

Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho  
Casa Central



# La Ley Emilia, ¿Constituye un cambio en el régimen de aplicación y ejecución de penas?

**Profesor Guía:** Eduardo Morales Espinoza.

**Alumnos:** José Brito Salvador.

Emanuel Cuadra Suárez.

Valparaíso, noviembre de 2016.

## Tabla de Contenido.

La Ley Emilia, ¿Constituye un cambio en el régimen de aplicación y ejecución de penas? .....	3
INTRODUCCIÓN. ....	4
I. FIN DE LA PENA. ....	5
II. SISTEMA DE APLICACIÓN DE PENAS EN CHILE, UNA VISIÓN GENERAL .....	8
1. Reglas generales sobre determinación de la pena. ....	8
2. Factores que intervienen en la fijación definitiva de la pena. ....	11
III. SISTEMA DE EJECUCIÓN DE PENAS EN CHILE, UNA VISIÓN GENERAL.....	16
1. Penas Privativas de Libertad .....	17
2. Otras Penas .....	23
IV. LEY EMILIA .....	25
1. Contexto de dictación.....	25
2. Ley Reactiva .....	26
3. Introducción al análisis comparativo.....	28
V. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA DE APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA LEY EMILIA CON EL SISTEMA DE APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE PENAS EN GENERAL.....	29
1. Problemática de los Artículos 67,68 y 68 Bis Del Código Penal .....	29
2. Problemática de la obligación de suspender por parte del juez la aplicación de la pena sustitutiva impuesta por este, para el cumplimiento efectivo de la pena sustituida durante un año .....	35
VI. Inconstitucionalidad de las normas de la Ley 20.770 analizadas anteriormente.....	37
CONCLUSIONES. ....	39
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

# La Ley Emilia, ¿Constituye un cambio en el régimen de aplicación y ejecución de penas?

## RESUMEN.

El presente trabajo tiene por finalidad hacer un análisis de la Ley 20.770, principalmente centrado en cómo esta nueva normativa vino a alterar las reglas generales del sistema de determinación y aplicación de penas que se encuentra regulado en nuestro Código Penal al establecer nuevos tipos penales en la Ley 18.216. Para lo anterior, el primer paso que daremos, será dar una visión generalizada del sistema del Código Penal sobre determinación y aplicación de penas, para luego contrastar estas normas con lo que establece la Ley 20.770, para finalmente realizar un análisis de la constitucionalidad de la Ley en comento, principalmente a la luz del principio de igualdad ante la ley.

## ABSTRACT.

The present work has by purpose do an analysis of the Law 20.770, mainly centred in how this new normative came to alter the general rules of the system of determination and application of penalties that finds regulated in our Penal Code when establishing new penal types in the Law 18.216. For the previous, the first step that will give, will be to give a vision generalised of the system of the Penal Code on determination and application of penalties, for afterwards contrast these norms with what establishes the Law 20.770, for finally make an analysis of the constitutionality of the Law in comment, mainly to the light of the Principle of equality in front of the law.

**PALABRAS CLAVES:** LEY 20.770 - DETERMINACIÓN DE PENAS - APLICACIÓN DE PENAS - AGENDA CORTA - CONSTITUCIONALIDAD.

**KEYWORDS:** LAW 20.770 - DETERMINATION OF PENALTIES - APPLICATION OF PENALTIES - SHORT DIARY - CONSTITUCIONALITY.

## INTRODUCCIÓN.

La entrada en vigencia el año 2014 de la Ley 20.770, más conocida como Ley Emilia, significó un cambio importante para el Derecho Penal, más precisamente en lo que dice relación con el sistema de determinación y ejecución de penas.

La Ley en comento, muestra una serie de contradicciones e incoherencias que van en contra de los principios fundamentales que regulan nuestro derecho penal, y se encuentra enmarcada en lo que ha sido denominado como la “agenda corta anti delincuencia”, que consta de una amplia normativa, que influenciada por el poder de los medios de comunicación de masas, y de la presión social por establecer penas mucho más altas, viene a desembocar en una normativa que en términos jurídicos, es bastante deficiente. La Ley Emilia reformó la Ley 18.216, introduciendo nuevas figuras penales como el manejo en estado de ebriedad o bajo sustancias estupefacientes o sicotrópicas con resultado de muerte, o con resultado de lesiones gravísimas. Además, introduce un estatuto especial en materia de determinación de penas aplicables a estas nuevas figuras, el cual, desde el punto de vista de la coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, significa una tremenda desproporción desde el punto de vista del marco penal propio las figuras involucradas en el análisis.

Uno de los cambios más controversiales, dice relación con lo que dispone el art. 196 ter, norma que viene a establecer la suspensión de la pena sustitutiva con el fin de que el sujeto autor del hecho punible cumpla al menos un año de pena privativa de libertad. Norma que según veremos más adelante, no hace más que obstruir el fin resocializador propio de nuestro sistema de penas

¿Cuáles son los fines que quiso alcanzar con esta regulación nuestro legislador? ¿Qué bien jurídico se buscó proteger? son algunas de las muchas interrogantes que abordaremos desde una perspectiva crítica, que buscará, a través de un análisis pormenorizado de la norma en comento demostrar los errores en los que incurrió nuestro legislador a la hora de introducir tales cambios.

En las siguientes líneas, buscaremos contrastar la Ley 20.770 con el sistema general que nuestro ordenamiento jurídico dispone en el Código Penal, y cómo éste se ve alterado por esta norma en diversos aspectos. Es así, como en primer lugar, daremos una visión generalizada a las diversas teorías sobre el fin de la pena. Luego nos sumergiremos en el sistema de determinación y ejecución de penas que rige nuestro ordenamiento punitivo, para así en la segunda parte de este trabajo realizar un contraste con lo que dispone la Ley 20.770, centrándonos en la afectación que esta norma produce en tales reglas. Finalmente, trataremos el tema de la inconstitucionalidad de los preceptos en análisis a la luz del principio de igualdad ante la ley.

## I. FIN DE LA PENA.

La imposición de la pena, concebida como un mal de que se vale el ente estatal ante el acaecimiento de un hecho típico, antijurídico y culpable, trae consigo aparejada una disputa filosófica que dice relación con la justificación del derecho que tiene el Estado para imponer castigos a sus miembros, derecho que es conocido como *ius puniendi* o derecho de castigar. Las respuestas a la pregunta sobre el por qué el Estado tiene este derecho a castigar, se reúnen en dos grandes grupos: la primera de ellas nos dice que se castiga porque se ha pecado y reciben el nombre de teorías absolutas, la segunda afirma que: se castiga, para que no se incurra de nuevo en pecado, y reciben el nombre de teorías relativas.

### **Teorías absolutas.**

Afirman que al autor de un delito, se lo castiga porque pecó, esto es, por el delito ejecutado, de manera que la pena no persigue finalidades ulteriores, justificándose de este modo a sí misma. Dentro de las teorías absolutas, encontramos: la teoría de la retribución y la teoría de la expiación, a continuación pasaremos a analizar ambas.

### **Teoría de la retribución como teoría absoluta.**

Se caracteriza por ser la más representativa de las teorías absolutas. Con arreglo a ella, la pena es el mal que se irroga al autor de un hecho injusto, en consideración a que éste puede serle reprochado por constituir una decisión contraria a los mandatos y prohibiciones del Derecho. El sujeto, que podía comportarse en la forma exigida por las normas, ha preferido transgredirlas; la pena es la consecuencia de esta conducta culpable, en la cual no solo se funda, sino que, además, constituye la medida de la que se impondrá.

Dentro de estas teorías, podemos encontrar otra subdivisión, así encontramos:

- a. La teoría de la retribución divina: En esta teoría encontramos como uno de los máximos exponentes a Joseph de Maistre, según esta teoría la violación de la ley humana es también violación de la ley divina
- b. Teoría de la retribución moral: Esta teoría tiene como principal abanderado a Emanuel Kant. Según ésta, el principio de la retribución del mal con el mal sería un principio de justicia

inherente a la naturaleza humana, al igual como sería el del bien con el bien. La pena ha de aplicarse por la simple razón de que se ha delinquido, y ello es una exigencia del imperativo categórico del deber. Como se puede apreciar, aparecen de manifiestos en Kant rasgos característicos de lo que es conocido como la ley del talión.

- c. Teoría de la retribución jurídica: Como uno de los principales expositores de esta teoría encontramos a Hegel. Los seguidores de ésta sostienen que el que comete un delito quiere también la pena señalada por la ley como consecuencia del delito. En este caso, la pena sería la solución para reestablecer el orden ante la ocurrencia de un delito.

### **Teoría de la expiación como teoría absoluta.**

De acuerdo con este modo de pensar, la finalidad de la pena es la comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como la necesidad de la pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad. En este caso, podemos apreciar una especie de sentimiento de culpa que experimentaría el sujeto autor del hecho punible.

### **Teorías relativas.**

Las teorías relativas sostienen que la pena sólo se justifica si se emplea como medio para luchar contra el delito y evitar su proliferación. Desde este punto de vista, el fin de la pena estaría en una resocialización del delincuente, actuando sobre él para que se adapte a las exigencias que implica la convivencia social, buscando de este modo, proteger a la misma. La pena deja de ser un castigo, sino que aquí es mirada como un tratamiento.

### **Teoría de la prevención especial como teoría relativa.**

Según esta teoría, el fin de la pena sería evitar la comisión de nuevos delitos por parte del que ya ha delinquido. Para ello, esta teoría se vale de herramientas como la reeducación y la readaptación, y si ello no es posible, la eliminación del sujeto autor del hecho punible. El punto de vista más extremo de esta teoría lo encontramos de la mano de la teoría correccionalista donde el delincuente es considerado un enfermo; la pena, un bien y la aplicación de la misma, un derecho del delincuente.

### **Teoría de la prevención general como teoría relativa.**

Al igual que la anterior, esta teoría atribuye a la pena la función de evitar la comisión de futuros delitos, pero la herramienta que usa es distinta, acá no hablamos de resocialización del delincuente, sino que en realidad se actúa sobre la comunidad en su conjunto. Dentro de los principales exponentes de esta teoría, encontramos a Feuerbach y Romagnosi. Según este punto de vista, una vez cometido el delito, es necesario aplicar la pena, ya que de otro modo desaparecería el efecto conminatorio y preventivo de la misma hacia los ciudadanos. Dentro de este punto de vista, encontramos dos tendencias: por un lado, encontramos la teoría de la prevención especial negativa y por otro lado, encontramos otra de carácter positiva.

- a. Teoría de la prevención general negativa: Esta se conoce como la forma clásica de la concepción preventiva general, según este punto de vista, la pena tiene por objeto, disuadir a los integrantes de la sociedad toda de cometer delitos.
- b. Teoría de la prevención general positiva: En este caso, la pena también apunta hacia la sociedad toda, pero a diferencia de la visión anterior, lo que se busca es el aseguramiento de las normas básicas, reforzando la seriedad de sus mandatos. Vale decir, la imposición de la pena constituye una manera de subrayar la importancia de los valores en juego y de educar al grupo social para que los acate.

### **Teorías mixtas o unitarias.**

Estas teorías, reconocen en la pena, más de un fin. Estas, intentan llegar a un punto medio donde las teorías absolutas y relativas converjan, buscando una concepción de la pena donde ambas concepciones se realicen de la mejor manera y combinadamente y en los distintos momentos en que ella opera sobre la comunidad en general y sobre el individuo que ha delinquido considerado de manera individual. Así por dar algunos ejemplos, tenemos que para Aristóteles, la pena tiene un fin preventivo general, pero la ejecución de la misma, debe sujetarse a un criterio retributivo proporcional a la naturaleza y gravedad del mal. Otro autor que podemos mencionar en esta corriente es Santo Tomás de Aquino, según el cual, la pena tiene una naturaleza retributiva de devolver igual por igual, pero también tiene una finalidad preventiva.

### **Teoría de la defensa social.**

Finalizamos este acápite con la teoría de la defensa social, en la que encontramos a los positivistas como Enrico Ferri. Según este punto de vista, la sociedad tiene derecho a defenderse de sus miembros que se conducen de manera antisocial. De lo anterior se deduce, que bajo este prisma, la pena tiene un fin defensivo, el que incluso puede obtenerse mediante la enmienda del delincuente.

## II. SISTEMA DE APLICACIÓN DE PENAS EN CHILE, UNA VISIÓN GENERAL.

Nuestro Código Penal establece un sistema de determinación de la pena que da pie a un cierto margen de “arbitrio judicial”, lo anterior toda vez que reconoce a los jueces facultad para determinar penas dentro de un determinado marco legal. Sin embargo, debemos mencionar que no cabe en nuestro sistema la sentencia indeterminada (en ninguna de sus variantes), conforme a la cual, el condenado empezaría a cumplir una condena cuyo término no estaría señalado de antemano, sino que sería fijado una vez que se comprobaran en él manifestaciones evidentes de rehabilitación y readaptación social, atribuyendo a la pena el fin preponderante de corrección y reforma del condenado. Es así, como en nuestro sistema aplicación de penas, podemos notar que en la sentencia debe quedar fijada la pena que se le asigne al condenado, dejando entrever los marcados orígenes clásicos que inspiraron la redacción de nuestro Código Penal.

La legislación de nuestro país, establece penas que en su mayoría son graduales y divisibles, conteniendo un extenso número de reglas que disponen como ciertos factores o circunstancias influyen en la determinación de la pena, reglas que son obligatorias en su mayoría para el juez, pero que, como veremos más adelante, excepcionalmente le permiten obrar con un pequeño margen de arbitrio a la hora de señalar o la elección de la pena o su duración precisa.

### 1. Reglas generales sobre determinación de la pena.

Nuestra actual ley penal, establece una serie de principios básicos que buscan establecer una relación cuantitativa de las penas, a continuación, pasaremos a desarrollar cada uno de ellos:

**A) Cada pena es un grado y cada grado es una pena:** Lo anterior reconoce las siguientes precisiones:

**A.1) Todas las penas divisibles están distribuidas en grados:** Lo anterior, en razón del **art. 57 CP.**, según el cual, cada uno de esos grados constituye una pena distinta. Así por ejemplo, si uno mira el **art. 361 CP.**, este sanciona el delito de violación con “presidio mayor en su grado mínimo a medio”, por lo que al contener dos grados, nos encontramos con dos penas distintas: presidio mayor en su grado mínimo y presidio mayor en su grado medio.

**A.2) Si el marco está compuesto por dos o más penas distintas,** con arreglo al **art. 58 CP.**, “Cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ellas el mínimo y la más grave de ellas el máximo”, así por ejemplo en el caso del **art. 390 CP.**, se sanciona el delito de parricidio con “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”, acá podemos encontrar tres grados de penalidad distintos: Presidio mayor en su grado máximo, presidio perpetuo y presidio perpetuo calificado.

**B) Las escalas graduales.** Con arreglo al **art. 59 CP.** las penas se encuentran clasificadas en cinco escalas graduales destinadas a precisar la relación de gravedad que existe entre ellas. En esta escala, podemos darnos cuenta que nuestro legislador pretendió ordenar las sanciones de acuerdo a su naturaleza, así: en la escala N° 1, encontramos las penas privativas de libertad; en la escala N° 2, están las penas restrictivas de libertad que se cumplen dentro del país; la escala N° 3 se encuentra compuesta de las penas restrictivas de libertad, pero que se cumplen fuera del país; mientras que finalmente, en las escalas N° 4 y 5, tenemos las penas privativas de derechos.

De este modo, para determinar cuál es la pena inferior o superior en grado a otra cualquiera, se debe buscar primero esta última en las escalas graduales, y una vez encontrada, subir o bajar en la misma escala el número de grados necesarios, lo anterior lo podemos apreciar en la regla que establece el **art. 77 CP.** El mismo artículo recién enunciado, en su **inciso segundo**, se pone en el caso de que en las escalas N° 2 y 3 no existieren grados superiores, en ese caso, el mismo establece que se aplicará el presidio perpetuo; pero si se tratare de la escala N° 1, se impondrá la pena de presidio perpetuo calificado. Ahora, tratándose de las escalas 4 y 5, según el **inciso cuarto del art.**

77, las inhabilitaciones absolutas o especiales, se agravarán con la reclusión menor en su grado medio, pero en este caso, se impondrán conjuntamente. En cuanto a lo que dice relación con la situación inversa, vale decir la falta de pena inferior, el **inciso tercero del art. 77** establece que se aplicará la multa, pena que según el **art. 60 inc. Primero**, se considera “la inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales”. La misma regla se aplica cuando con arreglo a la ley, deberían imponerse las penas de inhabilitación o suspensión, pero estas no son aplicables en el caso concreto (**art. 61 N° 5 CP.**).

**C)** Según los **N° 1 y 2 del art. 61**, el tribunal buscará la pena aplicable al caso recorriendo la respectiva escala gradual. Cuando la ley impone hacer rebajas respecto de un marco penal que contiene penas compuestas, el mismo numeral 2° del art. 61 establece que la misma debe hacerse desde el mínimo. El problema ocurre cuando en el mismo caso, se deben realizar los aumentos de grados por sobre los límites del marco, puesto que la ley no señala desde dónde se hace el aumento (salvo el caso del art. 68 CP, que señala expresamente que el aumento se debe hacer desde el máximo), aquí encontramos dos posturas: la primera sostiene que deben ser realizados desde el grado máximo de la pena compuesta, los seguidores de esta postura razonan aplicando por analogía, lo dispuesto respecto de las rebajas de grado y lo dispuesto en el art. 68 CP., además agregan que lo superior a un todo es aquello que lo es en relación al máximo de ese todo. Otros autores como Eduardo Novoa Monreal y Enrique Cury, sostienen que en tales casos, debe ser elevado cada uno de los grados que componen el marco penal, esta última postura se basa en que según el art. 57 CP., cada grado de una pena divisible, constituye una pena distinta; a mayor abundamiento, agregan que cuando la ley ha querido que el aumento parta del máximo, lo dice expresamente, como ocurre en el caso del art. 68 CP. Finalmente, sostienen que si una pena compuesta de varios grados entre los cuales hay una pena divisible, se aumentará desde el máximo, quedaría convertida en pena de un solo grado (Novoa, 2005: pp. 357 - 358), (Cury, 2005: pp.762).

**D)** Cuando se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o más distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza (**art. 61 N° 3 CP.**).

**E)** Si las penas señaladas al delito son copulativas, se aplicarán unas y otras a todos los responsables; “pero cuando una de dichas penas se impone al autor de crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a ellos” **(art. 61 N° 4 CP.)**.

## 2. Factores que intervienen en la fijación definitiva de la pena.

La determinación de la pena se encuentra sujeta a los siguientes factores que son cinco, siguiendo el esquema de Enrique Cury, agregaremos la determinación de la multa en particular:

### **A) La pena señalada por la ley al delito y etapa de desarrollo del delito.**

En este primer apartado, trataremos de forma conjunta las dos primeras reglas, vale decir: la pena señalada por la ley al delito, y la etapa de desarrollo del mismo, lo anterior debido a la estrecha relación que existe entre ambas reglas y, además para que exista un mayor entendimiento de las mismas.

La primera regla dice relación con que para la aplicación de las penas, el juez se debe atener a la que derechamente impone la ley al respectivo delito cuando trata de él. Lo anteriormente mencionado, se encuentra en el art. 50 inc. Primero CP., y no viene a ser más que la expresión del famoso principio “*nulla poena sine lege*”, además establece el mismo artículo en su inciso siguiente, que dicha pena debe entenderse aplicada para los autores del delito consumado.

La pena descrita en la ley penal, sirve de base para el proceso de determinación posterior de la misma.

Seguimos con la segunda regla: la etapa de desarrollo del delito. El **art. 50 CP.**, pues su **inciso segundo**, nos señala “siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado...”. Por su parte, el **art. 51 CP.**, establece que al autor de crimen o simple delito frustrado, le corresponde la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito. Por su parte, el **art. 52 inciso primero CP.**, se encarga de regular lo que dice relación con el autor de tentativa, señalando que se le debe aplicar la pena inferior en dos grados a ella. Las faltas por su parte, de acuerdo al tenor del **artículo 91**, sólo se castigan en tanto se

encuentren consumadas. El cómputo de las rebajas establecidas para los casos de frustración y tentativa se practica de acuerdo con lo dispuesto por el **art. 61 N° 1 y 2**.

Las normas anteriormente descritas no reciben aplicación cuando el delito frustrado y la tentativa se encuentran especialmente penados por la ley (**art. 55 CP.**).

### **B) Clase de intervención en el hecho.**

De conformidad a los **arts. 14 a 17** de nuestro Código Penal, son criminalmente responsables de los delitos, los autores, los cómplices y los encubridores. El grado de participación del sujeto se encuentra regido por los siguientes principios que a continuación pasamos a mencionar:

Como habíamos dicho anteriormente, según el art. 50 inciso primero CP., la pena señalada por la ley al delito es la que corresponde a los autores. En el caso de los cómplices, es pertinente el **art. 51** del mismo cuerpo legal, según el cual debe imponerse la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley al crimen o simple delito, mientras que según el **art. 52 inciso primero CP.**, a los encubridores se les aplica la inferior en dos grados. En esta materia es aplicable además lo preceptuado por los **arts. 61 N° 1 y 2** y el **art. 55 CP.**

Respecto de las faltas, el **art. 498** señala que a los cómplices, se les debe castigar con una pena que no exceda de la mitad de la correspondiente a la de los autores. Además según el art. 17 CP, en relación con el mismo art. 498 CP., podemos entender que los encubridores de faltas no responden del hecho punible.

Importante señalar finalmente, que las reglas relativas al castigo de las distintas clases de intervención, se aplican en combinación a las relativas al grado de consumación del delito, para ello solo debemos sumar las rebajas pertinentes.

### **C) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.**

La influencia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, es la que tiene una regulación más extensa dentro del tema que estamos tratando, a continuación veremos alguna de ellas:

#### **D.1) Principios generales:**

1. La ley no lo dice expresamente, pero generalmente, las circunstancias atenuantes producen efectos más intensos que las agravantes. El mejor ejemplo que grafica lo anterior, lo encontramos en el **art. 73 CP.** Según el cual, las atenuantes pueden llegar hasta rebajar hasta tres grados la pena.
2. Hay circunstancias agravantes que no producen el efecto de aumentar la pena. Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el **art. 63 CP.,** según esta disposición, no producen el efecto en comento, aquellas circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. El segundo caso, que se encuentra en el inciso segundo de la disposición en comento es aquellas circunstancias agravantes inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.
3. La comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes la podemos encontrar en el **art. 64 CP.,** según esta disposición, únicamente las circunstancias objetivas se comunican a los intervinientes que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. Las subjetivas en cambio, no son comunicables, vale decir, agravan o atenúan la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

## **D.2) Reglas que dependen de la composición del marco penal básico establecido por la ley para el delito.**

En el siguiente apartado, centraremos el análisis entre los **arts. 65 a 69 CP:**

Según nuestro **art. 65 CP.,** cuando la ley señala una sola pena indivisible, el tribunal debe aplicarla sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Por su parte, también nos dice el precepto, que si hay dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, el juez podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno dos grados.

En segundo lugar, el **art. 66 CP.,** nos da una serie de reglas: cuando una ley señala una pena compuesta de dos indivisibles y no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponer la pena en cualquiera de sus grados. Cuando solo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, y si, habiendo una agravante, y no

concorre ninguna atenuante la impondrá en su grado máximo. Siendo dos o más las circunstancias atenuantes sin que concurra ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Finalmente, cuando concurren atenuantes y agravantes, el tribunal debe compensarlas racionalmente, graduando el valor de unas y otras, luego de lo cual aplicará la pena con arreglo al resultado obtenido y a las reglas precedentes.

El **art. 67 CP.**, también nos da una serie de reglas al respecto, nos da el caso en que la pena señalada al delito es un grado de una divisible. En tal situación, de no concurrir ni circunstancias atenuantes ni agravantes, el tribunal puede imponer toda la extensión de dicho grado al imponer la pena. En caso de concurrir una agravante o una atenuante, la aplicará en el primer caso en su *mínimum* y en el segundo caso en su *máximum*, para lo cual se debe realizar la división del periodo de duración de la pena por la mitad. Finalmente, siendo dos o más las circunstancias atenuantes y no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la pena inferior en uno o dos grados, en el caso inverso, podrá el juez aplicar la pena superior en un grado.

Finalmente el **art. 68 CP.** Se ocupa del caso en que la pena señalada por la ley consta de dos o más grados, cualquiera sea los grados en que ésta esté compuesta, en tal caso, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la misma, en caso de no concurrir circunstancia modificatoria alguna. Luego nos dice que de haber una sola circunstancia atenuante o agravante, no deberá aplicar en el primer caso el grado máximo, ni en el segundo el grado mínimo. Posteriormente establece el artículo en comento que si son dos o más las atenuantes y no hay agravantes, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley; en el caso inverso, podrá aplicar la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados en la ley. También podemos dar aplicación la norma sobre compensación racional.

Más adelante, podemos encontrar una regla común en el **art. 68 bis**, ésta es aplicable a todos los casos contemplados en los art. 65 a 68 CP. Según esta norma, si concurre una sola circunstancia atenuante y ninguna agravante, pero aquella es muy calificada, puede el tribunal imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito.

En todas las normas anteriormente analizadas (arts. 65 a 68), podemos advertir que llevan intrínseca la regla general que dice que las atenuantes tienen un efecto más intenso que las agravantes, incluso, concurriendo varias de aquéllas y ninguna de éstas, pueden lograr el efecto de rebajar la pena por debajo de los límites establecidos en el marco penal de que se trate. Sin embargo,

al respecto se ha dado una disputa doctrinaria y jurisprudencial importante que dice relación con la facultatividad del tribunal para ejercer esta potestad. El criterio prevalente en la doctrina afirma que es facultativo hacerlo, así autores como Etcheberry, Labatut, Novoa, Cury y Potitoff, entre otros, deducen la facultatividad del verbo “poder”, lo que implicaría estar en presencia de una potestad y no de un imperativo, además de afirmar su posición en la historia fidedigna de la ley, según la cual, los redactores del CP. Decidieron introducir modificaciones al modelo español, cambiando su sistema imperativo de rebaja, los seguidores de esta postura, también argumentan en base al contexto legal, aduciendo que cuando se ha querido establecer reglas imperativas, el legislador lo ha hecho de manera expresa (Etcheberry, 1999: pp. 185), (Labatut, 2005: pp. 401), (Cury, 2005: pp. 769), (Politoff, 2010: pp.360). La postura minoritaria por su parte afirma que la rebaja debe hacerse en todo caso, agregando que solo su monto sería facultativo, los autores que siguen esta línea argumentativa, afirman que la palabra “podrá” indica solamente que el tribunal “puede” rebajar la pena en un grado, en dos o en tres grados, pero en ningún caso podría no rebajar ninguno. En buenas cuentas, la facultad estaría limitada a escoger el monto de la rebaja. Así la expresión “podrá” conservaría un sentido facultativo y al mismo tiempo la rebaja tendría un carácter obligatorio .

Finalizamos el análisis de las reglas atinentes en este apartado con lo que dice el **art. 69 CP.**, según el cual, una vez precisado el grado de la pena que se impondrá al sujeto, el juez determinará la cuantía exacta del castigo. Para lo anterior, la norma legal en análisis, le da al juez dos criterios: el primero es, el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, según Enrique Cury, lo anterior significa que las circunstancias modificatorias deben ser consideradas por segunda vez, pero ahora será, “mediante una apreciación global que las evalúa haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente”; el segundo, la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (Cury, 2005: pp. 770).

#### **D) Extensión del mal producido.**

Acá la piedra angular de todo esto, la encontramos en el art. 69 CP., según el cual: se debe atender “a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”. Cuando la lesión o peligro en que consiste el resultado externo del hecho punible admite graduación, aquí lo que debe ser considerado es su nivel. Del mismo modo, deben tomarse en consideración las otras consecuencias dañosas causadas directamente por la conducta sancionada, aunque no formen parte del tipo.

### E) Determinación de la multa.

La multa, al no encontrarse dividida en grados, admite una determinación especial. Según el art. 70 CP. “el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley permite imponerlas”. De todos modos, se señalan dos criterios orientadores: el primero de ellos, dice relación con las circunstancias atenuantes y agravantes en el hecho, y el segundo, con la capacidad de generar renta por parte del culpable.

## III. SISTEMA DE EJECUCIÓN DE PENAS EN CHILE, UNA VISIÓN GENERAL

El sistema de ejecución de penas en Chile posee una mixtura bastante interesante, en primer lugar, representa la última etapa de la tarea penal, debido a que es antecedida por la sentencia definitiva que promulgan los jueces competentes, y en segundo término nos parece digno a destacar su regulación, ya que tanto el **cumplimiento como la ejecución de la pena** establecida por el juzgado de garantía o el Tribunal de juicio oral en lo penal, se encuentra regulado principalmente por el derecho penitenciario<sup>1</sup> o administrativo según la pena aplicada, encontrándose por tanto el derecho penal en sí, en un lugar secundario en lo que concierne a dicha fase.

No obstante ello, el código de Punición según Alfredo Etcheberry, nos entrega ciertos principios que rigen la ejecución de las penas, los cuales encontramos en los artículos 79 y 80 (1999:p.193).

**Artículo 79 Código Penal:** *No Podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”*

**Artículo 80 Código Penal, inciso primero:** *Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*

En el artículo 79 destaca la importancia de la sentencia ejecutoriada, lo que conlleva a que la pena podrá ser ordenada a cumplirse siempre y cuando, exista una sentencia promulgada con anterioridad y de la cual no proceda recurso alguno. Por su parte el Artículo 80 nos hace presente que la ley es la única facultada para regular la manera en que la pena ha de ser cumplida. Es necesario

---

<sup>1</sup> El derecho penitenciario se encarga de regular principalmente las penas privativas de libertad.

detenernos en ambos artículos, ya que establecen los pilares fundamentales para entender la manera en que las penas son cumplidas en nuestro país y también nos permiten a la vez hacer una revisión crítica de esta fase, a fin de perfeccionarlo.

Dentro del ordenamiento jurídico chileno podemos encontrar diversas disposiciones que refuerzan, lo establecido por el código de punición. **El artículo 19 Número 3**, de la Constitución Política de la República establece las garantías de lo que se entiende como debido proceso, lo cual implica que *la imposición de la pena sea por un tribunal establecido con anterioridad y después de un proceso tramitado legalmente conforme a un procedimiento racional y justo*, sentando de esta manera el principio de legalidad en nuestro ordenamiento. El **artículo 355 del Código Procesal Penal**, establece que: *La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que se impugne una sentencia definitiva condenatoria o que la ley dispusiera expresamente lo contrario*, el cual viene a reforzar lo establecido por el Artículo 80 del Código penal, ya que los efectos de la sentencia definitiva condenatoria quedarán suspendidos debido a la impugnación plasmada en el recurso pertinente, constituyendo una garantía fundamental para el condenado.. Por ende podemos concluir con exactitud que nuestro ordenamiento jurídico brinda una amplia gama de garantías al condenado para asegurarle el ejercicio pleno de todos sus derechos, sobre todo cuando estamos frente a una sentencia definitiva condenatoria, debido al grave perjuicio que involucra para el imputado la ejecución de esta.

A continuación, analizaremos la ejecución particular de cada clase de penas establecidas en nuestro Código de Punición, examinando sus funciones y formas sustitutivas de cumplimiento. Para ello seguiremos el esquema propuesto por el profesor Etcheberry (1999: Capítulo IV).

## 1. Penas Privativas de Libertad

Una pena privativa de libertad consiste esencialmente en el encierro del condenado en un recinto, donde debe residir por el tiempo dictaminado. Las condiciones precarias de encierro,

sumado al prejuicio de una sociedad que discrimina y no abre oportunidades a los ex reclusos, terminan por empeorar considerablemente el bienestar del procesado, tanto antes, durante y después del cumplimiento de la pena. Para ello ley establece la sustitución efectiva del cumplimiento, por otras clases de penas que permiten una mayor reinserción y evitan la contaminación penitenciaria, éstas según Roxin (1981: p. 17) deben propiciar ***reinserción y la readaptación social del delincuente***. Para fines didácticos consideraremos por separado cada uno de estas situaciones.

## **1.1 Condena Condicional**

Esta medida sustitutiva de cumplimiento se produce en penas privativas de libertad de corta duración, donde el condenado, permanece en libertad pero sometido a un régimen de vida especial con la debida vigilancia por un tiempo determinado. Si durante el transcurso de dicho plazo, el procesado posee buena conducta y cumple con las exigencias establecidas en la “condena condicional”, esta se da por cumplida. Cabe destacar que en la legislación Chilena, la sentencia es efectivamente dictaminada y por ende este beneficio entra en juego una vez que la condena queda firme. Dicha institución se encuentra regulada en la ley 18.216, sobre medidas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, puntualizándose en dos beneficios: 1) Remisión condicional de la pena y 2) Libertad Vigilada.

### **A) La remisión condicional de la pena**

Se encuentra regulada en el Artículo 3 de la Ley 18.216 y consiste principalmente en la **sustitución del cumplimiento primitivo de la pena**, Aunque no es lo único que involucra a dicha institución, sino que también se debe brindar asistencia y observación al penado por un cierto tiempo. El otorgamiento de este beneficio es facultativo para el juez pero no arbitrario, por ende debe ser apropiadamente fundamentado, en conformidad al artículo 35 del mismo cuerpo legal.

#### **Requisitos**

1. La sentencia debe imponer una pena privativa o restrictiva de libertad, la cual no debe superar los tres años de duración. No debemos tomar en cuenta la pena asignada en

abstracto para cada delito, sino la pena en concreto que establece el juez competente, para la medición de dicho plazo.

2. El penado no debe haber sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito, cabe destacar que no se considerarán para dichos efectos, las condenas cumplidos diez o cinco años antes respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito.
3. Tanto los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, así como la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito deben ser tales que nos permitan presumir que no volverá a delinquir. Los antecedentes personales del procesado involucran no solamente el ámbito penal sino que son más bien amplios, al igual que la presunción de no volver a delinquir la que se aplica en general y no solamente al mismo delito.
4. Los requisitos número 2 y 3, deben hacer innecesarias la ejecución de la pena.

Este beneficio puede concederse a petición de parte o de oficio, sea en primera o en segunda instancia. Si el tribunal decide acoger la remisión condicional, está obligado a fijar un plazo de observación, concordante con el tiempo de la pena, y en ningún caso inferior a un año ni superior a 3 años, imponiendo además las siguientes obligaciones que el reo deberá cumplir, en conformidad al artículo 5 de la ley 18.216.

1. Residir en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el condenado. Esta obligación no involucra necesariamente una prohibición de carácter absoluta, por ende el procesado podrá tener ausencias ocasionales, las que no se considerarán como un quebrantamiento a la condena, siempre que el régimen de presentación periódica establecido por Gendarmería de Chile para vigilar la residencia sea respetado. Hay casos calificados por la misma institución, donde la residencia puede ser cambiada.
2. Sujeción al control administrativo y a la asistencia de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el reglamento. Dicho servicio recabará anualmente, al efecto, un certificado de antecedentes prontuarios, y
3. El Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyera la calidad de estudiante.

Ante el incumplimiento o quebrantamiento de las condiciones enunciadas, la ley prevé distintas consecuencias que pasamos a detallar a continuación, contenidas en el Título IV de la ley 18.216.

1. Tratándose de un incumplimiento grave o reiterado de las condiciones impuestas y atendidas las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra sustitutiva de mayor intensidad (Artículo 25 N°1).
2. Tratándose de otros incumplimientos injustificados, el tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena (Artículo 25 N°2).
3. La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas (...) (Artículo 26)
4. Las penas sustitutivas reguladas en esta ley siempre se considerarán quebrantadas por el solo ministerio de la ley y darán lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado cometiere nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme (Artículo 27).
5. Recibida por el tribunal la comunicación de un incumplimiento de condiciones, deberá citar al condenado a una audiencia que se celebrará dentro del plazo de quince días, en la que se discutirá si efectivamente se produjo un incumplimiento de condiciones o, en su caso, un quebrantamiento (...) (Artículo 28).

## **B) La libertad Vigilada.**

Es una Forma sustitutiva de cumplimiento propia de las penas privativas y restrictivas de libertad, semejante a la remisión condicional de la pena, aunque con algunos matices. Este beneficio se utiliza para penas de mayor duración, por consiguiente cuenta con obligaciones más estrictas en lo que concierne al régimen de observación. Consiste básicamente en el sometimiento del penado a un régimen de libertad a prueba que tiene como fin la reinserción social del mismo. Encuentra su regulación en el Párrafo I, del título II de la ley 18.216, la que pasamos a detallar a continuación.

## **Requisitos**

1. La sentencia debe imponer una pena privativa o restrictiva de libertad superior a dos años y que no exceda de tres. Si se tratare de algunos de los delitos contemplados en el artículo 4 de la ley N°20.000, requiere que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesto no sea superior a quinientos cuarenta días y no exceda de tres años.
2. Beneficiario no debe haber sido condenado antes por crimen o simple delito. No considerando para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayera la nueva condena.
3. Los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinante del delito deben permitir concluir que un tratamiento en libertad aparece como eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

A diferencia de la remisión condicional de la pena se admite que el delincuente vuelva a delinquir, solo que se entiende que es más eficaz el tratamiento del procesado en libertad, requiriendo para esto informes técnicos que acrediten que la finalidad de esta medida - readaptación y resocialización - se cumple en el caso concreto. Las exigencias que se imponen al beneficiario y la causales de revocación, son semejantes a las correspondientes a la remisión condicional, por ende nos basaremos en lo anteriormente dicho.

En ambos beneficios anteriormente nombrados, sucede que una vez transcurrido el tiempo fijado por el tribunal sin que esta haya sido revocada, la pena de carácter privativa o restrictiva originaria se tendrá por cumplida.

### **1.2 Artículo 398 del Código Procesal Penal**

De acuerdo con esta disposición - que regula el caso de una condena por falta - *“Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieran aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las*

*penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216.”(...). Si el plazo hubiere sido transcurrido, sin que el imputado haya sido objeto de un nuevo requerimiento o formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y en su reemplazo decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión de la pena se aplica a toda clase de penas impuestas por faltas, incluso las de carácter económico o pecuniarias.*

### **1.3 La Reclusión Nocturna**

Es una de las medidas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad que como sabemos regula ley 18.216. Este beneficio consiste básicamente en el encierro del condenado en establecimientos especiales desde las 22 horas hasta las 6 horas del día siguiente. Su otorgamiento es facultativo para el tribunal, pero al igual que con la remisión condicional de la pena, tanto su otorgamiento como concesión debe ser debidamente fundamentado.

#### **Los requisitos para su otorgamiento son:**

1. Que la pena ya sea privativa o restrictiva de libertad impuesta en la sentencia, no sea superior a tres años.
2. Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o en el caso que sí lo haya sido, dicha pena no exceda de dos años, y si las condenas anteriores fueran más de una, no excedieran en conjunto dicho límite.
3. Que los antecedentes penales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidad y móviles determinantes del delito, permitan presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos

La duración de este beneficio debe ser igual a la de la pena impuesta, es decir cada noche de reclusión es equivalente y es computada como un día de pena. Las causales de revocación de esta medida son semejantes a la remisión condicional de la pena y de la libertad vigilada es decir, quebrantamiento grave y reiterado sin causa justificada (en este caso el tribunal de oficio o a petición de gendarmería puede revocarla), por la comisión de un nuevo crimen o simple delito durante el

periodo de reclusión nocturna, entre otras. Transcurrido el periodo de reclusión nocturna sin que este beneficio haya sido revocado, la pena se entenderá cumplida.

Si bien es cierto que este beneficio es bastante similar a la remisión condicional y a la libertad vigilada, posee ciertas diferencias dignas de destacar. Una primera precisión es que esta medida no es alternativa en su totalidad a una pena privativa de libertad, ya que involucra de igual manera el encierro del condenado durante ocho horas del día, además que la regulación de la reclusión nocturna no impone al condenado una serie de obligaciones, como los otros beneficios, sino que sólo exige la presentación puntual a las 22 horas de cada día. Cabe destacar que no se requiere la estimación de que el condenado no volverá a delinquir, ni tampoco tiene como finalidad la reforma del mismo, sino sólo un efecto disuasivo respecto de nuevos delitos posibles.

## 2. Otras Penas

El cumplimiento de las penas restrictivas de libertad, involucra un acto material de traslación del condenado o expulsión del mismo, que se cumple por la autoridad administrativa competente por orden de la autoridad judicial. Para dicho cumplimiento son procedentes al igual que en las penas privativas de la libertad, las medidas alternativas en la ley 18.216.

En lo que concierne a las penas privativas de derechos, basta para que estas se entiendan cumplidas la inscripción de la sentencia condenatoria en el registro general de condenas. Dicha Anotación encuentra su regulación en los artículos 4º y 9º del Decreto ley 645. Sumado a este requisito se exige así mismo, la comunicación de la sentencia pertinente al Servicio Electoral y a la Contraloría General de la República, según la clase de pena privativa en cuestión.

Respecto a la incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, siempre y cuando esta medida tenga el carácter de pena conforme a los Artículos 90 y 91 del Código Penal, se hacen cumplir por las autoridades penitenciarias conforme a su propio reglamento. La pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, brinda al juez competente el derecho a determinar ciertos lugares en los que le será prohibido al penado presentarse después de haber cumplido su condena y

de imponer a éste todas o algunas de las obligaciones señaladas en el artículo 45 del código penal, su efectivo cumplimiento queda sujeto a la observación y control de la policía de seguridad.

La pena de caución por su parte, se entiende cumplida, cuando medie constitución formal de la fianza nominal, prenda o hipoteca, ante el tribunal respectivo, según las disposiciones civiles que rigen dichos actos jurídicos. En caso que el condenado no presente fiador, sufrirá una pena de reclusión equivalente a la cuantía de dicha fianza, computándose un día por cada quinto de unidad tributaria mensual, no excediendo en ningún caso los seis meses. Para el cumplimiento de la multa se deben tener en consideración las facultades económicas del penado, pudiendo el tribunal inclusive el pago por parcialidades (siempre dicho plazo no exceda un año), cabe destacar que el retardo en el pago de una de las mensualidades, hará exigible el total de la multa. En el caso que el condenado no pague la multa, se procederá ejecutivamente en su contra, aunque con algunas particularidades diferentes al juicio ejecutivo propiamente tal. El Artículo 48 nos hace presente que la condenado le afectan diversas responsabilidades pecuniarias, no solo la multa propiamente tal, por ende si no se ha allanado a pagarlas voluntariamente el producto de sus bienes se destinará a satisfacerlas en el siguiente orden: a) costas procesales y personales, B) el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio; c) la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios y **d) la multa**. Sea por causa de esta regla o porque sencillamente los bienes del multado no alcanzan a cubrir el monto total de la multa, es que el artículo 49 establece un sistema de conversión donde el tribunal podrá imponer por vía de sustitución, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, en caso que el condenado no esté de acuerdo, el tribunal por esta misma vía, impondrá la pena de reclusión, estableciéndose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que esta pueda exceder los seis meses. Esta conversión no será efectiva cuando de los antecedentes expuestos por el condenado, apareciere la imposibilidad de cumplir la pena. Queda también exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo a otra pena más grave que deba cumplir efectivamente, quedando de manifiesto la naturaleza alternativa de la pena de multa.

## IV. LEY EMILIA

### 1. Contexto de dictación

La ley Emilia (ley 20.770) fue publicada el 16 de septiembre de 2014 dentro de un agitado contexto social que decantó en la solicitud, de un grupo de individuos, hacia la autoridad en orden a aumentar las penas de los delitos de conducción vial, en estado de ebriedad. Difícilmente podemos obviar la historia humana que se encuentra detrás de esta disposición normativa, debido a que fue esta la piedra angular y vivencia más demostrativa e impactante para la sociedad (por qué, o sino queda muy subjetivo), en la lucha por aumentar las penas a delitos de manejo en estado etílico.

Corría la noche del 21 de enero de 2013, donde tras un accidente de tránsito, protagonizado por Nelson Fariña Jara, quien manejaba su automóvil con 1,9 gramos de alcohol por litro de sangre, fallece la menor Emilia Silva Figueroa de solo nueve meses de vida. La familia de Emilia, protagonizó una mediática campaña para endurecer las penas de los delitos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte y lesiones graves, dicha consigna encontró un apoyo social transversal, específicamente en un grupo de parlamentarios que decidieron dar inicio a un proyecto de ley que plasme las demandas de este movimiento ciudadano.

Con la entrada en vigencia de esta ley, no solo se aumentó considerablemente el marco penal de los delitos en cuestión, sino que también se modificó de forma sustantiva el sistema de aplicación y ejecución de penas para estos ilícitos en particular. Ejemplo de ello es el artículo 196 ter, introducido por esta esta disposición normativa, que establece la obligación de cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado por el delito previsto en el inciso tercero del artículo 196 de la ley 18.290, es decir las lesiones indicadas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona.

No podemos mirar a la ley Emilia como un fenómeno aislado, sino que debemos comprenderla como el punto de partida de muchas disposiciones, tal como la agenda corta antidelinuencia - que resultan incompatibles con un derecho penal armónico de carácter liberal.

## 2. Ley Reactiva

*“El hombre responde entonces por su comportamiento; por la conciencia de él, ése es fundamento y límite de la reacción social que se ejerza sobre él, pero esa conciencia está dada socialmente, y por eso también responde la sociedad toda. El sujeto responsable, al igual que el injusto, no es una categoría simplemente individual, sino social en primer término, y por ello mismo crítica, en constante revisión de sus bases”* (Bustos, Hormazábal, 1999: p. 333-334)

No podemos definir al derecho penal desde una mirada limitada, como un conjunto aislado de normas que tienen como núcleo base la asignación de una sanción (punible) a un determinado hecho, ya que resultaría insuficiente, debido a que prescinde del elemento social en orden a que es la misma, la que determina que comportamientos merecen una determinada sanción y cuáles no, así como dentro de aquellos comportamientos sancionados, cuales merecen más reproche que otros. Por ende es necesario tener en consideración, la conciencia social a la hora de construir una determinada política criminal, de modo que el grupo humano se sienta totalmente representado en la normativa que los rige. Ahora bien, dicha idea es el punto de inicio para la construcción de un sistema penal, volviéndose cada vez más complejo a medida que la sociedad avanza, por ejemplo dicha voz social se verá representada en determinados sistemas por un parlamento o en el sistema legislativo que se determine el propio grupo humano.

Este Análisis es del todo necesario para contemplar de forma óptima el fenómeno de la ley Emilia, ya que como dijimos en el punto anterior, no es un fenómeno normativo aislado, sino que es el inicio de un conjunto de leyes que denotan o plasman el descontento del pueblo, respecto a determinadas conductas, que estos consideran excesivamente injustas y que merecen un reproche o sanción más severas que las que el legislador contempló primitivamente, por ende antes de realizar un análisis comparativo meramente técnico considerábamos necesario hacer este hincapié, a modo de ilustrar al lector en esta especie de revolución normativa, que viene sin duda a reformar a través de leyes especiales a nuestro derecho penal clásico.

Jaime Vera, nos instruye sobre este tema, a través de una categorización de este fenómeno, dicho autor nos presenta el concepto de “derecho penal de la seguridad ciudadana”(2012: p. 181), el que según este , “*surge como una respuesta lógica a la situación de crisis de los modelos económicos contemporáneos, para **brindar cobertura a los problemas asociados con la multirreincidencia y la criminalidad callejera, la violencia sexual y especialmente, a la de índole patrimonial***” (2012: p. 181). Dicha categorización tiene como característica una **intensificación de la respuesta penal, especialmente de la sanción privativa de libertad como el mecanismo por antonomasia, afectando de manera evidente la proporcionalidad.**

El análisis de Vera, nos resulta bastante interesante básicamente por dos cosas: (1) hace hincapié en la situación de crisis de los modelos económicos contemporáneo, destacándose ciertos delitos que la parte de la población considera abundantes y que según su parecer no tienen una sanción justa, quedando a ratos inclusive según su percepción ilícitos sin castigo y (2) la intensificación del marco punible atentando contra el principio de proporcionalidad de la pena al mal causado, fenómeno que sin duda se hace presente en una ley reactiva. Si bien la ley Emilia desde una mirada restringida, no cabe en este grupo de delitos , a nuestro juicio si **posee** características como la intensificación y la multirreincidencia, las cuales a través de la historia humana detrás de esta disposición normativa se hicieron notorias para la opinión pública, lo que terminó por materializarse en el aumento de pena para los delitos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte y lesiones de graves, por consiguiente es necesario agrupar para fines ilustrativos a la ley 20.770 dentro de la categorización “derecho penal de la seguridad ciudadana”.

Las causas a nivel legislativo de este tipo de leyes, según el autor anteriormente nombrado se pueden agrupar en un concepto él que se denominará “falta de racionalización en las decisiones legislativas”, dicha categorización encuentra su respaldo en dos razones:

- a) la faltas de relevancia de opiniones expertas en el proceso de formulación y dictación de leyes penales.
- b) la percepción del conflicto social por parte del pueblo y por consiguiente la exigencia de mayor protección frente a la inseguridad sentida. Dicha percepción ha pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar leyes penales.

Lo problemático de esta situación como afirma Diez Ripóllés “no es que las experiencias y percepciones inciden en la percepción y creación del derecho, sino que dichas demandas sean atendidas sin intermediarios, sin expertos que valoren situaciones complejas” (2004: p. 6-21), sobre todo cuando hablamos de legislación penal, la que tiene una relevancia absoluta para el autor cómplice o encubridores del tipo penal configurando para este, en caso de ser declarado culpable de un determinado delito, un cambio radical en su forma de vida, tanto de sus relaciones interpersonales como de su percepción de vida.

En síntesis la ley Emilia sin lugar a dudas es una ley de carácter reactiva, que se formuló en consideración al aumento, según la percepción ciudadana, de los delitos de manejo en estado ebriedad, estableciendo un marco punible alto y “desproporcional” al mal causado, encontrando su justificación en la presión social ejercida, a fin de castigar con mayor severidad, hechos que primitivamente no se les aplica una penalidad que resultare suficiente a juicio de los actores sociales. Dicha presión social tiene como punto de partida relevante el caso de Emilia Ponce, convirtiéndose la menor en una imagen ilustrativa y significativa para la conciencia ciudadana.

### 3. Introducción al análisis comparativo

En el siguiente punto abordaremos los aspectos de esta ley, que resultan problemáticos en comparativa con el sistema de aplicación y ejecución de penas general, es por esto que se ha considerado pertinente, en una primera instancia, realizar un análisis global de la ley 20.770 a fin de tener una noción que nos permita comprender la justificación legislativa de dicha normativa, para posteriormente realizar un análisis comparativo en específico de las modificaciones que introduce a la ley 18.290.

Las disposiciones normativas de la ley 20.770 analizar se encuentran en el artículo primero número 6 y 7, las que incorporan el artículo 196 bis y agregan el artículo 196 ter respectivamente a la ley de tránsito (ley 18.290).

## V. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA DE APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA LEY EMILIA CON EL SISTEMA DE APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE PENAS EN GENERAL

### 1. Problemática de los Artículos 67,68 y 68 Bis Del Código Penal

El artículo primero numeral sexto de la ley 20.770 publicada el 16 de septiembre del 2014 que modifica la ley 18.290 referente a los delitos de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte, incorpora el artículo 196 bis que pasaremos a estudiar.

Antes de hacer mención a dicho artículo pasaremos a detallar someramente el inciso tercero y cuarto del artículo 196, debido a que la aplicación de la pena contenida en dicha disposición, es la que será analizada más adelante.

El inciso tercero nos dice que: *“Si se causare alguna de las lesiones indicadas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo, en el primer caso, y de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, en el segundo. En ambos casos, se aplicarán también las penas de multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales, de inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal”*.

Mientras que el inciso cuarto, nos presenta una figura agravada de los delitos contenidos en el inciso anterior y la regula de la siguiente forma: *“Al autor del delito previsto en el inciso precedente se le impondrá el máximo o el grado máximo de la pena corporal allí señalada, según el caso, conjuntamente con las penas de multa, inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados y comiso que se indican, si concurriere alguna de las circunstancias siguientes:*

*1.- Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en este artículo, salvo que a la fecha de comisión del delito hubieren transcurrido los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal respecto del hecho que motiva la condena anterior.*

*2.- Si el delito hubiese sido cometido por un conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes y hubiere actuado en el ejercicio de sus funciones.*

*3.- Si el responsable condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada, o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados”.*

En consideración a lo anterior el artículo 196 Bis, dictamina que para la determinación de la pena correspondiente en los casos previstos en los incisos ilustrados con anterioridad - tercero y cuarto del artículo 196 de ley 18.89 - esto es delito de manejo en estado de ebriedad con resultados de lesiones graves gravísimas o muerte y la figura agravada de la misma, el tribunal no tomará en consideración el artículo 67,68 y 68 bis<sup>2</sup> del código penal y en su lugar se ceñirá a las siguientes reglas:

1. **Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho el tribunal, podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley.** Esta disposición no contiene ningún cambio relevante en comparación al sistema de aplicación general del código penal.
2. **Si, tratándose del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.** Este apartado si tiene efectos relevantes, en comparación al artículo 68 del código penal, para efectos de determinar la pena, sobre todo en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, por consiguiente procederemos a su análisis más exhaustivo en las próximas líneas.
3. **Si, tratándose del delito establecido en el inciso cuarto del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se dividirá por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.** Este apartado al igual que el

---

<sup>2</sup> La inaplicabilidad de estos artículos se vincula netamente con la aplicación de la pena privativa de libertad, ya que esta admite graduación en grado, presupuesto necesario de aplicación de los artículos 67 y 68 del Código Penal. .

anterior contiene un cambio sustantivo en el mismo orden, es decir la valorización del efecto de las agravantes y atenuantes, el que como dijimos, analizaremos a continuación.

4. **Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.** En este caso no existe ninguna diferencia a lo prescrito en los artículos 67 inciso final y 68 inciso final.
5. **El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley. Con todo, podrá imponerse la pena inferior en un grado si, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 del Código Penal, concurriere la mayor parte de sus requisitos, pero el hecho no pudiese entenderse exento de pena."** Dicha normativa se circunscribe a las reglas de efecto ordinario, pues reemplaza a los artículos 67,68 y 68 bis, constituyendo un cambio significativo respecto a la apreciación de las atenuantes calificadas, que pasaremos a detallar enseguida.

#### 1.1 Problemática del artículo 196 bis número 2

Este artículo nos presenta una contradicción evidente con el sistema general de aplicación de penas, en una primera parte hace alusión a que para *los delitos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves gravísimas*, en el caso de existir una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante el tribunal aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo. Ahora bien, sabemos que el *delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte* tiene una pena de *presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo*, pena que va desde los 3 años y 1 día hasta los 10 años, mientras que el *delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas*, tiene asignada una pena asignada de *presidio menor en su grado máximo*, que va desde los 1 años y un día a los 5 años.

Al saber esto podemos evidenciar que dicho artículo nos presenta problemáticas bastante curiosas, en el *delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte* la presencia de dos o más atenuantes, tienen el mismo efecto que una sola de ellas en conformidad al artículo 68, es decir la aplicación del grado mínimo, que en este delito corresponde a la pena de *presidio menor en su grado máximo*, esto se debe a que la única prohibición sería la imposibilidad de aplicar el grado máximo, **siendo inaplicable el efecto general de aplicación de penas ante la presencia de dos**

**o más atenuantes el que sería imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de lo señalado por ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.** Es decir si un individuo mata a otro conduciendo en estado de ebriedad, y dicha persona posee una conducta irreprochable, colabora sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos y procura reparar con celo el mal causado o impide sus ulteriores perniciosas consecuencias, tendrá una pena en conformidad a la ley 20.770 que va desde los 3 años y un día a los 5 años, en cambio si dicha disposición normativa no existiera, este individuo podría tener incluso según la apreciación de las circunstancias atenuantes por parte del tribunal, una pena de prisión en su grado máximo, que va desde los cuarenta y uno días a los sesenta días.

Es más, si una persona comete homicidio simple con presencia de dos o más circunstancias atenuantes, según la apreciación por parte del tribunal del número o entidad de las circunstancias, arriesgaría hipotéticamente una pena de presidio menor en su grado medio, mientras que el culpable del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, con la presencia de las mismas atenuantes tendría una pena de presidio menor en su grado máximo, produciéndose una situación irrisoria, atendido a la entidad del delito y las motivaciones del agente, imponiendo una menor pena a quien mate a otro con la presencia de dolo directo como elemento subjetivo.

Mientras que en **el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas**, la presencia de una o más atenuantes no produce ningún efecto, debido a que **la pena de presidio menor en su grado máximo, fue la asignada en abstracto por la ley para este delito.** En cambio si comparamos dicha regla con el sistema general de aplicación de penas, podemos presenciar ciertas vicisitudes, ya que las **circunstancias modificatorias de responsabilidad cuando hablamos de los delitos estudiados no producen su efecto ordinario ante la concurrencia de dos o más atenuantes**, es decir la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, según la entidad de las circunstancias, en conformidad al artículo 67 del Código Penal, es **más la presencia de las atenuantes como hemos dicho en este caso, no tienen ningún efecto.**

La segunda parte del artículo 196 bis número 2 nos señala que, **para los delitos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves gravísimas, cuando concurren una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, el tribunal aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.**

En el caso del **delito de Manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte**, la concurrencia de una o más agravantes, tienen el mismo efecto que una de ellas según el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, es decir inaplicabilidad del grado mínimo, aplicando por ende el grado máximo, es decir presidio mayor en su grado mínimo. Para el **delito de Manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas**, ante la presencia de la misma regla, resultan modificaciones sustanciales, las que se pueden agrupar en dos puntos:

- A. La diferencia de esta norma, respecto al inciso quinto del artículo 67 , radica en que el juez deberá **obligatoriamente aplicar la pena de presidio mayor en su grado mínimo**, a **diferencia del sistema de aplicación general**, en cuyo caso ante la presencia de una o más agravantes y ninguna atenuante , **el tribunal facultativamente y por consiguiente no obligatoriamente**, podrá aplicar la pena superior en un grado, existiendo por ende una contradicción evidente entre un sistema general y otro especial.
- B. En la aplicación de esta regla en el proceso de determinación de la pena, encontramos una contradicción dentro del mismo cuerpo normativo. El numeral 5 del artículo 196 bis, establece la imposibilidad del tribunal de superar el umbral mínimo y máximo del marco penal establecido por ley, en contraste el numeral 2 del mismo artículo el que prescribe que ante la concurrencia de una o más agravantes deberá aumentarse un grado. Ahora la pregunta es, ¿Qué regla debemos aplicar?, Según el instructivo de la defensoría penal pública (insertar cita), se deberá aplicar el numeral 5 y entender que el legislador cometió un error al disponer tal grado de pena, sobre el marco legal.

### 1.2 Problemática del artículo 196 bis número 3

El artículo 196 bis número 3, regula la aplicación de la figura agravada del inciso cuarto del artículo 196, dicha disposición dispone que en **el caso que concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo.** Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se dividirá por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo. Antes de analizar las problemáticas que se vislumbran en la aplicación de la pena de dicho tipo penal, es necesario

hacer presente su regulación a fin de una mayor comprensión, el artículo 196 prescribe que **al autor del delito previsto en el inciso anterior - que ha sido analizado con anterioridad - se le aplicará el grado máximo de la pena corporal ahí señalada** en conjunto con otras penas accesorias, **en las siguientes situaciones: (1) Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en este artículo**, salvo que a la fecha de comisión del delito hubieren transcurrido los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal respecto del hecho que motiva la condena anterior, **(2) Si el delito hubiese sido cometido por un conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes y hubiere actuado en el ejercicio de sus funciones,**(3) **Si el responsable condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada, o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados."**

Como podemos evidenciar, este caso constituye una excepción al artículo 67, debido a que estamos en presencia de una pena indivisible compuesta por un solo grado, ya sea presidio menor en su grado máximo o presidio mayor en su grado mínimo, según corresponda al delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte respectivamente.

Respecto del **de la figura agravada del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte**, el tribunal deberá dividir el grado de presidio mayor en su grado mínimo, para determinar el mínimo y el máximo de la pena, en iguales condiciones que la determinación del máximo y el mínimo prescrita por el artículo 67. La concurrencia de una o más atenuantes en este caso produce el mismo efecto que sólo una de ellas según el artículo 67, es decir aplicar la mitad inferior de la pena, en análoga situación se encuentra la concurrencia de una o más agravantes, la que también produce el mismo efecto que sólo una de ellas en conformidad al mismo artículo 67, es decir aplicar la mitad superior de la pena. Ahora bien si el **resultado del ilícito son las lesiones graves gravísimas**, corresponderá la pena de presidio menor en su grado máximo, debiendo dividir el tribunal ese grado en los mismos términos que el análisis presentado respecto del resultado de muerte, con símiles reparos.

### 1.3 Problemática del artículo 196 bis número 5

Este numeral nos presenta varios elementos que resultan dignos de análisis, en primer lugar nos presenta **la prohibición de rebasar el umbral mínimo y máximo fijado por ley**, disposición que tal como hemos dicho en líneas anteriores, muchas veces se contradice con lo dispuesto en la misma ley e incluso para ser más precisos en el mismo artículo. Una segunda cuestión que debemos tener presente, es que tal como sabemos esta normativa reemplaza a los artículos 67,68 y 68 bis del código penal de aplicación ordinaria, por ende restringe sus efectos a las mismas circunstancias que regula las disposiciones generales, por consiguiente no se consideran para efectos de la prohibición que establece esta regla, las circunstancias modificatorias extraordinarias u otras reglas que establecen rebajas en grado, como por ejemplo el artículo 103 del código penal.

La excepción a esta regla la encontramos en la eximente incompleta del artículo 11 número 1 en relación al 10 número 11, que regula el estado de necesidad exculpante, la que concurriendo la mayor parte de sus requisitos, **faculta al tribunal para imponer la pena inferior en grado, no pudiendo quedar en ningún caso el hecho exento de pena** . Cabe destacar que si concurre dicha eximente, tendrá el tratamiento de una atenuante de efecto ordinario pero de especial intensidad al facultar al tribunal a rebajar la pena en un grado, quedando implícitamente excluida el efecto extraordinario del artículo 73 del código penal para esta atenuante.

## 2. Problemática de la obligación de suspender por parte del juez la aplicación de la pena sustitutiva impuesta por este, para el cumplimiento efectivo de la pena sustituida durante un año

En este acápite, nuestro análisis se centrará en el art. 196 ter de la Ley 18.290, norma que en su inciso primero señala: *“la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado”*. La norma recién transcrita tiene significación jurídica respecto del delito previsto en el art. 196 inciso tercero (figura simple de conducción, operación o desempeño en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves gravísimas).

Lo primero que podemos advertir, es el efecto anómalo que causa esta regla al privar necesariamente de libertad al condenado, aunque se haya impuesto pena sustitutiva, por el plazo de un año. Lo anterior, no significa más que un claro retroceso en lo que venía haciendo el legislador los últimos años, puesto que la tendencia era la de orientar al sistema penal chileno a la imposición de penas en libertad, así el año 2012, se publicó la Ley 20.603 que vino a modificar la Ley 18.216, modificación que había tomado en cuenta los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad. Sin embargo, dos años después, y antes de que el sistema que establecería la Ley 20.603 entrará en vigor, nuestro legislador cambia de criterio, motivado por hechos acaecidos con anterioridad a dichas modificaciones, y por lo tanto, resueltos por un estatuto legal ya derogado.

Pero los problemas de la regla en comento no paran allí, puesto que además nos muestra deficiencias de carácter técnico, puesto que regula de manera no muy clara si el año de pena efectivo se imputa o no al cumplimiento de la pena sustitutiva suspendida. De la expresión “suspensión” podríamos llegar a la conclusión que en realidad no se imputarían, por lo que estaríamos frente a una desproporción de parte del legislador, que no estaría acorde con la pena que el tribunal haya establecido para el caso concreto atendiendo a la gravedad del hecho. Es así, como una interpretación armónica de las disposiciones que regulan el tiempo de duración de la pena sustitutiva, nos obligan a pensar que el año de cumplimiento efectivo, debe ser abonado al de la pena sustitutiva “suspendida”, pues de lo contrario no estaríamos hablando de “sustitución”, sino que estaríamos hablando de “acumulación”. Es más, la Ley 18.216 fija los plazos de la pena sustitutiva como equivalentes a los de la pena privativa de libertad, argumento que da pie para pensar que ese año de pena privativa debe ser descontado.

También podemos advertir un problema que dice relación con la procedencia de lo dispuesto en el art. 196 ter, a la figura agravada del inciso cuarto del mismo artículo, puesto que el marco penal abstracto de dicha norma se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las penas sustitutivas. Pues bien, haciendo un análisis interpretativo podemos llegar a la conclusión de que no procede aplicar a tal figura lo dispuesto en el art. 196 ter, lo anterior en razón a que la regla en comento, se encuentra a propósito de la figura simple del inciso tercero, lo anterior, sumado a que el legislador cuando ha querido aplicar una regla a ambos incisos (tercero y cuarto del art. 196), lo ha hecho expresamente. Ahora bien, a simple vista, no se observa ningún criterio que nos diga el porqué de esta distinción. Por lo demás, todo lo anteriormente dicho se ve reafirmado por el sagrado

principio de legalidad, en virtud del cual, entendemos que los casos que no se encuentran previstos de manera expresa por la regla que regula la suspensión de la pena sustitutiva, no deberían recibir la aplicación de la misma.

## VI. Inconstitucionalidad de las normas de la Ley 20.770 analizadas anteriormente.

Las normas que la Ley 20.770 establece en relación al sistema especial de determinación de las penas, y a las luz del art. 19 N° 3 de la Constitución Política, que establece el principio de igualdad, es que podemos advertir como primer rasgo aproximativo que dice relación con que no encontramos consideraciones vinculadas al hecho punible que nos hagan pensar que la diferenciación sea razonable. Es más, si consideramos que el desvalor de injusto de la figura de homicidio simple tiene asociado un marco penal más alto que el correspondiente al delito de manejo en estado de ebriedad o bajo sustancias estupefacientes o sicotrópicas con resultado de muerte, no podemos encontrar una razón del porque nuestro legislador aplica un régimen especial de determinación de penas a la figura menos grave.

Además de ser desproporcionado, darle operatividad a dichas reglas especiales implica entrar en total contradicción con la decisión de nuestro propio legislador, según la cual, el delito de homicidio simple tiene asociado un marco penal más severo que los delitos que manejo en estado de ebriedad o bajo los efectos de sustancias estupefacientes o sicotrópicas con resultado de muerte. De lo anterior, podemos deducir que la condición de coherencia interna que debe tener todo ordenamiento jurídico no se encuentra satisfecha, de lo que se deriva a su vez, que se ve infringido el principio de igualdad ante la ley.

En resumidas cuentas, podemos hallar un trato desigual desprovisto de toda razonabilidad al instituirse un régimen especial de determinación de las penas, toda vez que, no hay un fundamento detrás de esta regulación para excluir del efecto de las atenuantes al imputado por alguno de los delitos en análisis. Así, viendo las posibles razones que tuvo el legislador para poder establecer este estatuto especial de determinación de penas no encontramos de todos modos alguna razón para haber procedido de esa forma, como a continuación pasamos a detallar:

- Si el legislador lo que quiso fue establecer como bien jurídico protegido la importancia de la vida, la distinción sería totalmente arbitraria, frente a un imputado por homicidio simple, calificado, parricidio, infanticidio o femicidio.
- Si el legislador realizó esta distinción basándose en el desvalor de acción, tampoco se justificaría, toda vez que nos encontramos frente a conductas más peligrosas, que están directa e intencionalmente dirigidas a producir el resultado de muerte, como es la tentativa de homicidio doloso, que sí admite rebaja de pena.

Finalizamos nuestro análisis desde el punto de vista constitucional, ahora poniendo bajo la lupa al art. 196 ter, norma que como vimos anteriormente regula la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas. Al respecto, podemos decir que la falta de coherencia interna que muestra nuestro ordenamiento jurídico es profundizada por el establecimiento de la obligación de suspender la aplicación de la pena sustitutiva impuesta por el juez, para el cumplimiento de pena efectivo de la pena sustituida por un año. Las razones son las mismas que vimos respecto al estatuto especial de determinación de penas, y dicen relación con el test de razonabilidad, que se desmenuza en dos aspectos: el primero, es determinar si la diferencia encuentra un fundamento razonable; y el segundo, dice relación con la idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido prevista el legislador.

Importante es la opinión de Julián López, quien en su intervención en el contexto de la discusión parlamentaria de la primera propuesta regulativa vinculada al caso, opinó lo siguiente:

*“Este texto... restringe las opciones a la sanción de libertad vigilada asistida, que implica someter al infractor a la vigilancia continua del delegado de Gendarmería de Chile a cargo de su caso, imponerle un plan de trabajo para su rehabilitación y reinserción, obligarlo a utilizar un brazalete electrónico para saber en todo momento en qué lugar se encuentra y, lo que es más importante, aplicarle coactivamente la participación en un programa de desintoxicación y rehabilitación del abuso de drogas y alcohol, que, en este caso, es la causa basal del delito. Explicó que nada de ello ocurre si el condenado termina en la cárcel”<sup>3</sup>.*

Sumado a todo lo anteriormente expuesto, debemos considerar además la necesaria orientación a la reinserción que deben tener las penas, los riesgos de contagio criminógeno y de

---

<sup>3</sup> Intervención del profesor López, citada en el Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley Boletín N° 8.813-15, de 5 de marzo de 2013, p. 8.

reincidencia delictiva que conllevan las penas privativas de libertad y lo adecuado que resulta el sistema de libertad vigilada intensiva para el caso que nos atañe, se observa que la modificación legal carece de razonabilidad, constituyendo una legislación inconstitucional que infringe el principio de igualdad reconocido en el art. 19 N° 2 de nuestra Constitución Política.

## CONCLUSIONES.

Muchas son las conclusiones que podemos evidenciar a través de este escrito, cuestiones que son de total relevancia en la aplicación y ejecución de un sistema penal de corte liberal y que trasuntan o evidencian un cierto cambio o incoherencia, a nuestro juicio desproporcionada, que trae consigo la ley 20.770.

Dentro de los artículos que más problemática suscita encontramos los artículos 196 bis y 196 ter, el primero de ellos establece una serie de reglas que reemplazan a los artículos 67,68 y 68 bis, que regulan la aplicación de las penas, estableciendo una serie de consecuencias incoherentes con el ordenamiento jurídico, como por ejemplo dar una mayor pena a un autor de un delito imprudente - como el manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte- que a uno de uno doloso - como el homicidio- a través de una apreciación especial de las atenuante por parte de la ley en cuestión.

Por su lado el artículo 196 ter, establece una regla que resulta incompatible con el sistema de ejecución de penas en Chile, sobre todo en lo que concierne al establecimiento de penas sustitutivas de libertad, dicha normativa establece la obligación de suspender el establecimiento de la pena sustitutiva de libertad por el plazo de un año, donde el penado cumplirá la pena efectiva, esta normativa a nuestro juicio no tiene ninguna justificación si entendemos que el fin de la pena debe facilitar la resocialización de las personas y la reinserción en la sociedad, por consiguiente cabe preguntarse, ¿Valdrá la pena condenar a una persona a un tiempo tan limitado de prisión efectiva? a nuestro juicio la respuesta es no. Cabe destacar que Imponer esta obligación al tribunal es desconocer el valor de las penas sustitutivas de libertad y la efectividad de las medidas que estas imponen, acaso ¿No es una pena, por ejemplo la imposición de una persona de portar un brazalete que lo controle? según nuestro parecer no queda dudas que ante delitos de corto tiempo, las penas sustitutivas resultan mucho más beneficiosas. Dichas legislación que viene a intensificar la penalidad en los delitos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones graves gravísimas,

es una disposición que surge ante la crisis de los modelos económicos en respuesta a los problemas de multirreincidencia delictual, lo que llamamos en este escrito “derecho penal de la seguridad ciudadana”

Por último la ley 20.700, resulta también ser inconsistente entre sus mismas disposiciones, esto lo evidenciamos en dos problemáticas, en primer lugar la obligación de suspender la ejecución de la pena sustitutiva de libertad, solamente se aplica respecto del delito regulado en el 196 inciso tercero y no para el 196 inciso cuarto correspondiente a la figura agravada, ¿Hay alguna justificación para dicha diferenciación? a nuestro parecer no, ya que carece de razonabilidad el hecho de imponer una regla que imponga una condición gravosa a la figura simple del delito y no a la agravada, que en principio merecería más reproche. Una segunda problemática, la encontramos respecto a la regulación de la aplicación de la **pena del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves gravísimas** en conformidad al artículo 196 bis numeral 2, que prescribe que ante la concurrencia de una o más agravantes y ninguna atenuante se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo, pasando a llevar el mismo artículo 196 bis en su numeral 5 que establece la prohibición de rebasar el marco penal establecido por ley , conformando una verdadera contradicción dentro de un mismo cuerpo normativo.

En síntesis podemos concluir que La ley Emilia es una disposición que impone penas desproporcionadas, estableciendo un sistema de aplicación de pena de carácter especial que atenta contra o contradice al sistema general, vulnerando ciertas garantías a nuestro parecer sin razonabilidad o sustentación alguna, y que por consiguiente constituye a no dudar, un cambio en el régimen de aplicación y ejecución de penas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Bustos, J. Hormazábal, H. (1999): *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editoriales Trotta S.A., Madrid.

Cury, Enrique (2005): *Derecho Penal: Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Etcheberry, A. (1999). *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición ed., Vol. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Labatut, Gustavo (2005): *Derecho Penal, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Novoa Monreal, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Politoff, Sergio et alt (2010): *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Roxin, Claus (1981): *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, S.A, Madrid (Traducción de Muñoz Conde)

Vera Vega (2012): “*Algunas notas sobre el programa político - criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos políticos - criminales*”, en *Revista de derechos fundamentales Universidad Viña del mar*, Número 8, pp. 173-223

Diez Ripolles, José, (2004) “*El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*”, en: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, No. 6, pp. 6 a 21.

Defensoría Penal Pública (2014) Departamento de Estudios y Proyectos Minuta Número 15, sobre el análisis de las modificaciones introducidas por la ley número 20.770 (Ley Emilia) a la ley de tránsito y al decreto ley número 321.

### **Normas Legales:**

Código Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile (Edición 2015).

Ley N° 18.216.

Ley N° 20.770.