

0000001
UNO



En lo principal: Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **Primer otrosí:** Suspensión de procedimiento. **Segundo otrosí:** Acompaña documentos. **Tercer otrosí:** Forma de notificación. **Cuarto otrosí:** Patrocinio y poder.

Excmo. Tribunal Constitucional

IGNACIO JOSE SAPIAIN MARTINEZ, abogado, con domicilio en calle Lemu 1143, San Pedro de la Paz, Concepción y, para estos efectos, en calle Dr. Sotero del Río, número 508, oficina 618, comuna de Santiago, a nombre y en representación de don **ALONSO MAURICIO HERRERA GALLARDO**, chileno, mayor de edad, ingeniero, con domicilio en calle Antihue 25, Torre 5-A, departamento 32, sector Lonco Norte, Chiguayante, Concepción, a US. Excma. con el respeto que merece digo:

Que, vengo en requerir la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art.12 numeral 16 del Código Penal en causa RIT 2128-2019 del Juzgado de Garantía de Concepción, fundado en los siguientes aspectos de hecho y de derecho que paso a exponer:

I. Gestión pendiente ante tribunal competente.

En causa RIT 2128-2019 del Juzgado de Garantía de Concepción se sigue contra mi representado un juicio por dos delitos de manejar en estado de ebriedad - uno simple y el otro con daños materiales- y dos delitos de conducción con licencia de conducir suspendida. Ambas figuras nacen de un mismo hecho tipificado en dos disposiciones sancionatorias diferentes. Considerando la agravante del Art. 12 numeral 16 del Código Penal, el Ministerio Público ha pedido una condena de tres años de presidio por cada uno de los delitos, sumando un total de seis años. El

estado procesal en que se encuentra la celebración de la audiencia preparatoria de juicio oral fijada para el 15 de diciembre del año 2021.-

II. Parte en el proceso.

Consta en el certificado acompañado que somos parte en el juicio referido en el punto anterior y los resultados del pleito afectan directamente los intereses de mi representado, en su calidad de imputado.

III. Se impugna por inconstitucional el art. 12 numeral 16 del Código Penal que dice: Son circunstancias agravantes “Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”.

1. El delito de manejar en estado de ebriedad tiene asignada una pena de presidio menor en su grado mínimo, esto es de 61 a 540 días (Art. 196 E del DFL número uno del año 2009 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.290.).

El delito de manejar un vehículo habiendo sido suspendido, tiene una pena de prisión en su grado máximo que puede ir de 41 a 60 días (Art. 209 bis del DFL número uno del año 2009 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.290.).

En el caso concreto concurre la circunstancia agravante de haber conducido el vehículo en estado de ebriedad, al haber sido condenado previamente a la pena de 41 y 61 días de presidio menor en su grado mínimo (rol 2410-2016 JG de Concepción y 1371-2016 JG Chiguayante, respectivamente). Mi representado padece una **enfermedad adictiva** derivada del consumo de alcohol, por lo que era predecible que volviera a incurrir en dicha falta quedando fuera de los programas de reincursión, y hoy es motivo de nuevas investigaciones por hechos semejantes. Actualmente lleva un año de tratamiento lo que ha podido ser posible gracias a la cautelar de arresto domiciliario nocturno decretado por el tribunal y que no hemos cuestionado ni revisado con el fin de facilitar la intervención médica.

El derecho penal distingue entre circunstancias agravantes personales y materiales. Las primeras, se refieren a las condiciones especiales del sujeto activo y, las segundas, a la ejecución del delito. La reincidencia es una agravante personal que consiste en la comisión de delitos de la misma especie (Art. 12 N° 16 Código Penal). Más allá de la discusión del sentido y alcance del término “especie”, en el caso concreto no hay duda que al estar frente a varios delitos de manejar en estado de ebriedad estos son de la misma naturaleza y permite afirmar que sin duda concurre dicha agravante.

El delito de manejar en estado de ebriedad tiene una pena de presidio menor en su grado mínimo (61-540), por lo que la concurrencia de una circunstancia agravante deja al imputado en una situación mucho más gravosa al tener que aplicarse la pena en el máximo de su extensión (Art. 67 del Código Penal), debiendo el juez iniciando su recorrido en 240 días lo que limitando la función judicial.

IV.- El Art. 12 Número 16 es decisivo para la aplicación de la pena en la cuestión pendiente.-

En el caso concreto concurre la circunstancia agravante de haber conducido el vehículo en estado de ebriedad por haber sido condenado a dos penas de 41 y 61 días de presidio menor en su grado mínimo (rol 2410-2016 JG de Concepción y 1371-2016 JG Chiguayante, respectivamente).

El delito de manejar en estado de ebriedad lleva una pena de presidio menor en su grado mínimo (61-540), por lo que la concurrencia de la reincidencia como circunstancia agravante deja al imputado en una situación mucho más gravosa, limitando al Juez quien debe aplicar la pena en el máximo de su extensión por expresa disposición del Art. 67 del Código Penal, comenzando en 240 días, lo que nos permite concluir que dicha disposición incide en los resultados de la cuestión pendiente.

V. La disposición citada vulnera el orden Constitucional.

La pena asignada al delito que se investiga, sumada al aumento que la aplicación de la agravante conlleva a una sanción **desproporcionada** que permite una doble criminalización que vulnera el principio de igualdad ante la ley, de momento que el imputado recibirá un trato más gravoso.

Este gravamen nace de la arbitrariedad legislativa que busca implementar una políticas disuasivas usando como ejemplo a las personas, es decir se sirve de ella y restringe su libertad individual para causar temor y evitar la comisión del delito, pero éste es un aspecto que se aparta de los fines funcionales del Derecho Penal moderno que busca la justa pena equiparándola con el daño al bien jurídico protegido, sin perder de vista la rehabilitación y resocialización. Dicho de otro modo, con ésta agravante el Estado no hace más que usar al individuo como un medio de persuadir a la sociedad y obtener el éxito de una política estatal, pero con cargo a la libertad de un sujeto que es sancionando retroactivamente y de forma más gravosa, a pesar de haber cumplido la pena. Acá, el sujeto activo es usado como ejemplo social disuasivo sometiéndolo al servicio del Estado, debiendo ser el Estado quien debe servir a las personas, constituyendo una vulneración el Art. 1º de la Constitución Política, la igualdad y libertad personal.

El Art. 19 N° 2 garantiza la igualdad ante la Ley y el N° 3 el respeto a un procedimiento racional y justo que abarca todas las etapas del juicio hasta la correcta y justa aplicación de la pena, normas que imponen dos obligaciones: a) No sancionar dos veces el mismo hecho, relacionada con el deber de impedir la criminalización y el no sancionar sin culpabilidad; b) Aplicar una pena proporcional al delito cometido. Ambos aspectos son violentados en el caso concreto por la aplicación del Art. 12 número 16 del Código Penal, generando un efecto inconstitucional que atenta contra la seguridad jurídica que nace de la cosa juzgada formal y material y pone en riesgo la libertad personal, al aplicarse una pena mayor a la que correspondería asignar al mismo delito, lo que permite calificarlo como un trato

discriminatorio al contrastarlos con otros casos semejantes que han atentado de igual modo en contra de ese bien jurídico.

Nuestro país, al implementar la reforma procesal penal, asumió el deber y compromiso propio de un Estado de Derecho democrático, garantista y liberal, donde la pena es la reacción o castigo que nace de la comisión de un ilícito, debiendo existir entre ellos un **componente retributivo o de equivalencia que permita por un lado satisfacer la necesidad de justicia de la víctima** y, por el otro, **que esta no exceda al mal causado**. En ese contexto, el derecho penal debe respetar el principio de la **proporcionalidad o justa medida** de la pena, evitando la tentación de criminalizar fundado en políticas estatales disuasivas que traten con más dureza a quien cometió anteriormente cometió un delito cuya pena cumplió a entera satisfacción de la víctima y la sociedad, porque esa política penal agrade la justicia, equidad, proporcionalidad y el principio *nom bis in ídem*.

La **proporcionalidad** es un principio que supone un justo equilibrio entre la conducta sancionada y el castigo que merece, siendo un aspecto que primeramente debe considerarse en la elaboración de la ley sancionatoria para luego establecer parámetros a los jueces quienes, aplicándola al caso concreto, puedan recorrer su extensión considerando el grado de ejecución, participación, mayor o menor daño producido, provecho obtenido y la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En general, las circunstancias agravantes que dicen relación con la forma de comisión del hecho están vinculadas a la culpabilidad del sujeto activo y permiten al juez aumentar la pena con pleno respeto al principio de la proporcionalidad, pero la **reincidencia** es un factor circunstancial, totalmente extraño a la comisión del ilícito objeto de sanción y los elementos objetivos que rodean el entorno de su comisión, siendo su inclusión una decisión arbitraria del legislador que desemboca en la pérdida de derechos individuales (libertad) sin justificación razonable para un sistema penal propio de un Estado de Derecho democrático y liberal.

Las agravantes se estructuran sobre la base de ser calificadas en sí mismas como hechos ilícitos que por sí solo no son sancionables, pero que al concurrir en la

ejecución de un delito permite aumentar la pena en forma proporcional a la gravedad en su ejecución como es la alevosía, cometerlo mediante recompensa, abusar de una catástrofe, aumentar el daño, obrar con premeditación, entre otros. En estos casos el grado de culpabilidad justifica el aumento de la pena y no considerarlas agrediría el principio de la proporcionalidad, pero distinto es la circunstancia de ser reincidente donde el imputado cumplió satisfactoriamente la pena a la cual fue condenado, sin olvidar que en casos excepcionales resulta posible cometer un delito con ocasión de otro ya sancionado, como es el quebrantamiento de condena donde el reproche penal no vulnera el principio *nom bis in ídem*.

La reincidencia, como agravante, se estructura sobre la base de elementos propios de una **circunstancia pre existente en la condición personal del sujeto activo** que, en sí misma, no es objeto de reproche legal ni moral por haber dado cumplimiento a la pena impuesta. Por consiguiente, no está vinculado al ilícito objeto del juicio que se ventila en el caso concreto y su inclusión busca aumentar la sanción en forma desproporcionada e injusta.

Desde otra mirada, no debemos dejar de lado que las agravantes en general son en sí mismas acciones ilícitas objeto de reproche, debiendo concurrir en ellas los elementos de toda acción penal: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En ese contexto, veamos de forma simple cuales son los elementos de la agravante del numeral 16 del Art. 12 del Código Penal:

- a) Ser culpable, pero de un delito distinto y actual;
- b) Haber mediado una condena anterior, cumplida por cierto;
- c) Que esa condena se hubiese aplicado a un delito de la misma especie.

Podríamos afirmar que la agravante contiene elementos descriptivos, pero no podemos desprender de ella una acción adicional desplegada por el sujeto activo en la comisión del delito que hoy se juzga, por lo que no concurre una acción subsumible en la tipicidad, como tampoco el reproche antijurídico de una conducta, menos hay por cierto culpabilidad que que justifique la privación de libertad por un

lapso mayor. La cuestión es sencilla, lo condenaran a una pena más alta por que cometió y cumplió una pena anterior aplicada en caso semejante.

El grado de **culpabilidad** es un elemento del delito que nos permite incluso determinar la pena siempre que logremos establecer una conexión entre los hechos y circunstancias consideradas por el sujeto activo al momento de la comisión del delito. En la agravante de la reincidencia no hay culpabilidad y la pena no debería verse alterada, a pesar de ello la sanción es mayor por **arbitrio** del legislador, lo que permite calificar la vulneración al principio *nom bis in ídem*, por **sancionarse en una segunda oportunidad el mismo hecho atentando en contra de la libertad, dignidad y la igualdad ante la ley**. Este principio está muy ligado al respeto de la seguridad individual propia de un Estado de Derecho de una sociedad moderna, como la que estructuró el nuevo Código Procesal Penal, porque no es justo que una persona sea juzgada dos veces por los mismos hechos. La prohibición de doble incriminación es absorbida por el Art. 19 N° 3 y 7 de la Constitución Política, siendo un límite a la actividad punitiva estatal legislativa y judicial.

El Art. 63 del Código Penal, respetando el principio *nom bis in ídem*, señala que las circunstancias agravantes que por sí misma constituyen un delito penado por la ley no producen el efecto de aumentar la pena, cómo tampoco aquellas inherentes al hecho ilícito que sin la concurrencia no puede cometerse.

La reincidencia como instrumento de agravamiento de la pena, no es más que el uso de una condena anteriormente cumplida para sancionar más gravosamente al sujeto activo. Dicho de otro modo, revive el pasado para sancionar gravosamente el presente, siendo un atentado a nuestro Estado de Derecho, porque el tribunal tendrá el deber normativo de valorar nuevamente ese delito al aplicar la pena en el caso concreto objeto del juicio, a pesar de estar prohibida la persecución penal de delitos investigados, juzgados, sancionados y cuya pena se ha cumplido por mandato Constitucional e Internacional.

Por tanto, y considerando lo dispuesto en los arts. 1º, 19 Nº2, 19 Nº3, 19 Nº7, 19 Nº26 y 93 Nº 6 de la Constitución Política de la República de Chile, y las disposiciones legales citadas,

Pido a US. Excma. tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art.12 numeral 16 del Código Penal al caso concreto ventilado en causa RIT 2128-2019 del Juzgado de Garantía de Concepción, solicitando se estime admisible, para –en definitiva- acogerlo en todas sus partes, declarando que el Art. 12 Nº 16 del Código Penal correspondiente al hecho de **“Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”** es inaplicable por inconstitucional a la causa RIT 2128-2019 del Juzgado de Garantía de Concepción.-

Primer otrosí: Considerando que está pendiente la audiencia preparatoria cuya prueba pende de los resultados de éstas gestiones y que los antecedentes expuestos en lo principal –los que damos por reproducidos- constituyen fundamento suficiente para revisar la constitucionalidad del precepto impugnado y con el único fin de no transformar el recurso en una gestión inerte e ineficaz, es que **PIDO A US. EXCMA.** se decrete la suspensión del procedimiento en autos RIT 2128-2019 del Juzgado de Garantía de Concepción.-

Segundo otrosí: Pido a US. Excma. tener por acompañado con citación los siguientes documentos:

- a) Mandato judicial donde consta mi personería.
- b) Certificado que acredita el estado de la causa y las partes intervinientes.
- c) Copia de las acusaciones presentadas por el Ministerio Público.

Tercer otrosí: Se sirva US. Excma. tener presente que designo como forma de notificación el correo electrónico casilla ignaciosapiain@hotmail.com

Cuarto otrosí: Pido a US. Excma. tener presente que en mi calidad de abogado patrocino éste requerimiento.

Ignacio Sapiaín Firmado digitalmente por Ignacio Sapiaín
Fecha: 2021.12.10 18:06:05 -03'00'