

Santiago, dieciocho de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Con fecha 23 de diciembre de 2016, Nicolás Contreras Fernández, requiere a este Tribunal Constitucional que declare inaplicable por inconstitucional el artículo 196 ter, de la Ley N° 18.290, de Tránsito, introducido por la Ley N° 20.770, de fecha 16 de septiembre de 2014, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre de 2009.

Precepto legal cuya aplicación se impugna.

El texto del precepto legal impugnado dispone:

"Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley de Tránsito.

(...)

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.

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

Síntesis de la gestión pendiente.

El requirente, señor Nicolás Contreras Fernández, expone que se ventila en su contra ante la Corte de

Apelaciones de Temuco, recurso de apelación en razón de la condena dictada por el Juzgado de Garantía de Lautaro por la responsabilidad que pudo corresponderle en hechos ocurridos en septiembre de 2015, en que habría sido sorprendido por efectivos policiales conduciendo en estado de ebriedad un vehículo motorizado, cuestión que devino en la pérdida del control del automóvil, ocasionando lesiones graves gravísimas en su acompañante.

Por estos hechos fue sentenciado a, entre otras penas, tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, disponiéndose el cumplimiento efectivo de un año de privación de libertad por el adjudicador penal.

El recurso de apelación ya enunciado, se encuentra suspendido en su tramitación dada la decisión adoptada a dicho respecto por esta Magistratura.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

El requirente comienza enunciando que se está en presencia de una defectuosa legislación, dado que en la tramitación del proyecto de ley que introdujo el precepto reprochado, no fue consultada la Corte Suprema, ni fue efectuada la revisión necesaria por esta Magistratura.

Señala que las penas sustitutivas son compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que no constituyen un beneficio, sino que favorecen la reinserción social de los condenados, utilizando racionalmente la privación de libertad y protegiendo las víctimas.

Así, en un Estado democrático, el *ius puniendi* y las penas privativas de libertad deben ser tomadas siempre como último recurso. Por ello, la disposición que suspende la aplicación de penas sustitutivas por espacio de un año, resulta desproporcionada e inequitativa

respecto a personas condenadas, incluso, por delitos de mayor gravedad.

Refiere que los cuatro principios informadores de la pena en nuestro sistema jurídico, a saber, legalidad, proporcionalidad, resocialización y humanización, son transgredidos con la norma reprochada. Se desvían los fines de la pena, excediendo del ámbito punitivo el sancionar más allá de lo previsto por la ley en virtud del hecho punible.

Tramitación del asunto.

El requerimiento se acogió a tramitación a través de resolución de la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 5 de enero de 2017, según consta a fojas 48, oportunidad en que fue suspendido el procedimiento de la gestión en que incide y, previo traslado a las partes de la gestión pendiente, se declaró admisible en resolución del día 26 de enero del mismo año, a fojas 103.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados y a las partes de la gestión pendiente, fue evacuada presentación por el Ministerio Público, instando por el rechazo de la acción deducida.

Observaciones del Ministerio Público.

El Ministerio Público señala que la preceptiva observada se concentra en el inciso primero de la norma reprochada y no en el segundo, dado que ésta no contiene cláusula alguna relacionada con la suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva, sino que excluye la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.216, sobre anotaciones y registros prontuariales, remarcando la obligación de cumplir, en todo caso, con penas accesorias.

Así, el requerimiento no entrega fundamento alguno susceptible de ser juzgado en sede constitucional, acerca del inciso segundo, no vislumbrándose que su aplicación esté en juego en la gestión judicial pendiente.

Respecto del inciso primero del artículo 196 ter, el Ministerio Público solicita que ello sea resuelto conforme a derecho.

Vista de la causa y acuerdo.

Por resolución de 20 de febrero de 2017, a fojas 121, se ordenó traer los autos en relación, agregándose la causa para su vista en la Tabla de la Sesión de Pleno del día 30 de marzo de 2017, fecha en que se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar los abogados Juan Javier Jara Müller, por la parte requirente; y, Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público, conforme se certificó a fojas 126.

Con fecha 17 de abril de 2017 se adoptó acuerdo en la causa, cuestión certificada a fojas 127.

CONSIDERANDO:

A.- DILEMA CONSTITUCIONAL Y SU ANÁLISIS.

PRIMERO: Que se ha controvertido constitucionalmente sólo el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, en el sentido que se vulneraría los principios constitucionales de proporcionalidad, legalidad, dignidad humana e igualdad, al efecto de que sustituyéndose la pena de privación de libertad al acusado, al tenor de lo dispuesto en la Ley N°18.216, modificada por las leyes N°20.603 (27 de julio de 2012) y N°20.770 (17 de septiembre de 2014), la norma sustitutiva de la sanción efectiva es modificada por otra norma de sanción específica, haciendo en la práctica, que la norma de aplicación de cumplimiento

efectivo de años de prisión, genere una desviación de los fines de la pena, afectando de este modo las garantías constitucionales antes expresadas;

SEGUNDO: Que el derecho, junto con el reconocimiento de valores o principios, también establece prioridades entre ellos o -si se prefiere- realiza ponderaciones. Estos balances entre razones o motivaciones pueden ser introducidos por el legislador o ser el resultado de una práctica judicial reiterada de aplicación del derecho; pueden afectar a todo un sector o subsector del ordenamiento jurídico o simplemente a la regulación de ciertos casos genéricos contemplados en las reglas; pueden estar expresamente formulados o -lo que es más frecuente- hallarse implícitos en el derecho y aflorar sólo tras un razonamiento reconstructivo.

Así, nuestro análisis de las pretensiones del requirente será realizado sobre la base de juicios de prevalencia para el caso concreto esbozado en estos autos y teniendo presente, como lo afirma el considerando vigesimosegundo de esta sentencia que no corresponde al Tribunal Constitucional sustituir al legislador democrático en las valoraciones que lo llevan a formular la política criminal a menos que sobrepasen los baremos constitucionales;

B.- IGUALDAD ANTE LA LEY Y RACIONALIDAD.

TERCERO: Que, en relación al conflicto jurídico de autos, este órgano ha entendido que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que están en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto,

la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad" (sentencias roles N°s 28, 53 y 219);

CUARTO: Que ha precisado al respecto esta Magistratura que "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario" (Rol N° 986/2008). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha reiterado que: "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador;

QUINTO: Que, en una línea argumental similar, cabe argüir que la exigencia de un procedimiento legal racional y justo se expresa en que se debe configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad y debe orientarse en un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso donde la racionalidad está presente. Con ello se instituye la necesidad, entre otros

elementos, de un juez imparcial, con normas que eviten la indefensión, con derecho a presentar e impugnar pruebas, que exista una resolución de fondo, motivada y pública, susceptible de revisión por un tribunal superior y generadora de la intangibilidad necesaria que garantice la seguridad y certeza jurídica propias de un Estado de Derecho;

SEXTO: Que de todo lo argumentado se infiere por este órgano que existen elementos comunes que abarcan a todos los derechos que integran las reglas del artículo 19, número 3°, de la Constitución, y sobre dichos elementos comunes se ha declarado que "el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores..." (STC roles N°s 2041 y 1448, entre otras).

Todas las motivaciones anteriormente esbozadas llevan a rechazar en este acápite el libelo del peticionario de inaplicabilidad, en el sentido que no existen reglas arbitrarias para los infractores de los ilícitos viales objetados en el libelo de inaplicabilidad de fs.1;

C.- DIGNIDAD HUMANA.

SÉPTIMO: Que la dignidad, a la cual se alude en el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, principio capital de nuestra Constitución, es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto,

porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados (STC Rol N° 389 c.17; en el mismo sentido, STC Rol N° 433 cc. 24 y 25 y STC Rol N° 521 c.18);

OCTAVO: Que el artículo 1º, inciso primero, umbral del Capítulo I dedicado a las Bases de la Institucionalidad, proclama que: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su artículo 19. De la dignidad se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. (STC Rol N° 1287 cc.16 a 19; en el mismo sentido STC Rol N° 1273 c.42; STC Rol N° 2747 c.11, STC Rol N° 2801 c.11).

La dignidad de la persona se irradia en las disposiciones de la Constitución en una doble dimensión: como principio y como norma positiva (STC Rol N° 1273 c.46);

NOVENO: Que, en este sentido, con motivo de las consecuencias jurídicas del delito, el respeto de la dignidad humana hace que no se consideren nunca como consecuencias proporcionales al delito, la tortura, los tratos inhumanos, o degradantes, incluyendo a la pena de muerte, puesto que la idea de la dignidad humana está presente incluso en aquellas personas que han sido sancionadas por cometer hechos que infringen normas esenciales de convivencia, de lo contrario el sistema constitucional basado en principios democráticos caería de forma irreversible. El Tribunal Constitucional español en su sentencia de 22-5-1986 señala:

"Respecto a la supuesta infracción del art. 15 CE, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, basta señalar que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.

*Tales consideraciones fueron claramente expresadas por el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, en su S 25 abril 1978 (caso Tyrer) al interpretar el art. 3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 CE, que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2 CE, según el cual, "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", entre los que se cuenta el mencionado Convenio Europeo. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se impuso al recurrente una pena de privación de libertad y otra de inhabilitación absoluta, penas que, independientemente de su mayor o menor extensión, no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes en el sentido antes indicado. Desde este punto de vista no puede inferirse tampoco que el citado art. 15 contenga en modo alguno un principio de proporcionalidad de las penas aplicables al caso presente." (Carlos Prat Westerlindh, Las consecuencias jurídicas del delito (Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional) Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p.57)*

Que de esta manera, al tenor de nuestra Carta Fundamental, que reconoce la dignidad humana a partir del

artículo 1° y 19° números 1°, 3°, 4°, 6°, 7°, 12°, inciso segundo y 26°, se aprecia de manera indeleble que no es posible sin vulnerar principios constitucionales afectar penas sustitutivas mediante la limitación de una pena privativa de libertad sin vulnerar la dignidad humana, puesto que razonando en sentido contrario, si se ha establecido un parámetro consistente en el cumplimiento de los requisitos para optar a alguna de las penas sustitutivas de la Ley 18.216, se cercene dicha alternancia punitiva sin afectar la garantía constitucional en comento;

D.-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

DECIMO: Que, en general, la doctrina especializada ha comprendido por proporcionalidad en sentido amplio, también conocida como **prohibición de exceso**, "el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y proporcional en sentido estricto, es decir ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficiosa o ventajosa para el interés general que perjudicial sobre otros valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades" (**Javier Barnes**, "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", en Revista de Administración Pública, N° 135, 1994, p.500). Así, la doctrina ha destacado como notas del principio de proporcionalidad la prescindencia del acto sancionador para lograr el fin propuesto, la adecuación de la medida aplicada para obtenerlo, la necesidad de establecer criterios cuyo tratamiento permita conocer el grado de perjudicialidad de cada medida, la posible adopción o la concordancia en relación a la entidad de

dicha medida y la importancia del objetivo que la justifica (Carlos Lesmes Serrano y otros, Derecho Penal Administrativo, Granada, 1997, p.12; cit. Enrique Navarro Beltrán, La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016, p. 276);

DECIMOPRIMERO: Que al efecto, este Tribunal ha señalado que "la Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, pero los intérpretes constitucionales no pueden sino reconocer manifestaciones puntuales de dicho principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha apreciado que este principio se encuentra claramente integrado dentro de aquellos inherentes del "Estado de Derecho", está en la base de los artículos 6° y 7° de la Constitución que lo consagran, en la prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19, numeral 2°) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19, numeral 26°). Asimismo en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos" (STC, Rol N° 2365/2012);

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

Del mismo modo, el legislador tiene libertad para definir los **bienes jurídicos** que pretende cautelar mediante la sanción punitiva, de forma tal que incluso puede tutelar diversos bienes jurídicos, generando una

multiplicidad de penas, en tanto se respete la restricción o límite punitivo de la doble incriminación (ne bis in ídem material). En consecuencia, es permitido al legislador de manera legítima -como sucede en el caso concreto de autos- tipificar como delito la conducta de aquel sujeto que luego de protagonizar un accidente de tránsito huye sin prestar ayuda y no da aviso a la autoridad de la ocurrencia del injusto o retarda sin justificación el sometimiento al examen de alcoholemia;

DECIMOTERCERO: Que, en una operación deductiva no resulta posible objetar que las hipótesis fácticas descritas en la tipificación de las figuras delictivas de los artículos 195 y 195 bis de la Ley N°18.290 (Ley de Tránsito) sean vulneratorias de las garantías, circunstancias que no son reclamadas por el actor al tenor de lo ya razonado reiteradamente, por no existir reproches fundados al respecto en el libelo de fs.1, según ya se ha afirmado en los capítulos anteriores de esta sentencia;

E.- LÍMITES DE LAS PENAS. GENERALIDADES.

DECIMOCUARTO: Que, confirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas, así como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que compete al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren con ellas los límites precisos que la misma Carta ha impuesto, como, a modo ejemplar, en el caso del artículo 19, N° 1°, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos; o en el del artículo 19, N° 7°, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en

orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano;

DECIMOQUINTO: Que, del mismo modo, al determinar el campo de aplicación de las penas cabe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho, que siempre debe buscar restricciones de derechos proporcionadas e imponerlas en la medida de lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad, incluso frente a los que cometen los delitos más abominables;

DECIMOSEXTO: Que los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el **objetivo resocializador** supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar, de manera notable, su carga de penuria, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino sólo vinculadas a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario o medida alterna en el cumplimiento de la pena. Existen límites constitucionales del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad como límite formal del *ius puniendi*, y el principio de proporcionalidad como límite constitucional material y fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad.

En un mismo sentido, cabe señalar que se producen en algunos casos, como sucede en el presupuesto fáctico de la conducción bajo los efectos del alcohol, por un lado, una calificación de delitos de aptitud (consistentes en que el juzgador ha de comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta, en tanto la ley no defina las condiciones que debe cumplir el juicio de aptitud) y, por otro, una mezcla entre el clásico delito de peligro abstracto y un delito

de aptitud, por ejemplo en el tratamiento ilícito de residuos peligrosos en que el objeto de la acción tiene que ser adecuado para perjudicar un medio ambiente natural, mientras que la acción de deshacerse de los residuos se entiende como un delito de peligro abstracto en el sentido clásico (Andrew von Hirsch, Kurt Seelman y Wolfgang Wohlers, ed. Alemana, "Límites al derecho penal". Principios operativos de la fundamentación del castigo. Atelier ed., Barcelona, 2012, p.226-234);

F.- PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS.

DECIMOSEPTIMO: Que, en relación a la vulneración de la igualdad ante la ley que se esgrime por el requirente, por infracción al principio de proporcionalidad de la pena, en relación a la descripción legal de la figura delictiva como asimismo a la definición de los bienes jurídicos pretendidos cautelar, el legislador, como ya se expresó, es soberano para tipificar conductas y a la vez para considerar al sujeto infractor del derecho, que huye sin prestar ayuda ni dar aviso a la autoridad, lo que configura los tipos penales de los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Tránsito; al efecto, es menester recordar el criterio expuesto por esta Magistratura en la sentencia Rol N° 787: "La política criminal se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de las decisiones de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. Sin perjuicio de la importancia de la participación que les cabe a las instituciones jurisdiccionales en la aplicación de sus medidas, **el contenido de la política criminal no es modificable por los jueces**". Asimismo, "se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos". Por cierto, la facultad de fijación de la

pena debe ejercerse con sujeción a los límites que impone el respeto de los derechos, principios y valores constitucionales, que en este caso no se ven amagados por el contenido de las figuras delictivas en referencia;

DECIMOCTAVO: Que, en tal sentido, por ejemplo, existe una adecuada correlación entre la pena agravada del artículo 317, inciso primero, del Código Penal y la valoración social del hecho incriminado. El principio de que a mayor gravedad en la conducta, superior es la pena, se ve satisfecho tratándose de la muerte o grave enfermedad generada por un comportamiento ilícito. La producción del resultado no debe necesariamente excluirse como elemento de la penalidad. Así, el ejemplo clásico de la estimación de la pena en el delito frustrado versus el consumado asume precisamente que la misma subjetividad sea el antecedente de distintas penas según el resultado verificado;

DECIMONOVENO: Que, dadas las razones expuestas, resulta inobjetable y legítima la configuración de los tipos penales, en la medida que representa una justificación político-criminal del aseguramiento de la función de la pena en un Estado de Derecho, lo cual no significa desconocer los principios de legalidad y reserva, la orientación resocializadora y de legitimación de la pena (con prohibición de que en su ejecución se transforme en una pena o trato cruel, inhumano o degradante);

VIGESIMO: Que, en conclusión, en relación a este acápite del fallo, la ejecución penal es siempre un mal, ya que permanece siendo una coacción a la cual el condenado debe someterse y es justamente esta coacción la que la convierte en pena. Sin embargo, la justicia como órgano del Estado tiene la función de sancionar, mientras, al contrario, la ejecución penal tiene la de tratar. Esto aparece vinculado con lo que analizaremos más adelante en este pronunciamiento, en el sentido de que si aplico una

pena sustitutiva, no resulta posible alterarla sin vulnerar la norma constitucional en cuanto a la prevención de que habiéndose obtenido la sustitución por el cumplimiento de los requisitos para su adquisición (Ley N° 18.216); no puede el legislador menoscabarla volviendo a la aplicación de todo o parte del quantum de la pena original sin afectar los derechos del condenado. Que reafirma lo antes expuesto, cuando la resocialización de los presos se logre mediante el encarcelamiento, puesto que la socialización sólo es posible desde la cuna con una buena educación y salud, el buen barrio y el salario que permita vivir con dignidad. Es tan así que el P.Luis Roblero SJ, Capellán de cárceles ha dicho: "El populismo delictual no sirve para reparar el dolor de las víctimas y tampoco sirve para reparar el daño de la marginalidad del victimario. No son mejores personas las que trabajan sino las que fueron tratadas con dignidad desde el momento de nacer";

G.- CIRCULACIÓN VÍAL. PROBLEMAS DOGMÁTICOS Y PRÁCTICOS EN LA SANCIÓN PUNITIVA.

VIGESIMOPRIMERO: Que **Lothar Kuhlen** (en InDret, Revista para el análisis del derecho, en un estudio sobre "Características, problemas dogmáticos e importancia práctica del derecho penal alemán de circulación vial", Barcelona, marzo de 2013) expresa que "en el contexto del alejamiento no permitido del lugar del accidente en violación de sus deberes, se abandona dicho lugar del accidente sin haber cumplido este deber y se hace posible la pena según el parágrafo 142, inciso primero, ap.1°. El deber de espera, consiste en aguardar un tiempo prudencial, según las circunstancias, que alguien acuda dispuesto a practicar las comprobaciones, y en el evento de abandonar el lugar del accidente sin haber cumplido el deber de espera se vuelve punible la conducta.

Si bien las objeciones constitucionales sobre la suficiente determinación de la norma, especialmente de la muy imprecisa formulación del deber de espera, todo esto, obviamente, no se encuentra predefinido por la ley, y, por ello, se dice que el parágrafo 142 se encuentra "gravemente en el límite de la indeterminación constitucional". Dicha indeterminación resulta tolerable en la medida que la jurisprudencia concrete el tipo casuísticamente y proceda de forma restrictiva.

Un segundo problema que surge es que el dolo, de acuerdo con la dogmática penal actual, es un elemento del tipo y no de la antijuridicidad o la culpabilidad, la formulación legal no se correspondía con el uso lingüístico -dogmático- formal".

Resulta lo anterior compatible con el sentido literal natural, subsumible también en la ley en aquellos casos en los cuales los partícipes del accidente se han alejado del lugar sin saber de él.

Los autores han criticado como una violación de la **prohibición de la analogía**, en razón de que la interpretación de los tribunales no sólo se apartaría del uso lingüístico de la dogmática penal, sino también porque incluso quienes no son juristas evitarían considerar la conducta no dolosa como un caso de acción justificada o disculpada (Lothar Kuhlen, op.cit.p.18).

El interés público en la persecución de esos hechos punibles no debe perseguirse forzando al autor con una amenaza penal para que se autoincrimine. Esto empero, no conduce según la opinión mayoritaria a la inconstitucionalidad del parágrafo 142, sino únicamente a la necesidad de una interpretación restrictiva de los deberes de colaboración de los partícipes en el accidente, en especial del deber de facilitar las identificaciones necesarias (Lothar Kuhlen, op.cit.p.19), y la comunicación a la autoridad policial en su caso;

VIGESIMOSEGUNDO: Que así las cosas, los artículos 195 y 195 bis de la Ley N°18.290, en cuanto configuran en el primer caso elemento del tipo penal y en el segundo precepto factores de determinación de la pena, resultan pertinentes al rol y potestad del legislador democrático, sin embargo, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito, modificada por la Ley N°20.770 en cuanto se genera una modificación al sistema de sustitución de penas, estableciendo una suspensión por un año, mandatando que el condenado deba cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad, resultan constitucionalmente reprochables en criterio de este Tribunal, en la forma como se señala en el párrafo K del presente dictamen.

Que desde un plano normativo "las normas penales de tráficos tengan, desde la perspectiva de la prevención general negativa, la influencia disuasoria clara. Aunque la certeza perseguida del castigo formal aparece relacionada con el cumplimiento de los límites de velocidad, no ocurre de la misma forma en lo que al límite de la alcoholemia respecta. Lo más relevante en todo caso, es que la agravación de las penas que supuso la reforma del Código penal en materia de seguridad vial no parece relacionarse con el comportamiento de los conductores a la hora de enfrentarse a los preceptos formales. Bien fuera por el desconocimiento generalizado que han mostrado de ambas normas los participantes del estudio, o bien por otros factores, la premisa de que el incremento de la severidad incidiría en el cumplimiento no sólo estaba basada en premisas científicas sólidas sino que puede considerarse refutada. En cambio otros factores como el comportamiento percibido de los demás y los valores de legitimidad y moral compartidos por los miembros de la sociedad, parecen relacionarse en mayor medida con el cumplimiento normativo. Ello nos debería obligar a revisar la incidencia que en la moral compartida

por la sociedad pudo tener la campaña comunicativa y normativa en materia vial y que pudo, indirectamente, incidir en el cumplimiento de las leyes. También nos obligaría a reflexionar, pero ya en el plano de la legitimidad material del sistema penal, acerca de si puede utilizarse el código penal para construir la moral social o hay otros medios igual o más eficaces para lograrlo y, desde luego, menos intrusivos en los Derechos Fundamentales de los ciudadanos" (Fernando Miró Llinares y Rebeca Bautista Ortuño, ¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial, Barcelona, octubre 2013, InDret, Revista para el análisis del derecho, p.47);

H.- ARGUMENTOS PARA ACOGER EL REQUERIMIENTO RESPECTO DEL ARTÍCULO 196 TER DE LA LEY N° 18.290 (MODIFICADA POR LA LEY N° 20.770) .

VIGESIMOTERCERO: Que, tras la modificación introducida el año 2014 por la Ley N° 20.770, conocida como "Ley Emilia", ahora el nuevo artículo 196 ter de la Ley del Tránsito dispone que el condenado por manejo en estado de ebriedad causando lesiones o muerte, no puede acceder a una pena sustitutiva (como la remisión condicional, reclusión parcial, o la libertad vigilada, entre otras), sino después de pasar un año cumpliendo efectivamente la correspondiente pena privativa de libertad.

Por contraste, con anterioridad al año 2014, eran los tribunales del Poder Judicial quienes -conociendo los antecedentes de cada causa- impartían justicia dando lo suyo a cada cual, en cada caso concreto y con un criterio de igualdad proporcional: decidiendo si esas penas alternativas eran procedentes o no, a la luz de ciertos parámetros legales y considerando la situación de cada castigado;

VIGESIMOCUARTO: Que, según se puede ver, entonces, en la especie el legislador sustituyó en esa ponderación a los jueces. De modo que, de un régimen judicial basado en la adjudicación individual de la pena sustitutiva, conforme al mérito del proceso respectivo, se pasó a un régimen legal de denegación genérica, aunque transitoria, con prescindencia de los antecedentes a su favor que pudiere presentar cada condenado en especial.

Conforme a lo anterior, lo que a continuación objeta el Tribunal Constitucional no es la llamada "Ley Emilia" en su integridad; tampoco cuestiona el aumento considerable de las penas que esa ley trajo consigo; ni la posibilidad de suspender o cancelar la licencia de conducir al autor de tan atroces hechos (nuevo artículo 196 de la Ley del Tránsito, modificado por esta Ley N° 20.770).

Se repara -en concreto- en la sola constitucionalidad del citado nuevo **artículo 196 ter**, porqué ni de su texto ni de sus antecedentes aparecen razones jurídicas suficientes que justifiquen, introducir esta excepción, que obsta intervenir a los tribunales y niega un beneficio legal preexistente;

VIGESIMOQUINTO: Que, a este respecto, conviene dejar constancia que, en una oportunidad anterior, la Corte Suprema ya informó que una norma igual a la que ahora se examina -cumplimiento efectivo de un año de la condena a prisión antes de poder acceder a penas sustitutivas- no solo **"resulta incompatible con la naturaleza y fines de las penas sustitutivas, que precisamente están orientadas a evitar los males conocidos y consecuencias insatisfactorias de las sanciones privativas de libertad de corta duración, no idóneas para obtener los fines de rehabilitación del penado"**.

Es más, informando el Proyecto de Ley iniciado por el Ejecutivo mediante Mensaje N° 1167-362, de 23 de enero de

2015 (Boletín N° 9885-07), relativo a algunos delitos contra la propiedad, y que contemplaba esta misma exigencia de estar privado de libertad durante un año, por Acuerdo adoptado el 4 de marzo de 2015, la Corte Suprema agregó que este requisito "implica un trato diferente y discriminatorio -más riguroso- para los responsables de que se trata, en comparación con otros condenados, que no necesitarán cumplir con ella. En definitiva, habría una **infracción a la garantía de igualdad ante la ley**";

VIGESIMOSEXTO: Que no desconoce este Tribunal Constitucional que la exigencia impuesta por el artículo 196 ter de la Ley del Tránsito puede ser parte de una "política de Estado" más general.

Sin embargo, es manifiesto que en la especie ello se ha establecido al margen de la codificación requerida por el artículo 63, N° 3, de la Carta Fundamental. Siendo útil apuntar que esta condición de orden constitucional, de que las reglas sobre inflexión de las sanciones deben recogerse sistemáticamente en un Código Penal, no obedece a un designio meramente formalista. Responde al razonable propósito de imbuirles un acotado potencial de cambio. Aunque la ley es soberana, *instrumentum regni*, no le está dado alterar sin más aquellas normas sedimentadas tras una detenida reflexión y que se han asumido como parte de una dilatada experiencia jurídica. Menos cuando recogen atribuciones judiciales o derechos legales que tradicionalmente se ha buscado poner al abrigo del carácter episódico de la política.

Ciertamente cabe su modificación: por motivos jurídicos tanto o más poderosos que aquellos que justificaron su emisión, y de la misma forma como se dictaron, incorporando las nuevas reglas dentro del propio Código Penal o de una normativa general que dé cuenta de que esa política de Estado no hiere infundadamente derechos legales o atribuciones constitucionales de los tribunales. Lo contrario, mueve a calificar tales leyes

ad hoc o *ad hominem* como una suerte de derogación singular, reñida con la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, por su parte, el principio de legalidad exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento.

Las penas alternativas también tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, coadyuvar a su reinserción social y evitar la reincidencia.

La Ley N° 20.603 sustituye la concepción que se tenía de las medidas establecidas en la Ley N° 18.216, reforzando su carácter punitivo y eliminando su denominación de alternativas para nominarlas **“penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”**.

El artículo 1° de la Constitución se extiende sin duda a la persona condenada, quien goza de los mismos derechos que las demás personas, con excepción de aquellos de los cuales fue privada mediante sentencia condenatoria;

VIGESIMOCTAVO: Que, de acuerdo a la nueva perspectiva compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las penas sustitutivas de aquellas de privación de libertad no constituyen “un beneficio” y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Tienen el carácter de pena, con una intensidad importante en casos como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva.

Por otro lado, este tipo de pena favorece la reinserción social de los condenados, el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección a las víctimas;

VIGESIMONOVENO: Que, en un Estado democrático, el ius puniendi y las penas privativas de libertad se utilizan como último recurso, después de que esté plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resulta insuficiente para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia.

Lo anterior limita al legislador en el uso de penas de privación de libertad de manera desmedida;

TRIGESIMO: Que, en consecuencia, la disposición que suspende la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad por un año resulta desproporcionada e inequitativa respecto a personas condenadas incluso por delitos de mayor gravedad.

También es contraria al principio de proporcionalidad la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas de penas privativas de libertad, pues es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y de protección de la víctima que tiene la pena, en cuanto para esta última finalidad bastan las restricciones a la licencia de conducir;

TRIGESIMOPRIMERO: Que si el fin de la pena correctamente comprendido es idéntico al objetivo del tratamiento, entonces son jurídicamente ilegítimos todos aquellos métodos -porque contradicen el fin de la pena- que según el estado actual de los conocimientos impiden o hacen imposible el logro de tal finalidad. Que una ejecución puramente represiva plantea tal impedimento, puede ser claramente afirmado sin mayores complicaciones;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, además, la naturaleza retributiva de la pena hace que ésta pueda conmensurarse en cada caso a la gravedad del respectivo delito. Como escribió Bettiol, "es sobre la base de la idea de la retribución sobre la que hizo su ingreso en el Derecho Penal el criterio de la proporcionalidad, ya que la pena

retributiva es "naturalmente" proporcionada al comportamiento efectuado" (Manuel de Rivacoba y Rivacoba, La retribución penal, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, Santiago de Chile, p.51);

TRIGESIMOTERCERO: Que, en esta misma perspectiva jurídica, se ha entendido que el juicio de proporcionalidad en un sentido estricto trata de identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada, test de daño, en relación con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida, test de interés público (STC Rol N° 2153-11, cuya dictación es del día 11 de septiembre de 2012).

En este plano, "(...) se requiere un fundamento fuerte y verosímil, tema que necesariamente el sistema jurídico y el subsistema procesal penal se encargan de resaltar, al estimar que los principios que sustentan las medidas cautelares son: el de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y de proporcionalidad. La congruencia de cómo estos postulados esenciales al nuevo proceso penal se conjugan, se presenta en la presencia de tres subprincipios: a) El de adecuación o idoneidad de los medios; b) El de necesidad, y c) Proporcionalidad en sentido restrictivo. Los tres operan copulativamente, esto es, que para los efectos que se requiera su concurrencia, deben asistir en forma conjunta. El primero se refiere a la adecuación de los medios respecto del o de los fines a conseguir, lo que excluye cualquier medio que no sea conducente al fin legítimo perseguido. De esta manera, cualquier norma jurídica restrictiva debe ser idónea a la finalidad constitucional que se busca concretar; si la norma contraviene fines o valores expresos o implícitos en el texto constitucional, será inconstitucional e ilegítima.

El subprincipio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un

derecho y no sea posible sustituirla por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. En el fondo se exige que la norma jurídica emanada del legislador sea imprescindible para asegurar la vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico constitucional, debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa viable, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos.

Por último, la Corte Suprema ha dicho sobre la materia en comento que "la proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar, en una relación costo-beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados" (SCS 4 de agosto de 2009, Rol N° 5043-2009).

En el mismo sentido opina la doctrina sobre el principio de proporcionalidad como límite constitucional, en su aspecto material, en cuanto el Estado debe respetar los derechos fundamentales, esbozando lo que suele presentarse como "**límites de los límites**", donde la intervención penal -de la cual forman parte la imposición de la pena y su ejecución- limita derechos sobre la base del principio de proporcionalidad, tal como lo desarrolla Santiago Mir Puig (op. cit., págs. 98 y 99);

TRIGESIMOCUARTO: Que toda medida sustitutiva a la pena de privación de libertad debe considerarse como parte del cumplimiento de los fines resocializadores de la pena. En efecto, no existe ningún estudio que pruebe que las penas privativas de la libertad son más efectivas que las penas alternativas para resocializar a las personas y

evitar que delincan en el futuro; en sentido contrario, es más difícil para una persona que ha estado privada de la libertad reintegrarse a la sociedad que una que cumple una pena alternativa y se le permite tener contacto con la sociedad y la familia, facilitándole su readaptación. Así, si a la imputada se le concede por el juez de mérito del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal competente, la remisión condicional de la pena, no puede el legislador mandar al juez, a posteriori, la imposición del cumplimiento efectivo obligatorio de la pena de un año, toda vez que vulneraría de esta manera la naturaleza de las penas sustitutivas y, además, resultaría incongruente esta última sanción con los principios de proporcionalidad en la aplicación de las penas y de no discriminación con respecto a otros ilícitos, lo que, igualmente, afecta la igualdad ante la justicia penal, tal como se ha expuesto de manera pretérita en el presente edicto;

I.- CONCLUSIÓN.

TRIGESIMOQUINTO: Que, bajo el prisma de los principios informadores del sistema de penas en nuestro ordenamiento jurídico, cuatro principios lo conforman: el de **legalidad**, el de **proporcionalidad**, el de **resocialización** y el de **humanización**. Desde luego el de proporcionalidad, que se vincula con la exigencia de que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyan el fundamento del orden político y social de la nación, nos lleva a sostener que la pena que se imponga deba ser la más idónea para cumplir con los fines de la prevención del delito. La idoneidad no sólo nos obliga a elegir dentro del catálogo de penas aquella que resulte la más adecuada, sino que debe resolver la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos que el penal. Es por eso que el Derecho Penal se rige por los **principios** de **subsidiariedad** y **fragmentariedad**, en virtud de los cuales

éste será desplazado a favor de otros medios de control social, reservándose su intervención como "**ultima ratio**". Además, la proporcionalidad se rige por el principio de necesidad: una vez convencido el sentenciador de que la pena es la más idónea, debe imponerla con criterio de estricta necesidad para alcanzar los fines preventivos. Y, por último, el principio en comento se manifiesta en un sentido estricto, procurando que las consecuencias jurídicas del delito guarden proporción con la gravedad del ilícito cometido. Opera, fundamentalmente, en las reglas de determinación de las penas. Los jueces deberán fijar las magnitudes de éstas de acuerdo con el criterio general de la gravedad de los hechos (Borja Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cuarta edición, Edit. Thomson-Civitas, 2005, pp. 38-39).

Es decir, los jueces deben llevar adelante un razonamiento práctico basado en principios: los jueces también se ven obligados a realizar una ponderación entre principios, de forma que se deberá priorizar por los sentenciadores una justificación subyacente, fundada en la importancia de aquellos principios que lleven a decantar la solución del caso en conformidad a la razonabilidad;

TRIGESIMOSEXTO: Que, en el caso de autos, resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley N° 18.290, por cuanto habiéndose sustituido la pena de privación de libertad del acusado Nicolás Antonio Contreras Fernández, al tenor de lo dispuesto en la Ley N° 18.216, modificada por las leyes N° 20.603 (27 de julio de 2012) y N° 20.770 (17 de septiembre de 2014), no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión), lo que implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión

opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos (Hernán Hormazabal Malaree, Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, Editorial jurídica Conosur, Santiago, 1992, p.171). Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad), plasmado en el artículo 19, inciso final, de la Constitución;

TRIGESIMOSEPTIMO: Que reafirma lo antes expuesto y razonado en este fallo, aquello dictaminado por esta Magistratura, que se ha motivado en idéntico sentido del precedente STC 2983-16-INA, de 13 de diciembre de 2016.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. **QUE SE ACOGE LA ACCIÓN DEDUCIDA A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE EN LA GESTIÓN PENDIENTE EL ARTÍCULO 196 TER, INCISO PRIMERO, SEGUNDA PARTE, DE LA LEY N° 18.290, DE TRÁNSITO, EN LA PARTE QUE DISPONE: "SIN EMBARGO, LA EJECUCIÓN DE LA RESPECTIVA PENA SUSTITUTIVA QUEDARÁ EN**

SUSPENSO POR UN AÑO, TIEMPO DURANTE EL CUAL EL CONDENADO DEBERÁ CUMPLIR EN FORMA EFECTIVA LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD A LA QUE FUERE CONDENADO." OFICIÉSE A TAL EFECTO AL TRIBUNAL COMPETENTE.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 48. OFÍCIESE.

PREVENCIONES

El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, estuvo por acoger el requerimiento por los siguientes argumentos:

1°. Que, tras la modificación introducida el año 2014 por la Ley N° 20.770, conocida como "Ley Emilia", ahora el nuevo artículo 196 ter de la Ley del Tránsito dispone que el condenado por manejo en estado de ebriedad causando lesiones o muerte, no puede acceder a una pena sustitutiva (como la remisión condicional, reclusión parcial, o la libertad vigilada, entre otras), sino después de pasar un año cumpliendo efectivamente la correspondiente pena privativa de libertad.

Por contraste, con anterioridad al año 2014, eran los tribunales del Poder Judicial quienes -conociendo los antecedentes de cada causa- impartían justicia dando lo suyo a cada cual, en cada caso concreto y con un criterio de igualdad proporcional: decidiendo si esas penas alternativas eran procedentes o no, a la luz de ciertos parámetros legales y considerando la situación de cada castigado;

2°. Que, según se puede ver, entonces, en la especie el legislador sustituyó en esa ponderación a los jueces. De modo que, de un régimen judicial basado en la

adjudicación individual de la pena sustitutiva, conforme al mérito del proceso respectivo, se pasó a un régimen legal de denegación genérica, con prescindencia de los antecedentes a su favor que pudiere presentar cada condenado en especial.

Conforme a lo anterior, lo que a continuación objeta el Tribunal Constitucional no es la llamada "Ley Emilia" en su integridad; tampoco cuestiona el aumento considerable de las penas que esa ley trajo consigo; ni la posibilidad de suspender o cancelar la licencia de conducir al autor de tan atroces hechos (nuevo artículo 196 de la Ley del Tránsito, modificado por esta Ley N° 20.770).

Se repara -en concreto- la constitucionalidad del citado nuevo artículo 196 ter, porque ni de su texto ni de sus antecedentes aparecen razones jurídicas suficientes que justifiquen introducir esta excepción, que obsta intervenir a los tribunales y niega un beneficio legal preexistente;

3°. Que, a este respecto, conviene dejar constancia que, en una oportunidad anterior, la Corte Suprema ya informó que una norma igual a la que ahora se examina -cumplimiento efectivo de un año de la condena a prisión antes de poder acceder a penas sustitutivas- no solo "resulta incompatible con la naturaleza y fines de las penas sustitutivas, que precisamente están orientadas a evitar los males conocidos y consecuencias insatisfactorias de las sanciones privativas de libertad de corta duración, no idóneas para obtener los fines de rehabilitación del penado".

Es más, informando el Proyecto de Ley iniciado por el Ejecutivo mediante Mensaje N° 1167-362, de 23 de enero de 2015 (Boletín N° 9885-07), relativo a algunos delitos contra la propiedad, y que contemplaba esta misma exigencia de estar privado de libertad durante un año, por Acuerdo adoptado el 4 de marzo de 2015, la Corte Suprema

agregó que este requisito "implica un trato diferente y discriminatorio -más riguroso- para los responsables de que se trata, en comparación con otros condenados, que no necesitarán cumplir con ella. En definitiva, habría una infracción a la garantía de igualdad ante la ley";

4°. Que no se desconoce que la exigencia impuesta por el artículo 196 ter de la Ley del Tránsito puede ser parte de una "política de Estado" más general.

Sin embargo, es manifiesto que en la especie ello se ha establecido al margen de la codificación requerida por el artículo 63, N° 3, de la Carta Fundamental. Siendo útil apuntar que esta condición de orden constitucional, de que las reglas sobre inflexión de las sanciones deben recogerse sistemáticamente en un Código Penal, no obedece a un designio meramente formalista. Responde al razonable propósito de imbuirles un acotado potencial de cambio. Aunque la ley es soberana, *instrumentum regni*, no le está dado alterar sin más aquellas normas sedimentadas tras una detenida reflexión y que se han asumido como parte de una dilatada experiencia jurídica. Menos cuando recogen atribuciones judiciales o derechos legales que tradicionalmente se ha buscado poner al abrigo del carácter episódico de la política.

Ciertamente cabe su modificación: por motivos jurídicos tanto o más poderosos que aquellos que justificaron su emisión, y de la misma forma como se dictaron, incorporando las nuevas reglas dentro del propio Código Penal o de una normativa general que dé cuenta de que esa política de Estado no hiere infundadamente derechos legales o atribuciones constitucionales de los tribunales. Lo contrario, mueve a calificar tales leyes *ad hoc* o *ad hominem* como una suerte de derogación singular, reñida con la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias.

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

1°. Que, el artículo 1° de la Constitución Política de la República declara que las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos, y en ese sentido la dignidad de la persona humana es y debe ser el centro del ordenamiento jurídico nacional;

2°. Que, esta Magistratura, en reiteradas ocasiones ha estimado que la dignidad humana es "la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados" (STC Roles N°s 389 c.17; 521 c.18; 2921 c.4; 3028-16 c.4);

3°. Que, por lo anterior, la misma disposición constitucional citada expresa que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, lo que se traduce en que los derechos individuales están sobre cualquier orden de cosas;

4°. Que, resulta del todo atingente lo señalado por la Corte Constitucional Italiana, que expresa "Todos los derechos fundamentales tutelados por la Constitución se encuentran en una relación de integración recíproca y no es posible por lo tanto identificar uno de ellos que tenga prevalencia absoluta sobre los otros. La tutela siempre debe ser 'sistemática y no fraccionada en una serie de normas descoordinadas y en potencial conflicto entre ellas'. Si no fuese así, se verificaría la ilimitada expansión de uno de los derechos que se convertiría en un tirano en relación con las otras situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas, que constituyen en su conjunto expresión de la dignidad de la

persona" (Corte Constitucional Italiana, sentencia N°85-2013);

5°. Que, tal como lo expresa el artículo 2°, del Decreto 518, de 1998, que "Aprueba Reglamento de Establecimientos Penitenciarios", en relación a la actividad penitenciaria en Chile, ésta tiene como principio rector "el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres";

6°. Que, por su parte, esta Magistratura ha señalado que se justifica la limitación a un derecho fundamental cuando dicho mecanismo "es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales" (STC Roles N°519 c.19, 1518 c.14). En consideración a ello, toda política pública por muy loable que sea tiene un límite, que es la dignidad humana;

7°. Que, todo lo anterior da cuenta que el presidio o reclusión de una persona, aplicada como pena efectiva, es la última ratio del *ius puniendi* del Estado, y que de concretarse debe ser con pleno respeto a la dignidad de la persona afectada, en los términos que el texto constitucional expresa en su artículo 1°. Lo que en la práctica debe ocurrir es que el encierro ha de ser en un establecimiento penitenciario acorde a dicha dignidad. Sobre este aspecto cabe destacar, por ejemplo, la Constitución nacional argentina que en su artículo 18, última parte afirma "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más

allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que lo autorice”.

8°. Que, en otro orden de ideas, existe el principio de independencia judicial, consagrada en el artículo 76 constitucional que expresa “Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales (...)” y también lo reafirma el Código Orgánico de Tribunales, en su artículo 12, que señala “El Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones.”. La doctrina nacional respecto de esta norma constitucional ha manifestado que “Este precepto consagra, sin duda, la separación de funciones, entregándole de forma exclusiva a la judicatura el ejercicio de la potestad judicial en todas sus etapas procesales.” (José Luis Cea, Derecho Constitucional Chileno Tomo IV, Ediciones UC, 2016, p.35).

En virtud del tal principio, la Constitución confía a los jueces del orden penal el conocimiento y juzgamiento de las causas de esa naturaleza, lo que implica que no está permitido que otros órganos del Estado se entrometan en sus funciones, debiendo primar el principio de separación de los poderes del Estado. En tal sentido, lo que se afecta con la dispuesto por la norma jurídica impugnada, es que el legislador, ejerciendo sus facultades legítimamente entregadas por la Constitución, constriñe las atribuciones jurisdiccionales del tribunal penal, respecto de la aplicación y forma de cumplir la pena;

9°. En el caso concreto, el legislador le resta independencia al juez penal, pues lo obliga, en este caso de existir sentencia condenatoria, a que deba ordenar la privación de libertad efectiva durante un año, sin darle otra opción de salida respecto a la libertad personal del imputado y la posibilidad de que cumpla la pena impuesta en la forma dispuesta en la ley N°18216. lo que hace más palmario el resultado contrario a la Constitución del artículo 196 ter de la Ley N°18.290.

DISIDENCIA

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido respecto de la impugnación formulada al artículo 196 ter, de la Ley N° 18.290, de Tránsito.

A. Los Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, tienen presente para dicho rechazo las siguientes consideraciones:

I. ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DE LA PENA CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 196 TER, INCISO PRIMERO, DE LA LEY DE TRÁNSITO.

1°. Que, sobre este particular, el precepto legal impugnado estatuye que:

"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.

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

2°. Que cabe poner de manifiesto en forma inmediata que, aun cuando la norma legal transcrita se refiere literalmente al delito previsto en el inciso tercero del

artículo 196 de la LT, esto es, el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones gravísimas (cuyo marco penal legal es de presidio menor en su grado máximo, en el último caso, y de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, en el primero, más accesorias legales en ambos casos), también se aplica su contenido al delito previsto en el artículo 195, inciso tercero, de la LT, esto es, omisión de socorro en accidente de tránsito (cuyo marco penal legal es de presidio menor en su grado máximo, más penas accesorias), cuando se produjesen lesiones gravísimas o la muerte de alguna persona. Ello, por efecto de lo establecido en la parte final de ese inciso tercero, que a la letra dispone: "Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley." En ese sentido, **determinar** la pena no es sólo cuantificarla en concreto sino también determinar, precisar o definir su modo de ejecución, vale decir, la procedencia de alguna pena sustitutiva, en conformidad a la Ley N° 18.216, de 14 de mayo de 1983, modificada por la Ley N° 20.603, de 27 de junio de 2012. No obstante todo ello, como veremos *infra*, el requerimiento sólo se hace cargo de esta restricción a la imposición de penas sustitutivas, en relación al delito del artículo 196, inciso tercero, de la LT, pero no en relación al delito tipificado en el artículo 195, inciso tercero, de la LT, por lo cual no puede haber pronunciamiento a este respecto, por ser improcedente en la forma (precepto legal no impugnado), careciendo esta Magistratura Constitucional de facultades oficiosas con ese fin;

3°. Que, por consiguiente, el requerimiento centra su reproche en la desigualdad e irracionalidad que implicaría esa restricción legal, toda vez que no atendería a los efectos criminógenos paradójales asociados a la ejecución efectiva de una pena corta o de mediana duración,

privativa de libertad, contradiciendo la reciente política legislativa que inspiró la reforma materializada en virtud de la Ley 20.603, que modificó la Ley 18.216, precisamente en el sentido de orientar al sistema chileno hacia la ejecución de las penas en libertad, por medio de la sujeción del responsable a control de la autoridad y a medidas resocializadoras de efectivo cumplimiento (fojas once). De manera tal que, por efecto de la norma impugnada, "...el diseño de penas sustitutivas [de reciente creación], en materia de manejo en estado de ebriedad o manejo bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, ha sido abandonado por el legislador sin ningún fundamento empírico y sin evaluar sus méritos en su aplicación práctica" (Lo señalado entre corchetes es nuestro, así como la supresión de los acrónimos MEE y MBISES);

4°. Que, en verdad, las ciencias penales reconocen que suelen producirse efectos paradójales con la ejecución efectiva de penas cortas, vale decir, que en vez de cumplirse los fines de la pena, en especial los preventivo-especiales o resocializadores, el condenado profundiza su conducta socialmente disfuncional, de marginalización, pauperización y estigmatización conducente a la exclusión social, para el autor y su grupo familiar. Dicho fenómeno, en criminología, se ha denominado "**labeling**" (etiquetamiento), caracterizado porque "como causas de la desviación secundaria son válidas las rotulaciones sociales que siguen a la desviación primaria [...la que pudo estar motivada en las más diversas razones...]. Como Becker, Lemert supone que por las adjudicaciones estereotipantes de roles, que siguen como sanciones y a las sanciones, se reduce el espacio para el accionar, lo que lleva consecuentemente a la desviación secundaria...'. Junto a las presiones materiales... es sobre todo esta discrepancia entre la autodefinición y la definición ajena con poder de sanción, cuya solución es

finalmente buscada en la reorganización del yo sobre la base de un *rol desviado* y, en ciertas circunstancias, en el contexto social de una cultura desviada.'” (Cfr. LAMNEK, Siegfried, Teorías de la criminalidad: una confrontación crítica, México, Siglo XXI, 1987, p.63.Lo señalado entre corchetes es nuestro);

5°. Que, no obstante ser conscientes de lo expuesto, para estos Ministros disidentes ese efecto penal paradójico no necesariamente se producirá en concreto, dependiendo sobre todo de las condiciones del régimen penitenciario - en especial, de segregación interna- bajo las cuales la pena impuesta se ejecute. Ello haría posible un efecto disuasivo y preventivo especial. Por lo demás, en este caso concreto, la autora ya estuvo privada de libertad durante un año, imputable a la pena que se le imponga por el o los delitos que se configuren, según consta a fojas 189 de autos, por lo que eventualmente la norma no le sería aplicable por esa circunstancia de hecho. Pero, más importante que todo lo anterior, es el hecho de que la sociedad en su conjunto, por medio de los canales institucionales parlamentarios y judiciales respectivos, tiene derecho a ejercer el *ius puniendi* de modo tal que se priorice el efecto retributivo, que no es otra cosa que la reafirmación enfática y vigorosa de los valores fundamentales transgredidos por el autor, por sobre los efectos preventivos, generales o especiales. En este punto, no existe una respuesta única, petrificada, respecto de la forma de ecualizar la cuestión de la naturaleza y fines de la pena. Mucho menos ella tendrá una sola respuesta constitucional. En tanto no se transgredan derechos humanos fundamentales, el Estado puede, mediante la reacción penal institucionalizada, priorizar o anteponer el efecto retributivo de la pena, particularmente cuando se trata de la lesa transgresión de los valores más caros para la convivencia socialmente organizada, como son la vida de las personas y de sus

familias, expuestas a ser victimizadas por conductas intolerables según las ideas vigentes, consideradas de la máxima seriedad.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS BENEFICIOS DE LA LEY N° 18.216

6°. Que, para continuar con el análisis en torno al artículo 196 ter, de la Ley N° 18.290, inequívoco resulta, también, centrar la cuestión impugnada en relación con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero de la Ley N° 18.216, que impone la necesidad de examinar las características de los beneficios del sistema de penas alternativas;

a.- Las penas sustitutivas no operan automáticamente por el solo ejercicio de la ley.

7°. Que del examen del artículo primero de la ley en todos sus incisos, al margen del impugnado, manifiesta plenamente la idea de que se trata de una institución que no opera automáticamente por lo que define el legislador. Por el contrario, la imposición de una pena sustitutiva está sujeta al cumplimiento de variados requisitos (condenas previas, existencia de dos o más penas en la sentencia, remisiones a requisitos de otras leyes, etc.). En síntesis, se salvaguarda esta determinación como una facultad ("podrá sustituirse por el tribunal") del juez;

b.- El juez debe decidir libre y fundadamente en la sentencia el otorgamiento o rechazo de una pena sustitutiva.

8°. Que esta decisión judicial debe tener determinadas características que le otorguen racionalidad a la imposición de una pena sustitutiva. Primero, ha de tratarse mediante una sentencia. Segundo, debe hacerse en una específica, la sentencia condenatoria. Tercero, es

facultativa su decisión, sea motivada de oficio como por la solicitud de parte interesada. Cuarto, debe ser fundada ("expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que fundaren su convicción", artículo 35 de la Ley N° 18.216). Quinto, el juez tiene libertad para tomar la decisión de imponer o rechazar una pena sustitutiva de la establecida en la sentencia condenatoria. Sexto, en algunos casos debe oír el juez a la víctima ("tratándose de delitos de acción privada o de acción penal pública previa instancia particular (...", artículo 35 inciso final de la Ley N° 18.216);

c.- La pena sustitutiva no es inmodificable.

9°. Que la imposición de una pena sustitutiva, justamente por la evaluación de requisitos, supone que las condiciones de la alternatividad de su cumplimiento permanezcan durante todo su ejercicio. La tarea de un juez penal que impone penas condenatorias después de su plena convicción jurídica y moral al margen de toda duda razonable, también se traslada a su plena convicción en la imposición de una pena sustitutiva;

10°. Que la pena sustitutiva puede ser modificada por el juez, justamente porque se están satisfaciendo los requisitos para su otorgamiento (artículos 32 y 33 de la Ley N° 18.216) o porque se está vulnerando su cumplimiento (artículo 25 de la Ley N° 18.216). Al carecer nuestro país de un procedimiento y una organización dedicada a la ejecución de las penas, la tarea de decidir, ejecutar y hacer cumplir esta decisión le sigue correspondiendo al juez competente;

d.- La pena sustitutiva no se aplica a todos los delitos.

11°. Que la imposición de penas sustitutivas asociadas a un supuesto derecho subjetivo a las mismas

tiene un particular test que resolver. No se aplica a todos los delitos por la entidad de los delitos mismos (secuestros, sustracción de menores, torturas, violaciones, homicidios, parricidios o femicidios y diversas infracciones a los tipos penales más graves de la Ley de Control de Armas, entre otros). Y tampoco se aplica en función de las conductas previas del propio delincuente. Por tanto, habrá que estimar en el marco de esta ley por qué en algunos casos se habilita al legislador a prohibir la pena sustitutiva y en otros a permitirla;

III.- Relación entre el artículo 196 ter y la Ley N° 18.216.

12°. Que el modo en que se vinculan ambos estatutos normativos tiene algunas particularidades que hay que tener presente;

a.- La Ley N° 18.216 se aplica a la Ley de Tránsito incluso en el caso del artículo 196 ter denominada Ley Emilia.

13°. Que el primer deber de una interpretación es entender la obligación del mandato legal. Y resulta claro que "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". Esta conformidad implica que toda la sistemática de esta legislación es aplicable a la institución de la pena sustitutiva en lo favorable y en lo adverso;

b.- La pena sustitutiva no es eliminada sino que es suspendida.

14°. Que hay que precisar que no hay una interdicción de la pena sustitutiva a todo evento, delito o circunstancia. Para el caso de las modificaciones

introducidas por la Ley N° 20.770 simplemente hay una suspensión de su aplicación ("La ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año"). De lo que se deduce que el juez puede decidir la imposición de una pena sustitutiva, en este caso, decisión judicial que es suspendida, por determinación legislativa por el plazo de un año ("tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado");

c.- La imposición de pena sustitutiva no implica la eliminación de los antecedentes penales relativos a la infracción de las reglas del tránsito.

15°. Que el artículo 196 ter de la Ley 18.290 deja a salvo la eliminación de los antecedentes de las condenas anteriores en este tipo de delitos. Dicho de otra manera, la sentencia por la cual se impone la pena sustitutiva carece del mérito ejecutivo para omitir el registro de estos antecedentes para lo cual el "tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto" (artículo 38 de la Ley N° 18.216);

d.- La pena sustitutiva no implica sustituir otras penas de la sentencia condenatoria.

16°. Que junto a la imposición de la pena principal por sentencia condenatoria es eventual la decisión de castigar con otras penas accesorias tales como el comiso, las multas o las inhabilitaciones. Pues bien, si esta pena principal está afecta a una pena sustitutiva por decisión del juez, ésta no abarca bajo ningún respecto ni la suspensión ni la sustitución de la pena accesoria impuesta por la sentencia condenatoria;

e.- La Ley Emilia o Ley N° 20.770 opera suspendiendo la sustitución por un año y permitiendo su determinación judicial en el período restante.

17°. Que, en consecuencia, de la articulación entre la normativa de tránsito y la de penas sustitutivas, se colige que el legislador no eliminó la facultad judicial de imponer penas sustitutivas. Tampoco restringió el momento de hacerlas, ni las reglas para interrumpirlas, modificarlas o darlas por cumplidas. Solo impone una suspensión de la decisión judicial por un año, imponiendo pena privativa de libertad. Impuesta que sea la pena sustitutiva, al concluir su suspensión de un año, la decisión judicial recobra todo su valor permitiendo extenderla o aplicarla en el modo, tiempo y lugar que el juez competente determine;

IV.- Criterios interpretativos.

1. La política criminal la fija el legislador dentro de los límites de la Constitución.

18°. Que la determinación de la política criminal es una materia de competencia del legislador, no sólo por cuestiones formales, ya que está atribuida directamente por la Constitución a éste, como una de las materias de ley, tanto en la determinación de las reglas penales como procesales penales (artículo 63, numeral 3° de la Constitución). Sino que también por cuestiones sustantivas, ya que la intervención del legislador es el mecanismo de garantía normativa que permitió salir de la discrecionalidad administrativa en la configuración del injusto punitivo en una sociedad;

19°. Que, en esa línea, el legislador tiene libertad para proteger los bienes jurídicos que estime convenientes, teniendo alguno de estos bienes reconocimiento constitucional y otros de libre determinación normativa. Así, por ejemplo, puede lograr

dichas garantías jurídicas de protección estableciendo "penas principales, penas accesorias, penas penales junto a sanciones administrativas o consecuencias no penales derivadas o anudadas a una pena penal" (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2402, considerando 23°);

20°. Que, cabe en consecuencia, delimitar las fronteras constitucionales de la política criminal. Tal como lo ha indicado esta magistratura, el legislador tiene primacía en la creación de política criminal, sujeto a algunos límites constitucionales. En primer lugar el respeto a la dignidad humana (art. 1°) y a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales (art. 5°), asimismo, la prohibición de todo apremio ilegítimo (art. 19 N° 1), el derecho a defensa jurídica y a ser asistido por un abogado defensor (art. 19 N° 3 inciso 2° y 4°), el derecho a ser juzgado por un tribunal establecido por la ley (art. 19 N° 3 inciso 5°), el derecho a una investigación y a un procedimiento racional y justo (art. 19 N° 3 inciso 6°). Se prohíbe además la presunción de la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 inciso 7°), las penas deben haber sido establecidas por ley con anterioridad a la perpetración del delito, a menos que favorezca al afectado (art. 19 N° 3 inciso 8°), y ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta esté expresamente descrita en ella (art. 19 N° 3 inciso final). A esto puede agregarse que las medidas de allanamiento del hogar y las comunicaciones sólo pueden prescribirse por ley (art. 19 N° 5), que la privación de libertad procede sólo en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes (art. 19 N° 7 letra b), que el arresto sólo procede por orden de funcionario expresamente facultado por la ley (art. 19 N° 7 letra c), que nadie puede ser detenido sino en su casa o en lugares públicos destinados al efecto (art. 19 N° 7 letra d). Del mismo modo, la libertad del imputado procede a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el

juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad (art. 19 N° 7 letra e), en las causas criminales no se puede obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio (art. 19 N° 7 letra f), no puede imponerse la pena de confiscación (art. 19 N° 7 letra g), ni la pérdida de derechos previsionales (art. 19 N° 7 letra h). Todos estos derechos y libertades, en el marco de su regulación no pueden ser afectados en su esencia (artículo 19, numeral 26° de la Constitución). Asimismo, la propia Constitución ordena penalizar el terrorismo (art. 9) e impide ejercer derechos políticos a los que han sido condenados a pena aflictiva (arts. 16 y 17);

2.- Cuestiones penales del ámbito del legislador.

21°. Que, aunque suene majadero, al legislador le corresponde, por mandato constitucional, las siguientes competencias:

a.- Determinar la pena de un delito (artículo 19, numeral 3°, inciso 8°).

b.- La pena puede ser de distinto tipo y diversas reglas de la Constitución lo permiten. Es así como el legislador puede disponer penas privativas de libertad (artículo 19, literal b) del numeral 7°), el comiso (artículo 19, literal g) del numeral 7°), ciertas inhabilidades especiales (artículo 9°) y las inhabilidades generales así como las multas como mandato directo al legislador (artículo 63 numerales 3° y 20°).

c.- El legislador puede facultar al juez para individualizar la pena dentro del marco de una escala decidida por aquél. El legislador le permite al juez rebajar una pena en función de la concurrencia de determinadas circunstancias legalmente tasadas y el legislador habilita al juez para que se pueda sustituir una pena por otra.

d.- El legislador puede perseguir que sus penas sean efectivas, estableciendo restricciones a las atenuantes o eximentes de responsabilidad o simplemente suprimiéndolas. Asimismo, puede limitar o prohibir las penas alternativas.

Este núcleo normativo, con claras reglas constitucionales, configura un nítido marco de potestades atribuidas al Congreso Nacional las que no están exentas de límites. Sin embargo, los límites infranqueables se refieren a la violación de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, consiguientemente, de la dignidad humana (artículo 1°). Otro límite es que las penas no pueden ser un apremio ilegítimo (artículo 19, numeral 1°) y lo serán cuando éstas sean penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 5° de la Constitución en relación con la Convención contra la Tortura). Respecto de todos estos límites, el requirente debe demostrar, sin lugar a dudas, que el legislador los vulneró claramente. En caso contrario, sólo sería una consulta al Tribunal Constitucional, cuestión sobre la cual éste carece de competencia;

3. Los delitos se castigan con penas.

22°. Que, corolario de lo anterior, resulta evidente que la determinación de los delitos debe traer como consecuencia la imposición de penas penales. Ello está expresamente autorizado por la Constitución (artículo 19, numeral 3°, incisos 8° y 9°);

4.- La Constitución permite imponer la pena privativa de libertad.

23°. Que, aunque sea obvio decirlo, la privación de la libertad personal está predeterminada por una serie de supuestos normativos que define el literal b) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución. No es novedad que

la Ley de Tránsito imponga penas privativas de libertad. Se ha hecho siempre;

5.- La Constitución no tiene norma alguna que refiera a las finalidades de la pena y a la determinación de las penas alternativas.

24°. Que al revisar todos los límites constitucionales de la discrecionalidad del legislador en el establecimiento de los delitos y de las penas, reflejamos todas las normas constitucionales que se refieren a la materia. Ninguna de ellas hace mención directa o indirecta a las penas alternativas. Dejamos, por ahora, a salvo la remisión del artículo 5, inciso segundo de la Constitución al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que trataremos más extensamente;

6. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece finalidades para la política criminal.

25°. Que, sostuvimos en el apartado anterior que los límites de la política criminal estatal se fundan en el principio de la dignidad humana, en el consecuente humanitarismo penal, en el deber de promoción y respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sea que sean establecidos por la Constitución (artículos 19, numerales 1°, 7° y 26° de la Constitución) como por los tratados internacionales que estén vigentes y ratificados en Chile. Por lo mismo, cabe examinar estas consideraciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz de las exigencias del artículo 5° inciso segundo de la Constitución;

A nadie escapa la idea de que la privación de libertad constituye una de las medidas más gravosas que puede sufrir una persona. No solo por la privación de libertad misma sino que por la estigmatización que viene añadida a las penas penales y que, habitualmente, no está

presente en las sanciones administrativas. Por lo mismo, los tratados internacionales establecen criterios objetivos, obligaciones estatales y finalidades de sentido a la pena de privación de libertad;

26°. Que en esa perspectiva el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, y del mismo modo, el número 3 del mismo artículo prescribe que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.” Por otro lado, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados;

27°. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que “[l]as sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita”. Sin embargo, las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas.” (Caso Lori Berenson Mejía con Perú, 25 de noviembre de 2004, párr. 101). Por ende, su examen atiende a las

modalidades de aplicación y no a un impedimento para imponerla legalmente;

28°. Que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se han referido a la prohibición de penas alternativas ni menos a la suspensión temporal de su aplicación. La jurisprudencia relativa a la aplicación del principio de proporcionalidad está referida a la prisión preventiva (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia C-206, párrafo 122) en relación con el caso de una persona que fue condenada a una pena inferior a la que estuvo privada de libertad preventivamente. Allí se estructuran a lo menos cinco reglas por parte de la Corte, la que acogió parcialmente la condena, las que no son extrapolables en su totalidad a este caso;

7.- Del Derecho Internacional de los Derechos no se puede deducir un derecho subjetivo a una pena alternativa.

29°. Que esta preocupación por la privación de libertad ha implicado que la comunidad internacional ponga el acento en las alternativas al cumplimiento de las penas sobre la base de criterios sustitutivos de la misma. En esa línea, respecto de las penas alternativas o sustitutivas, el sistema universal de derechos humanos ha reconocido las "Normas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad", mejor conocidas como Reglas de Tokio, establecen que "las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención" (regla 2.6). Asimismo, que "la introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estarán prescritas por la Ley" (regla 3.1). Y, por último, que "la selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas" (regla 3.2);

30°. Que para el sistema regional de derechos humanos están los Principios y Prácticas sobre Personas Privadas de Libertad en donde se especifican el uso de medidas alternativas o sustitutivas de la libertad en el punto III.4 bajo las siguientes consideraciones:

"4. Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad. Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en la materia. Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia";

31°. Que, podemos colegir que en este ámbito internacional de los derechos humanos, existe un reconocimiento de finalidades de la prisión, reclusión o privación de libertad de la que carece nuestro texto constitucional. Sin embargo, a objeto de configurar obligaciones en la imposición de penas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad se encarga de precisar elementos externos a la decisión estatal. Por una parte, sugiere actuar ciñéndose al principio de intervención mínima siendo resorte estatal definir el tipo de delitos que concluye en penas efectivas de cárcel y los que no. Por otro lado, que la determinación sobre la decisión privativa de libertad se base en criterios objetivos u objetivables que se refieran al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas. Finalmente, se propicia la

disponibilidad de recursos para esta materia. En síntesis, no se deriva ningún derecho subjetivo a penas alternativas o sustitutivas de la libertad, sino que hay una identificación convencional de obligaciones estatales orientadas al desarrollo de finalidades que abarcan un conjunto amplio de titularidades (víctimas, victimarios, familias y la sociedad en general). Estas finalidades, especialmente la resocialización de las penas, imponen al legislador un uso racional de la privación de libertad como pena. En consecuencia, no se puede sostener un tipo de garantía subjetiva a favor de los condenados en causas penales a un derecho subjetivo a todo evento sobre una pena sustitutiva;

8. No existe un derecho constitucional de los condenados en un proceso penal a la aplicación de una pena sustitutiva.

32°. Que las penas sustitutivas se caracterizan por reemplazar la pena privativa de libertad por otra sanción, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, que generalmente se aplican para delitos que conllevan bajas penalidades. La creación de este tipo de medidas se funda en la visión deslegitimada de la pena privativa de libertad lo que no desmerece que sea el legislador, basado en la imposición de nuevas condiciones y en la evidencia de determinados factores criminógenos, el responsable de estimarlo. Para ello, es perfectamente constitucional que pueda desalentar el manejo en estado de ebriedad decidiendo la interdicción de la concesión de una pena sustitutiva;

33°. Que, en síntesis, la Constitución no establece un derecho subjetivo a una pena sustitutiva ya que no reconoce, ni siquiera, finalidades para las penas privativas de libertad. En tal sentido, el recurso al auxilio de la norma internacional de derechos humanos nos advierte que tales consideraciones punitivas deben servir

a un propósito de "readaptación social" o "reforma" (artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Estas finalidades, en el marco del principio interpretativo pro - reo, admiten un conjunto de obligaciones estatales pero no pueden fundar un derecho individual y fundamental a alterar la condena mediante un régimen más benigno de penas sustitutivas;

34°. Que más allá que se pueda reprochar esta posición de una cierta falta de humanitarismo, lo cierto es que es responsabilidad del juez constitucional apreciar la Constitución en su conjunto, en lo adverso y en lo favorable. Esta apreciación, por lo demás, no constituye una posición que no haya sido adoptada por otros tribunales. Es más, constituye la tesis vigente del Tribunal Constitucional español, por ejemplo. Un explicación de esta tesis se refiere justamente al valor de la interpretación de mandatos constitucionales que España tiene y que Chile carece relativos a las finalidades de las penas definidas en el artículo 25.2 de la Constitución Española ("Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.") El Tribunal español "ha declarado que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (ATC 15/1984). Y ha admitido que puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes penales y penitenciarias (STC 75/1998, FJ 29), pero que ni la reinserción ni la reeducación pueden considerarse en cada caso concreto una condición de legitimidad de la pena (STC 35/1994, FJ 2)" (Fossas Espadaler, Enric (2015), "Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo

constitucional", en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 103, enero-abril, p. 312);

9. No se puede impugnar la aplicación efectiva de las penas sin cuestionar la estructura punitiva de todo el sistema penal.

35°. Que el suprimir las penas sustitutivas para determinados delitos es constitucional, puesto que al negar las penas sustitutivas, en algunos casos, el legislador impone la aplicación de las penas efectivas integralmente consideradas en el marco penal. Con ello abre un enjuiciamiento general de las penas sobre la base de la realidad y no de la potencialidad del marco penal. El mandato del legislador es establecer "siempre las garantías" de un procedimiento y una investigación racional y justo. La interdicción de penas sustitutivas, en línea de principio, tiene racionalidad. Primero, porque es una facultad del legislador reestimar el cumplimiento efectivo de una pena. Si la legislación penal obedece a valoraciones de la sociedad, poner el acento en el cumplimiento efectivo es un deber del legislador. En segundo lugar, es racional porque si los delitos tienen determinadas penas, las medidas dirigidas a su aplicación real lo que hacen es centrar el debate en la pena y no en su modalidad de ejecución. Del mismo modo, suprimir estas modalidades de ejecución satisface el principio de legalidad de las penas, pues sólo limita la discrecionalidad del juez y obliga aplicar la pena determinada por la ley;

10. Si se permite la interdicción de las penas sustitutivas en algunos delitos es porque está dentro del resorte de las facultades del legislador imponerlas.

36°. Que la debilidad de la posición que implica reconocer la pena sustitutiva como un derecho subjetivo de todo condenado se manifiesta en la imposibilidad de

sostener a todo evento tal hipótesis. Si el legislador no puede imponerla en este caso, no podría imponerla en delito alguno. Como veremos, esta es una cuestión que no es razonable de sostener. ¿Qué diferencia el homicidio, el robo con secuestro o un atentado terrorista respecto del delito de manejo en estado de ebriedad? Se dirá que la gravedad del delito el que permite diferenciar, pero sí parece razonable hacerlo en un solo caso no es porque el Tribunal Constitucional lo estime así sino porque la valoración de la gravedad reside en el legislador;

37°. ¿Qué método existe para sustituir el régimen de valoración de los delitos en una sociedad y traspasarlos desde el legislador al juez constitucional?, ¿Qué determina que los homicidios, los parricidios y el femicidio tengan un modelo de protección del bien jurídico de la vida que no comparta el delito en estado de ebriedad con resultado de muerte? No se puede sustituir al legislador en valoraciones de mérito sobre el injusto y sobre los medios que permiten que el bien jurídico se proteja de manera real y efectiva;

11.- El riesgo por accidente de tránsito ha sido un criterio que el Tribunal ha adoptado para enjuiciar una inaplicabilidad.

38°. Que este Tribunal ha utilizado el criterio del riesgo de accidente de tránsito asociado a los bienes jurídicos de protección del derecho a la vida, de su integridad física y psíquica así como de la protección de la salud de las personas, con especial consideración a los derechos de terceros como límite a la libertad de movimiento (artículo 19, literal a) del numeral 7° de la Constitución);

39°. Que este criterio lo ha utilizado para desestimar requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad porque no puede exonerarse de responsabilidad a la empresa de transporte público que afecta los derechos de terceros poniendo en riesgo

indirecto su derecho a la vida a través de la falta de descanso debido de sus trabajadores (STC 2436/2014, c. 23° y 61°);

12.- La regulación de las penas alternativas reside en una ley y no en la Constitución, la que no impide privar de libertad a las personas.

40°. Que es la Ley N° 18.216 la que establece la regla general de penas sustitutivas, no siendo un asunto que se derive directamente de alguna norma constitucional. Es una ley que no opera automáticamente y que debe el juez fundar en un ejercicio razonado de ponderación. Y, sobre todas las cuestiones, no se trata de una ley que suprima el régimen de las penas privativas de libertad. Entre otras materias, el artículo 7° dispone un régimen de reclusión parcial. De esta manera, de la apelación al cuerpo normativo de toda esta legislación, no es posible deducir la existencia de un derecho a penas no privativas de libertad porque este mismo cuerpo legal las contempla;

41°. Que este cuerpo normativo, por el contrario, no tiene como una hipótesis que cruce todas sus penas alternativas, según ya vimos, la idea de la "reinserción social". Es un criterio expreso que solamente está presente en algunos artículos y medidas. Es así como está presente en la aplicación de la medida de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva (artículo 14 de la Ley N° 18.216);

V.- Criterios para rechazar el requerimiento.

1.- El legislador debe tener políticas preventivas que disuadan efectivamente los accidentes de tránsito con resultado de muerte.

42°. Que el legislador puede y debe intensificar la prevención de determinadas conductas que estima lesivas en una sociedad y que no logran ser disuadidas de manera efectiva. Es responsabilidad del legislador buscar los

medios para que los fines del derecho se cumplan. Si los accidentes de tránsito se incrementan y sus efectos dañosos se multiplican, especialmente en casos de muerte de personas, resulta evidente que el instrumento penal es un medio disuasorio que puede aplicar el legislador;

43°. Que el Congreso Nacional tiene potestades constitucionales formales y sustantivas para erradicar la conducta de riesgo de conducir vehículos motorizados con consumo de alcohol. Esta conducta no es un ejercicio de libertad alguna porque es un riesgo que afecta "los derechos de otros" (artículo 19, literal a) del numeral 7° de la Constitución). Por lo mismo, puede sancionarlo con pena penal;

44°. Que la valoración del ilícito reside esencialmente en un juicio de mérito que le corresponde al Congreso Nacional. Aplicar una sanción no es un ejercicio científico en donde exista la medida efectiva y exacta que permita disuadir y crear una cultura de conducción de vehículos sin consumo de alcohol;

2.- Que es razonable que el legislador busque los medios de que las penas sean efectivas, máxime si las mismas son constitucionales.

45°. Que así como no es razonable la sobre punición tampoco lo es la impunidad. Penalizar en exceso mediante un escalamiento grave e inusitado de las penas puede terminar en un efecto paradójico: la impunidad. Y llegar a la minusvaloración de estas conductas es un serio renunciamiento de la obtención de finalidades del derecho. Por lo mismo, el mecanismo que permite que la pena existente potencialmente se vuelva real es parte de la atribución inherente del legislador de modificar los medios examinando los más pertinentes. En tal sentido, este Tribunal ha validado la legitimidad de penalizar estas conductas y de disociar las conductas típicas relativas al manejo en estado de ebriedad, la conducta de

auxilio a la víctima y la de denuncia de los hechos a la autoridad. Por tanto, si estas penas son proporcionales y constitucionales ¿Por qué no lo ha de ser aquella medida que pretende aplicar una pena justa?;

3.- La efectividad de las penas debe ser un fin real y no meramente nominal.

46°. Que ya no se trata de sostener que es legítima la aplicación de una pena justa sino que ésta no ha de quedarse como una sanción meramente nominal. El legislador no cumpliría con la identificación de sanciones efectivas para erradicar la conducción con consumo de alcohol si acepta que sus decisiones sean meramente indicativas. Si es legítimo privar de libertad a las personas, mediante una ley que tipifique un delito, es natural al sentido de la ley que ésta tenga la "fuerza" propia para imponerse. Tiene "fuerza pasiva" para resistir el cambio mediante otra ley, y tiene "fuerza activa" para imponer esta decisión contra otras normas de inferior jerarquía. Por lo tanto, resulta obvio que la suspensión de la medida alternativa es un ejercicio de graduación de la fuerza para aplicarla más severamente;

4.- La norma no priva de acceder a una pena sustitutiva, solo la suspende.

47°. Que de lo expuesto se deduce que el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito no configura una prohibición, bloqueo o impedimento de aplicación de una pena alternativa o sustitutiva a la pena privativa de libertad. Es más, reúne todas las características propias de una decisión judicial. En el juicio se debate sobre la aplicación de la medida, puede existir una deliberación específica sobre la concurrencia de las razones que llevan a otorgarla o denegarla, y todas las circunstancias que aconsejen adoptarla. Ni el juez ni las partes se ven impedidas de debatir sobre la aptitud, para el caso

concreto, de su aplicación y de la mejor modalidad que pueda revestir;

5.- La suspensión de la pena sustitutiva es otra modalidad de pena alternativa.

48°. Que es indudable facultad del legislador determinar las valoraciones que en una sociedad son plausibles de condenarse como delitos; de imponer las penas y las consecuencias añadidas a la misma; de especificar el tipo de penas penales; de delimitar la función judicial normando escalas punitivas, eximentes, atenuantes y agravantes y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, siendo el mismo legislador quién faculta al juez la sustitución de una pena por otra;

49°. Que dentro de este marco de competencias, la decisión del legislador de suspender una pena sustitutiva que impuso legítimamente el juez es otra modalidad de pena alternativa. Un caso similar es la pena substitutiva denominada "penas mixtas", que permite al juez, de oficio o a petición de parte, interrumpir la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva (artículo 33 Ley N° 18.216). En este caso, el legislador admite la interrupción de la sanción impuesta cuando, entre otros requisitos, el condenado ha cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva;

6.- La suspensión de una pena alternativa no privativa de libertad es proporcional.

50°. Que una pena sea proporcional depende de cómo responda a un fin constitucionalmente legítimo, y que ésta sea verificable como una medida idónea, necesaria y equilibrada o proporcional en un sentido estricto.

A dicho respecto, hacer efectiva la pena de privación de libertad en delitos de manejo en estado de ebriedad, con resultado de muerte, se corresponde con una medida que

está amparada en diversas finalidades constitucionales. Primero, en la dimensión preventiva, esta regla penal de tránsito tiene por objeto, como deber del Estado, "dar protección a la población" (inciso quinto del artículo 1° de la Constitución). Se enmarca en una esencial función de "bien común" (inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución). En cuanto a los bienes jurídicos tutelados, se trata en este caso de otorgar una protección añadida al "derecho a la vida y la integridad física y psíquica" de las personas (numeral 1° del artículo 19 de la Constitución). Para ello, se tiene presente, en tercer lugar, una función asociada a la protección de los derechos fundamentales de todas las personas por el ejercicio de la libertad de movimiento de algunos, "salvo siempre el perjuicio de terceros" (literal a) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución). Para, finalmente, dar cuenta de la más elemental función de policía que manifiesta el ordenamiento estatal a través de la acción de los organismos encargados de fiscalizar, supervigilar y controlar el "orden público" y "dar eficacia al derecho" (artículo 101 de la Constitución). En consecuencia, se trata de una legislación que se inscribe sin dificultad alguna dentro de un entramado de finalidades constitucionales y derechos constitucionales que amparan esta intervención regulatoria;

51°. Que suspender la pena alternativa sustituyéndola por el cumplimiento de un año efectivo de pena privativa de libertad, configura una medida idónea en este caso. Lo anterior, es cierto por dos órdenes de razones. Primero, porque se trata de un medio eficaz, en sí mismo, para impedir que vuelva a ocurrir un accidente por parte de la misma persona que lo cometió, en la medida que se detenga a la persona que es el victimario. Normalmente, en casos de esta naturaleza lo discutido no es la identidad del victimario sino que su responsabilidad. Y, en segundo lugar, es eficaz porque ejerce una función simbólica

respecto del nuevo estadio que el ordenamiento quiere satisfacer. Se trata de no tener una cultura de conducción bajo estado de ebriedad sin esperar funestas consecuencias;

52°. Que la proporción debe basarse en una relación de medios (sanciones) a fines (objetivos previstos por sancionar determinadas conductas). En tal sentido, insistimos que no hay un juicio racional de proporcionalidad aislado de sus fines. Este juicio de idoneidad puede hacerse de varias maneras. Lo que hay que comprobar es que el medio fomenta el fin. Y ello puede lograrse de un modo cuantitativo: "la suspensión de la pena sustitutiva 29 puede fomentar el fin más que otorgar la pena sustitutiva". O de un modo cualitativo, "la suspensión de la pena sustitutiva puede fomentar mejor el fin que la aplicación de una pena sustitutiva". O de una manera probabilística, esto es, "la suspensión de la pena sustitutiva va a fomentar el fin con alto grado de seguridad más que otorgar la pena sustitutiva". [Clérico, Laura (2009), El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, p. 325). Resulta claro que no puede exigirse que la medida sea cuantitativa, cualitativa y probabilísticamente idónea, puesto que aquello es resorte del legislador. El Tribunal Constitucional no puede sustituir la función normativa para escoger el medio exacto que contribuye a un fomento de la solución más significativa, mejor de todas y la que con certeza satisface el fin perseguido. Tal exigencia pervierte las competencias de esta magistratura. Por tanto, el juicio de idoneidad exigido es un juicio débil o no tan intenso. Basta que la medida sea cuantitativa, cualitativa o probabilísticamente adecuada, entendidas de un modo alternativo y no copulativo;

53°. Que se trata de una medida necesaria. Recuérdese que se trata de conductas que el legislador ha impuesto a

objeto de impedir la fuga desde el sitio del suceso y que, cuando acontecen, manifiestan que esta medida debe tener una eficiencia plausible. Estas conductas tipificadas como delitos han sido estimadas constitucionales por nuestro Tribunal, de modo, que resulta plausible asumir que pueden ser necesarias. ¿Es la menos restrictiva de entre todas las opciones posibles? Si asumimos que esta medida puede tener otras opciones entramos en un ejercicio propio de la reflexión sobre el mérito. En tal sentido aplicando el principio de intervención mínima es preciso definir cuáles serán las alternativas comparables y la magnitud de la infracción cometida por el requirente;

54°. Que, en cuanto al juicio de proporcionalidad en un sentido estricto, una vez adoptada la decisión judicial opera la ley suspendiendo la pena sustitutiva aplicada. En general, hemos sostenido que en materia penal esta faceta del examen de proporcionalidad le corresponde plenamente al juez penal y no puede el juez constitucional sustituir esta ponderación por varias razones. Primero, porque el precepto impugnado del artículo 196 ter de la Ley de Tránsito no impide al juez realizar un juicio penal sin excepción alguna. Se trata de conocer un juicio penal conforme a las reglas generales. En segundo lugar, porque no se trata solo de conocer el derecho sino que los hechos, los que no son susceptibles de ser, a su vez, conocidos y probados ante el juez constitucional. La necesaria ponderación de los bienes jurídicos en juego no puede darse en esta esfera. Y, tercero, porque este examen podría pensarse que dejaría sin control alguno el subjuicio de proporcionalidad, en circunstancias que esta etapa es plenamente mandatada al propio legislador para estimar cuál es la medida más correcta a aplicar y con el menor sacrificio de derechos fundamentales. Este es el examen de proporcionalidad en un marco pluralista y democrático. Sin embargo, tiene un límite el que puede identificarse como el respeto al contenido esencial del

derecho (artículo 19, numeral 26° de la Constitución). El límite reside en el hecho de que el precepto sea el obstáculo objetivo que le impida al juez imponer una pena privativa de libertad inferior a un año de plazo (Sentencia de la Corte Interamericana, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela). Sin embargo, en el examen de la valoración punitiva, y en una perspectiva abstracta, se dificulta que exista una norma penal que en la práctica imponga una pena privativa de libertad inferior a un año cuando está de por medio el bien jurídico vida. Hay que recordar que no solo la Constitución lo contempla como uno de los bienes jurídicos más relevantes sino que también le otorga legitimación a las víctimas para demandarlo (artículo 83 de la Constitución);

7.- La suspensión de la pena alternativa no vulnera la igualdad ante la ley.

55°. Que al tratarse de una medida proporcional partimos de la base que se trata de una medida de carácter razonable. Es razonable hacer efectiva una pena potencial legítima. Es razonable una norma que no impide acceder a una pena alternativa a la privación de libertad. Es razonable que el legislador adopte una modalidad especial de otorgamiento de una pena alternativa. Es razonable que una persona cumpla un año de pena efectiva en relación con un tipo penal que puede quintuplicar esa penalidad. Es razonable proteger la vida de terceros ("salvo siempre el perjuicio de terceros");

56°. Que se trata de una medida objetiva que satisface el test de la igualdad ante la ley: no distingue en su aplicación a destinatarios específicos y se dirige contra todos los que vulneren esta preceptiva;

57°. Que puede debatirse en torno al parámetro de comparación. ¿Por qué los delitos de conducción en estado de ebriedad tienen esta medida de la que carecen otros

delitos que pueden ser más graves? Esta cuestión merece ser respondida desde el examen de valoración de los delitos. El dilema es que el requirente y la sentencia no cuestionan el examen general de valoración penal de los delitos. Por ende, este no puede ser un juicio de igualdad que compare las penas abstractamente consideradas porque en ese plano se estiman constitucionales. Para ello, hay que recurrir a un examen concreto de parametrización de penas efectivamente consideradas. Sin embargo, un juicio de esta naturaleza, primero, no ha sido planteado así ante este Tribunal. Y, en segundo lugar, implicaría un juzgamiento de hechos que resulta ajeno a las competencias de este Tribunal conocer. El punto de comparación reside en sí mismo y tiene que ver con si este delito resiste una pena efectiva de un año. Y ello no es más que volver a que se trata de una medida efectivamente proporcional.

8.- El humanitarismo penal no impide que se pueda suspender una pena alternativa porque los derechos de las víctimas tiene valoración constitucional.

58°. Que el argumento sostenido en los principios del humanitarismo penal para acceder a una plena efectividad de las penas alternativas no privativas de libertad tiene algunos problemas. Primero, porque en su versión más patente es un reproche a la cárcel como medio punitivo. Y en su lógica habita una despenalización de la privación de libertad como requisito general para todo tipo de delitos. Nada de ello encuentra asidero en nuestra Constitución ni en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y, en segundo lugar, porque el humanitarismo moderado defenderá un grado de aplicación de la cárcel a los delitos más graves dependiendo del grado de compromiso criminógeno de las conductas. Ese ejercicio puede ser tan discriminatorio como el que pretende resolver porque puede conducir a asignar la cárcel en función de criterios residentes en

los que cometen los delitos y no en las conductas propiamente tales. Y, finalmente, porque los derechos de las víctimas están reconocidos en la Constitución y tienen una función en el mismo (artículo 83 de la Constitución);

VI.- Conclusión.

59°. Que en el caso de la Ley N° 20.770, el legislador no eliminó la facultad judicial de imponer penas sustitutivas. Tampoco restringió el momento de hacerlas, ni las reglas para interrumpirlas, modificarlas o darlas por cumplidas. Solo impone una suspensión de la decisión judicial por un año, imponiendo pena privativa de libertad. Impuesta que sea la pena sustitutiva, al concluir su suspensión de un año, la decisión judicial recobra todo su valor permitiendo extenderla o aplicarla en el modo, tiempo y lugar que el juez competente determine;

60°. Que esta decisión se enmarca dentro de la facultad del legislador de imponer las valoraciones susceptibles de delitos y penas en una sociedad, conforme corresponde en una democracia pluralista al Congreso Nacional. Que corresponde al Tribunal Constitucional tener la deferencia al legislador siempre que no supere los límites que la Constitución ha dispuesto. Por lo mismo, en el examen constitucional no se divisa la existencia de una vulneración constitucional. Primero, porque la Constitución no tiene norma alguna que refiera a las finalidades de la pena y a la determinación de las penas alternativas. Tampoco el Derecho Internacional de los Derechos Humanos configura en sus tratados un derecho subjetivo a la pena alternativa. Incluso, si lo tuviera reconocido en las Reglas de Tokio (cosa que no hace), tampoco el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito lo vulnera, porque simplemente suspende su aplicación pero no

impide que el juez apruebe una pena alternativa. No se razona en la sentencia que acoge este requerimiento por qué faltaría a una especie de humanitarismo penal ya que la privación de libertad es un tipo de pena que puede imponer el legislador. Asimismo, puede imponer penas sustitutivas, cambiarlas o suspenderlas. Asimismo, el riesgo por accidente de tránsito es un hecho que debe conjugarse en la ponderación de derechos en juego y el legislador debe tener políticas preventivas que disuadan efectivamente los accidentes de tránsito con resultado de muerte. Por lo mismo, las penas impuestas deben ser reales y no nominales. Además, la suspensión de la pena sustitutiva no es más que otra modalidad de cumplimiento de las penas alternativas. Esta suspensión de la pena alternativa no privativa de libertad es proporcional, coherente con los fines constitucionales del bien común, la protección de la población y el orden público, así como con los derechos constitucionales de la vida y la libertad personal. Es una medida mesurada, idónea y objetiva. Asimismo, no vulnera el principio de igualdad porque está considerada sobre bases objetivas, sin distinguir destinatarios de manera arbitraria ni como categorías sospechosas y porque su parámetro es hacer efectiva una pena potencial.

B. Por su parte, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán estuvo por rechazar la impugnación efectuada por la requirente de autos al artículo 196 ter, de la Ley N° 18.290, de Tránsito, por las argumentaciones que se reproducen a continuación:

1°. *PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.* Que, sobre el particular, el **artículo 196 ter de la Ley N° 18.290**, el cual se impugna, dispone que:

“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.

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

2°. *INTERROGANTE CONSTITUCIONAL RELEVANTE.* Que, desde una dimensión aún general, lo que se discute son los límites constitucionales a una mayor severidad de la reacción punitiva del Estado frente a conductas valoradas negativamente por parte de la sociedad, a través de la ley. En términos más específicos, la interrogante constitucional relevante consiste en determinar si ante conductas delictivas consideradas graves y respecto a las cuales se quiere incrementar su dureza punitiva, incurre o no la ley en una desproporción sustancial, vis a vis otros delitos o conductas delictivas, al conceder de manera limitada el beneficio general de sustitución de penas privativas de libertad;

3°. *PARÁMETROS RELEVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE SI SE ESTÁ O NO ANTE UNA NORMA QUE DA LUGAR A UNA PUNICIÓN EXCESIVA O DESPROPORCIONADA.* Que, para evaluar si la aplicación de la norma impugnada produce un efecto desproporcionado (intolerable desde el punto de vista constitucional), estimamos que son dos los parámetros fundamentales de comparación: (i) la gravedad del delito (expresado, como se explicará, en el quantum de la pena

privativa de libertad; y (ii) la extensión del menoscabo o afectación (que es posible apreciar dentro de un rango que va desde el goce íntegro a la exclusión total del beneficio o derecho que establece la ley).

En lo que sigue, se evaluará si, de acuerdo a una comparación basada en la gravedad del delito, se está o no en presencia de una clasificación legal que responda a un criterio de proporcionalidad, para luego, analizar si la clasificación da lugar o no a un efecto manifiestamente desproporcionado. Tal como se explicará, se está en presencia, desde el punto de vista del quantum de la pena, a una clasificación que no sigue una línea de proporcionalidad. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con casos de delitos en los que la ley excluye por completo el goce del derecho a penas sustitutivas, aquí sí se tiene derecho al goce del mencionado beneficio, aunque de una manera limitada, lo que, a nuestro entender, no constituye una situación de menoscabo o agravio manifiestamente excesivo o desproporcionado;

4°. *OBJECCIÓN CONSTITUCIONAL EN QUE SE FUNDA EL REQUERIMIENTO.* Que, con el objetivo de explicar de manera sintética, clara y coherente la fundamentación del requirente, se puede sostener que, en lo esencial, la acción de inaplicabilidad alega que: (i) la aplicación del precepto legal impugnado consagraría una diferencia de trato al modificar, para un tipo particular de delitos (y que corresponde a una parte muy reducida del conjunto total contemplado por nuestro ordenamiento jurídico), el régimen general de determinación judicial de penas del Código Penal; (ii) la clasificación a que da lugar la norma objetada y que confina a ciertos delitos a estar regidos por reglas excepcionales es arbitraria ya que no obedecería a un propósito que la justifique suficientemente; y (iii) la nueva regla perjudicaría de manera desmedida o desproporcionada al requirente, incumpliendo con los mínimos estándares exigibles en un

Estado de Derecho respetuoso del debido proceso. En consecuencia, según este tipo postura, se infringirían, fundamentalmente, los artículos 19, N°s 2° (inciso segundo) y 3° (inciso sexto) de la Constitución, así como otras disposiciones accesorias o dependientes de los principios generales de igualdad ante la ley y de proporcionalidad (racionalidad y justicia procesal);

I.- ¿Se está o no en presencia de una clasificación legal que responda a un criterio de proporcionalidad?

5°. *PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y REACCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.* Que es importante aclarar que cuando se habla del principio de proporcionalidad aplicado al ámbito constitucional, hay que hacer una serie de distinciones. La proporcionalidad, para efectos constitucionales, alude a cosas distintas. Una primera dimensión dice relación con el principio de proporcionalidad como herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional, para lo cual analizan total o parcialmente variables tales como, por ejemplo, la idoneidad o necesidad de una medida y/o clasificación legal en relación al fin buscado. Una segunda dimensión, a su vez, hace referencia al principio de proporcionalidad como prohibición de desproporción manifiesta en la determinación de las sanciones (en este caso, penales), la cual se mide en consideración a la gravedad del delito;

6°. Que esta segunda versión del principio de proporcionalidad tiene un rol esencialmente limitador. Y, en el sentido recién expuesto, la gravedad de la conducta pasa a ser un criterio de tolerabilidad constitucional en base al cual contrastar (de modo relacional) soluciones legislativas incidentes en la determinación de las penas;

7°. Que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la

pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito.

Así, en cuanto a lo primero, la desproporción de una pena (o reacción punitiva) puede hacer referencia: (i) a la excesiva severidad de la pena en términos, por ejemplo, de su quantum legal (número de años de privación de libertad); (ii) a la excesiva dureza de la respuesta penal para ciertos delitos y, en último término, para el infractor, que puede surgir por las distinciones o clasificaciones que determinan la procedencia de la aplicación de penas sustitutivas, o al sustantivo incremento punitivo (y consiguiente menoscabo) que puede derivar de una categorización del tipo de penas sustitutivas significativamente desvinculada del criterio general de gravedad; y (iii) a la elevada rigurosidad punitiva a que puede dar lugar una intervención legal en las reglas de individualización (graduación) judicial de la pena privativa de libertad aplicada al infractor;

8°. Que, como puede apreciarse, la determinación de la pena es fruto de un proceso continuo en el tiempo, en que es posible distinguir tres grandes fases sucesivas: a) la determinación legal de la pena, consistente en la atribución a un delito de una pena de determinado quantum (pena abstracta), b) la determinación judicial de la pena privativa de libertad al caso concreto (pena concreta), y c) la determinación de la pena sustitutiva que ha de corresponderle (si procede).

En las tres fases interviene el legislador. De manera más intensa en la fase de determinación del quantum de la pena (en este caso, de una privativa de libertad) y en la etapa de determinación de la procedencia y tipo de pena sustitutiva a aquella privativa de libertad a la que tiene derecho la persona condenada por un determinado delito.

Por último, cabe tener presente que la aplicación de dos de los preceptos legales impugnados, esto es, el artículo 196 ter, inciso primero, y el artículo 196 bis de la Ley N° 18.290, se enmarcan en la tercera y segunda fase del proceso de determinación de la pena, respectivamente;

9°. Que, luego de haberse explicado, para efecto de la aplicación del principio de proporcionalidad, la dimensión de la pena o reacción punitiva según la fase para su determinación, se hará referencia, a continuación, al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito. La importancia de esto último se funda, como ya se ha señalado, en que la proporcionalidad exigida (o, mejor dicho, la desproporción prohibida) se aprecia, en una primera instancia, de la relación entre la pena (o respuesta punitiva, en su acepción más amplia) y la gravedad del delito.

De esta manera, para resolver si la ley que establece la procedencia y tipo de pena sustitutiva que ha de imponérsele al condenado por un delito cumple o no con la exigencia constitucional de proporcionalidad (de las penas) es menester identificar, primero, el parámetro específico que reflejará el estándar consistente en la gravedad del delito;

10°. Que, como se explicará detalladamente más adelante, el quantum de la pena es el mejor reflejo de la gravedad del delito, salvo para aquellos casos en que la desproporción alegada es respecto de la pena que el legislador, en abstracto, le ha atribuido a un determinado delito. La razón fundamental para considerar que el quantum de la pena es el parámetro representativo de la gravedad del delito radica en que es la medida más objetiva, directa y de mayor impacto para expresar el desvalor social de la conducta.

Por lo tanto, la reacción punitiva de carácter legal (consistente en la exclusión total de la posibilidad de

que al condenado por el ya mencionado delito establecido en la Ley de Control de Armas se la aplique una pena sustitutiva) debe contrastarse con el número de años de privación de libertad con que está penado el delito (atribución legal abstracta de la pena a un delito);

11°. Que, igualmente, el factor gravedad también debe estar presente en la fase de individualización judicial de la pena privativa de libertad que ha de imponerse al condenado. Las reglas legales dirigidas a los jueces para llevar a cabo este proceso de determinación concreta de penas (en estos casos, privativas de libertad) adoptan el parámetro de la gravedad, pero reflejado de una forma distinta. En esta fase, el protagonismo lo tiene el juez, quien debe realizar ejercicios de ponderación para, dentro de un marco legal, decidir la pena justa.

Aquí, la gravedad adopta parámetros distintos al del caso anterior. En efecto, para saber si las reglas legales que fijan el marco en el que ha de moverse el juez se desvían o no de manera significativa del límite orientador que proporciona el factor gravedad y, por lo tanto, vulneran o no estándares constitucionales generales de proporcionalidad y razonabilidad, debe atenderse al sub factor culpabilidad (gravedad "subjetiva") y, en menor grado, al sub factor daño (gravedad "objetiva"). No es ajeno a la doctrina jurídica el reconocimiento de que la culpabilidad y el daño son dos componentes claves del concepto de "gravedad" (Von Hirsch, Andrew: "Doing Justice: The Principle of Commensurate Deserts". En Hyman Gross and Andrew von Hirsch (eds), Sentencing, Oxford University Press, 1981, p.243).

Asimismo, la necesidad de que se constate la culpabilidad para responsabilizar penalmente a una persona es algo especialmente valorado por nuestra Constitución, tal como puede desprenderse de lo dispuesto en su artículo 19, N° 3°, inciso séptimo. Tanto es así, que dicho factor

ha sido elevado a la categoría de principio autónomo (ver STC, Rol N° 2936, c. 9);

12°. Que con la exclusión total o parcial (como en este caso) de ciertos delitos del goce del derecho o beneficio de sustitución de penas el legislador ha buscado aumentar la severidad de la reacción punitiva del Estado frente a la gravedad que conlleva el o los ilícito(s) por vías alternativas al puro aumento de la duración de una sanción privativa de libertad. Sin perjuicio de lo anterior, lo relevante es que cualquiera sea el medio que el legislador utilice para incrementar la punición de una conducta delictiva, éste no puede prescindir de la gravedad del delito expresado, en este caso, a través del quantum o duración de la pena;

13°. *EL QUANTUM DE LA PENA COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA EVALUAR LA PROPORCIONALIDAD.* Que es posible desprender de la Constitución que el nivel de severidad de la respuesta punitiva del Estado ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho y, en último término, que el grado de dureza punitiva se ve reflejado, preferentemente, en el quantum de la pena, es decir, su tiempo de duración.

Lo que determina la gravedad de un ilícito no es la naturaleza del delito. Dicho parámetro es una medida sólo intuitiva para apreciar qué tan grave es un tipo penal. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es, como se señaló, el *quantum* de la pena. Incluso más, dicho parámetro es uno que, por definición, es bastante "deferente" con el legislador (actitud que suele exigirse como indispensable por quienes son reacios a aceptar control de constitucionalidad en el ámbito penal);

14°. **Sustento constitucional.** Que puede entenderse que el criterio preferido por la Constitución para reflejar la gravedad es el quantum de la pena. Ilustrativo de lo anterior son aquellas disposiciones que establecen

efectos negativos mayores (como ocurre con la suspensión del derecho de sufragio o la pérdida de la ciudadanía) cuando la pena en abstracto sobrepasa el umbral que separa una pena aflictiva de una que no lo es. En dichos casos, el quantum de la pena (criterio principal en base al cual se clasifica el carácter aflictivo o no de una sanción) constituye una representación o medida de gravedad.

La Carta Fundamental, por ejemplo, establece efectos negativos mayores cuando la pena en abstracto sobrepasa el umbral de "pena aflictiva", es decir, condenas privativas de libertad desde tres años y un día en adelante (artículo 37, en relación con los artículos 3° y 21, todos del Código Penal). Así, de acuerdo a la Constitución, "[s]on ciudadanos los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva." (artículo 13), y el derecho de sufragio se suspende "hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva" (artículo 16, N° 2). La calidad de ciudadano, además, se pierde por "condena a pena aflictiva" (artículo 17, N° 2) y "[p]or condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva." (artículo 17, N° 3). Tal es la gravedad asociada a dicho criterio que, como derivación de lo anterior, impacta en los requisitos de elegibilidad y causales de suspensión o cesación en cargos de elección popular (ver, por ejemplo, el artículo 60, inciso octavo);

15°. Sustento en la legislación penal. Que, en armonía con lo precedentemente expuesto, el Código Penal reconoce expresamente que "[l]os delitos, atendida su gravedad, se dividen crímenes, simples delitos y faltas (...)" (artículo 3°, en relación con el 21), lo cual, en último término, se traduce en un quantum o tiempo de duración de la pena en abstracto (artículo 56). Así, por ejemplo, el Código Penal establece un umbral de cinco años

de cárcel para calificar algunos delitos como "crímenes", y otros como "simples delitos";

16°. Sustento en la ley de penas sustitutivas. Que el mencionado criterio no sólo tiene sustento en la Constitución y en el Código Penal, como ya se señaló, sino también en la misma Ley N° 18.216, la cual distingue la procedencia de diferentes penas sustitutivas recurriendo, como criterio ineludible, al quantum de la pena concreta (reflejo, a su vez, de la pena abstracta ajustada -en términos simples- por el grado de culpabilidad del responsable).

En efecto, los diferentes tipos de penas sustitutivas están graduadas en consideración, también, al quantum de la pena, como es posible apreciar del cuadro siguiente:

Cuadro N° 1: Tipo y escalonamiento de penas sustitutivas de acuerdo al quantum de la pena concreta privativa de libertad.

Tipo de pena sustitutiva	Requisito de pena que impusiere la sentencia
Prestación de servicios en beneficio de la comunidad [art. 11°, a)]	Igual o inferior a 300 días
Remisión condicional [art. 4°, a)]	No excediere de 3 años
Reclusión parcial [art. 8°, a)]	No excediere de 3 años
Libertad vigilada [art. 15°, a)]	Superior a 2 años y no excediere de 3 años
Libertad vigilada intensiva [art. 15 bis, a)]	Superior a 3 años y no excediere de 5 años

El cuadro anterior da cuenta de un escalonamiento proporcional de diferentes penas sustitutivas de distinto rigor teniendo como criterio el quantum de la pena. La clasificación legal reflejada en estas cinco categorías proporcionalmente escalonadas, reconoce un umbral más allá del cual no es posible acceder a pena sustitutiva alguna, como ocurre si la persona es condenada a más de 5 años de cárcel.

Esta proporcionalidad entre la pena sustitutiva y la pena concreta privativa de libertad, también ha de cumplirse entre estas dos y la pena abstracta asignada por el legislador a los tipos penales. No se trata de una proporcionalidad matemática (algo inviable), pero sí de un escalonamiento de rangos en que es posible distinguir un patrón general de proporcionalidad;

17°. EVALUACIÓN CUANTITATIVA SOBRE EL GRADO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CLASIFICACIÓN LEGAL. Que el delito imputado en el caso concreto del artículo 196, inciso tercero, de la Ley del Tránsito, tiene una pena en abstracto de 3 años y 1 día de cárcel a 5 años. No se discute que la ley, atendido la mayor gravedad de ciertos delitos, pueda excluir total o parcialmente a algunos del derecho o beneficio de sustitución de penas. Pero el delito imputado al requirente tiene una pena mucho más baja que los delitos excluidos del beneficio y, por lo tanto, tiene una menor gravedad que los últimos, tal como se muestra en el cuadro que sigue:

Cuadro N° 2: Delitos excluidos a todo evento de la aplicación de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, agrupados por su penalidad en abstracto.

Delitos excluidos	Penas en abstracto	Tipo de delitos
Ley N° 17.798: 9 inciso segundo; 14 D inciso tercero, última frase; 14 D inciso final, párrafo segundo	541 días a 3 años	Porte o tenencia de armas de fuego del artículo 2° letras c) y e) / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario de bajo poder expansivo / Disparar injustificadamente un arma de fuego
Código Penal: 150A inciso cuarto Ley N° 17.798: 9 inciso primero; 10 inciso segundo, párrafo tercero; 14 D inciso tercero, penúltima frase; 14 D, inciso final, párrafo primero;	3 años y un día a 5 años	Porte o tenencia de armas o elementos del artículo 2° letras b) y d) / Fabricación y comercialización de artefactos incendiarios de bajo poder expansivo / Tortura para anular personalidad de la víctima / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario de bajo poder expansivo en lugares públicos o de utilidad pública / Disparar injustificadamente un arma de fuego a un lugar público o de utilidad pública

<u>Ley N° 17.798:</u> 8° inciso tercero; 13 inciso primero; 14 inciso primero;	3 años y un día a 10 años	Organización de milicias armadas con armas del artículo 2° / Tenencia de armas del artículo 3° inciso segundo o tercero / Porte de armas del artículo 3° inciso segundo o tercero
<u>Código Penal:</u> 150A inciso primero <u>Ley N° 17.798:</u> 10 inciso primero; 14 D inciso segundo	5 años y un día a 10 años	Tortura por funcionario público / Fabricación, importación, almacenamiento o comercio de armas del artículo 2° letras b) a d) / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario
<u>Código Penal:</u> 141, inciso tercero; 361 <u>Ley N° 17.798:</u> 10 inciso segundo, párrafo primero; 10 inciso tercero; 13 inciso segundo; 14 inciso segundo;	5 años y un día a 15 años	Secuestro para obtener rescate o arrancar decisiones / Violación / Fabricación o comercialización de elementos de los incisos primero a tercero del artículo 3° / Instalaciones destinadas a fabricación, armaduría o depósito de armamento / Tenencia de armas del artículo 3° inciso final / Porte de armas del artículo 3° inciso final
<u>Código Penal:</u> 362 <u>Ley N° 17.798:</u> 8° inciso primero	5 años y un día a 20 años	Violación de menor de catorce años / Organización de milicias armadas con armas del artículo 3°
<u>Código Penal:</u> 150B N° 3; 391 N° 2 <u>Ley N° 17.798:</u> 14 D, inciso primero	10 años y un día a 15 años	Cuasidelito cometido por tortura / Homicidio simple / Colocación de artefacto explosivo, químico, incendiario en lugares públicos o de utilidad pública
<u>Código Penal:</u> 141 inciso cuarto; 142 N° 2 <u>Ley N° 17.798:</u> 10 inciso segundo, párrafo segundo	10 años y un día a 20 años	Secuestro por más de quince días o con daño grave al secuestrado / Sustracción de menor de 18 años / Fabricación, importación, almacenamiento o comercio de armas del artículo 2° letra a) o artículo 3° inciso final
<u>Código Penal:</u> 142 N° 1; 150B N° 2; 391 N° 1	15 años y un día a presidio perpetuo simple	Sustracción de menores para obtener rescate, imponer condiciones... / Tortura con violación, abuso sexual o lesiones / Homicidio calificado
<u>Código Penal:</u> 141 inciso quinto; 150B N° 1; 390	15 años y un día a presidio perpetuo calificado	Secuestro con homicidio, violación o lesiones / Tortura con homicidio / Parricidio
<u>Código Penal:</u> 372 bis	Presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado	Violación con homicidio
Delitos del Código Penal		16

Delitos de la Ley de Control de Armas	19
Total de delitos excluidos	35

* No se incluyen en este cuadro los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando armas, según lo dispuesto en la oración final del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, como tampoco las exclusiones por reincidencia (ley N° 20.000 y artículos 433, 436 y 440 del Código Penal).

Como es posible apreciar, los delitos excluidos tienen un umbral o penalidad **mínima promedio** de 7,24 años de cárcel, y una **máxima promedio** de 15,69 años. Para el cálculo anterior, respecto de los delitos que tienen asignada una pena de presidio perpetuo (los que contemplan las penas privativas de libertad de mayor duración, aunque indeterminadas en cuanto al número exacto de años), se utilizó como medida una pena única o no divisible equivalente a la que pudiera proceder en virtud de la correspondiente regla para la aplicación de la libertad condicional. Por lo tanto, para el presidio perpetuo simple se consideró una pena única de 20 años, y para el calificado una de 40 años.

A su vez, y con el fin de minimizar las distorsiones que puede producir en el valor promedio la consideración de delitos con rangos de penalidad extremos, hemos identificado los grados de pena que más se repiten (o moda) en los delitos excluidos de la aplicación de la Ley N° 18.216. Esta medición muestra resultados similares. En efecto, la **moda** del umbral o penalidad mínima es de 5 años y 1 día de cárcel, y la máxima de 15 años y 1 día de pena privativa de libertad, como se ve en la segunda columna del cuadro siguiente:

Cuadro N° 3: Delitos excluidos a todo evento de la aplicación de penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, agrupados por grados.

Grados	Todos los delitos excluidos (Código Penal + Ley 17.798)
541 días a 3 años	3 delitos
3 años y un día a 5 años	5 delitos
3 años y un día a 10 años	3 delitos
<u>5 años</u> y un día a 10 años	3 delitos
<u>5 años</u> y un día a <u>15 años</u>	<u>6 delitos</u>

5 años y un día a 20 años	2 delitos
10 años y un día a 15 años	3 delitos
10 años y un día a 20 años	3 delitos
15 años y un día a 20 años	-
15 años y un día a presidio perpetuo simple	3 delitos
15 años y un día a presidio perpetuo calificado	3 delitos
Presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado	1 delito
<i>Total de delitos</i>	35

El cuadro anterior muestra, además, que de los 35 delitos excluidos de la aplicación de la Ley N° 18.216, 13 de ellos tienen un umbral o penalidad mínima de 10 años de cárcel. La cifra sube a 24 si se tiene como referencia los tipos penales con un umbral o penalidad mínima de 5 años y 1 día de cárcel. Los restantes 11 (de 35) tienen un umbral o penalidad mínima de 3 años y 1 día de cárcel.

Finalmente, la misma constatación de desproporción se verifica si se utiliza como criterio la cuantía concreta de la pena, luego del proceso de individualización llevado a cabo por el juez. Tal como se desprende del Cuadro N° 1, una de las reglas de mayor alcance que puede desprenderse de la Ley N° 18.216 es aquella que exige una condena menor a 5 años y 1 día para gozar del beneficio de libertad vigilada intensiva, la más severa de las penas sustitutivas;

II.- ¿Da lugar la clasificación legal a un efecto manifiestamente desproporcionado?

18°. Que, para responder la pregunta recién formulada, lo cual nos llevará a dilucidar si se está o no frente a una vulneración constitucional, es importante tener presente lo siguiente: (a) que reconocer que el legislador sí goza de un margen de apreciación importante respecto del establecimiento de delitos y penas no significa que sus decisiones sean inmunes ante el

ejercicio de un control de constitucionalidad de las leyes por parte de este Tribunal; (ii) que no reviste inconveniente para sustentar la declaración de inaplicabilidad asumiendo que es un tanto inevitable la existencia de algún grado de desproporción en el tratamiento punitivo dispensado por el legislador, en especial desde una perspectiva más sistémica y (iii) que, para constituir una vulneración constitucional, el grado de desproporción debe ser manifiesto o muy elevado, dando lugar a una punición excesiva, tal como este mismo Tribunal ha sugerido en la STC Rol N° 825, c. 22.;

19°. Que, si la norma legal impugnada estableciera una exclusión total del derecho o beneficio a la sustitución de penas privativas de libertad, se estaría en presencia de una desproporción manifiesta o sustancial contraria a la racionalidad y justicia exigida por la Constitución. No obstante, el artículo 196 ter de la Ley del Tránsito establece una restricción sólo parcial y que, en el plano de una sanción privativa de libertad, representa una punición cercana a los mínimos;

20°. *CONCLUSIÓN.* Que, por las consideraciones expuestas precedentemente, se puede concluir que la aplicación en la gestión judicial pendiente del artículo 196 ter de la Ley N° 18.290 no resulta contraria a la Carta Fundamental.

Redactó la sentencia el Ministro señor Nelson Pozo Silva y, su prevención, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Cristián Letelier Aguilar, respectivamente. Por su parte, la disidencia fue redactada conjuntamente por los Ministros señores Domingo Hernández Emparanza (cc. 1° a 6°) y Gonzalo García Pino (cc. 7° a 60°). A su turno, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán redactó la prevención particular a dicho voto.

Comuníquese, notifíquese, registrese y archívese.

Rol N° 3299-16-INA.

Sr. Carmona

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, por la Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y Juan José Romero Guzmán concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.