

## 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - DERECHO PENAL

## INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 29 DEL DECRETO LEY (D.L.) N° 3.538, QUE CREA LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS. IGUALDAD ANTE LA LEY. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

## HECHOS

*Se solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29 del decreto ley (D.L.) N° 3.538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, alegando que su aplicación vulnera las garantías contenidas en el artículo 19, numerales 2° y 3°, de la Constitución, en cuanto a la legalidad y proporcionalidad de las sanciones. El requerimiento incide en la reclamación de multa en contra de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros de 550 mil unidades de fomento, por contravención de los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, por su presunta participación en un supuesto “esquema” de inversión y financiamiento, materializado mediante un conjunto de transacciones bursátiles que la Superintendencia de Valores y Seguros calificó como ilícitas, fundando las multas cursadas en el precepto impugnado. Tribunal acoge el requerimiento.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acogido)*

ROL: *2922-2015, de 29 de septiembre de 2016*

PARTES: *Roberto Guzmán Lyon*

MINISTROS: *Sr. Carlos Carmona Santander, Sra. Marisol Peña Torres, Sr. Iván Aróstica Maldonado, Sr. Gonzalo García Pino, Sr. Domingo Hernández Emparanza, Sr. Juan José Romero Guzmán, Sra. María Luisa Brahm Barril, Sr. Cristián Letelier Aguilar, Sr. Nelson Pozo Silva y Sr. José Ignacio Vásquez Márquez.*

## DOCTRINA

- I. *Que esta Magistratura, en diversos pronunciamientos, ha definido que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren 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 estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Roles N.ºs. 28-1985, 53-1988 y 219-1995). Por lo tanto, “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.º 986-2008). Que, en el mismo sentido, este órgano ha dicho (Roles N.ºs. 755 y 790, entre otros) que el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser “objetiva”. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador. En otros términos, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en consideración las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados. Así, esta judicatura constitucional ha afirmado que la observancia práctica del principio de proporcionalidad conlleva una lógica ponderación de todas las diversas circunstancias concurrentes en un caso, lo que ha de evidenciarse en la motivación de la sanción. (Considerandos 14 y 15)*

- II. *El principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y, lo mismo, cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde*

con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, la condición o no de reincidente, etc. Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular (rol N° 2658-2014). Que, así, el principio de proporcionalidad, también conocido como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios o subjuicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación), (Diccionario Constitucional Chileno, García Pino y Contreras Vásquez, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 55, año 2014, p. 752). Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, la proporcionalidad en sentido estricto como un mandato de ponderación cuando existen principios en pugna, en cuanto exige que se ponderen los intereses en juego. (Considerandos 20 y 21)

- III. Que la disposición cuestionada no fija parámetro alguno de razonabilidad a la autoridad, lo que no se compadece con criterios mínimos de proporcionalidad, como los que han sido reiteradamente citados por esta Magistratura constitucional. En efecto, de optarse por la imposición de la sanción prevista en el artículo 29, la norma no entrega parámetros o baremos objetivos a la autoridad administrativa para determinar “cómo y por qué” se aplica el 1% o, en su grado máximo, el tope del 30% previsto en la normativa. Se ha insistido en diversos estudios dogmáticos que la dificultad de la norma “está dada probablemente porque la ley no explicita criterios claros y concretos que faciliten la determinación específica de su destinatario y quantum”. (Carla Bravo y Esteban

*Barra, Control administrativo de la Superintendencia de Valores y Seguros sobre hipótesis de uso de información privilegiada. Análisis jurisprudencial, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 57, 2015, p. 134). Y un destacado maestro del Derecho Constitucional ha dicho: “lamentablemente en nuestro país el catálogo de sanciones, por lo general, no va acompañado de parámetros claros y suficientemente reglados que permitan con certeza determinar la sanción que corresponde al eventual infractor.” (Mario Verdugo Marinkovic, en obra colectiva Poder Judicial, p. 327). (Considerando 45)*

- IV. *Efectivamente no existe ningún parámetro de “objetividad” para la aplicación del artículo 29 del D.L. N° 3.538. Si bien se alude en términos genéricos al principio de proporcionalidad, en los hechos su aplicación al caso concreto produce efectos contrarios a la Carta Fundamental y, específicamente, a dicho principio, concreción de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria (artículo 19, N° 2°) y el derecho a un justo y racional y debido proceso administrativo (artículo 19, N° 3°); desde que se hace una mera remisión, también general y no motivada, a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del D.L. N° 3.538, este último –como se ha explicado– relativo al evento de que exista una multiplicidad de hechos infraccionales, con un tope de UF 75.000 (5 veces la sanción de UF 15.000). Así las cosas, la aplicación del inciso primero del artículo 29 del decreto ley N° 3.538, de 1980, al caso concreto, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República, específicamente, al principio de proporcionalidad, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso, por qué un porcentaje específico y no otro. La disposición legal impugnada impone de esta manera una potestad discrecional arbitraria que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, luego de una detallada subsunción de los hechos al derecho, señalar de manera lógica y precisa cuál es la razón del quantum de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un debido proceso administrativo. (Considerando 49)*

*Cita online: CL/JUR/6740/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 27 a 29 del decreto ley N° 3.538; 19, N°s. 2° y 3° de la Constitución Política de la República.*

## REGULACIÓN Y DERECHO PENAL

RAFAEL COLLADO GONZÁLEZ

*Universidad de Chile*

Creo que cualquier comentario sobre este reciente fallo del Tribunal Constitucional (“TC”) relacionado con el caso *Cascadas*, requiere previamente marcar claramente a qué parte del fallo se hace referencia. La dispersión de votos entre sus Ministros y el carácter antagónico del voto de mayoría con el voto de minoría en relación a la función del TC y qué rama del derecho es la que regula el caso que fue puesto en su conocimiento, convierten en esencial marcar las diferencias, ya que hablar del *fallo* en este caso, podría ensombrecer la relevancia que podría tener en el futuro el voto de minoría.

Así, distinguiré en lo sucesivo el voto de mayoría (Ministros Aróstica, Brahm, Letelier, Pozo y Vásquez), las concurrencias (Ministros Peña y Romero, por separado), y el voto de minoría (Ministros Carmona, García, Hernández). Este comentario criticará principalmente el voto de mayoría (en adelante “VMA”). De todas maneras, se harán algunas breves referencias a las concurrencias (en adelante para la concurrencia de la Ministra Peña “CPE” y para la del Ministro Romero “CRO”), y se harán algunos comentarios finales para el voto de minoría (en adelante “VMI”), mayormente laudatorios.

La gestión judicial pendiente de este fallo es un proceso judicial de reclamación de multa sustanciado ante el 16º Juzgado Civil de Santiago, por uno de los partícipes del caso *Cascadas*, el ciudadano Roberto Guzmán Lyon (en adelante “RGL”). Este juicio viene precedido por un procedimiento administrativo incoado en contra de RGL por la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”), y que terminó con una condena en su contra por haber considerado esta institución, que en su rol de sujeto regulado, RGL habría infringido reiteradamente la prohibición de efectuar transacciones por medios engañosos o fraudulentos, contenida en el inciso segundo del artículo 53 de la ley N° 18.045 en relación con la prohibición del inciso primero del artículo 52 de la misma normativa, que prohíbe efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios.

Producto de esta condena, la SVS sanciona a RGL a pagar a beneficio fiscal la suma de UF 550.000. RGL reclamó judicialmente esta sanción administrativa, y estando pendiente esta gestión interpuso el recurso de inaplicabilidad, cuyo fallo es el objeto de este comentario.

El fundamento del requerimiento de RGL sería la desproporción de la multa aplicada por la SVS, entidad que fundó el *quantum* de la misma en el artículo 29 del decreto ley N° 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros (“D.L. N° 3.538”).

A juicio de RGL esta norma, otorgaría a la SVS una potestad discrecional *arbitraria* para los efectos de fijar la multa por una infracción a la Ley de Mercado de Valores, al establecer que la autoridad al aplicar una multa, *a su elección*, podrá fijar un monto de acuerdo a los límites dispuestos por los artículo 27 y 28<sup>1</sup>, o *hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular*.

A juicio del VMA, esta norma contiene una potestad discrecional *arbitraria* que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho (Considerando 49), ya que la misma no contiene los criterios para que la SVS pueda determinar, conforme al principio de razonabilidad (sic), el *quantum* de la sanción impuesta a RGL.

El razonamiento del VMA es complejo y a veces confuso, lo que dificulta su análisis. Parte indicando que este caso requiere determinar si esta norma, aplicada al caso concreto, infringe los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad. Lamentablemente el fallo no realiza, a diferencia del VMI, un análisis de proporcionalidad. De legalidad tampoco hace un análisis, seguramente porque la norma en análisis era clara en determinar la sanción máxima a imponer y el método para llegar a ella, por lo que más allá de enunciar la infracción a este principio, decide el caso conforme a otros argumentos.

El VMA decide acoger el requerimiento, en puridad, conforme a lo que denomina el principio de razonabilidad. En el considerando 43 indica el VMA que *no resultan razonables ni existen criterios objetivos que determinen la forma en que corresponda aplicar la sanción prevista en el artículo 29 del D.L. N° 3.538, puesto que la disposición se limita a facultar –discrecionalmente– a la autoridad administrativa a imponer sanción, de hasta un 30% del valor de la operación irregular*. En el Considerando 48, confirmando que resolverá el asunto conforme a este principio, indica el fallo que *como razonamiento para acoger la presente acción de inaplicabilidad, este fallo, en el criterio de utilizar un método hermenéutico basado en la razonabilidad, se estructura sobre la base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el Bien Común*.

Dicho entonces el principio que fundamentará su decisión, en el Considerando 49 el VMA indica que *así las cosas, la aplicación del inciso primero del artículo 29 del decreto ley N° 3.538, de 1980, al caso concreto, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República, específicamente, al principio de proporciona-*

---

<sup>1</sup> Los artículos 27 y 28 establecen, para empresas y personas naturales respectivamente, los siguientes criterios para la fijación de la multa: “*El monto específico de la multa a que se refiere el número 2), se determinará apreciando fundadamente la gravedad y las consecuencias del hecho, la capacidad económica del infractor y si éste hubiere cometido otras infracciones de cualquier naturaleza en los últimos 24 meses. Esta circunstancia no se tomará en consideración en aquellos casos en que la reiteración haya determinado por sí sola el aumento del monto de la multa básica*”.

lidad, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso, por qué un porcentaje específico y no otro.

Estas citas tienen como objetivo mostrar cómo el VMA quiso dejar en claro que decide el caso conforme a su buen saber y entender, y que la multa impuesta a RGL es muy alta (desproporcionada), y que por tanto debe ser dejada sin efecto, mediante la inaplicación del artículo 29 del D.L. N° 3.538. El principio de proporcionalidad no es utilizado para fallar el caso. El VMA no indica la inidoneidad de la multa para lograr el fin buscado por el legislador, tampoco la ausencia de necesidad de aplicación de este formato de multa, ni tampoco pondera los principios que podrían estar en juego en esta caso concreto (por ejemplo, disuasión contra legalidad de las sanciones).

En este sentido, el VMA no considera al artículo 29 como una norma carente de proporcionalidad, sino que considera que la multa obtenida por la aplicación del artículo 29 fue desproporcionada. El uso adverbial del concepto de proporcionalidad y su vinculación a la multa impuesta y no a la norma que la justifica, da cuenta de cómo el VMA confunde claramente su labor con la del 16° Juzgado Civil de Santiago, la Corte de Apelaciones de Santiago y eventualmente la Corte Suprema. Son estos tribunales los que tienen a su cargo determinar la proporcionalidad de la multa impuesta por la SVS en este caso. El VMI hace patente este error del VMA en su considerando 20°, cuando indica que *la gestión pendiente está en la sede correcta que permite realizar este examen, esto es, ante el 16° Juzgado Civil de Santiago, puesto que se trata de un ejercicio de subsunción de los hechos en el derecho aplicable. Y finalmente, porque siendo esta una magistratura un tribunal de derecho no le compete dedicarse a una cuestión de hechos que es propio del dominio de la legalidad.*

Lamentablemente, el VMA no sólo confunde la posición institucional del TC, y falla un caso concreto con menos rigurosidad que un tribunal ordinario, ya que el recurso al principio de razonabilidad le está vedado a ese tipo de tribunales, sino que además gran parte de su argumentación previo a la decisión –desarrollo previo que puede ser tenido como *obiter dictum*, ya que no es utilizado luego para decidir el caso–, lisa y llanamente confunde al sistema normativo que podemos denominar regulación, con el sistema normativo que podemos denominar como Derecho penal<sup>2</sup>.

Desde sus primeros considerandos, el VMA comienza lentamente a confundir delito con infracción, pena con sanción, determinación de la pena con imposición

---

<sup>2</sup> Una correcta descripción de ambas ramas la realiza OGUS, Anthony, Regulation and its relationship with the criminal justice process, en *Regulation and Criminal Justice*, Cambridge University Press (2010).

de sanciones, dejando de lado, incluso, la conocida teoría del TC<sup>3</sup> acerca de la utilización con matices de los principios del derecho penal para decidir casos de derecho administrativo sancionador. Indica en el considerando 19, por ejemplo, que el principio de proporcionalidad de las penas supone una relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, y que esta garantía se extiende a todo el orden punitivo estatal, *lo cual viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2, cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional consagrado en el artículo 19, N° 3.*

Que cada delito tenga una pena equilibrada, es una forma de indicar que todo delito debe tener como pena aquella que cubra la culpabilidad del interviniente, lo que en definitiva supone entender que la pena es un reproche que se mide en relación a la culpabilidad del sujeto, siendo por tanto la gravedad del hecho, pero sobre todo, la decisión voluntaria del interviniente de contravenir el derecho, el fundamento último de la pena. Esto se puede denominar retribución<sup>4</sup>. Me caben serias dudas que esta sea la finalidad de la multa que regula el artículo 29 del D.L. N° 3.538, la que como bien indica el VMI<sup>5</sup>, está destinada a disuadir a los sujetos que intervienen en el mercado de valores, de realizar conductas que desestabilicen el correcto funcionamiento de ese mercado. Dicho esto, la asunción del VMA de que la proporcionalidad entre delito y pena es una garantía que debe ser traspasada a la relación entre infracción y sanción, es altamente controversial.

El derecho penal como derecho de los ciudadanos<sup>6</sup>, supone conocimientos medios sobre lo prohibido (por eso se permite la existencia del error de prohibición), y tiene como función social el reproche de aquellas conductas intolerables para la comunidad. Es esta intolerabilidad la que justifica imponer al infractor de esta norma un mal como la pena privativa de libertad, única sanción que permite compensar (retribuir) el hecho intolerable. La regulación, tal como lo indica el VMI<sup>7</sup>, supone la regulación especial de un ámbito de nuestra vida social, no por el carácter intolerable que produce su desarrollo libre de normas, sino que porque

---

<sup>3</sup> Por todos, pueden citarse los fallos del TC recaídos en los roles 1518-2009, 1584-2009 y 2022-2011.

<sup>4</sup> Sobre la pena como retribución de culpabilidad, puede verse KINDHÄUSER Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de derecho* (Buenos Aires - Montevideo, 2011), p. 31.

<sup>5</sup> Considerando 14° del VMI.

<sup>6</sup> Sobre la caracterización del Derecho penal como un derecho penal de los ciudadanos puede véase PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal* (Barcelona, 2016), pp. 33 y ss. También en KINDHÄUSER, Urs, y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de derecho* (Buenos Aires - Montevideo, 2011), pp. 122 y ss., aunque en un sentido diverso.

<sup>7</sup> Considerando 13° del VMI.

mantener un funcionamiento correcto de esta actividad se asume como un estado de cosas particularmente relevante para lograr beneficios sociales<sup>8</sup>.

En el fondo, la regulación supone aumentar la protección de una actividad económica relevante socialmente, mediante la regulación de los ciudadanos o empresas que se benefician de dicha actividad, de manera que la misma siga otorgando a los partícipes de la actividad beneficios, pero previniendo que éstos no dañen a la actividad regulada, o bien, a ciertos actores con menos información dentro de la actividad regulada. La regulación, por tanto, tiene como finalidad primordial la prevención (básicamente general positiva, en nomenclatura penal), considera al regulado como un sujeto riesgoso y extremadamente conocedor de la actividad (la posibilidad de alegar un error de prohibición aquí resulta casi imposible), y por ello las normas que nacen de la regulación no se relacionan directamente con la culpabilidad del sujeto, sino que por el contrario con la obtención de los mayores grados de prevención. En los términos del VMI *entre las potestades que tienen estos organismos en nuestro sistema jurídico, está la de impartir órdenes a los sujetos fiscalizados y la obligación para éstos de acatarlas, bajo apremio de sanción administrativa* (Considerando 13°).

Existen varias otras razones más por las que identificar regulación y derecho penal es altamente controversial y problemático desde el punto de vista normativo. En los párrafos anteriores solamente he querido dar cuenta de cómo la relación de proporcionalidad entre delito y pena, no puede ser simplemente traspasada (menos sin matices) a la relación que existe entre infracción y multa. Diferencias estructurales en la construcción de las normas de cada sistema normativo (unas se dirigen al ciudadano, las otras al regulado), diferencias en la función que cada sistema cumple (uno retribuye culpabilidad por hechos intolerables, mientras que el otro previene riesgos para actividades sociales relevantes), y diferencias sobre la función interna de las consecuencias del incumplimiento de las normas de comportamiento de cada sistema (la pena busca retribuir, mientras que la sanción prevenir), llaman fuertemente a tomar muchos recaudos antes de hacer esta aseveración.

Sin embargo, el VMA va un poco más allá, porque luego de considerar acertado aplicar sin matices un concepto del derecho penal a una norma regulatoria, como es la de proporcionalidad de la pena en relación con el delito, utiliza incorrectamente este principio cuando analiza la constitucionalidad del artículo 29 del D.L. N° 3.538.

En su considerando 49, el VMA señala que el artículo 29 infringiría el principio de proporcionalidad (léase, la multa sería desproporcionada por la aplicación de este artículo), porque no posee parámetro alguno de objetividad para determinar el

---

<sup>8</sup> Sobre el concepto, historia y fines de la regulación, puede verse ESTEVE Pardo, José y MUÑOZ Machado, Santiago (Eds.), *Fundamentos e instituciones de la regulación* (2009), pp. 111 y ss.

*quantum* de la pena. Para el VMA, la referencia del artículo 29 a los artículos 27 y 28, normas que contienen criterios para la determinación administrativa de la multa contra RGL, y que la norma impugnada establezca como criterio de determinación legal de la sanción un límite del 30% del valor de la operación irregular, no son suficiente concreción, otorgándole a la SVS una potestad discrecional *arbitraria*.

Al indicar esto, el VMA muestra en forma patente que desconoce la distinción entre la determinación legal y judicial de la pena. En materia penal, la pena se determina en un primer momento por el marco legal eventualmente aplicable a un determinado delito, dejando siempre al juez –por buenas razones de proporcionalidad– la decisión sobre la pena concreta a imponer. La gran mayoría<sup>9</sup> de las normas contenidas en los artículos 61 y ss. del Código Penal forman parte de este sistema legal de determinación, y dado que la pena concreta será determinada por el juez, su mejor resultado es entregar el grado de una pena.

Los artículos 67 y 68 del Código Penal indican, para la sorpresa del VMA, que el juez podrá recorrer toda la extensión de la pena, a su completo arbitrio, en caso que no existan circunstancias modificatorias de responsabilidad. Por su parte, el artículo 69 le otorga al juez la potestad para determinar la pena concreta, según sea la menor o mayor extensión del mal causado.

Si el VMA hubiera utilizado correctamente conceptos penales, hubiera podido distinguir con claridad como el artículo 29 del D.L. N° 3.538 no es más que una regla de determinación legal de la multa, similar a las reglas de determinación de la pena citadas. Aun más, y como destaca el VMI<sup>10</sup>, existen reglas penales de determinación de la pena aun más discrecionales en nuestro Código Penal.

A modo de ejemplo, existen penas en nuestro Código Penal que se configuran conforme al valor de la cosa hurtada o defraudada. Valgan como ejemplos los artículos 446 y 467. Estas normas realizan exactamente la misma operación para determinar el marco penal aplicable a los delitos de hurto y estafa, que la operación que describe el artículo 29. Si a esta característica, le sumamos el artículo 69 del Código Penal, queda en evidencia que un caso de estafa en Chile es sancionado con mayor discrecionalidad, que el caso de RGL ante la SVS. Dicho de otro modo, el artículo 29 entrega toda la información necesaria al regulado sobre las consecuencias de operar fuera de las normas que regulan el mercado de valores y, por

---

<sup>9</sup> Acerca del carácter de reglas de determinación judicial o legal de algunas de las reglas contenidas en los artículos 61 y ss. del Código Penal puede verse MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf> (visto por última vez el 16 de febrero de 2017).

<sup>10</sup> Considerando 44°.

ende, carece de sentido cuestionar la constitucional del recorrido que puede hacer la SVS dentro del marco cierto establecido por esa norma<sup>11</sup>.

Hay en el VMA un efecto claro de rigidización de las potestades de la SVS, lo que a mi juicio resulta pernicioso. Como bien indica el VMI en su considerando 54º, no puede ser que la jurisprudencia del TC en materia penal sea menos garantista que la jurisprudencia en ámbitos regulatorios que involucran sanciones. El mismo considerando cita pasajes de otros fallos del TC, referidos a materias penales, que declaran que la competencia del TC para resolver casos de proporcionalidad de penas, se reduce a casos de extrema gravedad en donde pueda presumirse que se está en presencia de una discriminación arbitraria<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta estos casos previos, el fallo del caso *Cascadas* aparece como una anomalía jurisprudencial. Esta anomalía puede tener potenciales efectos perniciosos, ya que puede terminar imponiendo altos estándares al legislador a la hora de crear sanciones administrativas, exigiendo una cuasi eliminación de la determinación administrativa de la sanción, cuando existen buenas razones para que la administración tenga altos grados de discrecionalidad al momento de fijar la cuantía de una multa. Este VMA también puede rigidizar la labor de fiscalización de las agencias regulatorias, ya que al imponer criterios penales para resolver sus casos, pretende colocarlas en una posición que les impide cumplir correctamente con su labor de guía del correcto funcionamiento de su área. El VMA pareciera exigirles la comprobación de una culpabilidad en el sujeto fiscalizado y una proporcionalidad entre su hecho y la sanción a imponer, criterios que se avienen mejor con una sanción entendida en términos retributivos, pero que limitan la labor de prevención que tiene asignada la multa, entendida como herramienta de la regulación (y no como integrante del mal llamado *Ius Puniendi*)<sup>13</sup>.

La CPE se fundamenta en argumentos similares al del VMA. Indica la Ministra Peña que el principio de legalidad de las penas es aplicable también a las sanciones administrativas. No justifica el traspaso del principio, limitándose a indicar que ambas ramas del derecho comparten un tronco común que sería ser parte del *Ius Puniendi* estatal, y por tanto *no cabe diferenciar entre derecho penal y derecho administrativo sancionador*. Me remito a los párrafos anteriores, en los

---

<sup>11</sup> El VMI en su considerando 40º manifiesta con claridad que, *por tanto, no es razonable concebir que la discrecionalidad para moverse dentro del marco penal sea un incumplimiento de la certeza de la sanción*.

<sup>12</sup> Nótese que el rol 825 declaró constitucional el artículo 450 del Código Penal que equipara las penas del robo consumado con las del robo tentado y frustrado.

<sup>13</sup> Una buena interpretación sobre la relación entre ley penal y regulación puede verse en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª edición, (Buenos Aires - Montevideo, 2016), pp. 55 y ss.

que resumidamente intenté mostrar cómo esta igualación resulta particularmente difícil de concretar con éxito.

La CPE termina por acoger el requerimiento por considerar que la posibilidad de que la SVS elija la sanción del 30% del valor de la operación irregular, convierte al artículo 29 en una norma contraria al derecho a la igualdad ante la ley y al principio de legalidad de las penas. Sobre lo primero, las penas facultativas son una categoría del Código Penal, por lo que no debería causar sorpresa a una persona creyente en la teoría de la unidad del *Ius Puniendi*, que una norma regulatoria también contemple esta posibilidad.

A mi juicio, la norma no genera una discriminación, ya que todos los sujetos regulados están igualmente sujetos a la posibilidad de ser sancionados por ella. Serán razones prácticas y sistémicas, radicadas en la SVS, las que determinarán qué sanción se aplica. Sobre lo segundo, me remito a mi comentario sobre el VMA, en relación con la distinción entre determinación legal y judicial de la pena. El artículo 29 del D.L. N° 3.538 no puede infringir el principio de la legalidad de las penas, no sólo porque no es una pena, sino que también porque es una norma legal que establece claramente el marco en el cual la SVS puede moverse para determinar administrativamente la pena concreta, y en ese sentido debe ser vista como una norma de determinación legal de la sanción administrativa, carente de vicio de constitucionalidad.

Finalmente, la CRO acoge el requerimiento fundándose en la misma argumentación del VMA y la CPE, sólo que lo hace con el grado de eficiencia mayor. En una página se limita a indicar que la aplicación del artículo 29 sería inconstitucional, por cuanto no establece criterios para determinar la sanción, y que la resolución administrativa que sancionó a RGL demuestra esta ausencia de criterios, ya que no fundamenta mayormente la entidad de la multa. Esta es en síntesis la postura del VMA, pero desprovista de cualquier intento de recubrirla de una labor constitucional. La CRO considera al artículo 29 como un *diseño legal constitucionalmente defectuoso*, exigiendo del legislador una norma diferente, que restrinja las posibilidades de la SVS al momento de sancionar mediante la creación de criterios legales de determinación de la sanción. Las razones por las que un defecto en el diseño legislativo permite inaplicar la norma no las entrega, las razones por las que esta norma sería vaga, indeterminada o carecería de criterios para determinar la sanción no las entrega, y las razones por las que una norma regulatoria se ve constreñida por el artículo 19 N° 3, inciso sexto, tampoco.

A la luz de los argumentos dados por el VMA y las concurrencias, el VMI se alza como un lúcido ejercicio sobre la competencia del TC y sobre lo innecesario que resulta el recurso a los principios o conceptos penales para resolver una materia regulatoria, dada la densidad normativa de la ley N° 18.045, que contiene los principios generales que inspiran esta regulación, y dan el contexto necesario a la SVS para definir el *quantum* de cualquier multa. El VMA da cuenta de lo pernicioso

que puede resultar, que el intérprete de la Constitución recurra a los principios de una rama del derecho, para resolver asuntos de otra rama y, finalmente, se extiende sobre el correcto uso del principio constitucional de proporcionalidad y su diferencia respecto del concepto de proporción entre delito y pena. Para comprender el VMI, basta citar el considerando 56°, que a mi juicio sintetiza su enfoque:

*“56°. Que en consecuencia, si aplicamos los criterios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, con matices, no resulta razonable tener una jurisprudencia indulgente con la decisión que adopta el legislador respecto de los máximos bienes jurídicos de que dispone el ius puniendi estatal. Y, por el contrario, ser severos con el mismo ejercicio del legislador en materia sancionatoria si lo único que está en juego son bienes jurídicos de menor entidad. Esta dimensión jurisprudencial no se corresponde tratándose de figuras ilícitas administrativas que, a la vez son constitutivas de actividades prohibidas por el Derecho Penal. No es proporcional el tratamiento de bienes jurídicos a proteger, máximo si una de las grandes conquistas del derecho penal es juzgar conductas y no los autores. No hay matices en obviar la mirada sobre los autores y fijarlas en sus conductas y bienes jurídicos, por más poderoso que parezca el requirente;”.*

Sólo me resta exponer dos breves comentarios, a modo de conclusión. Creo que el resultado del VMA al utilizar conceptos penales para resolver un asunto regulatorio, es una rigidización de la interpretación de las normas regulatorias. El derecho penal supone y requiere esta rigidez, la cárcel es una opción siempre presente en el promedio de los casos penales, y por tanto los criterios de interpretación deben ser estrictos (principio de legalidad como criterio de interpretación, la prohibición de la analogía *in malam partem*, la proscripción de presumir de derecho la responsabilidad penal). La regulación, por contraste, necesita de mucha más deferencia con la agencia reguladora, quien necesita no sólo potestades prudenciales para regular su área fiscalizada, de manera eficaz, inteligente y rápida, sino que herramientas para guiar el comportamiento de los regulados. La multa debe cumplir este objetivo, pero si se la asimila a la pena, todos perdemos.

Finalmente, quiero detenerme en un aspecto que tanto el VMA como el VMI tratan de modo indirecto. El caso *Cascadas* dice relación con una serie de conductas realizadas por personas naturales que se ampararon en empresas *de papel* para realizar estas conductas, y que terminaron ocasionando una grave consecuencia al mercado de valores chileno, pero que también serían constitutivas de delito. Podría decirse, dada esta dualidad, que los actos cometidos por todos los intervinientes del caso, en caso de comprobarse en sede judicial, serían intolerables. Llama la atención la relevancia que ha tenido el caso en su faz administrativa, y la poca relevancia que hasta ahora lo ha tenido en su faz penal, siendo que por sus características uno podría llegar a preguntarse si conductas como las que describe la resolución de la resolución de la SVS, cometidas por ciudadanos que decidieron voluntariamente apartarse del Derecho, debieran tener siquiera una faz administrativa, o bien, debieran ser derecha y exclusivamente una ofensa de carácter

criminal, sancionada con penas privativas de libertad. La regulación se entiende bien como medio de modelar el comportamiento de agentes económicos como las empresas, pero al parecer cuando nos enfrentamos ante la conducta humana, el Derecho penal cumpliría mejor la función de control social que de él se espera, mediante la retribución a ese ciudadano de su culpabilidad.

## EL IMPERATIVO DE COOPERAR A LA INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO ARTÍCULO 195 BIS DE LA LEY DEL TRÁNSITO

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de octubre de 2016

CÉSAR RAMOS PÉREZ  
*Universidad Adolfo Ibáñez*  
*Universidad de Chile*

### I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de análisis<sup>1</sup> rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la defensa del acusado en causa penal seguida ante el Juzgado de Garantía de Castro, como autor de los delitos establecidos en los artículos 195 bis inciso primero y 196 inciso primero de la ley N° 18.290 (LT), introducido por la ley N° 20.770, también conocida como “Ley Emilia”.

En síntesis, el requerimiento denuncia la inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 195 bis inciso primero LT, que establece el delito de negativa injustificada a someterse a pruebas respiratorias o exámenes científicos para establecer la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes o piscotrópicas en el cuerpo, conforme a lo dispuesto en el artículo 182 LT. El requerimiento sostiene que conforme a las exigencias del debido proceso, el imputado no debe demostrar su inocencia, sino que es el órgano persecutor quien debe probar la culpabilidad; sin embargo, la aplicación de la figura cuestionada compele al imputado, bajo amenaza de pena, a una colaboración con la persecución penal, obligándolo así a configurar prueba en su contra. En conclusión, afirma el requerimiento, la ley establece un constreñimiento a aportar pruebas para autoincriminarse, infringiendo así lo dispuesto en los artículos 1° (dignidad humana) y 19 N° 3 incisos sexto (debido

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de octubre de 2016, causa rol N° 2936-15.

proceso) y séptimo (prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, derecho a la presunción de inocencia y derecho a la no autoincriminación), todos de la Constitución (CPR).

El Ministerio Público, por su parte, solicitó el rechazo del requerimiento, argumentando que la LT, tanto antes como después de la modificación, ha establecido “obligaciones y cargas” para los conductores, citando como ejemplo los artículos 182 y 183 LT. Agrega el Ministerio Público que tanto la obligación de someterse a las pruebas, como la sanción de la negativa, siempre han existido, antes, configurando una presunción probatoria y, ahora, una consecuencia penal. Asimismo, el Ministerio Público señala que lo dispuesto en el artículo 195 bis no es equiparable a una autoincriminación, sino que únicamente importa una colaboración con una pericia técnica, de incierto resultado, situación que la ley procesal contempla también en el artículo 197 del Código Procesal Penal (CPP). Finalmente, sostiene la institución que el requirente yerra al omitir una impugnación conjunta de las normas legales que permiten a Carabineros obligar a una persona a las pruebas, como también en la identificación de la garantía invocada, toda vez que para el Ministerio Público, ella correspondería a la garantía establecida en el artículo 19 N° 7 letra g) CPR.

Los argumentos expuestos en la sentencia del Tribunal Constitucional admiten una distinción significativa en relación al nivel de análisis en el que se desarrollan. En términos sustantivos, la sentencia adscribe al tipo cuestionado una naturaleza de delito de peligro concreto, y al imperativo subyacente a aquél, una vinculación con el cumplimiento de deberes correlativos al ejercicio de una actividad riesgosa<sup>2</sup>. En definitiva, desde esta perspectiva, la sentencia justifica la disposición legal cuestionada, afirmando su relación con el ejercicio de potestades policiales orientadas a la protección de bienes jurídicos en el contexto del desarrollo de una actividad permitida, pero riesgosa, con independencia del acaecimiento o no de un delito o cuasidelito.

Luego, en un segundo nivel de análisis, la sentencia descarta la inconstitucionalidad denunciada por el requerimiento, diferenciando según la norma utilizada como estándar constitucional de referencia. Así, en relación al debido proceso, la sentencia rechaza el requerimiento, estimando que la norma penal cuestionada es de aplicación general, tratándose en consecuencia de una definición perteneciente exclusivamente al ámbito de la legalidad<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Considerando 15°.

<sup>3</sup> “No aparece como pudiera afectarse dicha garantía, teniendo en consideración que son normas de aplicabilidad directa para todos, y su desarrollo legislativo se efectúa de manera singularizada como sistema para los distintos procedimientos, ni tampoco se despliegan razonamientos que puedan calificarse como derechos constitucionales, simplemente, por tratarse en la norma, de una configuración

A su vez, en relación a la presunción de inocencia y la prohibición de autoincriminación, la sentencia señala que la disposición legal cuestionada no prescinde ni excluye la aplicación de las reglas generales en materia probatoria, cuyas garantías estima el Tribunal son suficientes para resguardar los derechos constitucionales invocados<sup>4</sup>. Desde otro punto de vista, afirma que el deber de someterse a la realización del examen no es asimilable a la declaración bajo juramento sobre un hecho propio<sup>5</sup>. En ese sentido, la sentencia distingue entre una “confesión de participación” y la exigencia de “practicar el examen de alcoholemia”, señalando que sólo la primera es constitucionalmente cuestionable desde la perspectiva del principio de inocencia<sup>6</sup>.

Finalmente, la sentencia sostiene que la disposición no importa una presunción de culpabilidad –en relación a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal– sino sólo una sanción a la omisión del comportamiento requerido en el tipo penal, en circunstancias que será el Ministerio Público quien deberá probar dicha conducta omisiva<sup>7</sup>.

La decisión del Tribunal Constitucional es un buen ejemplo del debate sobre el alcance del principio de autoincriminación y su jerarquía constitucional, en el contexto regulativo chileno. En tanto el Tribunal asume una posición respecto de dicha controversia, la atribución de una determinada naturaleza y sentido a la disposición cuestionada surge como un argumento accesorio. Desde esa perspectiva, el argumento del Tribunal Constitucional es simple: la prohibición de autoincriminación, reducida al derecho a no declarar bajo juramento sobre hecho propio, no es pertinente si se trata de resolver la constitucionalidad de la obligación de someterse al examen corporal. Pues al momento de investigar y juzgar penalmente una imputación por tal omisión, deben regir las reglas generales en materia probatoria, resguardando así las restantes exigencias constitucionales cuya infracción se denuncia.

Sin embargo, pese al carácter secundario de la definición sustantiva adoptada por el tribunal, es imprescindible develar la naturaleza de la disposición cuestionada, a efectos de asumir una toma de postura respecto de la decisión del Tribunal Constitucional.

---

*legal de los bienes jurídicos protegidos por el legislador en el ámbito de la legalidad propiamente tal” (considerando 4°).*

<sup>4</sup> Considerando 14°.

<sup>5</sup> Considerando 11°.

<sup>6</sup> Considerando 8°.

<sup>7</sup> Considerando 10°.

## II. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y NORMAS DE SANCIÓN EN LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY N° 20.770<sup>8</sup>

El agumento desarrollado por el Ministerio Público pretendió privar de relevancia al cambio legislativo, bajo la idea de la existencia de “cargas y obligaciones” desde antes de la ley N° 20.770, afirmando, en consecuencia, un mero cambio en la naturaleza de la “sanción” asociada al comportamiento.

Esa afirmación no es compatible con la regulación anterior, ni con el cambio legislativo introducido por la Ley Emilia. Rechazar esta idea, sin embargo, exige una descripción más detallada de su efecto en el sistema reconstruido en relación a las normas contenidas en la LT.

Es cierto que, en general, la ley N° 20.770 no ha creado nuevas normas de comportamiento en el contexto regulativo de la LT. La reforma contiene una modificación parcial de la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad en los casos de accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte (art. 176 LT), en términos que su cumplimiento no sólo se vincula a prestar una ayuda necesaria, sino también una ayuda posible. Por ello, el mayor efecto de esta modificación legal opera en el contexto de análisis de las normas de sanción (arts. 195 y 196 LT) correlativas al incumplimiento de normas de comportamiento expresamente formuladas en los arts. 110, 168 y 176 LT.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación a la realización de exámenes corporales, el legislador sí ha innovado y ha creado un nuevo imperativo en el nuevo artículo 195 bis LT, consistente en la obligación de someterse a las pruebas y exámenes previstos en los arts. 182 y 183 LT. Y en relación a ellos, el legislador introdujo también la prohibición de realizar maniobras que alteren sus resultados o de dilatar su práctica con ese mismo efecto.

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

---

<sup>8</sup> Al respecto, *vid.* en general, RAMOS PÉREZ, César y MARDONES VARGAS, Fernando, Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.770 (“Ley Emilia”) a la Ley del Tránsito y al decreto ley N° 321, Minuta N° 15, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional (Santiago, 2014), pp. 6 y ss. Disponible en línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/9247-2.pdf>.

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

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

Por ello, es la ley N° 20.770 la que introduce en el nuevo art. 195 bis inciso primero LT la obligación dirigida al conductor de someterse a la realización de pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o sicotrópicas previstos en el art. 182 LT. A su vez, el inciso segundo de este nuevo artículo 195 bis establece el imperativo dirigido al conductor que hubiere intervenido en un accidente que produzca lesiones graves gravísimas o muerte, de someterse a la realización de las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el art. 183 LT, conjuntamente con la prohibición de realizar cualquier maniobra que altere sus resultados o la dilación de su práctica con el mismo efecto.

Esta diferencia es relevante para el objeto de este análisis jurisprudencial, porque manifiesta el problema de la obligación de someterse a exámenes corporales, en el contexto de la LT. En este caso, estamos frente a un deber de conducta que el legislador jamás había prescrito con anterioridad a la ley N° 20.770. Y desde esta perspectiva, se abre la pregunta de si esta novedad regulativa es compatible con los presupuestos que legitiman la intervención de la potestad punitiva estatal, en tanto esta obligación impone al individuo el deber de contribuir activamente a su propia condena.

En consecuencia, frente a una novedad regulativa es imprescindible determinar su fundamento. Al respecto, existen dos razones mutuamente dependientes. La primera dice relación con el vínculo que se pretende establecer entre la huida del lugar del accidente y el sometimiento al examen en cuestión. Así, el profesor Jean Pierre Matus, en la segunda sesión de la Comisión de Constitución del Senado, señaló lo siguiente: “[...] *quien maneja un vehículo en estado de ebriedad y causa un accidente que provoca la muerte de una persona, se ve enfrentado a un dilema básico que es huir y no sufrir la*

*pena, o quedarse y exponerse a un castigo cierto. Señaló que ello ocurre porque quien huye lo hace para no ser sometido en forma inmediata al examen de alcoholemia que acreditará el estado de ebriedad, que es el elemento basal para la configuración del delito*<sup>9</sup>.

La segunda razón es una supuesta inoperatividad de la presunción establecida en el derogado inciso final del art. 183 LT. De este modo, se argumenta que la no aplicación de la presunción genera un incentivo perverso a huir del lugar para evitar realizarse los exámenes y con ello burlar la aplicación de la ley<sup>10</sup>.

En consecuencia, no parece verosímil, ni tampoco correcto, sostener una pretendida independencia del fundamento de incriminación de la negativa a someterse al examen de alcoholemia, en relación a la realización de la conducta típica del artículo 196 LT. Por el contrario, es manifiesto que la justificación de este nuevo imperativo en la Ley del Tránsito, tuvo como objetivo reforzar sancionatoriamente las consecuencias de un comportamiento contrario a los objetivos perseguidos en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, de modo de establecer un eficaz contrapeso disuasorio a una natural tendencia a la no realización del examen cuyo objetivo es la comprobación de un elemento típico del delito establecido en el artículo 196 LT. Y desde esa perspectiva, sin duda el artículo 195 bis prescribe la realización de un comportamiento activo colaborativo con la persecución penal, al constreñir, bajo amenaza de pena, a la realización del examen del artículo 182 (y 183) LT.

### III. PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La sentencia del Tribunal Constitucional adscribe inequívocamente a la opinión tradicional que circunscribe el ámbito de protección de la prohibición de autoincriminación, al derecho a guardar silencio, o utilizando la nomenclatura constitucional, a la prohibición de obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio<sup>11</sup>.

Sin embargo, frente a esa opinión, existe una fundada tesis divergente, que ha expuesto el ineludible vínculo existente entre la cláusula general del debido proceso, el principio de inocencia y la prohibición de autoincriminación, sin que ésta

<sup>9</sup> Historia de la ley N° 20.770, p. 83.

<sup>10</sup> Vid. al respecto la exposición del Senador Harboe, en Sala: “*la legítima preocupación que ha planteado el Senador Orpis por la presunción legal, que en la práctica no se aplicaba, la hemos recogido en un tipo penal especial, con lo cual va a haber aplicación práctica, que, por lo demás, ha sido uno de los planteamientos que se ha hecho para aplicar de manera efectiva una sanción a quien se niega a hacer los exámenes*” (Historia de la ley N° 20.770, p. 180).

<sup>11</sup> Artículo 19 N° 7 letra G CPR.

sea restringida a una protección constitucional frente a declaraciones obtenidas coercitivamente<sup>12</sup>.

Así, desde esta perspectiva, a la que se adhiere, no es extraño concluir que la decisión del Tribunal Constitucional no identifica correctamente el problema planteado por el requerimiento de inaplicabilidad. Pues no se trata de una infracción constitucional derivada de afectaciones procesales en la investigación y juzgamiento del delito establecido en el artículo 195 bis LT, sino que lo relevante es la función coercitiva del establecimiento de una sanción penal para el caso de omitir un comportamiento activo del imputado por el delito establecido en el artículo 196 LT, orientado a cooperar a la determinación de esa responsabilidad penal de quien presta dicha colaboración.

Tal constreñimiento estatal es criticable desde una perspectiva constitucional. Pues conforme al principio de inocencia, en su dimensión de regla de prueba y elemento cardinal dentro de las garantías comprendidas en una investigación y juzgamiento racionales y justos, los antecedentes de cargo deben ser aportados por el órgano persecutor. Es una carga del Estado demostrar la culpabilidad del autor y, en consecuencia, el deber de cooperar con la investigación mediante el sometimiento a un examen corporal, constituye un constreñimiento ilegítimo al imputado a contribuir a su propia condena.

Constatado ello, el verdadero problema consiste en resolver la posibilidad de legitimar esta afectación *prima facie* de los intereses constitucionales del imputado. Si las diversas garantías que contempla la regulación procesal penal en el artículo 197 CPP, en tanto norma de aplicación general para la realización de exámenes corporales, brinda suficiente protección, *v. gr.* vía autorización judicial como presupuesto necesario para la comprensión de una negativa como injustificada, es una cuestión pendiente de desarrollo, pues, una intuitiva respuesta favorable, exige un contexto de análisis y justificación más amplio que el presente comentario jurisprudencial.

---

<sup>12</sup> Al respecto, VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan, Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informe en Derecho, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional (Santiago, 2015), *passim*. Disponible en línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/9726-2.pdf>.