



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LEY EMILIA:
ANALISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO PENAL.**

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

CÉSAR ALBERTO CALFIAO LUNA

Profesor Guía: Gonzalo Medina

Santiago, 2017

AGRADECIMIENTOS

A mis padres.

Por su infinito amor y esfuerzo.

Resumen: El presente trabajo busca analizar los cambios legislativos de la ley 20.770, particularmente en aquello referente al manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves, para posteriormente centrarse de manera más profunda y principal, en como dichas modificaciones se relacionan con los principios limitadores del *ius puniendi*, particularmente cuando dicha relación muestra importantes divergencias. Para esto se buscará, dentro las posibilidades, un contexto y contenido a diversos principios del derecho penal, determinando conceptos y ámbito en el cual se pueda encontrar aplicación del mismo, para posteriormente, con dicho contenido determinado, analizar el cambio legislativo en cuestión determinando y caracterizando dicho tipo.

Abstract: This present work seeks to analyze the legislative changes of Law 20.770, particularly in relation to drunk driving with the result of death or serious injuries. Its goal is to focus profoundly and primarily on how these modifications relate to limiting principles of *ius puniendi*, particularly when this relationship shows important divergences. This will seek, within the possibilities, a context and content to various principles of criminal law. Thereby, determining in which concepts and scopes it can be applied. Then, with what was determined, analyze the legislative changes mentioned by identifying and characterizing that legal description.

INDICE.

1- INTRODUCCIÓN.....	7
2- ANTECEDENTES. REGULACION ANTERIOR A LA LEY 20.770 DEL DELITO DE MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD CON RESULTADO DE MUERTE O LESIONES Y NORMAS AFINES A NUESTRO ANALISIS.	8
2.1. Antecedentes: ¿Qué normas son modificadas por la Ley Emilia?.....	8
2.10. Explicaciones previas.....	8
2.11. Art 196 de la Ley de Tránsito.....	9
2.12. Ley 18.216.....	10
2.13. Art 67, 68 y 68 bis del Código Penal.....	11
2.2. Breve Panorama de derecho comparado.....	12
3- MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 20.770.....	14
3.1 Modificaciones.....	14
3.11- Art 196 Ley de Transito.....	14
3.12- Modificación a la forma en cómo se determinan las penas.....	15
4- LA LEY 20.770 EN RELACION A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL....	17
4.0- Explicación previa.....	17
4.01 Caracterización del delito de manejo en estado de ebriedad	18
4.02- Caracterización del delito de manejo en estado de ebriedad que cause lesiones o muerte.....	19
4.03- Análisis de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.....	20
4.1 Intervención penal minina.....	21
4.10. Contenido del principio de mínima intervención penal.....	21
4.11. Aplicación del principio de Ultima Ratio a las modificaciones de la Ley Emilia.....	25

4.12. La inconstitucionalidad por vulneración al principio de culpabilidad.....	26
4.2 El principio de culpabilidad.....	28
4.20 Elementos previos a la noción de culpabilidad.....	28
4.21 Definiendo el concepto de culpabilidad.....	29
4.22 Principios derivados de la culpabilidad.....	30
4.23 La graduación de la culpabilidad en materia penal y sus elementos.....	32
4.24 Instituciones que rompen con el principio de culpabilidad.....	33
4.25 Análisis de la Ley Emilia a la luz del principio de culpabilidad.....	35
4.26 La inconstitucionalidad por vulneración al principio de culpabilidad.....	37
4.3 El Principio de Proporcionalidad.....	38
4.30 Introducción al concepto de proporcionalidad.....	38
4.31 Definición y alcance del contenido del principio de proporcionalidad.....	39
4.32 Análisis de la Ley Emilia a la luz del principio de proporcionalidad.....	41
4.33 La inconstitucionalidad por vulneración al principio de proporcionalidad.....	44
5- CONCLUSIONES.....	46
BIBLIOGRAFIA.....	49

1.-INTRODUCCIÓN

Este trabajo nace producto de una serie de cuestionamientos ligados a los ámbitos más amplios del derecho penal: sus principios limitadores. Particularmente, en aquello relacionado a la aplicación de los mismos a un caso particular de nuestra legislación.

El inicio de dichos cuestionamientos se configuro en base a un cambio legislativo que tendría gran exposición mediática y publica en nuestro país, y que tendrá su concepción en el año 2013, cuando se produciría el fallecimiento de la menor de 9 meses Emilia Silva en un accidente automovilístico, provocado por un conductor manejando en estado de ebriedad. El caso abriría el debate sobre la forma en como se trata en Chile el delito de manejo en estado de ebriedad cuando produce estas graves consecuencias.

Dicho fenómeno tendría su conclusión con la publicación y promulgación, el 15 de septiembre del año 2014 de la Ley 20.770, también conocida como “Ley Emilia”¹, que modificaría la forma en como el ordenamiento trata, particularmente, la conducción en estado de ebriedad. Para efectos de nuestro análisis, nos centramos en un elemento particular de esta ley, constituido en la situación de que dicha conducción bajo estado de ebriedad o bajo la influencia de estupefacientes, produzca lesiones graves o la muerte de la víctima. Sin embargo, se realizarán las referencias necesarias a otros tipos penales incluidos en la ley 20.770 en caso que estos presenten elementos interesantes a nuestro análisis.

Los efectos de esta modificación generarían todo un proceso legislativo, relativo a un sistemático aumento de las penas en nuestro ordenamiento, proceso que hoy en día se consolida con la llamada “Ley corta anti delincuencia” que facilita (eventualmente) la aplicación efectiva de las penas establecidas en la persecución penal en dichos delitos²

En dicho contexto, y en primera instancia esta memoria analizara los cambios legislativos que presenta la llamada Ley Emilia, tantos aquellos referentes al aumento de penas como también a aquellos relativos a las modificaciones que se realizan a las formas en cómo se determinan estas últimas en el caso del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte.

Posteriormente, se planteará como dichas modificaciones tienen importantes repercusiones a la hora de realizar un análisis a la luz de los diversos principios rectores del Derecho Penal.

¹ En este texto, se tratará indistintamente a la Ley 20.770, tanto, por su número, como por el nombre de “Ley Emilia” por el cual es ampliamente conocida

² La llamada ley corta anti delincuencia, fue promulgada con fecha 26 de junio del 2016, bajo el numero 20.931

Para esto, he dividido este trabajo de forma que se presente, brevemente y en primera instancia, como se encontraba regulado el tipo penal en cuestión de manera anterior y posterior a la Ley Emilia, para después, explicar y hacer evidente los cambios legislativos que produjo esta última.

Posteriormente, y de manera principal, pasare a determinar ciertos contextos y definir el alcance de determinados principios del Derecho Penal, dentro de las limitaciones que dicho labor tiene considerando ciertas controversias con respecto a su alcance y contenido, para finalmente, analizar si las modificaciones de esta ley se encuadran en el contexto, o mejor dicho, en el marco del principio analizado en cuestión.

2.-ANTECEDENTES. REGULACION ANTERIOR A LA LEY 20.770 DEL DELITO DE MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD CON RESULTADO DE MUERTE O LESIONES Y NORMAS AFINES A NUESTRO ANALISIS.

2.1. ¿QUE NORMAS SON MODIFICADARS POR LA LEY EMILIA?³

2.10- Explicación previa: Tal como adelanté en la introducción, el objetivo principal de este trabajo dice relación con analizar, a través de los principios del derecho penal, los cambios que introdujo la ley 20.770 y como estos se adecuan o no al contenido propio de dichos principios. Para esto, será necesario retroceder y detenernos brevemente a revisar cómo se encontraba regulada la conducción en estado de ebriedad cuando esta generaba muerte o lesiones graves de un tercero en nuestro país⁴.

Vale mencionar que debemos tener en cuenta varios aspectos de la técnica legislativa que aquí se expondrá. Esto no solo reside en la redacción de la normativa legal en cuestión, sino en su

³ Se omitirán en este caso las normas relativas a la obligación del conductor que genera un accidente que produzca lesiones o muerte, de detenerse y prestar auxilio por no ser objeto del estudio de esta tesis. Aun así, dichas normas serán tratadas posteriormente.

⁴ Vale mencionar que desde ahora al mencionar el “manejo en estado de ebriedad” en este trabajo, dicha mención también incorporara indistintamente los casos en que se realiza dicha acción bajo los efectos de otro tipo de drogas o estupefacciones, según lo regulado por la misma ley 20.770

ubicación, su concordancia o como se remite a otras normas, y en sí misma, y englobando todos estos elementos, a la técnica que se usa para legislar está determinada materia.

2.11- Art 196 de la Ley de Transito: La primera norma a considerar es el Art 196 de la Ley de Tránsito. Como veremos posteriormente, este artículo representa el principal elemento que regula el delito la conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones.

Lo que corresponde en este caso es analizar directamente este artículo, para lo cual lo desglosaremos las diversas situaciones que este plantea:

-En caso de lesiones graves, la Ley de Tránsito se remite directamente al artículo 490 N°2 del CP, en vez de regular dicho tipo por sí mismo. Este artículo, abriendo el título referente a los cuasidelitos, establece que en caso de ejecutar un hecho con “imprudencia temeraria” pero sin ser este un delito doloso, será penado con reclusión o relegación menores en su grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM, o sea un marco penal constituido en este caso por un solo grado.

- Posteriormente el artículo 196 de la Ley de Transito se remite al 397 N° 1 CP, el cual regula aquella situación en la cual un individuo hiere, golpear o maltrata a otro, y a la vez le generase, producto de dicho acto la impotencia, demencia, se quedase inútil para el trabajo o la pérdida de un miembro importante. En dicho caso se penará con presidio mayor en su grado mínimo. En consideración al manejo en estado de ebriedad, tenemos una serie de situaciones a analizar: Primero, si manejando en estado de ebriedad se produjesen las lesiones del artículo 397 N°1 o la muerte, se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo. Lo particularmente interesante de este caso, es que la Ley de Transito iguala las lesiones del artículo 397 N°1 con la muerte. Vale entonces remitirnos al Código Penal, el cual establece que el homicidio, en caso de ser simple (y ser constituido como un delito, y no cuasidelito como generalmente son los casos de manejo en estado de ebriedad), tendrá como pena el presidio mayor en su grado mínimo a medio. Por ende, lo que especifica la ley de tránsito son dos puntos que mencionare a modo de conclusión: 1- En caso de manejo en estado de ebriedad, se igualaran las lesiones del 397 N°1 al caso de la muerte, en el sentido que se impondrá el mismo marco de penas. Lógica que, en una descripción más racional, no es compartida por nuestro Código Penal manteniendo tratamiento distintos a ambos delitos y, por consiguiente, marcos penales distintos, que, aunque coinciden en su mínimo --presidio mayor en su grado mínimo-- nuestro legislador estimo que en caso de la muerte, este puede llegar a un grado superior, o sea, presidio mayor en su grado medio, caso

que no se corresponde con el del tipo del art 397 N°1. 2- El espacio del marco penal utilizado por la Ley de Tránsito para regular el caso de muerte producida por manejo en estado de ebriedad corresponde al escalafón inmediatamente anterior que aquel del homicidio simple. Lo que a mi parecer resulta congruente dado que imposibilita el hecho de que una muerte generada por manejo en estado de ebriedad produzca una mayor pena que un homicidio —doloso— simple, esto por supuesto sin considerar las otras circunstancias tanto atenuantes como agravantes que puedan modificar dicha situación.

2.12- Ley 18.216: En 1983, se publicaría en el diario oficial la ley 18.216. Dicho cuerpo legal vendría a modificar la lógica en cómo funciona nuestro sistema penal. Con él, se buscaría la eliminación de la ejecución de penas cortas y de mediana duración -cumpliendo con ciertas circunstancias- y en su reemplazo se aplicarían una serie de medidas alternativas que dicho cuerpo legal regularía.⁵ Es este cuerpo normativo, el que regula las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Siendo estrictos, no se modificaría este texto legal con la publicación de la Ley Emilia. Lo que efectivamente produce cambios es aquello relativo a su ámbito de aplicación, haciendo inaplicable las disposiciones referentes a la ley 18.216 a los delitos de manejo en estado de ebriedad.

El punto de encuentro entre estas dos normativas es fácilmente reconocible: Dentro de la ley 18.216, particularmente en su artículo 4, se regula la “Remisión condicional”, esta se define, en su propio proyecto de ley como “la suspensión de su cumplimiento (de la pena) y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante un cierto tiempo”⁶. El artículo antes mencionado, establece ciertos requisitos para la aplicación de este beneficio, entre los cuales encontramos: 1- Que la pena privativa o restrictiva de libertad que se imponga por sentencia condenatoria no supere los 3 años. 2- Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito 3-Que, por los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, se permita presumir que no volver a delinquir. 4- Si los dos requisitos anteriores hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de una pena.

⁵ Godoy Alejandra Andrea. (2015) “Las Penas Mixtas de la Ley 18.216: modificada por la ley 20.603”. Afet para optar al grado de Magister. Universidad de Chile. Santiago.

⁶ Proyecto de ley que indica las penas privativas o restrictivas de libertad. Ley 18.216

Como se puede intuir, la gran mayoría de los casos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte corresponden a cuasidelitos, donde, se cumplen los requisitos propios del artículo 4, siendo ampliamente aplicado por nuestra judicatura.⁷ Es por esto, que una modificación al ámbito de aplicación de la ley 18.216 en referencia al delito en manejo en estado de ebriedad, manifiesta una seria modificación a la forma en como una persona imputada por dicho delito deberá cumplir su condena.

2.13.- Art 67, 68 y 68 bis CP⁸ 9: Finalmente, bajo la misma lógica de no modificar en sí mismo el texto normativo pero si intervenir en su ámbito de aplicación, la ley 20.770 afecta la aplicación los art 67, 68 y 68 bis del CP. El artículo 67 es aplicable en el caso de que la pena señalada para un delito sea *un grado de una divisible*. Y establece las siguientes situaciones para su aplicabilidad: 1- No concurren atenuantes o agravantes: Entonces el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena. 2-Si concurren solo una atenuante: Se aplica el *mínimum*. 3.-Si concurre solo una agravante: Se aplica el *máximum*. 4.-Siendo dos o más atenuantes y no habiendo agravantes: Podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados según el número y entidad de dichas circunstancias. 5.- Habiendo dos o más agravantes sin atenuantes: Se podrá aplicar la pena superior en un grado. 6.- Concurriendo atenuante y agravante: Se rige la regla sobre composición racional.

Por otra parte, el Art 68 CP regula la pena en caso que esta conste en dos o más grados. Las situaciones reguladas son las siguientes: 1.- Si no concurren atenuantes ni agravantes: El tribunal podrá recorrer toda su extensión. 2.-Habiendo una sola circunstancia atenuante: El tribunal no podrá aplicar el grado máximo 3.-Habiendo una sola circunstancia agravante: El tribunal no podrá aplicar el mínimo. 4.- Si existen dos o más circunstancias atenuantes y no hay agravantes: El tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley. 5.- Si existen dos o más agravantes y no hay atenuantes: El tribunal podrá aplicar la pena inmediatamente superior en un grado al máximo que determine la ley. 6.-Concurriendo atenuantes y agravantes: Rigen las reglas sobre la composición racional.

Como veremos, estos artículos representan las normas que tanto jueces como abogados deben considerar al momento de determinar las penas para los imputados.

⁷ Hay que entender que esta afirmación se realiza en el contexto de la regulación previa a la Ley Emilia.

⁸ Tanto el art 67 y 68 regulan aquellas reglas de determinación de la pena que dependiendo de la composición del marco penal básico establecido por la ley para el delito, generan normativas referentes a la forma de determinación de la misma.

⁹ Lo siguiente según: Cury,E. (1997) “Derecho Penal parte general” Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Pag 392

2.2- BREVE PANORAMA DE DERECHO COMPARADO

La necesidad de regular el manejo en estado de ebriedad con resultado de muertes o lesiones graves parece ser una constante en variadas legislaciones, con importantes diferencias en diversas materias como lo son la cuantía de la pena, la forma y técnica de legislar el delito, los grados alcohólicos que se entienden aceptables o como estos inciden en una legislación que responde gradualmente ante diversas cantidades de alcohol en la sangre. Algunos de estos elementos serán analizados de manera anterior a referirnos a los cambios que la ley 20.770 impulsó en Chile.

Italia¹⁰: El caso italiano presenta una mayor especificación en comparación al chileno, iniciando con una regulación más detallada de situaciones de manejo en estado de ebriedad el cual plantea dos hipótesis:

- 1- Conductor mayor de 21 y sin deberes especiales: En esta hipótesis se regulan diversos tramos de consumo alcohólico, en primera instancia, solo con multas en dinero en caso de encontrarse conduciendo con más de 0,5 pero inferior a 0,8 gramos por litro de alcohol en la sangre, posteriormente de 0,8 a 1,5 gramos por litro a la multa pecuniaria se le agregan hasta 6 meses de arresto, y finalmente el último tramo el cual se compone de aquellos que superen el 1,5 gramos por litro de alcohol en la sangre, en cuyo caso el arresto pasa a estar entre 6 meses y 1 año. A su vez, si se produce un incidente vial (no delictual) las penas serán redobladas, y en caso de ser sorprendido entre las 22:00 y 7:00 las penas serán aumentadas de tercio a la mitad.
- 2- Conductor menor de 21, o quien recién obtuvo su licencia de conducir, o bien conductores con deberes especiales (quien ejerce profesionalmente el transporte de personas o cosas). En este caso las situaciones son más calificadas que las anteriores y los márgenes de alcohol bajan, iniciando el primer eslabón entre 0,0 y 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre. Se mantiene la misma lógica de diversas consecuencias en diversos tramos de alcohol en la sangre pero con sanciones más calificadas.

En el caso que el manejo en estado de ebriedad tenga consecuencias como la muerte o lesiones las consecuencias son distintas:

- 1- En el caso de la muerte, se le imputa al conductor el homicidio imprudente (con imprudencia simple) que trae aparejada una sanción de 6 meses a 5 años de presidio. A la

¹⁰ Los siguientes según: Castillo Val Ignacio y Winter Etcheberry Jaime. (2015) “Manejo en Estado de Ebriedad o bajo efecto de estupefacientes causando la muerte o lesiones: Base para un debate sistemáticamente coherente” Santiago. Chile. Pp. 16 a 19. No publicado.

vez se le agregan dos agravantes especiales. La primera se constituye en caso que la persona viole normas de la ley de tránsito en cuyo caso la pena pasa estar entre los 2 y 7 años, y la segunda dice relación con aquel cuyo consumo de alcohol supere los 1,5 gramos por litro de sangre.

- 2- En el caso de las lesiones, se le imputa al conductor el delito de lesiones imprudentes (con imprudencia simple) donde se deben distinguir dos situaciones: la primera se genera al producir dichas lesiones con infracción a las leyes del tránsito en cuyo caso la pena será de 3 meses a 1 año en caso de lesiones, y de 1 año a 3 años en caso de ser gravísimas estas últimas. La segunda dice relación cuando el nivel de alcohol en la sangre supera los 1,5 gramos por litro, en cuyo caso la pena será de 6 meses a 2 años y de 1 año y 6 meses a 4 años en caso de lesiones gravísimas.

Resulta de trascendental importancia, particularmente por ser una diferencia importante con el caso chileno, que en el sistema italiano existe una posibilidad de determinar una conducta imprudente como culpa consciente (imprudencia temeraria) lo cual se estima como una agravante.

España¹¹: En este caso tenemos una regulación que establece un estado de ebriedad simple cuando las tasas alcanzan los 0,5 gramos por litro de sangre o 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire expirado, en cuyo caso se retira la licencia por 3 meses y se multa con 600 euros. Distinto es el caso cuando el manejo en estado de ebriedad pasa a ser delito, lo que se produce cuando se conduce sin estar en condiciones para hacerlo debido a la disminución de facultades que produce la ingesta excesiva de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En dicha situación se castiga con prisión de tres a seis meses, multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

En el caso de muerte o lesiones el delito de manejo de ebriedad se regula esta situación en base a un delito de homicidio imprudente, clasificando a su vez dicha imprudencia como grave o leve, aunque la jurisprudencia española se ha inclinado por aplicar la primera categoría en caso del homicidio por conducción en estado de ebriedad. Aun así, la figura simple del homicidio imprudente grave establece una pena de prisión de uno a cuatro años de prisión, que aumenta en caso de usarse un vehículo a motor al marco de uno a seis años de prisión.

¹¹ Óp. Cit. Castillo y Winter. Pág. 19-21

3.- MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 20.770¹²

3.1 MODIFICACIONES

3.11.- Art 196 Ley de Tránsito: Explicamos en el punto 2.11 como se regulaba en la Ley de Tránsito el manejo en estado de ebriedad cuando este produce lesiones y particularmente, la muerte, antes de que esta fuese modificada por la Ley Emilia. Ahora es necesario adentrarnos en la forma en cómo, la Ley Emilia, modificó la forma de tratar este delito:

- En el caso de las lesiones del artículo 397 N°1 del Código Penal, la Ley Emilia establece como pena las de presidio menor en su grado máximo. Vemos, en primera instancia, una diferencia en la forma en cómo se regula este tipo, dado que el antiguo artículo 196 se remitía directamente a las penas del *artículo 490 N° 2 del Código Penal* para regular esta materia. Cuantitativamente, en este caso, la pena no sube, manteniéndose en una pena constituida en un solo grado: presidio menor en su grado máximo. En un análisis centrado en lo comparativo, vemos que en este caso las lesiones que se provocan en el caso del manejo en estado de ebriedad vienen a ocupar el escalafón inmediatamente inferior al caso del artículo 397 N°1, haciendo que, en caso de que se produzca el delito (doloso) de lesiones del artículo anteriormente mencionado, la pena asignada será de un solo grado constituido por el presidio mayor en su grado mínimo. En cambio, de producirse las mismas lesiones por el manejo en estado de ebriedad, ese espacio de la pena es, como se mencionó, el inmediatamente inferior, o sea, presidio menor en su grado máximo.

-En el caso en que el manejo en estado de ebriedad produzca la muerte de la víctima, la antigua Ley de Tránsito –antes de la Ley Emilia– establecía una pena de un solo grado, constituida por la *reclusión menor en su grado máximo*. La Ley Emilia en cambio, establece una pena constituida en dos grados, cuya extensión será la de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo. Como vemos, la pena pasa a constituirse por dos grados, y aumenta en un grado su marco. Lo interesante es la sobreposición de las penas que significa esto. En otras palabras, el tipo (doloso) de homicidio simple, establecido en el art 391 N°2 CP, tiene una pena asignada de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Antes de las modificaciones de la Ley Emilia, y con una cierta lógica, el delito de manejo en esta de ebriedad que produzca muerte se ubicaba en el escalafón inmediatamente inferior, o sea, presidio menor en su grado máximo, pero con el cambio legislativo de la ley 20.770, las penas pasan a sobreponerse, haciendo posible que el

¹² Dentro de los 8 puntos que tiene esta ley y que modifican diversos elementos, este análisis solo considera aquellos relevantes para el objeto de estudio.

delito de manejo en estado de ebriedad que produzca muerte, normalmente, culposo, pueda tener la misma pena que el caso del delito (doloso) de homicidio simple.

3.12. -Modificación a la forma en cómo se determinan las penas: Probablemente este apartado es aquel que genera mayor controversia. Hasta ahora, me he dedicado a un simple planeo de cómo estaba regulado un tipo penal específico y como este se vio modificado con la Ley Emilia. Podríamos decir hasta ahora que los elementos que se modifican son relativos a la forma en cómo se norma la materia y (por supuesto) al aumento de las penas. Pero no será sino hasta entender cómo se modifican las normas de determinación de la pena que la Ley Emilia tiene mayor interés en el estudio de su ensamble o su acoplamiento con los principios general del derecho penal. Nos remitimos entonces al primer elemento de este tipo que plantea la Ley Emilia:

A - Artículo 1 N°5 de la Ley 20.770.¹³: Resulta interesante la forma legislativa de este artículo. Lo primero que podríamos preguntarnos es si efectivamente lo que se está generando es una forma calificada de delito de manejo en estado de ebriedad en el caso de que este sea cometido en alguna de las condiciones de este artículo (condujere con su licencia cancelada o inhabilitada o si fuese cometida por un conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes) pregunta que será respondida posteriormente.

B- Eliminación de la aplicación de los artículos 67, 68 y 68 bis CP en caso de delito de manejo en estado de ebriedad: Como se explicó anteriormente, los artículos en cuestión representan diversas reglas que orientan al tribunal a la hora de determinar una pena. Estas normas explican dentro del escaso margen que tienen los jueces para determinar la pena, como deben acotarse y calcularse estas últimas en caso que la pena sea de uno o más grados. Estas normas representan una verdadera garantía para el imputado dado que aseguran que independiente del mal causado, existan una serie de normas establecidas, de manera escrita y previa a su condenan que regularan la forma en como ésta será calculada y que a la vez, se mantendrá bajo condiciones de igualdad para la población. La situación nos lleva a preguntarnos ¿Qué hace tan especial este tipo como para romper esta igualdad de tratamiento entre los diversos tipos de nuestro ordenamiento y darle un tratamiento especial, y más riguroso?

¹³ “Al autor del delito previsto en el inciso precedente se le impondrá el máximo o el grado máximo de la pena corporal allí señalada, según el caso (...) Si concurriere alguna de las circunstancias siguientes: 1.- Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en este artículo, salvo que a la fecha de comisión del delito hubieren transcurrido los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal respecto del hecho que motiva la condena anterior.2.- Si el delito hubiese sido cometido por un conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes y hubiere actuado en el ejercicio de sus funciones.3.- Si el responsable condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada, o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados.”

C- El nuevo artículo 196 bis: El enunciado anterior explicaba algunas de las implicancias que tenía el cambio en la forma en cómo se determinaban las penas en la Ley Emilia. En este apartado analizaremos las nuevas reglas a las que se somete el tipo penal en cuestión, las cuales se encuentran en el artículo 196 bis, cuyos numerales pasamos a revisar a continuación:

N° 1: En caso de no concurrir atenuantes ni agravantes, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena.

N° 2: Si se tratase de un delito del inc. 3 del Art 196, esto es lesiones graves o menos graves, y concurriendo solo atenuantes, ya sea una o más, —sin agravantes— el tribunal deberá imponer la pena de presidio menor en su grado máximo. En caso de incurrir en agravantes —sin atenuantes— la pena será la de presidio mayor en su grado mínimo.

N°3: Si tratándose de delitos del inc.4 del art 196, esto es esto es las lesiones del art 397 CP o la muerte, concurren solo atenuantes, ya sea una o más, y ninguna agravante, se impondrá la pena de su grado mínimo. Si concurren una o varias agravantes, y ninguna atenuante, se impondrá la pena en su grado máximo. Para esto se divide el periodo de duración por la mitad, siendo la más alta el máximo y la más baja el mínimo.

N°4: Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes se hará compensación racional.

N°5: El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley. Con todo, podrá imponerla la pena inferior en un grado si se tratase del eximente del N°11 del art 10 del CP, en caso que no se cumplan los requisitos propios que hacen que este genere la exención de la pena.

Lo revisado corresponde a las nuevas reglas ante las cuales se debe guiar el juez para la determinación de la pena en el delito ya citado. Cabe recalcar nuevamente, que no parece existir un trasfondo que justifique dicho tipo de normativa. Aun que se reconoce la importancia de regular este tipo de situaciones, existen numerosos ejemplos de conductas de mayor reproche social que aquella que aquí mantiene un especial trato.

D- Artículo 196 ter: Como ya se ha mencionado, la ley 20.770 genera modificaciones legales en 3 ámbitos distintos: aumento de penas en ciertos delitos, modificaciones de la

forma legislativa de ciertos tipos¹⁴ y el cambio en la forma de determinar las penas de ciertos delitos. Dentro de este último ámbito, me parece razonable incorporar aquella legislación que como he mencionado, hace inaplicable la ley 18.216. Esta normativa se encuentra en el artículo 196 ter bajo la siguiente explicación: *“Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.”* Ya he explicado la importancia y contenido de la ley 18.216, en este caso estamos ante un caso poco conocido de anticipación de la pena, constituido por el año durante el cual el condenado deberá cumplir, independiente de las garantías establecidas por este cuerpo legal y las circunstancias que el sistema penal le asegura ante la comisión de cualquier –otro- delito, una pena efectiva en cárcel. Este artículo será de trascendental importancia a la hora de analizar la adecuación de esta modificación legal al contenido de los principios limitadores del poder del estado. Particularmente dada la importancia de aplicación de la ley 18.216 en reos primerizos, de escasa peligrosidad o, como sucede normalmente en este caso, autores de delitos culposos.

4.- LA LEY 20.770 EN RELACION A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

4.0 EXPLICACION PREVIA.

Hasta el momento, hemos dedicadas las primeras páginas de este trabajo a analizar un cambio legislativo puntual. Resultaba, a mi parecer, necesario poder entender el antes y el después de esta modificación, aunque las preguntas esenciales que motivan este escrito aun no son formuladas.

En dicho contexto, la forma en como la Ley Emilia se configuraría, respondería a la estructura establecida por Diez Ripolles en su libro “La Racionalidad de las Leyes Penales”. Perfecto ejemplo de esto se puede apreciar en la etapa pre legislativa, donde el conocimiento de la disfunción social

¹⁴ En este punto se incorpora todos aquellos cambios que aun que no son analizados por este escrito, si son parte dela modificación legal, como la forma de regular el escapar del lugar del delito.

se generaliza en la sociedad -aportada en la idea de que tenemos un problema con la legislación actual que regula el manejo en estado de ebriedad- que a su vez cumpliría con sus dos características básicas, la *estabilidad cognitiva* —aportada por la cantidad de cobertura mediática de nuevos casos de manejo en estado de ebriedad de personajes públicos ligados al ámbito deportivo y político— y la *involucración emocional*, que resulta evidente en este caso dada la dramática situación que dio origen a esta ley.¹⁵ Resultaba evidente que la valoración social ante dicho tipo penal, y las sanciones que mantenía su regulación, serían socialmente rechazadas por la generalidad de la población.

A nivel doctrinal las discusiones se plantearon desde que el proyecto mismo se presentó, cuestionando variados elementos que componían al mismo. Desde si éste se presentaba como una clara manifestación de populismo penal, pasando por cuestionamientos referente a la desproporción misma de las penas que se regulaban hasta si efectivamente se atacaba la finalidad perseguida por dicho proyecto de ley.¹⁶

En base a dichos cuestionamientos se genera el lugar desde donde nace este trabajo. Dentro de las siguientes páginas se pretende, en primer lugar, analizar el contenido que nos entregan los principios del Derecho Penal, y como los cambios legislativos de la Ley Emilia, se han o no adecuado a estos. Desgraciadamente, muchos de los diversos principios no son tratados por los autores de forma ordenada, o determinando claramente el concepto y desde donde emanan o se reconoce el contenido en cuestión del principio limitante. Precisamente dicha limitación, establecida como contenido regulador es y será cuestión esencial de esta memoria. Una vez determinado el concepto y contenido del principio en cuestión, y bajo dicho alero, podremos ver su adecuación o no a las modificaciones a las que hicimos referencia anteriormente.

A su vez, debo mencionar que este trabajo no pretende realizar una recopilación de todos aquellos principios limitadores del poder estatal, sino, solo de aquellos que para los fines del análisis último de la normas de la ley 20.770, nos sean, al menos, atingentes al contenido descrito en las páginas precedentes.

4.01 Caracterización del delito de manejo en estado de ebriedad.

Dentro del espectro de elementos que podemos abordar sobre la forma en cómo se regula el delito de manejo en estado de ebriedad en Chile, para nuestro objeto de estudio nos interesa

¹⁵ Díez Ripolles. José Luis (2013) “La Racionalidad de las Leyes Penales” Editorial Trotta; Segunda Edición; Pág. 25

¹⁶ Matus Jean Pierre; (2015) “Revista de Ciencias Penales” Sexta Época, Vol. XLI, N°3; pág. 271

particularmente aquel relativo a la clasificación de este delito en consideración a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido. En dicha categoría, los delitos se clasifican como aquellos de “lesión”, donde la exigencia es que se produzca una lesión o daño a un bien jurídico protegido por el delito en cuestión, y los de peligro, categoría a la cual pertenece tipo delictual. Los delitos de peligro, siguiendo a Garrido Montt, se entienden como aquellos cuyo presupuesto se satisface con la creación de un riesgo de lesión para un bien jurídico, sin ser entonces necesaria la producción de una determinada lesión a un bien jurídico.¹⁷ Así, la atención se centra en la teoría de los “bienes jurídicos” llevando este tipo de delitos a elevar a -a protección del derecho penal- bienes jurídicos tales como la “seguridad vial” como en este caso. Especificando un poco más esta categorización, y dado que el manejo en estado de ebriedad se concreta sin la necesidad de generar lesiones, este delito pertenecería a una subcategoría conocida como “delitos de peligro abstracto” donde, no se requeriría la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Incluso en aquellos casos donde el riesgo no se produjo, la conducta en sí misma, por el solo hecho de producirse, se estima peligrosa y sancionable.

No podemos dejar de obviar los problemas que dicha categoría de delitos trae aparejada. Un ejemplo práctico sería constituido por aquel individuo que manejando en estado de ebriedad lo hiciese a baja velocidad o respetando todas las normas del tránsito y aun así estaría infringiendo el bien jurídico relativo a la seguridad en el tráfico de rodados.¹⁸

4.02- Caracterización del delito de manejo en estado de ebriedad que cause lesiones o muerte

Anteriormente me he referido a la forma en como el manejo en estado de ebriedad que cause lesiones o muerte ha sido regulado en nuestro país. Particularmente me he referido a los cambios legislativos que dicha normativa ha tenido, como también a la técnica legislativa que se ha usado para regular dicho tipo.

Aun así es necesario un análisis de mayor profundidad sobre este tópico, para que posteriormente podamos adentrarnos en los principios que rigen dicha norma.

¹⁷ Garrido Montt, Mario. (1997) “Derecho Penal Parte General” Tomo I; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; Pág. 253

¹⁸ Aunque la posición mayoritaria establece este delito como de peligro abstracto, el Prof. Carlos Cabezas presenta una postura divergente planteando una seria de problemática de esta categoría y tomando posición por reconocerlo como un delito de peligro concreto: Vid: Cabezas Cabezas Carlos (2010). “Los delitos de conducción bajo la ingesta del alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso; XXXIV; Valparaíso; pág. 227-280

Como mencioné, el manejo en estado de ebriedad se entiende por la mayoría de la doctrina como un delito de peligro abstracto, en este sentido la regulación de la ley 20.770 parece defectuosa en variados puntos. Incluso omitiendo los variados problemas propios de los delitos de peligro abstracto, los cuales, por ejemplo, presentaría una discordancia con el principio de lesividad, la técnica legislativa de regular el manejo en estado de ebriedad como un delito de peligro abstracto para posteriormente aplicar una hipótesis agravada en caso de que se produzca un determinado resultado —muerte o lesiones graves— genera una serie de problemática particularmente en aquello referente a la forma de apreciar la culpabilidad y la proporcionalidad, que, como argumentaremos más tarde, tendrán directa relación la una con la otra.

En términos de culpabilidad, las escasas de herramientas para la determinación de la misma y a la vez la técnica legislativa con la que se regula este tipo penal, generan una serie de problemas que traen aparejadas situaciones no deseadas por el legislador. Ante esto, —y siguiendo a Jaime Winter y Ignacio Castillo— lo relevante sería solo la decisión -dolosa- de manejar en estado de ebriedad, dado que en caso de producirse un evento que produzca la muerte o lesiones graves de un individuo, el estado mental del conductor con respecto a la producción de dicho evento es irrelevante, y podría ser tanto dolosa como culposa.¹⁹ Dicha conclusión traería aparejadas consecuencias que se verían directamente relacionadas con el principio de proporcionalidad de la pena.

4.03- Análisis de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hasta el momento no hemos cuestionado una posible constitucionalidad propia de la ley 20.770. Dicha conclusión solo podría ser abordada en un momento posterior a la presentación y análisis de los principios del derecho penal y su relación con dicha ley. Aun así, y con fecha 3 de febrero de 2016, se ingresa al Tribunal Constitucional una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los art. 195, 195 bis y 196 ter de la ley 18.290. Los artículos referentes a la obligación del conductor a prestar auxilio y dar cuenta a la autoridad, la negativa de someterse a pruebas para determinar la presencia de alcohol y drogas, y finalmente la suspensión por un año de la pena sustitutiva en caso de existir esta- eran citados en el contexto de una sentencia condenatoria de delito de cuasidelito de homicidio, por el cual se pena al autor con 730 días de presidio menor en su grado medio, y penas de 3 años y un día por presidio menor en su grado máximo por delitos de no prestar auxilio a la víctima y retrasar injustificadamente la alcoholemia. Por consiguiente, el condenado debía cumplir,

¹⁹ Op Cit. Castillo y Winter. Pág. 4

al menos, una pena efectiva de 2 años de prisión efectiva antes de gozar de la libertad vigilada que se le concede en la misma sentencia condenatoria.

La sentencia del Tribunal Constitucional, con fecha 13 de diciembre de 2016, debió hacerse cargo de dicha solicitud en base a una vulneración a variados principios. La parte recurrente argumentara entonces, la vulneración de los principios de proporcionalidad, la igualdad ante la ley, la culpabilidad, el debido proceso, y la racionalidad. Para nuestro objeto de estudio, nos haremos cargo de los argumentos del Tribunal Constitucional de forma separada y de forma posterior al análisis cada uno de los principios en cuestión. Dicho análisis será basado en la sentencia Rol N° 2983-16-INA de fecha 13 de diciembre de 2016.

4.1 INTERVENCION PENAL MINIMA.

4.10.- Contenido del principio de mínima intervención penal. No es extraño a nadie que las decisiones sobre que bienes jurídicos son merecedores de protección penal y bajo qué grado de intensidad recae dicha protección, resulta ser una manifestación política —que también podríamos determinarla como una declaración de principios— del legislador.

El análisis que aquí se presenta pretende ser llevado de lo abstracto a lo concreto. Y es que no resulta simple responder a la interrogante respecto del contenido de este principio, que, no se limita a saber solo “que es” el principio de Intervención Penal Mínima, o ultima ratio del Derecho penal, sino que las preguntas complementarias a esta -que parece principal- resultan ser las más interesantes. En este sentido, “que contenido posee” y “como se manifiesta materialmente dicho contenido”, resultan preguntas claves para nuestro objetivo.

Iniciaremos simplificando la idea, para centrarnos en un concepto, estableciendo un parámetro o marco. En este sentido diremos que el principio de Intervención Penal Mínima apunta a que el derecho penal debe constituirse como el ultimo instrumento al que recurre la sociedad para la protección de determinados bienes jurídicos, que, dada su importancia e intensidad del eventual daño producido, son merecedores de dicha protección, siempre y cuando no se encuentren otras formas de control social menos lesivas, ya sean estas formales o informales²⁰. Trabajaremos en esta base descomponiendo el concepto en busca del alcance de esta definición. Así, podemos determinar que el Derecho Penal debe proteger ciertos bienes jurídicos y a la vez, deberá utilizarse

²⁰ Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008) “Derecho penal como ultima Ratio: Hacia una política criminal racional” Revista Ius Et Praxis; año 14; N°1-1; pág. 48

cuando las otras alternativas se agotasen. Del mismo modo, el Derecho Penal debiese preferir aquellas penas menos lesivas a aquellas de mayor intensidad, siempre y cuando ambas puedan cumplir el objetivo de disuadir de la comisión de un eventual delito de igual manera. Recordemos que las penas privativas de libertad (con la derogación de la pena de muerte) resultan ser la última instancia de control social que establece nuestro ordenamiento, y que, aun así, hoy en día dada la realidad penitenciaria del país, la cárcel significa una multiplicidad de situaciones no deseables para un ser humano, que resultan tanto o más violentas que la privación de la libertad ambulatoria y que no solo perturban el derecho al libre tránsito, sino otras garantías directamente ligadas a la dignidad de la persona. Es precisamente por eso, que la sanción penal debe ser la última opción que la sociedad tiene.²¹

Resulta necesario retomar la idea del párrafo anterior referente a la posición del derecho penal como protector de ciertos bienes jurídicos. Es evidente que el derecho penal, analizado desde el ámbito del principio de última ratio, proporciona una protección o una última barrera frente a determinados actos, otorgándole sanción penal a fin de persuadir la no comisión del delito. Pero esto no quiere decir que sea el derecho penal el que determine la antijuricidad de un determinado acto, sino que la tarea del derecho penal será tomar una porción de esa antijuricidad, y dada sus características, elevarla a la protección del derecho penal convirtiéndola en delito. Al respecto, debemos considerar que la función del derecho penal no se corresponde con establecer cuáles son las conductas antijurídicas, dado que dicha tarea les corresponde a sectores ajenos a este (como lo es el derecho civil, comercial, laboral etc.) Son estas ramas las que estableces los derechos y obligaciones de las partes, y es el incumplimiento de estos derechos y obligaciones los que dan el origen a las ilicitudes, y con esto a la antijuricidad. Es precisamente el tratamiento de esa antijuricidad el que, por la importancia del bien jurídico o la intensidad misma del daño – e incluso por mera política criminal- puede ser elevada a la protección del derecho penal, que, según este principio debe ser la última alternativa.²²

Doctrinalmente, se ha tendido a subdividir el principio de última ratio (o intervención penal mínima) en dos facciones, que forman parte del mismo principio: La primera, se conoce como principio de subsidiaridad, cuyo objeto es propender a la utilización de otros recursos estatales o sociales para limitar el delito²³. En segundo lugar, encontramos el principio de fragmentariedad, que implica la protección de ciertos bienes jurídicos, solo en medida que la intolerabilidad de los

²¹ En busca de justificación de la afirmación anterior Vid. “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Diagnostico del cumplimiento de los estándares internacionales de DDHH” escrito por el INDH, el cual se puede descargar en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>

²² Óp. cit. Garrido Montt, Mario. (1997) Pág. 42.

²³ *Ibíd.*; Pág. 20.

ataques a estos mismos, hacen necesaria la sanción penal como último medio de control social. O sea, la aplicación del derecho penal se hará solo en medida que se proteja aquellos bienes jurídicos esenciales.²⁴

De dicha lógica, doctrinalmente hablando, resulta pacífico posicionar este principio en un marco teórico, pero no será lo mismo a la hora de determinar material, o normativamente este concepto.

Así por ejemplo existen algunos autores que plantean que el Derecho Penal presenta una tendencia expansiva, recurriendo de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. Haciendo entonces que el Derecho Penal interfiera en ámbitos donde no se aprecia una víctima, o esta surge de manera difusa o lejana, haciendo que el Derecho Penal -que debe constar con la característica de ser ultima ratio- adquiera un carácter que podríamos calificar incluso de simbólico.²⁵

Aunque no comparto la postura referente a una “expansión expansiva” del derecho penal, tal como fue presentada en el párrafo anterior, esta posición sirve para ilustrar una idea que se manifiesta en la Ley Emilia y que dice relación con una “expansión intensiva” del derecho penal, y que tendrá variadas manifestaciones en nuestra legislación, siendo el punto de inicio la anteriormente mencionada ley.

Aun así, vale retroceder a una idea que plantea el párrafo anterior, y que dice relación con el carácter simbólico del Derecho Penal. Aunque, en el caso del manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves existe una víctima identificable, el objetivo final de la norma es lo que nos parece interesante, dado que, el carácter y utilización simbólica del cambio legislativo que ha significado la Ley Emilia, son elementos que se repitieron en los años posteriores cada vez que se generaban casos de alta repercusión pública. Lo cual nos lleva a preguntarnos, cuales son los verdaderos objetivos del legislador a la hora de realizar cambios de este tipo, y si finalmente, en dicho momento, se está realizando un cálculo racional e informado de los verdaderos costos que lleva esto aparejado. A su vez la cita anterior, tomaría total relevancia si la analizamos a la vista del manejo en estado de ebriedad, sin considerar los daños a un determinado individuo, en cuyo caso, estamos ante un delito que directamente podemos considerar como de peligro abstracto.

Es precisamente esta aplicación simbólica del derecho penal vista si se quiere como “castigo ejemplar” (y que será tratada posteriormente en el análisis del principio relativo a la proporcionalidad) la que nos lleva al planteamiento relativo a la efectividad misma de la sanción penal. Que no es acaso sino uno de los puntos centrales del derecho penal como ultima ratio. Dentro de este ámbito de análisis, podríamos referirnos a los dos extremos del discurso en una lógica,

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Carnevali Rodríguez Raúl; (2008) “Derecho Penal como Ultima Ratio: Hacia una política criminal racional”; Revista Ius Et Praxis; Año 14; Visitada en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002

relativa a preguntarnos qué es lo que quiere el derecho con la aplicación de la sanción (penal), y que podríamos estimar que por un lado, buscara la no aplicación de la justicia por las propias manos, y a la vez, y en el otro extremo del planteamiento, deberá evitar, en medida que pueda, la aplicación de las medidas más violentas con las que cuenta un estado social y democrático (penas privativas de libertad) para el control de aquellos actos que dañen bienes jurídicos protegidos. Vale mencionar que dichas sanciones, aun que cuenten con una regulación y sean de aplicación institucional, no pierden por ello su carácter de violentas. En dicha dicotomía, donde se debe por un lado evitar la venganza y lograr (en una aplicación del principio de economía) evitar delitos con la amenaza de un menor castigo posible, es que se plantea el problema de “que bienes proteger” y “bajo que intensidad de sanción”.

Vale mencionar que, en este sentido, el principio del derecho penal como última ratio no parece tener un antecedente normativo claro. Sino más bien regirse como un ente informador de todo el derecho, pero que hoy en día al parecer no mantiene especial influencia normativa que sea una clara manifestación de la lógica que he intentado explicar. Ante esto, dicha problemática podría plantearse que no bastaría solo con declarar y calificar al Derecho Penal como ultima ratio, sino que lo esencial sería otorgarle un contenido al mismo que autorice su utilización en caso de ser necesario ²⁶ Aun así, no resulta extraña la poca concreción de contenido en un principio que manifiesta tendencias tan maleables por decisiones legislativas fundamentadas en política criminal, muchas veces tomadas por contingencias específicas o circunstancias comunicacionales que hace que el debate se centre en ellas por un determinado tiempo. No quiero decir con esto, que el manejo en estado de ebriedad no sea un problema que necesite una nueva regulación, sino que, probablemente la intervención del derecho penal a través del aumento de las penas no debió ser la primera opción que se toma por parte del Estado a la hora de intentar solucionar dicha problemática y que el hecho mismo de que esta fuese su primera (y al parecer única opción) nos informa algo más sobre este principio y como hoy en día, es dejado de lado por decisiones al parecer tiene más relación con mostrarse “diligentes” ante un determinado debate legislativo. Al respecto, algunos autores, han planteado la posibilidad de que el Derecho Penal sea ajeno a la lógica del ultima ratio y se encuentre moviéndose al otro extremo, generando un Derecho Penal “prima ratio” esto dada la implementación del recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin previo análisis de cuan eficiente y necesario sea dicha aplicación.

²⁶ *Ibidem*

4.11.- Aplicación del principio de Ultima Ratio a las modificaciones de la Ley Emilia: Luego del análisis anterior, debemos empezar diciendo que al parecer, el principio de intervención penal mínima, no tendría un contenido normativo específico, sino, que vendría a responder un cuestionamiento anterior a la propia generación de la legislación que hemos analizado. Me explico: Con esto no quiero manifestar que sea un principio que no informe al derecho, lo que sería un sin sentido, sino que, no se encontraría evidencia de legislación positiva en la cual se presente una manifestación clara del contenido de dicho principio, por la propia naturaleza del mismo. Así, antes de la existencia misma de la ley, este principio debería ser aplicado, respondiendo a una serie de interrogantes relativas a la real necesidad de elevar a la protección penal a un tipo determinado, constituido en este caso por el manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves o muerte, y por otro lado, la necesidad de determinar una pena en específico, haciendo que dicha pena pueda ser de la menor intensidad posible, siempre y cuando mantenga como base la lógica el hecho de ser un incentivo suficiente para poder persuadir a la población de no cometer el delito en cuestión. Con respecto a este último punto, vale recalcar la imposibilidad de la eliminación absoluta de una determinada conducta delictual. Lo que realmente nos interesara será determinar .0 cuanto baja la concurrencia de un determinado tipo penal y en base a dicha lógica, cuanto es el riesgo que la población, en su conjunto, está dispuesta a aceptar en los casos (esperemos que aislados) de que dicho tipo ocurra. Con respecto, al primer cuestionamiento —presentado como la necesidad de elevar a protección del derecho penal el manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones— me parece a todas luces razonable que dicho acto debe ser penalmente sancionado. Por otra parte, resulta mucho más complejo analizar otros parámetros que afectaran la forma en como actualmente dicho tipo se encuentra regulado, como lo son la forma de determinación de las penas, la “pena anticipada” que se eleva a un año de pena efectiva, las elevadas sanciones penales que se presentan entre otros parámetros. A su vez, dichos cuestionamientos se ven enaltecidos por las técnicas legislativas y todas las complicaciones que ésta presenta, particularmente cuando se regula el delito de manejo en estado de ebriedad —sin lesiones o muerte— como un delito de peligro abstracto.

Siguiendo en el mismo primer cuestionamiento, relativo a la real necesidad de regular dicho tipo y la forma en como abordamos de manera primaria un problema a través del derecho penal, vale mencionar el contexto en que se generó dicha normativa. Esta ley se presentó, se tramitó con urgencia y fue publicada antes de las fiestas patrias del año 2014, conociendo a su vez el impacto mediático, político y simbólico que esto traería aparejado. En dicha lógica, el problema del manejo en estado de ebriedad debe ser tratado con la profundidad que se merece. Hoy en día existen ciertos factores que generan una triste sinergia a la hora de analizar la temática relativa al manejo en estado

de ebriedad y los eventuales accidentes que ésta pueda generar: primero el encontrarnos en una sociedad cuyo consumo de alcohol va varias veces por sobre el recomendado²⁷, la cantidad de muertes que se generan por accidentes relacionados al tráfico de rodados, y finalmente la sensación generalizada de impunidad que se da al realizar el delito de manejo en estado de ebriedad, dada particularmente por la escasa fiscalización. Este último punto dice relación también con el cálculo racional de aquel que cree que, después de beber moderadamente alcohol, sus capacidades de reacción y atención se mantienen intactas y por ende puede manejar un automóvil en iguales o similares condiciones que aquel que no ha bebido en absoluto y por ende, evitar un eventual accidente. Dicha interpretación resulta de un análisis de una sola situación fáctica, sin dejar de lado la posibilidad de aquel que bebiendo excesivamente, de todas formas decide conducir un vehículo. Ambos casos son igualados por la ley y las complejidades relativas a la culpabilidad de ambos casos serán objeto de análisis en el próximo capítulo.

Como conclusión, creemos que nos enfrentamos a un problema con múltiples aristas que deben ser abordadas por diversas especialidades, siendo, la última, dentro de un determinado orden de prelación, el derecho penal, no la primera como es el caso. Particularmente, la solución orientada a un cambio legislativo a fin dar la apariencia de “hacerse cargo del problema”, no genera necesariamente la respuesta al mismo, sino que, en este caso, rompe con el principio de ultima ratio del derecho y transforma un problema social con variedad de enfoques y aristas en un problema penal. Por supuesto que el derecho también debe intervenir, pero la pregunta que plantea este principio es como debe intervenir y cuanto tiene que intervenir. Ambas preguntas creemos que no han sido satisfechas con la modificación legal de la ley 20.770.

4.12. La inconstitucionalidad por vulneración al principio de última ratio.²⁸

Como ya hemos mencionado, la solicitud relativa al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 195, 195bis y 196 de la Ley de Tránsito, por supuesto que en aquello relativo a las modificaciones que género en esta la llamada Ley Emilia, tendría una serie de interesantes consecuencias. Aunque los principales argumentos relativos a dicha solicitud no tendrán su base en el principio de ultima ratio, sino en principios que serán analizados posteriormente —culpabilidad y proporcionalidad— si viene a cuenta el análisis particular de los

²⁷ Para mayor justificación, “ El consumo de alcohol en Chile: Situación epidemiológica” del SENDA; Se puede descargar en: http://www.senda.gob.cl/media/estudios/otrosSENDA/2016_Consumo_Alcohol_Chile.pdf

²⁸ Los siguientes argumentos son tomados de la sentencia Rol 2983-16-INA. Particularmente de los votos disidentes de los ministros Sr. Ivan Aróstica Maldonado y Sr. Cristian Letelier Aguirre. Una pequeña parte será a su vez comentada desde el considerando principal. Esto será debidamente declarado y analizado en mayor profundidad en el número 4.23 de este escrito.

votos disidentes de algunos de los ministros de Corte, como también la relación que se considera en este fallo del principio de ultima ratio con respecto a la proporcionalidad.

Presentando un voto minoritario en la sentencia, el Ministro Aróstica estuvo por acoger la inaplicabilidad de los incisos segundo y tercero del art 195. La argumentación de su votación será expuesta a continuación.

Inicia dicha exposición declara que existe un desusado rigor en la obligación contenida en el artículo 195 –relativa a detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad– esto dado que se crea un tipo penal independiente del eventual cuasidelito de homicidio o lesiones que se genere en el caso concreto. Argumenta entonces que, en el común de los delitos, se considera una atenuante el caso de que el autor pudiendo darse a la fuga u ocultarse, confiese y de cuenta a la autoridad de su acción –artículo 11 causal 8º– en este caso, no se limita a la posición contraria, que sería generar una agravante, sino que -llevando la solución a un extremo- crea un delito autónomo y de imprecisa regulación, según la opinión del ministro. Esto dado que, al estar todas las obligaciones configuradas bajo un “hacer” -dar cuenta a la autoridad, detenerse- predisponen a sancionar a quien no ha podido demostrar el cumplimiento de la misma.

A su vez, el Ministro Letelier, acogió la inaplicabilidad por el inciso primero y segundo del art 195 por los siguientes argumentos: Inicia su exposición declarando que la libertad personal es un derecho fundamental del ser humano y que el Estado debe restringirlo en la medida mínima posible, y por ende solo en delitos graves o que afecten bienes fundamentales. En este sentido vemos una aplicación clara del principio de última ratio, argumentado bajo un derecho fundamental -libertad-. En dicho contexto, la Ley Emilia corresponde más bien a una respuesta emotiva, que a criterios de racionalidad que se correspondan con principios constitucionales. Así, el Derecho Penal estaría en una situación de responder a un uso “simbólico” relativo a una determinada contingencia o emergencia política. Posteriormente toma un argumento relativo a la real necesidad de aplicar el derecho penal a la obligación del 195 y castigar —en sede penal— aquellos casos donde este se infrinja. Al respecto expone que el inciso uno de dicho artículo interpone una obligación de dar cuenta a la autoridad que la mayoría de las veces no se efectúa, como en aquellas situaciones donde existiendo solo daños materiales, la situación queda entregada meramente a acuerdo entre privados. Por otro lado, dispone que el inciso segundo va más allá, estableciendo una verdadera vulneración al nom bis in ídem.

4.2 EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

4.20.- Elementos previos a la noción de culpabilidad: Hablar de culpabilidad manifiesta una dificultad a la hora de determinar la forma en la que ésta debe ser abordada. Y es que cuando hablamos de culpabilidad, el concepto se encuadra en un doble ámbito y se puede ver tanto como principio limitador del poder punitivo del Estado, y a la vez, como elemento clave dentro de la construcción de la Teoría del Delito. A su vez, no podemos desconocer cómo la culpabilidad pasa a redondear la idea de reproche a un individuo que comete una conducta típica y antijurídica.

Tal como he hecho en el punto anterior, analizaremos las modificaciones de la Ley Emilia a la luz del principio de culpabilidad. Para lo cual, deberemos determinar de forma anterior su contenido y su trascendental importancia a la hora de realizar este análisis.

Para esto retrocederemos en la lógica que da inicio a este principio, para preguntarnos lo siguiente: “¿*Qué faculta al Estado a realizar la sanción penal?*” Debemos determinar un punto de inicio del derecho penal, no necesariamente donde este “comienza” pero claramente una de sus piedras angulares, la cual consiste en que este asume la libertad de las personas. Y en dicha libertad, entendida como libre albedrío, es donde descansa la base de la lógica de la culpabilidad. En este sentido el Estado puede sancionar a sus miembros porque siendo libres, esto es, pudiendo determinarse a su libre albedrío, escogen realizar actos ilícitos. Así, el elemento que antecede al Ius Puniendi es el reconocimiento de parte del estado de que sus ciudadanos son libres, personalmente responsables de sus actos²⁹ De esto podemos entender que en medida que el derecho penal considera al ser humano un ente que puede tomar sus propias decisiones, es que puede castigar que dichas decisiones sean orientadas hacia un acto ilícito. Por supuesto que este tema –libre albedrío- requeriría un análisis de muchísima más complejidad, y lo que pretende este texto es no obviar el tema, sino que mas bien presentarlo como un concepto que se debe tener en cuenta, más allá de resolver el verdadero alcance de dicha problemática. Siguiendo esta misma lógica, podemos justificar la pena a través de la culpabilidad, y a la vez entrar en el propio análisis de la rigurosidad de la pena en la perspectiva de este mismo principio, como veremos más adelante.

Aun así, limitar el concepto basal de culpabilidad a la idea de libertad del ser humano sería un reduccionismo. Existen variados principios limitadores del Ius Puniendi que basan su planteamiento en una declaración básica de nuestra sociedad, la cual consiste en entender al Estado como un ente democrático. Este concepto se explica claramente en el contexto de los artículos 1, art 5 inc. 2 y art

²⁹ Naquira, Jaime. (2008) “Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno” Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología. Universidad Católica. Santiago. Chile Pág. 13-14

6 de la Constitución Política, los cuales, no constituyen un mero contenido programático sino más bien un imperativo de mandato que debe guiar y orientar la forma en cómo deben desempeñarse los órganos del estado³⁰. Desde esta norma imperativa, nacerá una serie de principios entre los cuales encontraremos la culpabilidad.

4.21 Definiendo el concepto de culpabilidad: Como hemos mencionado, la dualidad de este concepto, entendido tanto como principio limitador, como también un elemento del delito, presume un primer problema a definir. Ante esto, equiparar ambos principios como lo hacen algunos autores nos parece una solución acertada.³¹ Entonces, resulta necesario identificar los diversos elementos que componen a la culpabilidad a fin de determinar si existe un concepto que nos plantee los elementos necesarios para poder otorgar un cierto contenido a este principio. Al respecto, el concepto de culpabilidad se ha identificado con la idea de reproche, y específicamente se encontraría constituido por la *imputabilidad* —que se entiende como la capacidad del individuo de comprender la prohibición de una determinada conducta— *la conciencia de la prohibición* —donde se debe excluir aquellos casos del llamado error de prohibición y finalmente por la capacidad del individuo de *dirigir su actuar según la norma*, es decir, que no exista coacción alguna para la realización de su conducta.³²

En sí mismo podríamos decir que la culpabilidad es un juicio de reproche, inminentemente personal, que se realiza al autor de una conducta típica y antijurídica, en situación que este pudiendo actuar conforme a derecho, no lo hizo.³³ Por otro lado, Enrique Cury establece una definición bastante similar al decir “La culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecuto no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”³⁴ Agrega a su vez, que el disvalor del acto injusto, se extiende a la persona del agente. Como vemos, ambas definiciones mantienen elementos similares y nos pueden dar una acertada comprensión del significado del concepto.

Y es que, como mencione anteriormente, es la culpabilidad el elemento que viene a justificar la reacción penal ante una situación fáctica. El mero hecho de haber realizado un determinado acto, no significa que el autor de dicho acto sea merecedor de la reacción penal, y será precisamente, la culpabilidad el concepto que vendrá a determinar las “mínimas condiciones” que permitirán hacer

³⁰ Ibíd. Garrido Montt, Mario. (1997) Pag. 44

³¹ Vid. Garrido Montt. (1997) 47-49

³² Winter Etcheberry Jaime. (2012) “Situaciones actuales en la frontera del principio de culpabilidad” Revista de Estudios de la Justicia; N° 17. Pág. 107.

³³ Ibíd. Naquira Pág. 13.

³⁴ Cury Enrique; “Derecho Penal, Parte General” Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, Pág. 7

responsable por sus actos a una determinada persona. Así por ejemplo, la conciencia de lo injusto de su conducta, o la posibilidad de actuar en libertad son condiciones necesarias para justificar la reacción del ordenamiento a través de la sanción penal. Del mismo modo, en la tarea de determinar contenido cuya aplicación práctica informe a ciertas modificaciones que parecen no responder al concepto de culpabilidad o acercarse peligrosamente a sus límites, es que el Tribunal Constitucional Alemán, considero que la culpabilidad debe ser el *límite superior* de la pena: la pena no puede exceder a la culpabilidad del individuo, pero sí puede ser menor a ella cuando por razones de política criminal no se justifique la imposición de una sanción más alta³⁵ Como veremos esta lógica no sería aplicable en Chile, donde precisamente la problemática se genera al justificar en razones de política criminal la ruptura de la culpabilidad como límite superior de la pena.

Debemos tener en cuenta la forma de tratar este concepto por la doctrina nacional. Así, muchos autores se ocupan de la culpabilidad como un elemento de la teoría del delito, dejando de lado su análisis respecto a principio limitador del poder punitivo³⁶. Esto tiene lógica. Efectivamente la culpabilidad como concepto puede ser tratado en ambas instancias, y para efectos pedagógicos, tiene notables beneficios el ser tratado como un elemento de la teoría del delito. Precisamente, el hecho de ser marginado de esta teoría para ser tratado como un principio, no solo tiene una justificación pedagógica sino también relativa a la forma del tratamiento del contenido mismo del principio.

Aun así, la lógica del principio, presentada en la definición antes dada, se mantiene intacta. El hecho de que es un “juicio de reproche” parece ser pacífico en la doctrina nacional, del mismo modo los calificativos relativos a que estos derivaran en una conducta personal, típica y antijurídica. Los últimos elementos que presenta el autor, referentes a la posibilidad que tendría el autor de haber evitado la perpetración del ilícito en cuestión, viene a reafirmar aquello tratado en el punto 4.21, referente al elemento del libre albedrío como base en el que descansa el concepto de culpabilidad.

4.22.- Principios derivados de la Culpabilidad. Es común que existan principios, que, dada su importancia en la labor de orientar al Derecho, resulten subdivididos para su completa comprensión fruto de la gran cantidad de contenido que estos poseen. En sí mismo, me refiero no solo a la cantidad de situaciones que estos pasan a regular o explicar, sino también, a que por su propio contenido es necesario dividir su aplicación generando subprincipios derivados del primero. Así fue el caso del principio de mínima intervención, y así es el caso en el principio de culpabilidad.

³⁵ *Ibíd.* Winter, Jaime. (2012). Pag. 109.

³⁶ Garrido Montt por ejemplo explica ésta como un principio limitante del poder punitivo del estado en el tomo I de su manual sobre Derecho Penal. Por otra parte, Cury, directamente la explica como “Teoría sobre Culpabilidad”. Etcheberry

De esta lógica nacerán 4 principios, que, como mencione, no serán otra cosa que una subdivisión de las diversas funciones del principio de culpabilidad. Estos subprincipios son:

-Principio de personalidad de la sanción penal: La responsabilidad penal es personalísima. No se responde penalmente por hechos ajenos³⁷

-Principio de responsabilidad por el hecho o atribuibilidad del hecho: La responsabilidad penal puede emanar de la perpetración de una conducta. No es posible responsabilizar a un sujeto por presentar determinado estado, personalidad o condición de vida. Con matices, se acepta que la personalidad pueda ser considerada para evaluar la imputabilidad y como una circunstancia de graduación del reproche que se efectúa por el acto.

-Principio de dolo o imprudencia o de exclusión de responsabilidad puramente objetiva: No basta el surgimiento de responsabilidad penal que una persona cause materialmente un hecho delictivo, es necesario que el sujeto obre con dolo o imprudencia, excluyendo toda eventual responsabilidad de carácter puramente objetiva.

-Principio de imputación personal: Para que se genere responsabilidad penal es necesario que el sujeto a quien se le atribuye posea cierto grado de desarrollo biopsicosocial normal.

Del mismo modo, es necesario revisar la relación que mantiene el principio de culpabilidad con el de proporcionalidad, los cuales son puntales de nuestro análisis y donde existen autores que los tratan de forma independiente y otros de manera que uno —culpabilidad— contiene al otro proporcionalidad-. Al respecto importantes instituciones como el Tribunal Constitucional Alemán tienden a incluirlo dentro de él, aunque en Chile también se ha observado esta tendencia, existen autores que tratan la proporcionalidad como un principio independiente. A su vez, esto tendría directa relación con la formulación de la culpabilidad tanto como “medida” de la pena como -por otro lado- límite de la pena.³⁸ Para nuestros fines, este escrito tratara ambos principios de forma separa pero aclarando la cercana relación que los une en su respectiva instancia.

³⁷ *Ibíd.* Naquira Jaime. (2008). Pág. 14

³⁸ *Ibíd.* Winter Jaime. (2012) Pag. 109

4.23 La graduación de la culpabilidad en materia penal y sus elementos. Fijados los conceptos claves relativos a culpabilidad, corresponde revisar los elementos que conforman la misma.³⁹ En primer lugar, lo que se debe tener en cuenta es la gravedad del injusto en que el sujeto incurre. Esta, se refleja en la propia subjetividad del autor, en el conocimiento que él tiene de las consecuencias de su actuar.⁴⁰ Entonces, el primer elemento en sí mismo considera dos factores, el primero es la gravedad del injusto en cuestión, y en segunda medida la subjetividad del autor del hecho quien, según si actúa culposa a dolosamente deberá existir un cambio en la determinación del reproche.

En segundo lugar, se deben considerar las otras circunstancias que rodean el hecho y cuya influencia en la psiquis del autor puede modificar su capacidad para autodeterminarse.⁴¹ Probablemente este elemento sea uno de los de mayor interés para nuestro estudio. Adelantando un poco esta materia a fin de sustentar mi análisis, el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves resulta a primera vista un delito culposo. La generalidad de los casos se encuadran en situación en las cuales el autor maneja en estado de ebriedad, no con la intención de dañar a alguien, sino aceptando que, en su estado de poca lucidez mental, puede provocar un accidente con las consecuencias propias del tráfico de rodados, aunque cree que esto no sucederá. Ahora debemos centrarnos en aquello relativo particularmente al delito que estamos analizando. Hemos establecido que –en la generalidad de los casos- este delito se configura culposamente, siguiendo a Alfredo Etcheberry en su manual de Derecho Penal, entenderemos que la culpa será “La voluntad de obrar, sin atender las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas”⁴². O sea, el conductor ebrio, sabiendo que está cometiendo una infracción a la ley al manejar en estado de ebriedad, y que eventualmente puede provocar un accidente dado su estado de físico, acepta dicha consecuencia dado que, confía que no se producirán. La problemática se genera a la hora de graduar la culpa.

Como sabemos en materia civil, la culpa se gradúa. El artículo 44 del Código Civil presenta 3 diversos niveles: culpa grave, leve y levísima. Esta graduación otorga una herramienta para el juez a la hora de determinar el grado de imprudencia en el que recayó un individuo que cometió un delito civil. En materia penal dicha graduación no existe, lo que puede generar situaciones no deseadas a la hora de determinar el grado de imprudencia en el que recayó un individuo. Para ser más claro, no existe en el sistema penal chileno una diferencia trascendental entre los distintos tipos de culpa, ni menos en los efectos que una u otra puedan generar. Así mismo, la diferencia entre dolo y culpa

³⁹ Vale mencionar que el siguiente contenido del concepto de elementos de la culpabilidad y su forma de graduación, está tomada desde un tratamiento relativo a la “teoría de la culpabilidad” y no necesariamente desde la lógica de la misma como principio limitador.

⁴⁰ *Ibíd.* Cury pág. 32.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Etcheberry Alfredo: “Derecho Penal” Parte General, Tomo I; Editorial Jurídica; Tercera Edición; 1997; pp 314

consciente se ha entendido en Chile y en el extranjero en un plano subjetivo, pero se ha alejado la discusión relativo al nivel de riesgo. Por ende, lo relevante será si la persona confiaba evitar el resultado y no la probabilidad de concurrencia de dicho resultado. Entonces -y dando un ejemplo muy esclarecedor- aquella persona que se distrae un momento a cambiar el dial de la radio incurriría en el mismo grado de culpabilidad que aquel que conduce, por ejemplo, con los ojos cerrados en un lugar con afluencia de público creyendo que podrá evitar un accidente con sus habilidades al volante.⁴³ Como podemos observar, la no graduación de la culpa en materia penal, presenta resultados no queridos a la de apreciar el nivel de culpabilidad de un determinado sujeto. En este sentido, el ordenamiento intenta sobrellevar dicha limitante a través de otorgar al juez un cierto margen para la determinación de la pena del individuo, luego de la aplicación de las normativas propias de la determinación de la pena. Desgraciadamente ese margen resulta muy estrecho para poder solventar situaciones como la descrita anteriormente, haciendo entonces necesaria la creación de nuevas herramientas para poder solventar esto. Vale entender que, en dicho caso, ambas personas descritas en el ejemplo del profesor Winter —tanto aquel que cambia el dial de la radio como el que conduce con los ojos cerrados— recaen formalmente en la misma infracción de tránsito (manejar sin estar atento a las condiciones de tránsito) pero nos parece a todas luces cierto que no sería posible decir que ambos están en el mismo grado de diligencia a la hora de determinar su actuar.

4.24- Instituciones que rompen con el principio de Culpabilidad. En el siguiente apartado se pretende tratar alguno de las figuras que parecen ser relevantes para el estudio del alcance del principio de culpabilidad al manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones.

-Delitos calificados por el resultado: Una de las máximas más importantes que se deriva de la propia definición de culpabilidad es el principio de “no hay pena sin culpa”, que se manifiesta como la contraposición a la lógica del derecho penal objetivo, el cual podemos entender como aquel: “con arreglo al cual se castiga por el resultado ocasionado, independientemente de si su producción es o no reprochable al autor”⁴⁴. Hoy en día este concepto se encuentra ampliamente superado por lo que entendemos como derecho penal de culpabilidad. Pero no por eso no existirán casos en que la responsabilidad objetiva perdure en nuestra legislación. Precisamente, los delitos calificados por el resultado, resultan ser una de las manifestaciones más flagrante de la violación del principio de “no hay pena sin culpa”. Dentro de sus características, en este tipo de delito, al autor del mismo no

⁴³ Op. Cit. Winter y Castillo; Pag. 3

⁴⁴ Ibíd. Cury pág. 8

puede dirigirse reproche alguno por una circunstancia que ni siquiera fue previsible para él.⁴⁵ En este sentido, entenderemos que los delitos calificados por su resultado como aquellos tipos penales que, estableciendo una conducta dolosa o imprudente, establecen una sanción más grave para el caso en que se produzca un resultado determinado. En este caso la sanción más grave se produce cuando el resultado es aquel previsto por la ley, sin la consideración si es que este fue previsto por su autor, e incluso en los casos en que fuese imposible la previsibilidad del mismo. En este sentido, podríamos decir que existen casos en que se preside incluso de la culpa y el dolo. El caso más emblemático de este tipo de delito lo podemos encontrar en el artículo 372 bis CP que regula la violación seguida por la muerte bajo la siguiente lógica: *“El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado”*

-Institución “*Versari in re illicita*”: Según variada doctrina, esta institución presenta violaciones aún más radicales al principio de culpabilidad que aquellas explicadas anteriormente en los delitos calificados por su resultado. Esta institución se puede entender en el caso que una persona que se ocupa de algo ilícito, responde a la vez por todas las consecuencias derivadas de dicha ocupación, sean o no previsibles para el individuo.⁴⁶ Esto responde a uno de los primeros argumentos que se presentan para justificar esta institución, que a todas luces parece una transgresión al principio de “no hay pena sin culpa”. Para ser más gráficos, Etcheberry lo plantea con un ejemplo algo extremo: “Si alguien se pasea en un automóvil robado, con toda prudencia y observancia de los reglamentos, y atropella a alguien, debería responder por la muerte de este”⁴⁷. Otro de los argumentos que se utilizan para poder justificar esta lógica, es intentar demostrar que el resultado en cuestión no sería “absolutamente fortuito”. Así en el ejemplo anterior, alguien que roba un automóvil, aun respetando todas las normas de tránsito debería representar que existe la posibilidad de que, aun así, dado los riesgos propios del tráfico de rodados, pueda atropellar y matar a alguien.

En la legislación chilena existen ciertos antecedentes normativos que valen la pena analizar a la hora de tratar esta institución. Particularmente hablamos del artículo 10 N°8 del CP conocido como la “exención de responsabilidad por caso fortuito”, la cual establece: “Están exentos de responsabilidad criminal; N°8: El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente” , este artículo lo debemos analizar en relación al artículo 71 del CP, el cual agrega que “cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del N°8 del Artículo 10 para eximir de responsabilidad, se observara lo dispuesto en el artículo

⁴⁵ Ibíd. Cury Pag. 9

⁴⁶ Etcheberry Alfredo; “Derecho Penal” Parte General, Tercera Edición; Editorial Jurídica; 1997; Santiago; Pag: 328.

⁴⁷ Ibíd. Etcheberry Pag. 329

490” Este último artículo (490) establece que, en caso de haber sido dañada una persona, se sancionara a título de cuasidelito. Ante esto, se debe considerar que para que correcta configuración de esta institución deben al menos existir los siguientes requisitos:

- a- Ocuparse en un acto lícito
- b- Hacerlo con la debida diligencia
- c- Causar un mal por mero accidente.⁴⁸

La forma de interpretar estas normas, particularmente el artículo 71, ha tenido una serie de desarrollo doctrinal. Por una parte, se planteó que en caso que faltase cualquiera de los requisitos por parte del autor, o sea, se ocupase en algo ilícito, pero con diligencia, y aun así se produjeran daños, se debería sancionar como autor de cuasi delito. Otra parte de la doctrina, explica que en caso de no cumplirse el primer requisito (ocuparse en un acto lícito), no se debería siquiera aplicar el artículo 71, y se debería pasar directamente a condenar como delito (aquí tendríamos una aceptación completa del *versari in re illicita*). Finalmente, otros autores⁴⁹ opinan que solo cabe imponer la penalidad del art 490 (esto es, la aplicación de una pena relativa al cuasidelito) cuando haya existido verdaderamente imprudencia temeraria y daño para las personas, dado que el artículo 71 ordena aplicar lo dispuesto en aquel, y precisamente allí la punibilidad aparece condicionada a la existencia real de imprudencia temeraria. Con esto, podríamos fundamentar finalmente, que, en consideración a las normativas penales expuestas, la institución del *versari in re illicita*, no tendría aplicación en nuestro ordenamiento, al menos como un principio o regla que informe el actuar del derecho penal en sí. Esto, por supuesto, es debatible en el sentido de poder encontrar dentro del análisis del Derecho Penal especial, ciertas figuras donde al parecer se toma esta institución como guía a la hora de tipificar ciertas situaciones que parecen tergiversaciones del principio de culpabilidad como lo hemos caracterizado.

4.25- Análisis de la ley Emilia a la luz del principio de culpabilidad. Como hemos expresado, el principio de culpabilidad tiene significación en medida que importa una limitación a la facultad de castigar del Estado, en este sentido, este análisis se centrara en como este principio debería manifestarse como el límite superior de la pena. A su vez se trataran diversos problemas relativos a las escasas herramientas que nuestro ordenamiento entrega para diferenciar la subjetividad del autor y que pueden ocasionar graves consecuencias que tendrán manifestaciones directas tanto en el principio de culpabilidad como en el de proporcionalidad. Finalmente revisaremos como las falencias en la técnica legislativa con el cual se regula el manejo en estado de ebriedad genera

⁴⁸ *Ibíd.* Etcheberry pág. 329.

⁴⁹ Como por ejemplo el profesor Novoa

problemas que trascienden su mera aplicación y llegan a influir en el límite establecido por la culpabilidad.

Muchos de los problemas que se generan en el manejo en estado de ebriedad dicen relación con la forma en como este se encuentra regulado. La forma legislativa consiste en establecer –como ya hemos escrito- un delito de peligro abstracto (manejo en estado de ebriedad) para posteriormente establecer una pena más calificada en caso que el resulte la muerte o lesiones de un individuo. Esto genera problemas a la hora del análisis de la subjetividad del autor, que solo resultara relevante en medida que su actuar –doloso– se genera al momento del manejo en estado de ebriedad y no en la producción misma de la muerte o lesiones graves, haciendo entonces que el estado mental, culposo o doloso, sea irrelevante al momento posterior a la toma de la decisión sobre manejar en estado de ebriedad pasando dicho análisis al momento anterior a la hipótesis más calificada que según parece justifica la alta pena. En otras palabras, el análisis de la culpabilidad se retrotrae al momento en que el autor decide si manejar en estado de ebriedad o no, y el resultado posterior, a todas luces más relevante que el peligro generado por el manejo en estado de ebriedad, no es analizado, haciendo que el estado mental respecto a ese resultado –muerte o lesiones– sea irrelevante por la forma en cómo se legisla dicho tipo. Esto tiene como consecuencia una peligrosa cercanía con dos figuras que explicamos anteriormente, el *versari in re illicita* y los delitos calificados por el resultado, que, como ya mencionamos son figuras que presentan o bien como excepciones al principio de culpabilidad o de plano, se manifiestan como contrarias al mismo.

Aun así, el problema referente a la convergencia de este tipo penal con el principio de culpabilidad no se detiene en el mero análisis de la forma o técnica legislativa con la cual este se encuentra regulado. Dadas las escasas herramientas para poder diferenciar los diversos tipos de culpa –tema expuesto en el apartado 4.23– las problemáticas referentes a como calificamos el actuar de una persona serán obviadas incluso si el análisis se realizase de forma posterior al momento de decidir si se maneja en estado de ebriedad. Como se puede apreciar, el problema expuesto manifiesta una problemática de mayor profundidad que aquello solo relativo al manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones. En el ejemplo expresado en el apartado anterior, en el cual se igualaban los niveles de culpa de un individuo que se distraía –a cambiar el dial de la radio y otro que voluntariamente cerraba sus ojos confiando solamente en sus habilidades al volante para evitar un accidente– ambos casos no representan un nivel de imprudencia similar o siquiera comparable y aun así, ambos podrían ser tratados bajo el mismo nivel de “culpa” Esto se generaría por la inexistencia de ciertos elementos diferenciadores en nuestro ordenamiento penal, que hacen difícil diferenciar los diversos grados de culpa que presenta un individuo en su actuar negligente, igualando muchas veces dichos actos a un mismo nivel de culpa. Como consecuencia se genera una

inadecuada representación de la culpabilidad del autor, que perfectamente puede generar que no se respete el principio de culpabilidad como límite máximo de la pena. En otras palabras, ciertas situaciones donde el ordenamiento no pueda calificar adecuadamente la culpabilidad, generaran como consecuencias penas que superaran el límite de la culpabilidad del individuo, rompiendo con el principio de culpabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, es que se genera una relación entre el principio de culpabilidad y proporcionalidad. Aunque en este trabajo analizaremos separadamente ambos principios, la incapacidad de representar adecuadamente la culpabilidad del autor en diversos casos de negligencia genera que se rompa la proporcionalidad de la pena, que es precisamente representativa de la culpabilidad del autor del delito. En este sentido, si la representación de la culpabilidad falla, es altamente probable que existan casos donde la proporcionalidad de la pena frente al actuar de un individuo también sea vulnerada como principio limitador.

4.26 La inconstitucionalidad por vulneración al principio de culpabilidad.

A diferencia de los diversos conflictos que he planteado en el análisis del principio de culpabilidad, y que dicen relación con un problema más profundo de nuestro sistema penal y que, a la vez, orienté en relación a un caso hipotético de cuasidelito de homicidio —considerando este como el caso genérico a nuestro estudio—, los argumentos de la parte recurrente frente al Tribunal Constitucional se vuelcan a la inconstitucionalidad por violación al principio de culpabilidad de los artículos 195 y 195 bis de la ley 20.770, o sea, aquellos que regulan la omisión de auxilio a la víctima y la negativa o retardo en los exámenes relativos a determinar la presencia de drogas o alcohol. En este sentido, ambos delitos, entendidos como autónomos y objetivos, se configurarían con independencia de la existencia del cuasidelito de homicidio, y según la parte recurrente, se establecerían meras actuaciones como figuras ilícitas que no atienden a los criterios de dolo o culpa, basándose en una presunción de querer huir u ocultarse. Prosigue dicha argumentación basándose en que, dada la autonomía de los delitos del 195 y 195 bis, en caso de que se acogiera un —pendiente— recurso de nulidad declarando que no hubo cuasidelito de homicidio, se mantendría la condena por estos hechos.⁵⁰

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación fijando los parámetros del principios de culpabilidad en el artículo 19 N°3 de la CPR, entendiéndose que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal” del mismo modo, fija que dentro del “principio de culpabilidad” pueden incluirse diversos límites al ius puniendi —sin especificar cuáles— pero que todos estos tienen

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2983-16-INA. Pag. 5

como factor común un requerimiento de diversas exigencias que condicionarían la posibilidad de que pueda “culpase” a alguien sobre un determinado hecho, exaltando entonces la presunción de inocencia y la necesidad de prueba. En este sentido, el Tribunal Constitucional concluye rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en base a una vulneración al principio de culpabilidad dado que los argumentos esgrimidos sobre los artículos 195 y 195 bis de la ley 20.770 presentan un conflicto relativo a la forma de calificación de la configuración del tipo penal. Conflicto que debe ser tratado por el juez de fondo, y por ende, escapa a las potestades del Tribunal Constitucional.⁵¹

Vale mencionar el voto disidente del Ministro Letelier, quien opta por aceptar los argumentos referentes al principio de culpabilidad con referencia a los artículos 195 y 195 bis. Inicia su explicación diciendo que dichos artículos se presentarían discordancia con el principio de presunción de inocencia, contemplado en el artículo 19 N°3 de la CPR. Al respecto, argumenta que dicho principio —que formaría parte de la lógica de culpabilidad— trasgrede el justo derecho que tiene toda persona a no auto incriminarse, derecho que no solo se corresponde con la posibilidad de guardar silencio por parte del -eventual- acusado, sino que a cualquier otra conducta u omisión que pueda orientar una eventual auto incriminación. Por otra parte, argumenta que el art 195 presenta un delito de omisión que se manifestaría como una violación al non bis in ídem, dado que en caso de suceder un “accidente”, el individuo puede tanto escapar —incumpliendo el mandato del 195 de detenerse, ayudar y dar cuenta a la autoridad— o cumplir con el mencionado artículo, pero que, en el contexto del hecho, son acciones que derivan del mismo hecho —el “accidente—.⁵²

4.3- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

4.30- Introducción al concepto de proporcionalidad: Durante todo este documento hemos analizado un delito que mantiene ciertas particularidades. El manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves, en sí mismo resulta ser un tipo que normalmente se configura bajo la lógica de una grave negligencia, y que, aun sin contar con intención efectiva de inferir daños, acepta dicha posibilidad y se concretiza con el mayor daño que puede producirse a un ser humano, como es el caso en que se produzca la muerte de este. En esta lógica, la pena aplicable, dentro de todas las críticas que he sostenido —y que seguiré sostenido en medida que el análisis se encuadre en dicha lógica— debe manifestar concordancia, tanto en sí misma como con respecto al resto del ordenamiento. En este caso, dicha coherencia se refiere particularmente a aspectos

⁵¹ Los argumentos expuestos corresponden a la misma sentencia citada anteriormente. Rol 2983-16-INA. Págs. 12-13

⁵² Óp. Cit. Pág. 28-30

cuantitativos de la pena, o sea, que tan intensa es la misma. A su vez, tiene estricta relación con el nivel de reprochabilidad de la conducta. Así por ejemplo, la pena del delito de robo, que protegería un bien jurídico relativo a la propiedad de un determinado bien, no podría tener una pena mayor que el delito de homicidio –en cualquiera de sus tipos– que protege el bien jurídico relativo a la vida del ser humano, que sin duda, presenta un mayor importancia tanto para la sociedad como para el ordenamiento jurídico a la hora de ponderar ambos bienes.

No es menor dicho análisis, considerando el contexto mismo en que nace la Ley Emilia. Resultaba evidente la necesidad en dicho momento de enviar un mensaje potente a la ciudadanía sobre un tema se ha normalizado en nuestra sociedad. Es notorio que, posterior a feriados de fiestas patrias o año nuevo, exista un triste balance de muertes producto del tráfico de rodados en los diferentes medios de comunicación, pero que hoy no alcanzan para nada más. En cualquier otra actividad, la muerte de 20 o 30 personas asociadas a una determinada actividad resultaría propio de una portada diario, excepto en el caso del tráfico de rodados. Se asume el riesgo y al ser consecuencia de muchos actos aislados, se despotencia su importancia entre ellos mismos.

Hemos hablado ya sobre la culpabilidad y otros elementos que compondrán la lógica de cómo se comporta este delito, pero el principio de proporcionalidad se adentra directamente en la pena establecida para el mismo, tocando diferentes y variados ámbitos dentro de esta como lo son: su coherencia con el sistema, su función como pena y la forma en cómo responde el derecho penal ante una situación fáctica que podría necesitar una nueva regulación.

En base a dicha lógica es que hoy en día el derecho penal debe alejarse todo lo posible de la ley de Talió para acercarse a un paradigma propio de los derechos más modernos. Donde la pena no busca la venganza sino atacar un problema social y rehabilitar a aquellos que hoy en día son marginados por la sociedad. La gran pregunta que aquí se debe responder, dice relación con la lógica de la pena dentro del ordenamiento, pero por sobre todo, la gravedad de la misma imposición de este mal –pena-, ante otro mal –delito-.

4.31- Definición y alcance del contenido del Principio de Proporcionalidad: Según el profesor Hernán Fuentes Canales, podríamos establecer que la proporcionalidad se entendería como aquella que “predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)”⁵³ Por su parte, debemos entender que el Estado debe reacción frente a un ataque efectuado a bienes jurídicos relevantes. Lo transcendental de dicha reacción es que esta

⁵³ Fuentes Cubillos Hernán; “El principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal: algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena” Revista Ius Et Praxis; año 14, N° 2; pag.19.

debe ser concordante con la gravedad del hecho injusto cometido, en este sentido, el principio de proporcionalidad viene a informar a las normas de graduación de la pena.⁵⁴

Resulta evidente que el principio de proporcionalidad tiene una aplicación concreta al momento de determinar la pena. Es en dicha instancia donde podemos ver con mayor claridad su injerencia en la normativa nacional como también lo es en el momento relativo a la determinación por parte del poder legislativo de un determinado marco de sanción penal. Es en dicha instancia donde 3 elementos pasan a tomar trascendental importancia: (1) la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, (2) la intensidad del reproche de la conducta a su autor y la (3) nocividad social del comportamiento”⁵⁵

Siguiendo estos elementos, analizaremos brevemente como se fundamentan estos factores:

- 1- La magnitud de la lesión del bien jurídico protegido: Elevar la protección de un bien jurídico al derecho penal, debe mantener una relación directamente proporcional con la consecuencia de trasgredir dicha protección. En otras palabras, con la sanción. Por ende, ante mayor es la importancia que se le dé a dicho bien jurídico, mayor será la sanción. Y viceversa. Esto a su vez debe considerar otros factores de trascendental importancia como lo es el “fin de la pena”
- 2- La intensidad del reproche de la conducta a su autor: En una lógica necesariamente ligada al principio de culpabilidad, se plantea que la proporcionalidad debe considerar la intensidad del reproche que merece el autor por su conducta. Siguiendo entonces la misma lógica anterior, en una relación directa, a mayor reproche, mayor sanción.
- 3- La nocividad social del comportamiento: Finalmente, la proporcionalidad considera el delito no como un hecho aislado que se limita a la interacción entre un bien jurídico lesionado y la eventual sanción, sino que dicha interacción que corresponde a una desobediencia de mandatos jurídicos conlleva un mensaje social que – eventualmente- debería generar, en el grueso de la población, una cierta inseguridad. Dicha inseguridad también debe ser tomada en cuenta en el momento de determinar la pena. Esto en directa relación con la llamada “prevención general” como fin de la pena.

Recapitulando, podemos observar que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad tiene su principal injerencia en aquello relativo a la determinación de la pena y a su vez, mantiene una relación muy cercana con otros principios (culpabilidad y lesividad).

⁵⁴ *Ibíd.* Naquira (2008) pág. 22

⁵⁵ *Ibíd.* Garrido Montt (1997) pág. 49

La injerencia de este principio la podremos ver –en concreto– en dos instancias. En primer lugar en el ámbito relativo al legislador, en como este crea y determina los márgenes normativos referentes a la pena y en segundo lugar, en aquello referente a informar al juez, dado que es este el que en concreto (aunque siguiendo todas normativas legales de determinación que encontramos en el código penal) establecerá a que pena en específico dentro del margen legal, se someterá a un determinado individuo.

4.32 Análisis de la Ley Emilia a la luz del principio de proporcionalidad.

Tal como he mencionado en el numeral 4.41, el principio de proporcionalidad se podría dividir en dos subprincipios. Aquel conocido como proporcionalidad abstracta, que versa sobre la individualización legal de la pena, en otras palabras, la determinación legislativa previa al delito mismo que encuadra la pena en un determinado marco. Y aquel relativo a la proporcionalidad concreta, que se corresponde con las diversas normas imperativas orientadas hacia el juez.

Resulta evidente que la proporcionalidad, manifiesta una conexión necesaria con la pena. Tanto en una faceta cuantitativa de la misma, como en los elementos propios de su composición y determinación. Es en estos puntos donde nos detendremos.

En Chile, el sistema de determinación de la pena tiene un carácter de legal y relativo, en el cual se ha establecido un marco general y abstracto para determinar las consecuencias jurídicas aplicables para cada delito. Actividad que es exclusiva y excluyente del juez.⁵⁶ Así, en nuestro ordenamiento (y adentrándonos en lo que sería materia de la proporcionalidad concreta) el ámbito de determinación de la pena queda bastante restringido por una serie de normas jurídicas que a la vez funcionan como garantía para el imputado dentro del ordenamiento. El hecho de la existencia de normas y reglas a las cuales el juez debe obedecer para determinar la pena, que se encuentran entre los artículos 50 y 78 del CP, funcionan como una garantía general para todo el ordenamiento, y a la vez como una manifestación del principio de proporcionalidad y del principio de igualdad en nuestro ordenamiento. Todas las penas deberán pasar por el mismo método de determinación, haciendo entonces que el juez no pueda hacer valer –de manera trascendente– alguna apreciación de valor subjetiva que dicte relación con la intensidad de la sanción penal en un caso específico. A su vez, estas normas, de carácter imperativo para el juez representan una evidente manifestación del principio de proporcionalidad concreta, y a su vez, informan cómo deben calcularse la intensidad de la pena bajo normas que regulan la forma de graduación de la reprochabilidad de un determinado

⁵⁶ *Ibíd.* Fuentes Cubillos Hernán; pág. 34.

acto típico o de las circunstancias que rodean al mismo. En este sentido, esta norma actúa en dos frentes contrapuesto. En primer lugar como garantía, de que el juez no tendrá las facultades de penar de manera desproporcionada –ya sea bajando excesivamente o ampliando excesivamente– un determinado delito dado que, en su fuero interno, dicho acto representa un disvalor mayor que aquel observado por la ley, y por otro lado esta restricción no le permitirá al juez ampliar o restringir la pena por su propio arbitrio cuando el caso en concreto así lo determine, teniendo que ceñirse a las reglas relativas de las agravantes y atenuantes de nuestro ordenamiento.

En este contexto, analizaremos los cambios relativos a la ley 20.770 en dos aspectos. Primero en aquellos relativos a la modificación en la forma de determinación de la pena. Y en segundo lugar, en aquellos relativos a la forma en cómo se modifica cuantitativamente la pena del delito de manejo en estado de ebriedad cuando se causa muerte o lesiones y comparativamente como se encuadra con el resto de ordenamiento.

- 1- Modificaciones de la forma de determinación de la pena: En este ámbito debemos retroceder al artículo 196 bis de la Ley Emilia, el cual establece: “Para determinar la pena en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y, en su lugar, aplicará las siguientes reglas: (...)” Y a la vez el artículo 196 ter del mismo cuerpo legal: “Artículo 196 ter.- Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.” Anteriormente hemos planteado que ciertas reglas de determinación de la pena funcionan como mandatos y a la vez garantías dentro del proceso penal. En primer lugar el análisis del artículo 196 bis de la ley 20.770, nos informa de una modificación de dichas normas, haciéndolas inaplicables en los casos referentes al tipo que ahí se regula. En segundo lugar, el artículo 196 ter, hace inaplicable, como mencionamos en capítulos anteriores, las normas de la ley 18.216 que regula las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad.
- 2- Aumento de las penas del delito de manejo en estado de ebriedad cuando este cause muerte o lesiones graves: Como hemos analizado anteriormente, en el caso del delito de lesiones del art 397 N°1 del CP la ley Emilia establece como pena el presidio menor en su grado máximo, sin aumento de la pena, y manteniendo un grado inferior al delito —doloso— de lesiones. En el caso de que el manejo en estado de ebriedad produzca muerte, la ley 20.770

aumento las penas, constituyéndose en este caso en el marco entre presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En lo referente a la proporcionalidad debemos preguntarnos ¿Cuándo una norma es o no proporcional? Esta interrogante resulta clave para nuestros fines. ¿Cómo podemos determinar que la ley 20.770 cumplió con mantenerse coherente con el principio de proporcionalidad a la hora de modificar la forma de determinación de las penas y la pena en sí misma en este tipo? Para responder esto debemos analizar el contexto.

Al analizar los diferentes tipos penales, podemos ver que las penas pasan a ser una forma en la que podemos determinar la importancia que el legislador le asigna a cada uno. Así el delito de hurto del art 446 será castigado con multa de presidio menor en su grado medio a máximo si recae en el valor de la cosa no supera las 40 UTM y bajara su pena en medida que la cosa baja de valor o subirá si aumenta su valor llegando al presidio menor en su grado máximo en su caso más calificado. Por otro lado el parricidio, uno de los tipos más graves del ordenamiento mantiene penas altísimas, que van desde el presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. ¿Qué nos dice esto? Que la pena pasa a ser una especie de “moneda de cambio” del derecho penal, con la cual podemos darnos una idea de que tan importante es para el legislador el resguardo de determinados bienes. ¿Y qué sucede con la ley 20.770? Primero analicemos el caso en que se produzca la muerte. El homicidio –doloso- simple, tiene una pena asignada de presidio mayor en su grado mínimo a medio, con los cambios de la ley 20.770, el caso de producir la muerte manejando en estado de ebriedad –delito culposo- mantiene una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Con esto vemos una clara incoherencia que se manifiesta directamente como una transgresión al principio de proporcionalidad, dado que el delito de manejo en estado de ebriedad que causa muerte –delito culposo– pasa a sobreponerse, en lo referente a su marco penal, al delito de homicidio –doloso– cuando una situación coherente nos llevaría a concluir que el primero debería estar en el eslabón inmediatamente inferior al del homicidio simple. Si a esto le agregamos las normas modificatorias de la forma de determinar las penas y el artículo 196 ter⁵⁷, tenemos que mínimo ese individuo tendrá un año de pena efectiva y un tratamiento muy distinto en lo referente a las atenuantes que normalmente se constituirán en este caso, como lo son la irreprochable conducta anterior. Ante esto, no sería complejo encontrar situaciones donde el delito de homicidio mantenga –en concreto– una pena inferior que el caso de aquel que matase a otro manejando en estado de ebriedad.

⁵⁷ Art 196 ter de ley 20.770. “Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.”

La complejidad de esto, no solo recae en la transgresión al principio de proporcionalidad en sí mismo, sino también en la incoherencia que genera con respecto al resto del ordenamiento jurídico penal.

4.33 La inconstitucionalidad por vulneración al principio de proporcionalidad

Siguiendo la misma metodología que en el caso del análisis de la eventual inconstitucionalidad por vulneración al principio de culpabilidad, daremos un vistazo a los argumentos que se dieron para el caso de la proporcionalidad y la forma y criterios que tomo la sentencia del Tribunal Constitucional. En este caso, el recurrente –por inaplicabilidad– argumenta de forma bastante variada con respecto a la vulneración de este principio. Esto se podría resumir de la siguiente forma.⁵⁸

- 1- La aplicación de la sanción penal relativa a los artículos 195 y 195 bis, que la parte considera independientes y desligados al hecho basal -cuasidelito de homicidio- tendría lugar incluso en el caso en que se declarara la nulidad del cuasidelito de homicidio. Esto, argumenta la parte recurrente, vulneraría el principio de proporcionalidad.
- 2- Por otro lado, la parte recurrente reconoce a los hechos descritos por los artículos 195 y 196 bis como meras actuaciones basadas en presunciones de querer huir u ocultarse, sin mediar examen referente al dolo o culpa del autor de los mismos. Esto generaría que dicho individuo sea sometido a un régimen de responsabilidad objetiva que vulneraría el principio de igualdad de la ley y el principio de proporcionalidad.
- 3- Con respecto al art 196 ter que impide la aplicación de beneficios alternativos al cumplimiento de la pena, argumenta que esta sería una clara vulneración al principio de proporcionalidad, como también a la igualdad ante la ley y al debido proceso, dado que podría darse el caso en que se deba cumplir sanción efectiva de privación de libertad incluso en situaciones aun en ausencia de lesividad y sin la debida carga que aporta la prueba del dolo y la culpa.⁵⁹

Al respecto, el Tribunal Constitucional⁶⁰ empezara determinando el principio de proporcionalidad en sentido amplio, diciendo que éste busca que la intervención pública sea susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva y en sentido restringido al decir que es una intervención ponderada o equilibrada por derivarse de aquella

⁵⁸ Ibid Sentencia Rol 2983-16-INA. Pags 12-13

⁵⁹ Todos estos argumentos en: Ibid. Sentencia Rol 2983-16-INA. Pags 4-6

⁶⁰ Ibid. Sentencia Rol 2983-16-INA.

más beneficiosa al interés general.⁶¹ Del mismo modo reconoce que la doctrina destaca la presidencia del acto sancionador si se logra el fin propuesto, el establecimiento de criterios para determinar el perjuicio y la adecuación de dicho perjuicio para el logro del objetivo como elementos de este principio. A su vez, reconoce que este principio no tiene mención explícita en la CPR, pero que, aun así, se encuentra incorporado dentro del Estado de Derecho. Finalmente, reconoce que el legislador posee amplias facultades para modificar las normas relativas al aumento de las normas en beneficio de un determinado bien jurídico —la seguridad vial en este caso— mientras se respete el *nom bis in ídem*. Por esta última argumentación el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento de inaplicabilidad con respecto a los artículos 195 y 195 bis, dado que considera al legislador, pleno de capacidad de modificar y regular su propia política criminal mientras respete los principios que la CPR vela.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional acepta la exclusiva competencia del órgano legislativo para la determinación de las penas, pero asume como propia la competencia de determinar si el marco penal creado se corresponde con los fines constitucionales lícitos.⁶² Del mismo modo, y entrando directamente a realizar afirmaciones mucho controversiales, el Tribunal Constitucional estima que una política criminal basada en hechos incriminatorios carece de una base empírica, choca con el Estado de Derecho y a la vez resulta ineficiente.

Es precisamente en sentido con lo expresado en el último párrafo, que el TC comienza a realizar la argumentación más relevante de este fallo. Ya sosteniendo que los artículos 195 y 195 bis no presentarían cuestionamientos a nivel constitucional, la argumentación se basará netamente en el artículo 196.

Al respecto, el TC inicia argumentando que la determinación de una pena aplicable a un hecho punible no puede verse de forma separada al sistema legal. Del mismo modo, recalca que las penas sustitutivas de libertad no constituyen un beneficio. Tienen el carácter de “pena”, y la aplicación de penas privativas de libertad en un Estado democrático tienen un carácter de último recurso, y que precisamente esto, limitaría al legislador a la utilización de dichas penas. Que, en consecuencia, la norma que suspende la aplicación de las penas sustitutivas por un año -art 196- sería desproporcionada, en cuanto no cumpliría con los fines propios de reinserción social, y protección de la víctima, para lo cual el tribunal estimaría como suficiente la suspensión de licencia. Del mismo modo, el TC estima que los fines de la pena, de característica retributivos, se ven empañados en casos en que la ejecución de la pena plantea fines netamente represivos.

⁶¹ El propio Tribunal Constitucional toma esta definición desde Barnes Javier: “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario” en Revista de Administración Pública N°135, 1994.

⁶² En dicha lógica, toma como ejemplos el art 19 N°1 en lo relativo a los “apremios ilegítimos”

Para poder sustentar dicha afirmación el TC pasa a determinar y trabajar ciertos subprincipios claves que, en una concurrencia copulativa sustentan las bases de las medidas cautelares.

- 1- Adecuación o idoneidad de los medios: se refiere a la adecuación de los medios con el fin a coincidir con ellos. Por ende, cualquier norma restrictiva debe ser idónea con la finalidad
- 2- Necesidad: Dice relación con que la medida restrictiva sea indispensable con la conservación del derecho y no sea posible sustituirla por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa.
- 3- Proporcionalidad en sentido estricto: Este subprincipio dice relación con ponderar una relación costo-beneficio entre los medios que utilizara el legislador y los efectos que tendrá en las personas

Con esta base, concluye el TC, que debe determinarse que toda medida sustitutiva de pena privativa libertad debe entenderse como parte del fin de resocialización de la misma. Por ende, el legislador no puede mandar al juez, a posteriori —como es este caso— a la imposición de un cumplimiento efectivo en caso que el juez determinase una pena sustitutiva. Dado que esto vulneraría la propia naturaleza de dichas pena, y los principios de proporcionalidad en la aplicación de las penas, y la no discriminación con respecto a otros ilícitos. Por ende, se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la segunda parte del inciso segundo del artículo 196.

5.0 CONCLUSIONES

Los últimos cambios legislativos en materia penal, particularmente aquellos orientados a regular una gran cantidad de actos delictuales cometidos por la población, debieran ser una prioridad para académicos y legisladores. La rigurosidad de estos últimos resulta una exigencia intransable a la hora de legislar temáticas como la que acabamos de analizar. Al mismo tiempo urge determinar cuál será el rumbo que el derecho penal tomara y como la sociedad misma ve su actuar reflejado en los tribunales de justicia. Si realmente el derecho penal es una rama que se identifica como un “derecho de principios” es necesario que fijemos nuestra atención a que los cambios legislativos, y que las propias leyes vigentes hoy sean una clara manifestación de esta afirmación. No es menor que el propio derecho penal deba ser el más cuidadoso a la hora de ser regulado, dado que sus consecuencias representan el actuar más violento y extremo que el propio Estado puede realizar. Si

es que en algún lugar las garantías y límites establecidos por los principios reguladores de las diversas ramas del derecho deban ser observados desde cerca, es precisamente en el derecho penal. Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, la ley 20.770 conocida como Ley Emilia, se constituye como un interesante caso de análisis relativo a como la técnica legislativa y la no adecuación a un estándar mínimo de coherencia con el sistema penal se aprobó con escasa oposición y sin tomar en cuenta las voces de alarma que se levantaban desde la academia. En este sentido, debo aclarar que creo que es necesaria una nueva legislación sobre el tema. No podemos obviar que el manejo en estado de ebriedad resulta un problema evidente especialmente en situaciones tan trágicas como en el caso de que este genere la muerte de un individuo, pero en este sentido es donde se debe legislar basándose en elementos estadísticos y tomando en cuenta una amplia gama de factores. En dicho sentido, abordar este tópico desde la única óptica del derecho penal, parece más una manifestación de populismo que una que se encuentra efectivamente comprometida con solucionar una problemática existente. Y es que es necesario comprender que bordea la irresponsabilidad pretender que la sola aplicación del derecho penal solucionara un problema con tantas aristas, que en sí mismo no debe ser tomado en primera instancia por el mismo, ni menos analizado solo en la óptica de este. En este sentido es necesario crear conciencia en abordar temas sociales primero, de manera íntegra y no convertirlas solamente en problemas que se abordan desde el derecho penal, el cual debiese estar reservado para una última instancia. Del mismo modo, en los próximos años resultara necesario tomar especial precaución con la forma en como la proporcionalidad de las penas está siendo tratada hoy en día, y es que al parecer se está considerando a la cárcel como una necesidad a la hora de mostrar resultados, cuando la verdadera consecuencia del sistema penal no debería ser el castigo del individuo, sino su rehabilitación.

BIBLIOGRAFIA.

- 1- Matus Acuña, Jean Pierre; ¿Populismo Penal en Chile? Apunte a propósito de la fallida Ley Emilia; Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales; Vol. II; N°4; 2013.
- 2- Matus Acuña, Jean Pierre; Legislación Penal Vigente en Chile; Tomo I; Abeledo Perrot; 2012.
- 3- Matus Acuña, Jean Pierre; Código Penal Sistematizado con jurisprudencia; Legal Publishing Chile; 2015.
- 4- Etcheberry, Alfredo; Derecho Penal: Parte General; Tomo I; Tercera edición; Editorial Jurídica; 1997.
- 5- Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal: Parte General; Tomo II; Segunda Edición; Editorial Jurídica; 1997.
- 6- Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal: Parte General; Tomo I; Segunda Edición; Editorial Jurídica; 1997
- 7- Balmaceda Hoyos, Gustavo; Consideraciones Imputación Objetiva en Delitos de la Ley de Transito; Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal; Relevancia Jurídica del Trafico Vial; Legal Publishing; Edición 2014
- 8- Caballero Brun, Felipe; Problemas de Imputación en el Delito de Conducción en Estado de Ebriedad Causando Muertes y Lesiones; Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal; Relevancia Jurídica del Trafico Vial; Legal Publishing; Edición 2014
- 9- Maldonado Fuentes, Francisco; Consideraciones sobre la producción de resultados de riesgo general o de una multiplicidad de resultados a partir de la ejecución de una sola conducta delictiva en el Derecho Chile. A propósito del tráfico de rodados; Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal; Relevancia Jurídica del Trafico Vial; Legal Publishing; Edición 2014
- 10- Matus Acuña, Jean Pierre; Ley Emilia; Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal; Relevancia Jurídica del Trafico Vial; Legal Publishing; Edición 2014

- 11- Van Wessel, Alex; Solidaridad en el Trafico Motorizado: El delito de omisión de auxilio en el caso de accidente; Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal; Relevancia Jurídica del Trafico Vial; Legal Publishing; Edición 2014
- 12- Silva Silva, Hernán; El Delito de manejar en Estado de Ebriedad: Aspectos penales, criminológicos y médicos legales; Revista de doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; Editorial jurídica; 2010.
- 13- Contreras Arce, Luis Felipe; Comentarios al proyecto de ley denominado “Emilia”, que aumenta las penas del delito de conducción de vehículos motorizados en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas o muerte, Revista Chile de Derecho y Ciencias Penales, Vol. II; 2013; N°3
- 14- Cabezas Cabezas, Carlos; Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro. Revista de derecho de la Pontifica Universidad de Valparaíso; XXXIV, Valparaíso, Chile; 2010.
- 15- Matus Acuña, Jean Pierre; Proyecciones Históricas de la Nueva “Ley Emilia”; Revista de Ciencias Penales Sexta Época; Vol. XLI; N°3; 2014.
- 16- Bustos Ramírez, Juan; El Delito Culposo; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1995
- 17- Garrido Montt, Mario; Derecho Penal Parte General; Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; 3° Edición; Santiago.
- 18- Hernández Basualto, Héctor; “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad” en Revista de Estudios de Justicia; N°9, 2007.
- 19- Comisión Nacional de Seguridad de Transito; Accidentes de tránsito asociados a la presencia de alcohol 2012; en http://www.conaset.cl/wpcontent/uploads/2013/11/alcohol_total_2012.pdf
- 20- Fundación Paz Ciudadana; Análisis del proyecto de agenda corta anti delincuencia: Proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos. en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2016/05/analisis-proyecto-de-ley-agenda-corta-14-04.pdf>
- 21- Náquira, Jaime; “Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno” Revista electrónica de ciencias penales y criminológicas; Santiago; 2008

- 22- Godoy Alejandra Andrea; "Las Penas Mixtas de la Ley 18.216: modificada por la ley 20.603" Tesis para optar al grado de Magister; Santiago; 2015
- 23- Solari Peralta Tito: "Versari in re Illicita" Universidad Católica de Valparaíso; Visitado en www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/14/9
- 24- Cabezas Cabezas Carlos: "El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado" Revista de Derecho Coquimbo; Vol. 20; N°2; 2013; Coquimbo.
- 25- Fuentes Cubillos, Hernán: "El principio de proporcionalidad en el derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena" Ius Et Praxis; Vol. 14; N°2; Talca; 2008
- 26- Carnevali Rodríguez, Raúl. "Derecho penal como ultima Ratio: Hacia una política criminal racional" Revista Ius Et Praxis; año 14; N°1-13; Año 2008
- 27- INDH "Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Diagnostico del cumplimiento de los estándares internacionales de DDHH" Primera edición, año 2013, Santiago. Visitado en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Estudio%20general?sequence=4>
- 28- SENDA "El consumo de alcohol en Chile: Situación epidemiológica" Visitado en http://www.senda.gob.cl/media/estudios/otrosSENDA/2016_Consumo_Alcohol_Chile.pdf
- 29- Fernández Cruz José Ángel: "José Luis Diez Ripolles: "La racionalidad de las leyes penales" Revista de Derecho Valdivia; Volumen 18; N°2; Valdivia
- 30- Cabezas Cabezas Carlos; "Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol"; Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; XXXIV; 2010; Valparaíso

