujeto que resulta responsable de estas lesiones y se niega a someterse a determinados exámenes en el contexto de la Ley Emilia, por este hecho, obtendrá la pena sustitutiva pero durante un año deberá cumplir efectivamente con la pena privativa de libertad, y además esa condena quedará registrada en sus antecedentes, situación que no ocurrirá con el sujeto responsable de las lesiones provocadas a otro fuera del ámbito de la Ley Emilia.

Además de los problemas en específico que plantea esta especial individualización judicial de la pena, el mayor problema está en cuánto a que se contraviene el principio de certeza jurídica, de igualdad y de racionalidad en un sistema jurídico, ya que no es conveniente y resulta arbitrario y contrario al principio de igualdad el que en un mismo ordenamiento jurídico se contemplen diversas reglas para determinar la pena en el caso concreto, debido a que los sujetos no tienen certeza respecto al modo en que se les hará aplicable la pena y esto da lugar a diferencias arbitrarias entre los sujetos y quita racionalidad y certeza al sistema jurídico. En definitiva, los problemas que plantea este artículo 195bis con respecto a la individualización judicial de la pena, es en primer lugar el que no deberían contemplarse reglas especiales para la determinación de la pena en el caso concreto debido a que resultan aplicables diversas penas para sujetos que pueden haber causado los mismos daños y haber sido estos daños resultado de negligencia, es decir, encontrarse en una misma situación que no habilitaría para establecer diferencias y más aún en un tema tan delicado como la privación del derecho a la libertad individual de los sujetos. Resulta preocupante que se establezcan diferencias arbitrarias entre los individuos, además en un tema tan delicado como los que regula el derecho penal, que en muchos casos resultan en la privación al derecho a la libertad individual de los sujetos condenados. También se plantea otro problema en específico que tiene directa relación con el modo en que se aplica la ley 18.216 de penas sustitutivas a las privativas de libertad, ya que se modifica su aplicación en puntos relevantes y que perjudican al sujeto imputado por la Ley Emilia; el que deba cumplir de todos modos con cierto tiempo de pena privativa de libertad y el que esta pena quede registrada en sus antecedentes cuando no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y en el entendido de que se modifica la regla general de un modo que resulta perjudicial para el sujeto imputado, resulta en diferencias arbitrarias que carecerían de legitimación y fundamentos racionales para su establecimiento. No estoy de acuerdo con el establecimiento de estas reglas especiales de individualización judicial de la pena, ya que es necesario un sistema único en orden a

brindar igualdad, seguridad y certeza jurídica a los sujetos, es decir, un único sistema de individualización judicial de la pena.

3.3 Problemas en cuánto a los concursos de delitos

El artículo 195bis en su inciso tercero determina que la pena por este delito se aplica al responsable de modo conjunto con la que le corresponda por el respectivo delito o cuasidelito, haciendo aplicable el artículo 74 del Código Penal. Este último artículo contempla el concurso real de delitos en que el culpable de dos o más delitos cumplirá las penas simultáneamente de ser posible, y si esto no es posible, en orden sucesivo comenzando por las más graves o altas; pero las penas de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro se cumplirán luego de las otras penas contempladas en la primera escala gradual (artículo 59 Código Penal).

El concurso de delitos es aquella situación que se produce cuando se puede imputar a una misma persona la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo. El artículo 74 del Código Penal contempla el concurso real, y el artículo 75 el concurso ideal que es cuando un solo hecho constituye dos o más delitos o cuando uno de ellos es necesario para cometer el otro, y en estos casos se impone la pena mayor asignada al delito más grave. Se entiende que el concurso real es aquél en que varios hechos constituyen delitos diferenciables y punibles independientemente y concurso ideal cuando un mismo hecho constituye dos o más delitos, y se agrega otro tipo de concurso; el medial, el cual se contempla en el artículo 75 y es el supuesto en que un delito sea necesario para la comisión de otro, y se ha entendido que esta conexión debe evaluarse en el caso concreto, de acuerdo al plan del autor y no a una simple sucesión temporal⁴⁵. En cuanto a la pena que se entiende más grave por aplicación del artículo 75, parte de la jurisprudencia y una doctrina mayoritaria entienden que la idea del concurso ideal y medial contempladas en este artículo

⁴⁵ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.447

es un beneficio para el responsable, por lo que, si de su aplicación resulta una pena más gravosa que la que resultaría del artículo 74, se debe aplicar este último artículo⁴⁶.

En el caso del delito de negativa injustificada a someterse a pruebas y exámenes corporales, al aplicar el artículo 74 del Código Penal, esto implicaría que el sujeto que tiene participación en un accidente de tránsito en el cual se produce la muerte de una persona, y se niega a realizarse los exámenes corporales que se le solicitan, se le aplica la pena de presidio menor en su grado máximo, y además, si resulta responsable de este resultado de muerte, se aplica la pena correspondiente a un cuasidelito de homicidio, con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio (artículo 490 Código Penal), una pena de entre 61 días a 3 años de privación de libertad. Esto sería cuestionable ya que surge la duda de si efectivamente se puede considerar que estamos ante un concurso real y que se tratan de diversos hechos que derivan en distintos tipos penales, o si más bien nos encontramos ante un concurso ideal en que un solo hecho constituye dos o más delitos. Para responder a esto se hace necesario analizar que sería catalogado como una única acción; considero que en este caso la acción delictual es la que causa las lesiones, muerte, o daños patrimoniales, y la negativa a realizarse determinadas pruebas o exámenes sería algo completamente distinto y ajeno al tipo penal, algo que viene en una etapa posterior y como modo de defensa del sujeto, y a protección de su privacidad y libertad. Parece injustificado penalizar la negativa a someterse a determinados exámenes, ya que este es un medio de defensa (artículo 98 Código Procesal Penal) y se relaciona con la privacidad y libertad del sujeto.

Aplicando la teoría de DIEGO FALCONE respecto a que el bien jurídico protegido con el delito de negativa injustificada sería el de respeto a la autoridad, resulta que si estaríamos en presencia de un concurso real y tendría completa aplicación el artículo 74 del Código Penal⁴⁷, ya que el bien jurídico protegido en el caso de producirse la muerte o lesiones, sería la vida e integridad de las personas, por lo que el sujeto que se niega a realizarse determinados exámenes y en el accidente de que se trata se han producido lesiones a alguna persona, estaría vulnerando dos bienes jurídicos diversos por lo que será responsable por dos tipos penales distintos; vulnera la integridad física de las personas al causar

⁴⁶ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.451

⁴⁷ Falcone Salas, Diego "El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLIV): 143-169, 1º semestre de 2015.

las lesiones producto del accidente de tránsito, y vulnera el respecto a la autoridad al negarse de modo injustificado a realizarse los exámenes corporales que le han sido requeridos por esta.

La idea que planteo apunta a un camino muy distinto, considero que el caso del delito de negativa injustificada a someterse a determinadas pruebas o exámenes corporales contemplado en el artículo 195bis de la ley Emilia, puede subsumirse dentro del caso doctrinal de concurso aparente de leyes aplicando el principio de especialidad, por lo cual no resultaría aplicable el artículo 74 ni el 75 del Código Penal. El concurso aparente de leyes es aquel caso de concurso en que se puede aplicar un criterio de especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad que se fundamenta en el principio non bis in ídem o en el de insignificancia. Se basan en el principio non bis in ídem los criterios de especialidad, subsidiariedad y alternatividad, cuando en la concurrencia de dos o más normas existe una relación lógica entre ellas que implique considerar necesariamente dos o más veces un mismo elemento de hecho relevante y común a todas las normas; y el principio de insignificancia apunta al criterio de consunción en que en la concurrencia de normas, hay un supuesto de hecho del tipo penal que absorbe al otro debido a la insignificancia de este último, esto debido a que parece injustificado sancionar además por los hechos acompañantes que en la consideración del caso concreto no tiene ningún significado autónomo.

El caso del concurso aparente de leyes basado en el criterio de especialidad se fundamenta en que existe una norma especial y otra general, y la especial contiene todos los elementos de la general más otro elemento extra⁴⁸, y es por esta razón que no resultarían aplicables ambos preceptos legales y solo el especial, ya que de otro modo se iría contra el principio non bis in ídem y se juzgarían y sancionarían dos veces a un sujeto por una misma conducta penal. Resulta aplicable el criterio de especialidad al delito regulado por el artículo 195bis en relación con los delitos de daños, lesiones graves, gravísimas, las contempladas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal o la muerte de una persona, ya que el delito de negativa injustificada contempla como parte relevante en el tipo penal, el resultado producido, y por tanto el delito que se castigaría autónomamente por el resultado, queda sin aplicación debido a ser subsumido dentro del delito especial de negativa injustificada; este delito de negativa injustificada contempla dentro del tipo penal y como parte relevante al momento de determinar la pena aplicable, al resultado producido, que pueden ser determinados daños,

⁴⁸ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.458

lesiones o muerte, por lo que se entiende incorporado a este tipo penal especial, los tipos penales de daños, lesiones y homicidio.

En cuanto a lo planteado por RAMOS y MARDONES respecto a que con este artículo no se cumple el objetivo de incentivar la realización de estos exámenes corporales para detectar la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el organismo, debido a que en opinión de estos autores y apoyándose en el artículo 196 de la Ley del Tránsito, convendría más negarse a la realización de estos exámenes en el caso de que el sujeto efectivamente esté bajo la influencia de alcohol o determinadas sustancias ya que la pena contemplada para el caso de negativa injustificada es más baja que la contemplada en el artículo 196 para el caso de producir los mismos daños pero estando en estado de ebriedad o bajo sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Mi postura apunta al mismo fin, debido a que, como hemos revisado, no estaríamos ante un concurso de delitos y no resultaría aplicable el artículo 74 del Código Penal, el delito de negativa injustificada se aplicaría de modo autónomo y sin la aplicación de la pena por otro delito o cuasidelito, en el entendido de que la negativa injustificada contempla como parte relevante del tipo penal al resultado producido por lo que aplicar además una pena por este resultado resultaría contrario al principio non bis in ídem, y por esto, resultaría más conveniente negarse a la realización de estos exámenes en caso de que el sujeto este en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, ya que la pena resulta menor que la contemplada en el artículo 196 Ley del Tránsito por producir los mismos daños pero bajo estado de ebriedad.

Entonces, el delito contemplado en el artículo 195bis Ley Emilia además de los problemas anteriormente detectados (delito calificado por su resultado, reglas especiales de individualización judicial de la pena), iría contra el principio non bis in ídem, el cual consiste en la prohibición de doble incriminación que impide una nueva persecución por la misma ofensa, contemplado en nuestro Código Procesal Penal artículo 1 que establece el derecho a un juicio previo y única persecución y, específicamente en su inciso segundo determina que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho. En los términos utilizados por HORVITZ Y LÓPEZ, el principio de non bis in ídem es una garantía del imputado ante la persecución penal del Estado y que consiste en la inadmisibilidad de persecución penal múltiple, ya sea ésta simultánea o sucesiva⁴⁹. Este artículo

⁴⁹ Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002. Página 87-89

195bis va contra el principio non bis ídem al hacer aplicable el concurso real de delitos contemplado en el artículo 74 Código Penal, cuando esto en realidad implicaría sancionar dos veces un mismo resultado producido, y como hemos visto, en este caso de negativa injustificada se produciría un concurso aparente de leyes, por lo que no resultaría aplicable este artículo 74 que contempla el caso de concurso real, y en realidad, no estaríamos en presencia de un concurso de delitos por lo que simplemente se debería aplicar la pena del delito específico de negativa injustificada, la cual contempla en su tipo penal los resultados de lesiones, lesiones gravísimas y muerte.

Conclusiones

Lo primero que puedo precisar luego de este trabajo de investigación es que la garantía de no autoincriminación la entiendo en un sentido amplio como aquél derecho que tiene el sujeto acusado o imputado para no autoincriminarse, y esto comprende tanto la posibilidad de prestar declaración o de guardar silencio a su libre elección y sin consecuencias negativas por el hecho de ejercer su derecho, a que su declaración no sea prestada bajo juramento y, también el que no sirva el mismo sujeto como prueba incriminatoria en su contra; esto en específico en la realización de exámenes corporales: que no pueda ser coaccionado a su realización, de acuerdo a HORVITZ y LÓPEZ, que no se puedan realizar contra la voluntad del sujeto, sino que la negativa de lugar a las consecuencias legales que se contemplan pero que jamás pueda tomarse por la fuerza. Este último punto debe ser compatibilizado con la opinión de BINDER al respecto, esto con el objeto de aclarar casos dificultosos en cuanto a la extracción de ADN, en específico en consideración a delitos sexuales

“...Existen dudas respecto de aquellos actos en los cuales, según se dice, el imputado actúa como “objeto de prueba” y no como “sujeto de prueba”. Por ejemplo: en el caso de un reconocimiento, o cuando es necesario extraerle al imputado una muestra de sangre, ¿es necesario el consentimiento del imputado o esos actos se deben realizar incluso en contra de su voluntad? ¿Se violaría o no, en este último caso, la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo?

Entiendo que la línea divisoria con relación a este problema pasa por el sujeto que ingresa la información. El imputado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y, en consecuencia, él desee retener. Ahora bien: en el caso, por ejemplo, del reconocimiento de personas, la información no es ingresada por el propio imputado, sino por un testigo que, viendo al imputado, lo reconoce; en el caso de la extracción de sangre, la información no es ingresada por el imputado, sino por el perito que, por ejemplo, reconoce la cantidad de alcohol o un cierto patrón genético en la sangre del imputado. Este criterio, basado en quién es el sujeto que ingresa

efectivamente la información, permite distinguir los casos en que el imputado está amparado por esta garantía de aquellos en los que no lo está.⁵⁰”

Además, esta garantía tiene rango constitucional y en nuestro Código Procesal Penal se contempla como un modo de defensa del imputado, y como tal puede ser o no utilizado a libre elección del sujeto, y esto no debe representarle consecuencias legales adversas, tal como expone nuestro artículo 93 letra g del Código Procesal Penal.

En cuanto al análisis jurisprudencial, considero que nunca el sujeto imputado pierde su derecho a guardar silencio, por lo que puede ejercerlo en cualquier momento y a la vez, como el prestar declaración es un medio de defensa, también puede utilizarlo en cualquier momento. Considero correcto el modo en que se podría presentar como prueba en el juicio oral las declaraciones del imputado, a través de testimonios de oídas, y sin registros debido a que los funcionarios estatales deben garantizar el respeto de este derecho.

He concluido respecto al nuevo delito del artículo 195bis que la negativa en él contemplada es injustificada cuando el sujeto se niega a la realización de exámenes corporales ante una orden judicial, y solo en este caso se pueden aplicar las consecuencias que establece dicho artículo y jamás se puede coaccionar al sujeto a la realización de estos exámenes corporales (considerando siempre los casos más extremos en que comparto la opinión dado por BINDER al respecto): la orden judicial sólo habilita para que se hagan efectivas las consecuencias jurídicas ante la negativa, esto debido a interpretar la negativa injustificada aplicando el artículo 197 del Código Procesal Penal, debido a que contempla el caso de realización de exámenes corporales, y a que no se contempla en el propio artículo 195bis Ley del Tránsito lo que se entiende por negativa injustificada. Es decir, ante la falta de regulación específica, para entender cuando estamos ante una negativa injustificada, debemos aplicar el artículo 197 del Código Procesal Penal, y este nos da a entender que la negativa sería injustificada si se produce luego de una orden judicial que habilite a la realización de estos exámenes corporales.

Hemos visto que este artículo presenta varios problemas de legitimidad en cuanto al respeto de principios del derecho penal, tales como el principio de culpabilidad que se ve vulnerado al ser este un delito calificado por su resultado debido a que la pena se determina y agrava de acuerdo al

⁵⁰ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal penal. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. AD-HOC S.R.L., 1999. Pág.183-184

resultado producido y no a una conducta que pueda imputarse al conductor, lo que puede salvarse interpretando de acuerdo a NOVOA en que siempre se debe entender que la intención del legislador es que responda el sujeto que resulte responsable, y para esto al menos se requiere que este sujeto se haya representado el resultado más grave para que pueda aplicarse la pena calificada⁵¹; en cuanto a la individualización judicial de la pena en que se contemplan reglas especiales cuando la lógica de un ordenamiento jurídico requiere de racionalidad, igualdad y certeza jurídica por lo que es necesario que exista un único sistema de determinación de la pena y; en cuanto al concurso de delitos en que se hace aplicable el artículo 74 del Código Penal que contempla el concurso real y hemos visto que en este caso de negativa injustificada no existe un concurso de delitos debido a la aplicación del principio non bis in ídem en base a un criterio de especialidad que daría por resultado un concurso aparente de delitos.

En definitiva, este artículo requiere de alguna modificación en que se especifique que se entiende por negativa injustificada; que se determine que el sujeto que resulte responsable aplicando los principios de culpabilidad y de causalidad será a quién se aplicarán las penas en él contempladas; que se eliminen las reglas especiales para determinar la pena aplicable que solo traen desigualdades como consecuencia y; que se elimine el inciso tercero que contempla la remisión al artículo 74 del Código Penal. Mientras tanto, sólo queda interpretar de un modo compatible con los derechos del sujeto imputado este artículo; entender la negativa injustificada en base al artículo 197 Código Procesal Penal en que se requiere de una autorización judicial para realizarle exámenes al sujeto acusado o imputado y llenar el vacío del artículo 195bis en cuánto a los principios de culpabilidad y causalidad y comprender que claramente se aplica el artículo al sujeto cuya conducta resulte responsable de los daños producidos. Pero respecto de las nuevas reglas de individualización judicial de la pena y la aplicación del artículo 74, no existe un modo de interpretarlas, ya que son una remisión específica que no da lugar a dudas pero que sin embargo, deben eliminarse ya que las reglas especiales de individualización de la pena en el caso concreto no hacen más que generar desigualdad y privar de certeza al sistema jurídico, y a que el artículo 74 del Código Penal no resulta aplicable a este caso debido a que se contempla en este tipo especial el resultado producido por lo que no puede aplicarse conjuntamente con otro delito que penalice el resultado ya que se estaría castigando dos veces por un mismo acto o conducta y se iría contra el principio non bis in ídem. Por estas consideraciones, este asunto no está cerrado y se requiere de una modificación legal al menos en estos puntos que no

⁵¹ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003. Pág.252

admiten una interpretación que compatibilice los derechos y garantías del sujeto imputado con el deber de persecución del Estado. En otras palabras, este artículo 195bis incorporado a la Ley del Tránsito por la Ley Emilia, no cumple su propósito de evitar que los individuos conduzcan un vehículo bajo estado de ebriedad o influencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y respetando los derechos del individuo acusado o imputado, ya que, si se aplica este artículo de modo literal, se estarían vulnerando garantías relevantes, en especial el principio non bis in ídem debido a la remisión al artículo 74 del Código Penal ya que no estamos ante un concurso de delitos debido a que este delito de negativa injustificada contempla como parte relevante en el tipo penal al resultado producido, y esto se evidencia en que la figura delictual se califica en caso de producirse un determinado resultado más catastrófico e irremediable como lo son la muerte y las lesiones contempladas en el número 1 del artículo 397 del Código Penal, por lo que resulta necesario eliminar esta remisión, de lo contrario, se está vulnerando el principio de prohibición de persecución penal múltiple, al pretender que se castigue dos veces un mismo resultado producido.

Puedo concluir finalmente, que la supuesta contrariedad de este artículo 195bis con el principio de no Autoincriminación, puede ser compatibilizada con una interpretación que resguarde tanto este principio como los derechos de la víctima y la persecución penal estatal, entendiendo que este principio no es absoluto e interpretándolo del modo que hace BINDER, en que este principio resguarda al sujeto imputado que ingresa la información, pero no afecta a la información ingresada por otros sujetos dentro del proceso penal. En cuanto a ser este un delito calificado por su resultado y al supuesto problema que provocaría con el principio de culpabilidad, también puede ser interpretado de un modo adecuado que es el que plantea NOVOA y POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, en cuanto a que se debe entender que siempre el sujeto que recibirá la pena será aquél que resulte responsable y respecto del cual se pruebe su culpabilidad subjetiva, en cuanto a que para aplicar la pena calificada, el sujeto al menos debe haberse representado este resultado calificada que fue causado. El problema en cuanto a las reglas especiales de individualización judicial de la pena crean diferencias entre los sujetos acusados y generan problemas de certeza jurídica, y a su respecto no existe, a mi parecer, un modo de interpretarlas que solucione este conflicto, y en cuanto a la remisión al artículo 74 del Código Penal, también es un tema conflictivo que requiere ser modificado porque vimos que no estaríamos ante un concurso de delitos sino que es solo un concurso aparente que se soluciona en base a un criterio de especialidad. Estos dos últimos puntos son los que requieren de una modificación, o de una interpretación acorde que permita solucionar los conflictos que plantean, en que, no debería aplicarse el artículo 74 del Código Penal, y el delito de negativa injustificada

debiera ser aplicado de modo autónomo ya que contempla en su tipo penal al resultado producido, y castigar doblemente este resultado, mediante la aplicación de otra pena por el resultado que se produce ante la negativa injustificada, iría contra el principio non bis in ídem.

Bibliografía

1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley Nº 20.770 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. Santiago, Chile. Disponible en www.bcn.cl
2. Cooperativa.cl. Para entender las diferencias entre la alcoholemia y el alcotest. [en línea] Cooperativa.cl. 23 octubre 2012. <<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/transportes/alcohol/para-entender-las-diferencias-entre-la-alcoholemia-y-el-alcotest/2012-10-23/113345.html> >
3. Cordero, Eduardo. Garantía de no autoincriminación y el poder punitivo del Estado. [en línea] Guerrero Olivos, El Mercurio legal, 6 de septiembre de 2013. < http://www.guerrero.cl/la-garantia-de-no-autoincriminacion-y-el-poder-punitivo-del-estado/prontus_guerrero/2013-09-10/093009.html>
4. Pérez López, Jorge. El derecho a la no autonicriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal". [en línea]. Derecho y Cambio Social Nº017 < <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm> >
5. Tribunal Constitucional de Chile, Rol 2381-12. [en línea] www.tribunalconstitucional.cl [consulta: 7 de mayo y 25 de octubre de 2016]
6. Falcone Salas, Diego "El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XLIV): 143-169, 1º semestre de 2015.
7. Valenzuela Saldías, Jonathan. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informe en Derecho Departamento de estudios Defensoría Penal Pública, Nº1/2015/Junio.
8. Nogueira Alcalá, Humberto. Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Revista Ius et Praxis V 11, N1 Talca 2005.

9. Ramos Pérez, César y Mardones Vargas, Fernando. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.770 a la ley del Tránsito y al decreto ley N°321. Minuta N°15. Departamento de Estudios y Proyectos Defensoría Nacional. Diciembre 2014.
10. Sabas Chaúan Sarrás. Manual del nuevo procedimiento penal, 4ª edición
11. Binder, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. AD-HOC S.R.L., 1999.
12. MILLÁN P., “El derecho a guardar silencio y los adolescentes inculpados de infringir la ley penal”, en Revista de Derecho procesal penal Defensoría Penal Pública, N° 3, Noviembre, 2002.
13. MUÑOZ, Juan Ángel. “Algunas reflexiones en torno al derecho a guardar silencio”, en Revista Procesal Penal Defensoría Penal Pública (4): 11 - 15. Diciembre 2002.
14. Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile, año 2003.
15. Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002
16. Horvitz, María Inés y López, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, año 2002
17. Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto s.r.l. año 2000, Buenos Aires
18. MEDINA, G., “La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio”, AAVV, La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003
19. DUCE, M., y RIEGO, C., Proceso Penal, Editorial Jurídica de Chile, 2007
20. CLIMENT, C., La prueba penal, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, 2005
21. Historia de la Ley N° 20.770 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. Biblioteca del Congreso Nacional.
22. Ley N° 20.580, año 2012 (Ley de Tolerancia Cero). Biblioteca del Congreso Nacional.
23. Ley N° 20.770, año 2014. Biblioteca del Congreso Nacional
24. Ley 18.290, año 2009 (última versión 2016). Biblioteca del Congreso Nacional.
25. Código Procesal Penal (Ley 19.696). Biblioteca del Congreso Nacional, 05/07/2016
26. Código Penal. Biblioteca del Congreso Nacional, 05/07/2016.

27. John Murray v. United Kingdom, solicitud N° 18731/91, 08/02/1996, Reports 1996-1, considerandos 40 a 58. Véase también Averill v. United Kingdom, solicitud N° 36408/97, 06/06/2000.
28. Sentencia del Tribunal Constitucional, 202/ de 24 de julio de 2000, Citado por PASTOR, F., en Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, Tirant lo Blanch, 2003
29. Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, R.I.T. 13_2005, en *Revista Procesal Penal*.
30. Corte Suprema, ROL N° 1203_2005, en *Revista Procesal Penal*
31. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, R.I.T. 80_2003, en *Revista Procesal Penal*.
32. Corte de Apelaciones de Rancagua RIT N° 7/2004; de Punta Arenas RIT 15/2007; de Iquique RIT 36/2008
33. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 89_2006, en *Revista Procesal Penal*.
34. Corte Suprema, ROL N° 2109_2004, en *Revista Procesal Penal*.