



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

ANÁLISIS DEL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA
INTRODUCIDO POR LA LEY 21.595 Y SU ADECUACIÓN A LA
CRIMINALIDAD ECONÓMICA.

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

Autor:

Stefano Disi Pavlic

19.891.162-3

Profesor Guía:

Miguel Schürmann

Santiago de Chile

2024

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN	4
i. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MARCO CONCEPTUAL RELEVANTE.	4
ii. CONTEXTO DE PROMULGACIÓN DE LA LEY	6
iii. RESUMEN DE LAS MATERIAS QUE REGULA LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS.....	9
CAPÍTULO I: SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE.....	13
iv. RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE LA PENA GENERAL.....	15
v. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.770 QUE MODIFICA LA LEY DEL TRÁNSITO.....	18
vi. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.931, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO REFERENTE A DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	22
vii. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.813 QUE MODIFICA LA LEY DE CONTROL DE ARMAS Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	24
viii. SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA CONTENIDO EN LA LEY 20.000 QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS.	26
ix. INADECUACIÓN DE ESTOS SISTEMAS A LA PENALIDAD ECONÓMICA	28
CAPÍTULO II: REVISIÓN DE ANTECEDENTES A NIVEL DE DERECHO COMPARADO EN CUANTO A FUNCIONAMIENTO Y REGULACIÓN DE DETERMINACIÓN DE LA PENA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.	31
x. SISTEMA DE ESTADOS UNIDOS: FEDERAL SENTENCING GUIDELINES	32
xi. SISTEMA DE REINO UNIDO Y GALES: SENTENCING GUIDELINES ELABORADAS POR EL SENTENCING COUNCIL OF ENGLAND AND WALES.....	35
CAPÍTULO III: SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 21.595.....	37
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	48

RESUMEN

El presente trabajo pretende efectuar un aporte a la comprensión de la normativa contenida en la Ley 21.595, específicamente, en relación con las normas atinentes a la determinación de la pena. Para dicho efecto, se realiza un análisis, en primer término, de los regímenes de determinación de la pena existente en Chile, en específico el régimen general y algunos contenidos en leyes especiales, con consideración de las normas contenidas en la Ley 18.216 y las modificaciones que se incluyen en estos sistemas especiales para su aplicación. En segundo lugar, analizar los sistemas que sirvieron como inspiración para la construcción del entramado normativo que supone la Ley 21.595 y finalmente proceder al análisis de la normativa propiamente contenida en esta Ley, despejando dudas y cuestionamientos en cuanto a su funcionamiento y corrección sustancial. Todo lo anterior con el fin de colaborar a la comprensión del sistema de determinación de la pena que se introduce, sus razones y sus formas. Pero también para explorar la viabilidad de la técnica legislativa utilizada en la Ley 21.595, en comparación con las demás leyes que han intentado introducir sistemas alternativos para diferentes clases de delitos, pero que no han logrado superar los frecuentes controles de constitucionalidad a los cuales han sido sometidas, especialmente en relación con las penas sustitutivas.

INTRODUCCIÓN

DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MARCO CONCEPTUAL RELEVANTE.

El presente trabajo tiene como objeto la descripción y el análisis crítico del sistema de determinación de pena introducido por la Ley 21.595. Para dicho objeto resulta esencial una delimitación general de los conceptos a los que se hace referencia, principalmente encontrándonos ante la necesidad de responder a las siguientes dos preguntas ¿Qué es la determinación de pena? Y ¿Qué normas abarca un sistema de determinación de pena? En segundo término, debemos introducir de manera general la Ley 21.595 (en adelante “LDE”) para entender a cabalidad cuál es el efecto que se busca por medio de la promulgación de dicho cuerpo normativo y así, específicamente, determinar las razones de las modificaciones relativas a la determinación de la pena introducidas en este modelo alternativo.

Preliminarmente, para responder la pregunta sobre la definición del concepto de “determinación de pena”, debemos comprender que “establecer, sin embargo, de qué reglas (o clases de reglas) se trata al estudiar estas prácticas, no es obvio porque el concepto mismo – “determinación de la pena” – se ve afectado por ambigüedades cuya solución depende de las pretensiones del estudio que se emprenda.”¹. En ese sentido, si tomáramos la definición más extensa entregada por la doctrina respecto al concepto que se intenta definir, excederíamos de sobremanera el objeto de estudio de este trabajo, tornándolo inabarcable por comprender también las normas que inciden en la determinación de la pena por medio de la fijación del marco abstracto asignado al tipo penal del cual se trata de determinar la pena, es decir, aquellas normas de la parte especial que se definen comúnmente como normas de comportamiento. En ese sentido, la extensión del concepto de determinación de pena que se tomara en este trabajo dice relación con “lo que en inglés se designa con el concepto de sentencing, esto es, el conjunto de actos institucionales que realizados al

¹ Wilenmann, J., Medina, F., Olivares, E., & del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial chilena. (Pág. 460) *Política Criminal*, 14(27), 456–490.

momento de la sentencia y asumiendo un título de punibilidad anteriormente establecido, determinan la naturaleza y extensión de la pena que en realidad va a soportar el condenado.”² Lo anterior supone entonces que el objeto de estudio –y lo que llamaremos reglas de determinación de la pena en el presente trabajo– serán aquellas normas que establecen circunstancias concretas al hecho delictivo que influyen en la determinación tanto del quantum como de la forma de cumplimiento de la pena que en concreto será aplicada. En términos del Código Penal, desde la óptica del sistema general de la determinación de la pena, estaríamos considerando las normas contenidas en los artículos 11 a 13 (circunstancias atenuantes y agravantes), artículos 62 a 73 (comúnmente conocidas como reglas de determinación legal y judicial de la pena) y las normas relativas al régimen de penas sustitutivas contenidas en la Ley 18.216. Respecto a la exclusión de las normas que regulan las relaciones concursales entre delitos, se prescinde de su análisis por considerar que estas exceden el objeto de la presente investigación al no encontrar mayores modificaciones en lo introducido por la LDE, salvo la norma especial relativa a la determinación del régimen aplicable cuando un delito económico se encuentra en una relación concursal con uno no económico, dónde se determinó que el delito económico “arrastra” a los demás delitos.

Los artículos de la LDE que se encuadran en esta definición del concepto y, por ende, que serán parte del objeto de análisis de la investigación, serán definidos luego de una introducción a la normativa que se realiza a continuación.

² Wilenmann, J., Medina, F., Olivares, E., & del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial chilena. (Pág. 462) *Política Criminal*, 14(27), 456–490.

CONTEXTO DE PROMULGACIÓN DE LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS

La regulación penal económica en Chile ha experimentado un avance vertiginoso en los últimos años, pudiendo sostener incluso que el surgimiento de iniciativas de carácter general que respondió a la necesidad de llenar ciertos vacíos normativos en el área se ha desarrollado en los últimos 13 años, desde la promulgación de la ley 20.393 que “Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica”. Este proceso ha sido ampliamente propulsado por la presión que ha surgido por parte de la opinión pública y de la doctrina, respecto al desenlace que tuvieron algunos casos que estuvieron especialmente expuestos al escrutinio público, como lo fueron los casos denominados: Penta, La Polar o los carteles del mercado del papel tissue o las farmacias³. A raíz de estos eventos surgió la inquietud en ciertos sectores de la sociedad en buscar mecanismos que implicaran la imposición de sanciones efectivas para conductas delictivas previamente sancionadas o la búsqueda de la punibilidad de conductas que previamente no estaban tipificadas. Lo anterior no quiere decir que no hayan existido problemas respecto a la penalidad económica, parte de la doctrina ha sostenido la necesidad de modernización desde tiempos anteriores, sin embargo, los casos mencionados fueron decisivos para permitir que el derecho penal económico se convirtiera en un tema necesario de abordar en la agenda pública.⁴

En este contexto, primeramente a través de la Ley 21.121 promulgada el año 2018 se crearon nuevos delitos como el cohecho y soborno entre privados, la administración desleal y la negociación incompatible para las sociedades anónimas, además de modificaciones relativas a las penas asignadas a delitos económicos y la inclusión de la pena de inhabilitación para ocupar cargos directivos en empresas que contraten con el estado o presten un servicio de utilidad pública.⁵ Estas modificaciones, si bien significaron un avance para el combate de la criminalidad económica nacional, llenando vacíos normativos preexistentes, específicamente creando tipos

³ A esto se anticipaba de manera muy acertada el profesor Héctor Hernández que el año 2005, refiriéndose a sucesos que ocurrieron a raíz de la crisis económica nacional del año 1980 señaló: “En otras palabras, frente a un nuevo escenario de crisis, la situación del derecho penal chileno en materia de administración abusiva sería la misma de hace veinte años y no sería posible reprimirla, tal como no es posible hacerlo cotidianamente en casos menos espectaculares. Como es sabido, la mayoría de los procesos penales iniciados en esa época han terminado, después de muchos años, con absolución o sobreseimiento.” Hernández. (2005) “Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile”. PERSONA Y SOCIEDAD, VOL XIX.

⁴ Winter. (2015) Panorama del derecho penal económico de Chile. Reformas Penales. DER Ediciones. Pág. 119.

⁵ Véase Ley 21.121 publicada el 20 de noviembre de 2018.

penales para abarcar conductas que anteriormente no podían ser penadas bajo la subsunción en los tipos “clásicos” del derecho penal general patrimonial, fueron juzgadas como insuficientes por parte de la doctrina, que en un esfuerzo que se prolongó durante más de tres años desde el inicio de la ideación del articulado que culminó plasmándose en la LDE, terminó con la publicación de la LDE de la cual, en parte, se ocupa este trabajo.

Con fecha 17 de agosto de 2023 se promulgó la Ley 21.595 que sistematiza los delitos económicos y medioambientales (LDE). Con esto se puso fin a lo que ha sido la tramitación de un proyecto de ley que se remonta al año 2020, habiendo sufrido varias modificaciones. El objeto principal de la LDE se basa en la adecuación del sistema de determinación y sustitución de penas a la criminalidad económica, en la reforma general al sistema de multas, consecuencias pecuniarias e inhabilitaciones como sanciones, en una reforma profunda de la responsabilidad penal de la persona jurídica y, finalmente, la introducción de ciertas modificaciones parciales al derecho penal económico sustantivo.

Sin lugar a duda el proyecto tiene una pretensión de exhaustividad que se deja entrever por la sola lectura de su título, consistiendo en una reforma sistemática del derecho penal económico chileno que, por motivos de la extensión que requiere su análisis completo, excede las pretensiones de este trabajo. En ese entendido, el objeto de esta tesis es el análisis comparativo del nuevo sistema introducido por la LDE con respecto a los demás con los que convive, la revisión de las normas de la Ley 18.216 y las modificaciones que reciben en cuanto a la aplicación de la LDE, para luego realizar un análisis de la legislación comparada sobre determinación de pena en los delitos económicos, con especial énfasis en las legislaciones de Estados Unidos y Reino Unido y Gales, para que con mayor información relevante de sus fuentes se pueda proceder finalmente a realizar un examen de la operatividad del sistema de determinación y sustitución de la pena que introduce la LDE, como también respecto a su corrección sustantiva y sistemática.

El proceso en el cual se enmarca la promulgación y publicación de esta ley es uno de contrapesos y discusiones. En primer término, encontramos la preocupación de un sector de la opinión pública y de la doctrina respecto a la necesidad de modernización y de sanción efectiva en el derecho penal económico, mientras que sectores del empresariado apoyados por parte minoritaria de la doctrina ven con recelo este proceso que califican como expansionista. En este

sentido, y tomando una postura similar a lo que se ha presentado en el derecho penal español ante la expansión de la política criminal en el ámbito económico que “preocupa también, ahora académicamente y en un cierto sentido inversamente, el que tal preocupación provoque una reacción normativa e interpretativa que debilite las asentadas garantías sustantivas y procesales”⁶, cuestión que en el panorama nacional llevó incluso a que organismos como la Confederación de la Producción y del Comercio realizara una presentación en el Tribunal Constitucional alegando la incompatibilidad de la LDE con la Constitución, particularmente con la garantía fundamental de la igualdad ante la Ley, cuestión que finalmente fue desestimada.⁷

Sin perjuicio de lo anterior, salvo algunos exponentes aislados, como los profesores Gabriel Zaliasnik y Luis Varela, quienes criticaron, entre otras cosas, la ausencia de una conceptualización estrictamente definida de lo que constituye un delito económico, más allá de la categorización realizada por la LDE⁸, en doctrina ha habido amplio consenso con respecto a la necesidad de esta normativa y a su adecuación criminológica a la delincuencia económica, cuestión que ha sido determinante para que el proyecto se convirtiera en Ley, recibiendo apoyo, por ejemplo, de parte del profesor Gonzalo Medina, que además participó activamente en la elaboración de la LDE, quien señaló, en relación a las modificaciones introducidas que: “Todo esto, para hacerse cargo de la realidad de la criminalidad penal. Algo que no resulta posible de hacer con la estructura del Código Penal actualmente vigente desde 1875. Entonces, estas modificaciones ponen -de alguna manera- al día la forma en la cual el régimen sancionatorio debería funcionar cuando se refiere a delitos económicos.”⁹

⁶ De La Mata Barranco, N. J., Gómez-Aller, J. D., Sánchez, J. A. L., & Martín, A. N. (2018). Derecho penal económico y de la empresa. Pág. 37.

⁷ Sentencia Tribunal Constitucional. Rol 14.455-23.

⁸ Zaliasnik, G., & Varela, L. (2023, 25 de septiembre) “Ley de delitos económicos: voluntarismo punitivo”. Diario Financiero. <https://www.df.cl/opinion/columnistas/ley-de-delitos-economicos-voluntarismo-punitivo>

⁹ Jurídica, E. A. (2023, 4 octubre). Gonzalo Medina: “Debido a ley contra delitos económicos, Chile se ve como un país serio para el panorama internacional”. DOE | Actualidad Jurídica. <https://actualidadjuridica.doe.cl/gonzalo-medina-debido-a-ley-contra-delitos-economicos-chile-se-ve-como-un-pais-serio-para-el-panorama-internacional/>

RESUMEN DE LAS MATERIAS QUE REGULA LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS

Para adentrarnos en el análisis de la nueva ley, debemos presentar, en primer lugar, un panorama general de lo que regula y la forma en la que lo hace. En ese sentido, corresponde dar un breve resumen de las materias reguladas en el cuerpo normativo objeto de análisis. En el Título I se señala un catálogo de delitos que mediando ciertas circunstancias serán considerados como económicos y, por tanto, se regirán por lo que determine la LDE especialmente para ellos. Los delitos económicos se dividen en 4 categorías diferenciadas. En primer lugar, aquellos delitos que serán considerados siempre como económicos en atención a su naturaleza (Artículo 1º, 1º categoría). En segundo lugar, aquellos delitos que se consideran como económicos en atención al contexto empresarial en que ellos son cometidos, específicamente si fueren realizados en ejercicio de un cargo o cuando fueren realizados en beneficio de una empresa (Artículo 2º, 2º categoría). En tercer lugar, aquellos que podríamos calificar como de sujeto calificado, dónde la ley señala que será calificado como económico la intervención punible en un delito propio de funcionario público en la medida que concurra el contexto empresarial previamente indicado (artículo 3º, 3º categoría). Finalmente, los delitos de receptación y lavado de activos, cuando el delito base a éste se encuentre contenido en alguna de las categorías anteriormente descritas, o exista un factor de conexión empresarial en la comisión de estos delitos (artículo 4º, 4º categoría). A continuación, los artículos 5, 6 y 7 de la LDE plantean respectivamente, la doble consideración de circunstancias, estableciendo que la categorización de un delito como económico no supone una valoración del factor que le otorga dicha calidad en términos del principio del *ne bis in ídem*; la inaplicabilidad de las disposiciones de la LDE para pequeñas empresas; y la aplicación del cuerpo normativo a todos los delitos que se encuentren en una relación concursal con un delito categorizado como económico.

Posteriormente, en el Título II denominado: “Penas y consecuencias adicionales a la pena aplicables a las personas responsables de delitos económicos”, que, a grandes rasgos, contiene la mayor parte de las disposiciones que interesan a este trabajo por regular la determinación de la pena aplicable a los delitos calificados de acuerdo a las reglas previstas en el Título I como delitos económicos. Estas reglas cumplen con la caracterización del concepto de determinación de pena entregado para este análisis, regulando así, en los párrafos segundo y

tercero, la determinación de las penas privativas de libertad y las penas sustitutivas de los delitos económicos respectivamente, finalizando el Título II con el párrafo 4, sobre la determinación de la pena de multa, y el 5 sobre inhabilitaciones. Luego, en su Título III, se regula una figura sumamente relevante y novedosa –pero que excede el objeto del presente análisis– que es el comiso de las ganancias, figura introducida originalmente en este cuerpo normativo, pero que se integró al ordenamiento de manera previa en la Ley de Crimen Organizado, cuya tramitación fue más expedita, por lo que la regulación contenida en este título se acota a la aplicación del comiso de los delitos económicos, no a la regulación exhaustiva de dicha institución. En el Título IV, catalogado como “Modificaciones a otros cuerpos legales”, introduce una serie de modificaciones a distintos cuerpos legales como el Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Mercado de Valores, Ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros, para efectos de llevar a cabo cambios de diversa índole, entre los que podemos mencionar la adecuación de instituciones generales como el comiso, la modificación de penas para delitos contenidos en leyes especiales y una reforma en materia de derecho penal ambiental bastante sustantiva.

Para finalizar, en el Título Final, se establecen cuestiones relativas a los efectos temporales de la ley y de algunas disposiciones específicas, pero, además, como materia a destacar para efectos del estudio de este trabajo, debemos reparar en el artículo 63 y 64 respecto a la inclusión de una atenuante por cooperación eficaz. Esta regulación dispone, en primer lugar, que cuando exista regulación de dicha circunstancia atenuante respecto del delito específico se seguirán las normas establecidas en el artículo 63 y cuando no existiere dicha regulación, se seguirán las normas establecidas en el artículo 64 que otorgan la calidad de atenuante muy calificada a la cooperación eficaz cuando esta se lleve a cabo cumpliendo con constituir un suministro de datos o información que contribuya al esclarecimiento de los hechos, permita la identificación de los responsables, que impida la perpetración de los delitos o que facilite el comiso de los productos del delito. Posteriormente, por la dictación de la Ley 21.694 que “Modifica los cuerpos legales que indica para mejorar la persecución penal en materia de reincidencia y delitos de mayor connotación social”, se derogó el artículo 64, por la introducción de una modificación del Código Procesal Penal, añadiendo los artículos 228 Bis A y siguientes, que regulan de manera exhaustiva la institución de la cooperación eficaz, estableciendo variantes simples y calificadas, y regulando los acuerdos de cooperación eficaz. En relación

específicamente a los delitos económicos, se establece que respecto de estos procede la cooperación eficaz simple, teniendo el efecto de una atenuante muy calificada, pero también podría proceder la cooperación eficaz calificada en base a un acuerdo, lo que tendría los efectos que la misma ley reconoce a este acuerdo, pudiendo culminar en el sobreseimiento definitivo o en la rebaja de hasta tres grados de la pena.

En relación al párrafo segundo, que nos interesa introducir de manera más acabada, debemos destacar que se excluye la aplicación del sistema de atenuantes y agravantes generales del Código Penal, para dar pie a la aplicación de un régimen especial de circunstancias modificatorias de responsabilidad que establece la misma ley, bajo la fórmula de atenuantes y agravantes, simples (artículo 13 y 15) y calificadas (artículo 14 y 16). La valoración y graduación de estas circunstancias modificatorias de responsabilidad de aplicación especial a delitos económicos obedece principalmente a dos criterios, en primer lugar, el grado de culpabilidad desplegado por el autor y el nivel del daño provocado por el delito.¹⁰ A continuación, en el párrafo tercero del Título II denominado: “Penas sustitutivas de los delitos económicos” se establecen las normas específicas y, nuevamente diferenciadas del régimen general, de procedencia de penas sustitutivas respecto de los delitos categorizados como económicos por la LDE, estableciendo la supletoriedad de la Ley 18.216 que: “Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad” en todo lo que no se oponga a lo establecido en este cuerpo normativo.

Habiendo realizado una relación resumida del contenido de la LDE, ahora podemos determinar cuáles normas específicas conforman el objeto de estudio de este trabajo, tomando en especial consideración lo dicho respecto de la conceptualización de la determinación de la pena y la delimitación de cuales normas son aquellas que influyen en ese proceso. Entonces, especial énfasis tendremos en el análisis de las normas contenidas en los párrafos segundo y tercero del Título II de la LDE, en adición a la nueva atenuante introducida por la Ley 21.694 de cooperación eficaz.

A continuación, se desarrollará un análisis sintetizado de los distintos sistemas de determinación de pena existentes en la regulación nacional, el contexto del surgimiento de

¹⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 169

dichos sistemas, sus principales características y los sistemas presentes en el derecho comparado, para posteriormente tenerlos como referencia cuando se analice el sistema introducido por la LDE y poder comprender a cabalidad cuál era la necesidad que la dictación de la Ley 21.595 intentó satisfacer, a través de la creación de un sistema paralelo distinto y en gran medida autosuficiente de determinación de la pena.

CAPÍTULO I: SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE

Este capítulo pretende una revisión y análisis de los sistemas de determinación de la pena presentes en la legislación nacional, como también la revisión de los argumentos y motivos por los cuales ha sido necesaria la introducción de un sistema diferente para los delitos económicos, requiriendo entonces la consecuente promulgación de la Ley 21.595. En ese sentido, resulta atinente explorar los motivos del fenómeno de la introducción de regímenes alternativos de determinación de pena para grupos más o menos acotados de delitos. Es necesario comprender que el contexto en el cual se introducen a la legislación nuevos sistemas de determinación de pena tiene dos factores principales, por un lado, el régimen general posible de ser caracterizado como extremadamente igualitario, plano y distante¹¹ en cuanto a la capacidad que tiene para otorgar una pena determinada a un delito determinado, cuyas circunstancias de comisión puedan variar lo suficiente como para entender que el disvalor de la conducta, pese a ser calificada jurídicamente de forma similar, es merecedora de un castigo más o menos severo. Por otro lado, debemos entender también la introducción de sistemas de determinación de la pena a delitos específicos como una respuesta político-criminal al aumento de la ocurrencia de cierto tipo de delitos y también una respuesta eminente política al aumento del reproche que les otorga la opinión pública a ciertos tipos de criminalidades específicas. Lo anterior se ve estrechamente relacionado con que algunos de los casos que se comentaran a continuación dieron lugar o se originaron en proyectos de ley que llevaban los nombres de víctimas de delitos, dándole una cara visible y, por tanto, más mediática a ciertos delitos. En virtud de lo antes descrito, este conjunto de normas legales viene a modificar las reglas de determinación de la pena que se aplican a un grupo de delitos determinado, modificando específicamente, los marcos abstractos de penas asignadas, las circunstancias modificatorias de responsabilidad aplicables a estos delitos, en la mayoría de los casos, incluyendo nuevas agravantes específicas, la flexibilidad del marco penal establecido, por ejemplo impidiendo que se aplique una pena inferior al marco asignado por la concurrencia de dos circunstancias atenuantes (lo que ocurre en el sistema general) y por último, poniendo limitaciones especiales a la procedencia del otorgamiento de

¹¹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 162.

penas sustitutivas, al margen de las normas establecidas en la Ley 18.216, incluso en algunos casos, excluyendo su procedencia de plano.

Las modificaciones que se analizarán a continuación han sido objeto de cuestionamientos respecto a su conformidad con la Constitución, por lo que adelantaremos que, en cuanto al establecimiento de sistemas de determinación de la pena especiales –diferentes al general–, el Tribunal Constitucional no ha tenido problemas en reconocer que su aplicabilidad no vulnera la Constitución Política de la República, desestimando así diversos recursos de inaplicabilidad que se han presentado en contra de normas de este estilo.¹² Más complejo y problemático ha sido lo relacionado a las normas que difieren respecto a la procedencia de penas sustitutivas, lo que se analiza a continuación en cada caso particular.

¹² En ese sentido, el Tribunal Constitucional se pronunció a propósito de un recurso de inaplicabilidad respecto del establecimiento de un marco penal rígido en el contexto de los delitos contenidos en la Ley 17.798 señalando: “Que, tampoco hay infracción al principio de proporcionalidad ni igualdad. Las medidas que modifican la individualización judicial de la pena tienen por objeto permitir la aplicación de las sanciones que realmente configuró el legislador, siendo idóneas a ese propósito. Esta idoneidad debe verificarse en el marco de las finalidades constitucionalmente legítimas que lo permiten, siendo el control de armas una razón constitucional habilitante para aproximar las penas potenciales a las reales” (TC, Rol N.º 7138-2019, 8 de octubre de 2019).

RÉGIMEN DE DETERMINACIÓN DE LA PENA GENERAL

Para hacer un correcto análisis y comparación respecto a los distintos sistemas de determinación de la pena, en primer término, debemos identificarlos y caracterizarlos de manera general, para luego adentrarnos en los motivos subyacentes a su existencia y finalmente comprender la necesidad de la introducción de un régimen especial para la penalidad económica.

En primer lugar, debemos analizar el régimen general de determinación de la pena, desde la óptica antes descrita respecto a lo que constituye la determinación de la pena y las normas que conforman esta materia en el capítulo introductorio de este trabajo. De manera preliminar, resulta importante para la correcta inteligencia de los capítulos que continúan, la expresión de que en materia de determinación de la pena, la doctrina distingue dos momentos de determinación de la pena, uno anterior, que corresponde a la determinación legal de la pena y uno posterior, que corresponde a lo que se denomina como la determinación judicial de la pena, en ese entendido, los sistemas de determinación de la pena se clasifican según otorgan mayor o menor autonomía o preponderancia a la labor judicial en la tarea de definir la pena que final y concretamente se impone. En ese contexto, el sistema de determinación de la pena general contenido en la legislación nacional ha sido clasificado como uno de determinación legal relativo de las penas, mediante el establecimiento de marcos penales con mínimos y máximos que solo pueden modificarse subiendo y bajando en la escala establecida por el mismo Código en relación al reconocimiento y otorgamiento de efectos determinados, también legalmente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad.¹³

En ese sentido, nos encontramos con normas que establecen una pena determinada de un grado, dos o más para un delito específico y la regulación consecuente respecto a los efectos que tienen las circunstancias atenuantes y agravantes para la determinación concreta de la pena que efectivamente se aplicará a quien sea condenado. Los artículos relevantes a este respecto son los artículos 62 y siguientes del CP que establecen que, concurriendo dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, se podrá aplicar la pena inferior en uno o dos grados (Art. 65), en el caso en el que la ley determina una pena compuesta de dos indivisibles, sin atenuantes ni agravantes, el tribunal podrá imponerla en cualquiera de sus grados, cuando

¹³ Mera. Hernández. Couso. Cillero Código Penal comentado. Pág. 535.

solo concurre una atenuante deberá aplicarla en su mínimo y concurriendo una sola agravante, se impondrá en su grado máximo y resulta especialmente relevante lo dispuesto respecto a la concurrencia de dos atenuantes y ninguna agravante, evento en el que tendrá que imponerse la pena inferior en uno o dos grados desde el mínimo de lo señalado por la ley (Art. 66). Posteriormente, se establece que cuando la ley determina una pena compuesta de un grado divisible, sin atenuantes ni agravantes, el tribunal podrá recorrer toda sus extensión, concurriendo solo una atenuante o una agravante se impondrá en su mínimo o máximo respectivamente, siendo dos o más las atenuantes y sin ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados y concurriendo dos o más agravantes y ninguna agravante, se puede aplicar la pena superior en un grado (Art. 67).

Por otra parte, resulta relevante realizar el análisis de las normas relativas a la sustitución de la pena, contenidas en la Ley 18.216. Con la entrada en vigencia de esta Ley el año 1983, se sistematizaron en la legislación penal chilena algunas instituciones que buscaban sustituir penas de presidio por modalidades de cumplimiento en libertad, cumpliéndose ciertas condiciones de procedencia y sujetándose a obligaciones posteriores, estas modalidades son lo que conocemos como penas sustitutivas. Los objetivos de estas instituciones no son simples, el análisis desde la criminología ha desembocado en una conclusión casi inequívoca de que el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad aumenta la posibilidad de reincidencia¹⁴, señalándonos claramente la inconveniencia de que todos los condenados cumplan penas efectivas, pudiendo optar por instituciones paralelas que en la mayoría de los casos se han probado más efectivas para buscar la reinserción¹⁵ de quien delinque.¹⁶ En relación al sistema actual que se establece en la Ley 18.216, debemos señalar la predominancia del otorgamiento de la posibilidad de optar a una pena sustitutiva para aquellas personas que no cuentan con antecedentes penales o cuyos antecedentes penales se encuentran prescritos para efectos de esta ley, lo que ocurre cuando han

¹⁴ Fundación Paz Ciudadana. (2012). Informe: “La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno.” Pág. 173. En dicho informe se analizan datos comparativamente en relación con la reincidencia de condenados que cumplen en sistemas cerrados y aquellos que cumplen en sistemas abiertos, lo que evidenció un porcentaje del % 50.7 de reincidencia de aquellos que cumplieron pena efectiva en un período de 36 meses, versus un 27,7% de reincidencia en aquellos que fueron condenados a una modalidad de cumplimiento en libertad.

¹⁵ Reinserción o resocialización en el sentido utilizado en “(Roxin) Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito” Pág. 86.

¹⁶ El mismo informe (nota 14) en su análisis desagregado por clasificaciones de delitos, nos entrega datos de reincidencia por tipo de delito, arrojando, por ejemplo, que los delitos contra la propiedad son aquellos que presentan mayor nivel de reincidencia en condenados a penas en libertad, por lo que podría cuestionarse su eficacia en cuanto a mecanismo de reinserción comparativamente, por ejemplo, con los delitos contra las personas.

transcurrido 5 o 10 años desde la condena, dependiendo de si fue un simple delito o un crimen. Las penas sustitutivas que contempla esta ley son, la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión del territorio de la nación y prestación de servicios en beneficio de la comunidad. A su vez, la misma ley dispone distintos requisitos en cuanto a la pena asignada al delito cometido, pero a grandes rasgos podemos señalar que una persona que sea condenada a un delito con una pena superior a los 5 años no va a poder optar a una pena sustitutiva, como tampoco lo podrá hacer aquella persona que sea condenada a una pena inferior a 3 años y haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito por un tiempo superior a 2 años (una o más condenas). Sin perjuicio de lo anterior, esta descripción es aplicable a delitos comunes, existiendo una numerosa cantidad de excepciones o reglas especiales como hemos podido constatar respecto a las leyes 17.798, 20.000 y 18.290¹⁷

Dicho sistema, que originalmente era aplicable para la totalidad de los delitos sin distinción o al menos sin el planteamiento de sistemas autónomos si no pequeñas modificaciones introducidas por normas particulares, se ha estimado como insuficiente con respecto a ciertos delitos específicos o ciertas categorías de delitos que afectan bienes jurídicos que a consideración del legislador requieren de un sistema de determinación de penas autónomo. Los casos que se analizarán a continuación son particularmente el sistema de determinación de la pena introducido por la 20.770, conocida popularmente como “Ley Emilia” para los delitos de manejo en estado de ebriedad, el sistema de determinación de la pena que se aplica específicamente en los delitos contra la propiedad establecido en los artículos 449 y siguientes del Código Penal, el sistema de determinación de la pena introducido por la Ley 20.813 que modificó la Ley 17.798 sobre control de armas y, finalmente, el sistema de determinación de la pena contenido en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

¹⁷ Con la salvedad de que algunas de estas excepciones, como se analiza en el presente trabajo, han sido declaradas inaplicables por el Tribunal Constitucional.

SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.770 QUE MODIFICA LA LEY DEL TRÁNSITO

En lo referente al primer régimen especial motivo de análisis en este trabajo, debemos comenzar por un análisis del fenómeno social y jurídico que explica la dictación de la ley 20.770 para poder comprender el proceso por el cual se llegó a la conclusión de la necesidad de la inclusión de un sistema de determinación de la pena alternativo para los delitos de conducción en estado de ebriedad y más específicamente cuando estos produjeran un accidente con resultado de muerte o de lesiones graves. La promulgación de la llamada Ley Emilia fue el 15 de septiembre del año 2014, precedida por otro cuerpo normativo que redefinió las cantidades que se requerían para determinar la conducción en estado de ebriedad y bajo la influencia del alcohol como también las penas pecuniarias y de suspensión de licencias, Ley 20.580 que fue denominada a su vez como “Ley de Tolerancia Cero”, se estimó que dichas modificaciones eran insuficientes especialmente en consideración de las cifras de muertos producto de conducciones en estado de ebriedad y haciendo énfasis en “la sensación de impunidad ante este tipo de delito, ya que la baja extensión de la pena y la existencia de penas sustitutivas finalmente llevan a que los autores de este delito cumplan las penas en libertad. Así ocurrió con el responsable de la muerte de la pequeña Emilia quien, a pesar de la gravedad del delito, fue condenado a dos años de pena remitida, cumpliendo dicha condena en libertad”¹⁸. Su dictación también se basó, tal como lo indica su nombre, en varios casos mediáticos que tuvieron el rol de “darle cara” al fenómeno de la producción de la muerte por conducción en estado de ebriedad como lo son los casos de Emilia Silva, caso que dio la denominación popular a la Ley 20.770, el caso de Ruth Campos y de Daniela Tirado, todas víctimas de conductores en estado de ebriedad.

La Ley 20.770 tuvo como objeto la agravación de las penas de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas o de muerte, algunos endurecimientos procesales respecto al juzgamiento de estos delitos, como por ejemplo la modificación del artículo 149 del Código Procesal Penal para efectos de incluir este delito como uno en el que el Ministerio Público tendría la facultad de apelar verbalmente respecto de la resolución que niega

¹⁸ Mensaje de la ley 20.770 (2014, 28 de mayo).

la prisión preventiva, manteniéndose el imputado bajo dicha medida cautelar hasta que se resolviera por la Corte de Apelaciones competente.

Por otro lado se realizaron tres modificaciones que resultan interesantes para efectos del presente análisis, en primer lugar, la modificación del artículo 196 inciso cuarto de la Ley de Tránsito, que determina que bajo ciertas circunstancias correspondería directamente la aplicación del máximo determinado para el delito en el inciso tercero (presidio mayor en su grado mínimo) cuando concurrieran algunas circunstancias enlistadas, que son, huir del lugar y no prestar ayuda a la víctima, reincidencia específica o cuando el delito haya sido realizado por un conductor cuya profesión u oficio consistiera en el transporte de personas y este haya actuado en el ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, la inclusión del artículo 196 bis en la Ley de Tránsito, que excluye la aplicación de los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal respecto de los delitos de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas o muerte estableciendo en su reemplazo reglas especiales que señalan: sin atenuantes ni agravantes se puede recorrer toda la extensión de la pena en su determinación, en relación al delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte con una o más atenuantes y sin agravantes, la pena que impondrá el tribunal será de presidio menor en su grado mínimo (mínimum del marco abstracto) y si hay una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, se impondrá presidio mayor en su grado mínimo (máximo del marco abstracto), en el caso del inciso cuarto, es decir, cuando nos encontramos ante una hipótesis calificada por la modificación antes mencionada del artículo 196 inciso cuarto, si concurre una o más atenuantes y ninguna agravante, se impondrá la pena en su mínimo si concurre una o más agravantes y ninguna atenuante, se impondrá en su máximo, determinando dichos tramos dividiendo por la mitad la duración total de la pena. Posteriormente se determina la compensación racional cuando coexisten circunstancias atenuantes y agravantes. Y, finalmente, se determina que el tribunal no podrá imponer una pena mayor o menor al marco fijado por la ley salvo en el caso de la eximente de número 11 del artículo 10 del Código Penal, en cuyo caso concurren la mayor parte de sus requisitos, pero no se configure por completo, pudiendo imponerse una pena inferior en un grado.

Y, en tercer lugar, la inclusión del artículo 196 ter a la Ley del Tránsito, que introdujo una norma novedosa de aplicación restrictiva de la Ley 18.216 de penas sustitutivas para el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte, disponiendo que su aplicación, cuando fuere concurrente, sería suspendida por el término de un año, por lo que quien fuere condenado por estos delitos, tendría que cumplir efectivamente un año de presidio, aun cuando se le impusiere una pena sustitutiva, rigiendo esta última para el resto del período.

La dictación de esta Ley y las modificaciones que introdujo a la determinación de la pena en relación a los delitos de conducción en estado de ebriedad, no fue un tema pacífico en la doctrina, como tampoco en el ámbito de la práctica judicial, siendo objeto de múltiples debates constitucionales con ocasión de recursos de inaplicabilidad constitucional, particularmente en relación a esta última modificación mencionada que restringe o suspende la aplicación de las penas sustitutivas por el período de un año. Es más, según datos recabados por el Observatorio Judicial, los ingresos de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional durante el período 2010 a 2016 fueron un promedio de 246, para aumentar desde el año 2017 al 2019 en 1457 ingresos en promedio, lo que calza temporalmente con la dictación de la Ley Emilia y la modificación de la Ley de Control de Armas introducida por la Ley 20.813 (que posteriormente será analizada)¹⁹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha tendido a fallar a favor de los recursos de inaplicabilidad por la norma del artículo 196 ter de la Ley del Tránsito, declarándola inaplicable razonando de la siguiente forma: “la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley N.º 18.290, por cuanto, no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión), lo cual implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos (...) Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad...”²⁰. Como podemos apreciar de la lectura de este extracto, el Tribunal Constitucional

¹⁹ Observatorio Judicial. (2020, 22 de mayo) Informe N°26: Tribunal Constitucional, Ley Emilia y Control de Armas.

²⁰ *TC, Rol N.º 7233-2019, 24 de octubre de 2019.*

ha considerado que la suspensión de la pena sustitutiva es contraria al principio de igualdad y consecuentemente inconstitucional, postura mayoritariamente apoyada en doctrina dónde se menciona por ejemplo que: “... sin embargo, que en este punto el Tribunal Constitucional lleva la razón. Y por dos motivos de principio. Si la igualdad proporcional exige dar a cada uno lo suyo, es función del juez y no de la ley sopesar en concreto las penas para aplicarlas de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Lo que incluye, por lógica del sistema, la pena sustitutiva. En este punto, es sin duda un exceso que la ley la excluya en abstracto”²¹. Por otro lado, también se destaca que la decisión del Tribunal Constitucional en este tema va en contra de la tendencia jurisprudencial y legislativa respecto a las penas sustitutivas señalando: “La resolución del Tribunal Constitucional que se comenta manifiesta una decisión contra corriente que rescata la naturaleza de las penas sustitutivas frente al peligro de extinción por crecientes tendencias punitivas”²².

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos con un sistema especial de determinación de pena que, como se mencionó, busca una aplicación estricta y más severa del sistema general de determinación de pena, dónde la opinión pública y el revuelo causado por los casos mediáticos tuvo un rol no solamente de protagonismo en cuanto al proyecto de ley y posterior promulgación de la Ley Emilia, si no que en realidad podemos sostener que dicho juicio público y demostración de desaprobación por parte de la sociedad fue el motivo por el cual se sustentó la imposición de este sistema alternativo, cuestión que a juicio personal, parece insuficiente, por si sola, para dar pie a un sistema de determinación de la pena más gravoso que el general y que en gran medida fue dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional, dejando sin aplicación la regla de la suspensión de la pena sustitutiva contenida en el artículo 196 ter de la Ley de Tránsito.²³

²¹ Alvear, J. (2017, 23 de junio) Opinión: “El Tribunal Constitucional y la “Ley Emilia”” El Mercurio.

²² Vargas, T. (2016, enero) Sentencias destacadas: “Freno al declive de las penas sustitutivas y otros riesgos asociados a una legislación efectista”.

²³ Véase TC, ROL N°11.753-2021, 26 de abril del 2022.

SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.931, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL EN LO REFERENTE A DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Pasando a analizar el segundo régimen alternativo de determinación de pena objeto de este trabajo, debemos remontarnos a la dictación de la Ley N°20.931 del año 2016, titulada como “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos” que introdujo una serie de modificaciones a la normativa penal y procesal penal que tenía como objeto “propender a una congruencia estricta entre marco legal abstracto y pena impuesta a través de la contención de los efectos generales de las circunstancias modificativas de responsabilidad.”²⁴, lo que resulta concordante con lo señalado en el mensaje de la presentación del proyecto de ley, que dice “El aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen necesario combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio, recogiendo los avances de la investigación empírica en la materia y las propuestas de mejoramiento para afrontar dicho fenómeno, recabados desde la instalación de la Reforma Procesal Penal por las diferentes comisiones de expertos, instituciones y académicos que han evaluado su funcionamiento”²⁵. En definitiva, lo que se buscó a través de la dictación de esta ley, tal y como señala la doctrina y el mismo mensaje de la ley, es la limitación de los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, para propender a un sistema más estricto y severo de determinación de la pena cuando se trate de delitos en contra de la propiedad. Lo que nos incumbe especialmente respecto al contenido de esta ley es el artículo 1 N° 3, que agrega al Código Penal los artículos 449 y 449 bis, estipulando que para la determinación de la pena aparejada a los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis (contra la propiedad) no se tomará en consideración lo establecido en los artículos 65 a 69 (régimen general de determinación de la pena), sino que se aplicarán las reglas especiales que se enumeran

²⁴ Besio Hernández, Martín. (2023). Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno. *Política criminal*, 18(35), 187-213.

²⁵ Mensaje de la Ley 20.931. (23 de enero de 2015).

a continuación en el mismo artículo. En primer lugar, se determina que las circunstancias atenuantes y agravantes de la comisión del delito no van a tener el efecto bajar o aumentar el grado de la pena aplicable, sino que solamente el de la determinación de la cuantía de la pena dentro del grado asignado en abstracto, conjuntamente con la extensión del mal causado y en segundo lugar, se determina que en casos de reincidencia genérica (de la misma especie) o en caso de haber sido condenado a un delito con igual o mayor pena, se excluirá el grado más bajo o el mínimo si la pena está compuesta por un solo grado. Estas modificaciones no pueden ser analizadas de manera independiente a las que fueron introducidas por la misma ley al procedimiento abreviado, ampliando el marco de aplicación de dicho procedimiento en los delitos comprendidos en el párrafo 1 a 4 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, hasta aquellos que tuvieran una pena asignada no superior a 10 años y otorgándole la posibilidad al Ministerio Público de rebajar la pena en un grado por la aceptación de los hechos por parte del imputado. Lo que podemos reconocer en estas modificaciones es la búsqueda de condenas más severas a quienes cometieran delitos de apropiación contra la propiedad y, a su vez, la búsqueda de un aumento en la cantidad de condenas, debido a que un imputado que se encuentre en el escenario de enfrentar un juicio oral, sería mucho más propenso a aceptar la aplicación de un procedimiento abreviado, aceptando su participación en los hechos, y conllevando en la mayoría de los casos a una futura condena, si es que esta aceptación implicaba la posibilidad de una rebaja en el grado de la pena asignada y subsecuentemente, la posibilidad de optar a una pena sustitutiva que de otro modo no podría obtener.

SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 20.813 QUE MODIFICA LA LEY DE CONTROL DE ARMAS Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Con la entrada en vigencia de la Ley 20.813, promulgada con fecha 31 de enero de 2015, se introdujeron ciertas modificaciones a la Ley 17.798 de control de armas, al Código Procesal Penal y a la Ley 18.216, contemplando un modelo especial de determinación de la pena para los delitos contenidos en la Ley de Control de Armas y restringiendo la aplicación de penas sustitutivas para dichos delitos o para aquellos que hayan sido cometidos con uso de armas sujetas al control de la misma Ley. Esto en concordancia con lo señalado en el mensaje de la presentación del proyecto de ley, que tomo como antecedente fundante el acuerdo político legislativo firmado por distintas autoridades de gobierno y de partidos políticos en miras a buscar dos fines específicos “El primero de ellos, dice relación con el perfeccionamiento de las medidas cautelares, de modo que se incorpore la prohibición de tener, poseer o portar armas de fuego. El segundo, implica establecer penas graves a quien provea de armas a menores de edad”²⁶. Ambos fines que, luego de un largo periodo de discusión, desembocó en la Ley que se analiza en el presente apartado, excediendo de sobremanera los fines inicialmente sostenidos en el mensaje del proyecto de Ley.

Las modificaciones específicas que se analizan a continuación no son novedosas en el sentido de ceñirse a lo que hemos estado analizando anteriormente en relación a otros cuerpos normativos, esto es, las normas que influyen en la determinación de la pena en los términos estipulados para comprender ese concepto con anterioridad en este trabajo. En ese sentido, son dos las normas que se deben analizar. En primer lugar, el artículo 21 de la Ley 20.813 que introduce el artículo 17 B a la Ley 17.798, el cual determina en su inciso segundo que las disposiciones relativas a la determinación de la pena del Código Penal, es decir, los artículos 65 a 69, no serán aplicables a la Ley de control de armas. En su lugar establece un marco penal rígido, por lo que no existe la posibilidad de subir o bajar de grado en atención a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que se presenten en el caso concreto, salvo cuando específicamente la ley disponga dicho efecto a cierta circunstancia, como en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal. Por otro lado, en relación con la aplicación de penas

²⁶ Mensaje Ley 20.831(2008, 13 de noviembre)

sustitutivas, la Ley 20.813 en su artículo 4° introdujo una modificación del artículo 1° de la Ley 18.216, excluyendo la posibilidad de sustituir la pena cuando fuere impuesta por la comisión de alguno de los delitos contemplados en los artículos 8°, 9°, 10°, 13, 14 y 14 D, o cuando se cometa un delito o cuasidelito con empleo de algún arma o artefacto regulado en las letras a, b, c, d y e del artículo 2° y artículo 3°, todos de la Ley 17.798. Resulta sumamente relevante también hacer notar que esta norma ha sido objeto de múltiples recursos de inaplicabilidad, resultando en su mayoría acogidos por parte del Tribunal Constitucional, el que ha señalado, por ejemplo, que “... de acuerdo a lo expuesto, la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tienen la pena. En efecto, se recuerda que históricamente los sistemas de prisión no han sido capaces de lograr la rehabilitación de las personas sujetas a régimen carcelario. Las penas sustitutivas en cambio constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública”²⁷

De las modificaciones mencionadas podemos denotar que el fin con el que se introdujeron estas fue más que nada el endurecimiento de las normas de determinación de la pena específicamente, otorgando menos valor a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, como así también, el endurecimiento de la forma de cumplir las penas relacionadas a delitos de armas. Al igual que la modificación de los delitos contra la propiedad y la ley Emilia, la introducción de esta norma obedece motivos vinculados a cuestiones prácticas y políticas, específicamente, crisis reales y mediáticas respecto al aumento de delitos de este índole, cuestión que puede apreciarse de la lectura de los mensajes legislativos de las leyes en cuestión.

²⁷ TC, Rol N° 7138-2019, 8 de octubre de 2019

SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA CONTENIDO EN LA LEY 20.000 QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS.

La Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas promulgada el 2 de febrero del año 2005, vino a sustituir la Ley N° 19.366 por diversos motivos que pueden ser individualizados haciendo una lectura superficial del mensaje del proyecto de Ley. Entre ellos podemos destacar la necesidad de una legislación que se adecuara a la venidera reforma procesal penal, estableciendo las medidas de persecución necesarias para asegurar que la labor del Ministerio Público fuera eficiente respecto de este tipo de delitos en específico. Por otra parte, uno de los motivos que más nos interesa analizar en este trabajo es el que dice relación con la flexibilidad que se requería en términos penológicos, en palabras del mensaje de la Ley 20.000: "En resumen, se enfatizó el hecho de que la escala de penas que contempla la ley, que va de cinco años y un día a quince años, es muy rigurosa e inflexible, ya que no da al juez la posibilidad de aplicar una sanción menor atendiendo a las circunstancias del delito y a la cantidad de droga decomisada. Se hizo hincapié en el hecho de que no debe ser sólo la droga decomisada la que condicione la rebaja de las penas. Estas razones hacen que los jueces estimen que la ley debiera contemplar un mecanismo para los efectos de ampliar la escala de penas para estos delitos, aun cuando se consideren requisitos adicionales.". Lo anterior se tradujo en la diferenciación del tráfico de drogas y del tráfico en pequeñas cantidades, delitos que llevan aparejadas penas diferenciadas.

Adicionalmente, uno de los reparos que motivó la presentación de este proyecto de ley fue el acuerdo transversal en que, en conjunto con lo destacado recién, lo problemático que resultaba para la práctica judicial la norma que excluía la procedencia de medidas alternativas para quienes fueran condenados por delitos regulados por la Ley 19.366, entendiéndola como demasiado rigurosa. En ese sentido se afirmó que "[s]obre la base de que todo delito debe ser castigado y que debe aplicarse una pena justa, la mayoría estima que debiera buscarse un sistema que permita al juez aplicar penas menores en situaciones que lo justifiquen, según los antecedentes del hechor y del ilícito. La mayoría considera conveniente derogar la norma especial de la ley 19.366 que impide otorgar a los condenados medidas alternativas a las penas

privativas de libertad"²⁸. Esta opinión, más o menos transversal como se señala en el mismo mensaje, resultó en el reemplazo de esta norma, plasmándose en el artículo 62 de la Ley 20.000 mediante la exclusión de aplicación de los beneficios de la Ley 18.216, ya no a todos quienes fueran condenados por un delito cometido en el marco de aplicación de la Ley 20.000, si no para aquellas personas condenadas por un delito regulado bajo dicha ley cuando la persona haya sido condenada anteriormente por crimen o simple delito contemplado en el mismo cuerpo normativo, estableciendo una sola excepción que sería el caso del condenado que se le reconozca la atenuante especial contenida en el artículo 22, conocida como la cooperación eficaz.

En resumen, de lo que se ha descrito en relación al sistema de determinación de la pena contenido en la Ley 20.000, podemos apreciar que se introducen ciertas modificaciones al sistema general, sin perjuicio de que en lo general se rige por las mismas normas. Se establecen algunas circunstancias modificatorias de responsabilidad especiales para los delitos contemplados en esta ley, se otorgan ciertos efectos adicionales a algunas de estas circunstancias, como es el caso de la cooperación eficaz, pero la diferencia más interesante desde el punto de vista de lo que interesa a este trabajo, es la norma mencionada en el artículo 62, que excluye la aplicación de las penas sustitutivas a los condenados previamente por delitos de la Ley 20.000, cuestión contraria a las tendencias legislativas actuales, sobre todo en comparación a lo establecido en su predecesora, que derechamente las declaraba improcedentes.²⁹

²⁸ Mensaje Ley 20.000. (1999, 02 de diciembre)

²⁹ Ley 19.366. Artículo 40.- No procederán las medidas alternativas de reclusión nocturna y libertad vigilada contempladas en los artículos 8° y 15 de la ley N° 18.216 respecto de condenados por delitos previstos en esta ley, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 33.

INADECUACIÓN DE ESTOS SISTEMAS A LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

Luego de caracterizar el sistema general de determinación de la pena, como algunos sistemas paralelos introducidos por leyes especiales, lo relevante en este apartado es evaluar su inadecuación a la criminalidad económica, para luego poder comprender la necesidad y las características especiales que contiene el sistema introducido por la LDE.

No se puede dar inicio a este análisis sin volver sobre la historia de la Ley 21.595 y lo dicho en la Moción Parlamentaria del 21 de enero del 2020³⁰, que detalló los motivos por los que el sistema general de determinación de la pena debía ser considerado inadecuado para los delitos económicos, resumiéndolos en tres puntos centrales. En primer lugar, su falta de aplicabilidad en cuanto factores de determinación de la pena de los delitos económicos, por ser circunstancias propias de delitos comunes o violentos y no de los delitos económicos, como también su falta de sensibilidad respecto a la entidad de un delito económico, por lo mismo recién sostenido, la naturaleza de dichas circunstancias estaba enfocada y era sensible a factores relevantes en delitos no económicos, como por ejemplo la comisión de un delito haciendo uso de armas (Art. 12 N°20) o el haber sido condenado anteriormente por delitos de la misma especie (Art. 12 N°16), cuestiones que tomando en cuenta la naturaleza tanto de los delitos económicos como de quienes los cometen, no son circunstancias que se aprecien con recurrencia en dicho tipo de delitos. En segundo lugar, la consideración del papel central que juega la reincidencia en la determinación de la pena pierde sentido en los delitos económicos, toda vez que, como se ha dicho por la naturaleza de la delincuencia económica, la reincidencia es básicamente nula en este tipo de delitos, llevando a la inexistencia de las penas efectivas en este ámbito, pudiendo siempre optar por penas sustitutivas. Finalmente, el tercer motivo de inadecuación mencionado en la Moción Parlamentaria dice relación con la Ley 18.216 y su falta de adecuación a la criminalidad económica, específicamente se hace énfasis en el sinsentido que supone aplicar la pena sustitutiva de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva a sujetos que cometen un delito estando insertos e incluso jugando roles de relevancia en la economía ordinaria. De igual forma

³⁰ Moción Parlamentaria presentada el 21 de enero del año 2020 por los diputados Gabriel Silber Romo, Ricardo Celis Araya, Boris Barrera Moreno, Pablo Vidal Rojas, Luciano Cruz-Coke Carvallo, Marcelo Schilling Rodríguez, Paulina Núñez Urrutia, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Gabriel Ascencio Mansilla, Marcelo Díaz Díaz, Marcela Hernando Pérez, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Matías Walker Prieto y Natalia Castillo Muñoz en el Primer Trámite Constitucional.

se crítica la remisión condicional, por ser poco efectiva respecto a la delincuencia económica en cuanto ambas penas sustitutivas tienen un rol mayoritariamente de reinserción o de control frente a la posibilidad de reincidencia, en circunstancias de que se entiende que la pena jugaría un rol sancionatorio y no de control social. Lo anterior, más allá de constituirse como un tema estrechamente vinculado con la discusión ética sobre la justificación de la pena estatal, se funda también en una cuestión de hecho, relativa, nuevamente, a la falta de reincidencia en el perfil del delincuente penal económico.

En ese sentido, resulta atingente plantearse la pregunta sobre la necesidad de un sistema de penas sustitutivas diferenciado en el ámbito de la delincuencia económica, cuáles son los motivos que justificarían el establecimiento de un sistema aparte y cuál es la forma adecuada de abordar la diferencia entre delitos comunes y delitos económicos, en cuanto a penas sustitutivas y requisitos de estas. Se torna necesario resaltar ciertas limitaciones del sistema penal general en cuanto a su aplicación a la delincuencia económica, en ese sentido: “Los delitos económicos, especialmente cuando tienen componentes empresariales, generan pocos ingresos de causas al sistema judicial, requieren muchos recursos para la producción de cada resultado condenatorio- y con ello tienen un riesgo especialmente alto de despilfarro de recursos cuando los casos son mal seleccionados-, y, frente a los condenados por delitos comunes, son perpetrados por personas de alto estatus y con recursos. Esto no es el resultado(necesario) de convivencia entre agentes estatales y empresariales, sino que responde más bien a la estructura de los delitos económicos: ellos son cometidos en ambientes cerrados; el tipo de actos que los constituyen no es inmediatamente perceptible como violento y su reconstrucción depende del acceso a información que se mantiene cerrada. Las oportunidades de sanción son pocas. Las oportunidades de reincidencia (detectada) también son bajas.

Lo anterior hace que el interés institucional en la producción de penas sea distinto en un ámbito y en otro. En materia penal general, se discute sobre la orientación principalmente retributiva o preventiva del derecho penal. En los hechos, sin embargo, es evidente que el derecho penal funciona como un sistema de control de personas y que su efecto central es de neutralización (durante el tiempo de estadía en la cárcel o en menor medida, de supervisión en la comunidad). Este es especialmente el caso de América Latina, donde sus prácticas carcelarias

son ante todo de separación del resto de la sociedad por un tiempo, sin otras pretensiones reales ulteriores.”³¹

Si nos adentramos a lo que dispone la Ley 21.595 en relación con este tema, en el párrafo tercero, artículos 19 y siguientes, se dispone que la aplicación de la Ley 18.216 será solamente supletoria respecto a lo que no esté regulado en la propia LDE, siempre y cuando no se oponga a ella. Posteriormente, se limitan las penas sustitutivas aplicables a los delitos económicos, contemplando solamente la remisión condicional, la reclusión parcial domiciliaria y la reclusión parcial en establecimiento especial. A continuación, la LDE define las condiciones copulativas para que sea procedente la aplicación de cada una de las penas sustitutivas antes mencionadas, determinando requisitos diversos a los establecidos en la Ley 18.216. En el caso de la remisión condicional, se requiere copulativamente que la condena no exceda de tres años y que el penado se encuentre beneficiado por una atenuante muy calificada (artículo 14), que el penado no haya sido condenado por crimen o simple delito anteriormente (no se consideran las penas cumplidas hace 10 o 5 años) y se hace la salvedad respecto al primer requisito, de que se entiende como concurrente la atenuante 2° del artículo 14 (cuando la cuantía sea considerada de bagatela) aunque esta no tenga incidencia en la determinación de la pena por ser una circunstancia inherente al delito.

³¹ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág.18.

CAPÍTULO II: REVISIÓN DE ANTECEDENTES A NIVEL DE DERECHO COMPARADO EN CUANTO A FUNCIONAMIENTO Y REGULACIÓN DE DETERMINACIÓN DE LA PENA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Para llevar a cabo un correcto análisis de la nueva legislación penal económica nacional y, a su vez, de los aspectos que dicen relación con la determinación de la pena en este tipo de delitos, resulta indispensable explorar cómo otros países y sus legislaciones tratan estos temas. A continuación, se realizará un análisis de algunas de las legislaciones más avanzadas, señalando aspectos claves, para luego comparar y constatar como ellas han servido de inspiración a la Ley 21.595.

A este respecto, resulta obligatoria la revisión de los sistemas de determinación de pena y el tratamiento dado a la criminalidad económica por parte de los sistemas legales de Estados Unidos y Reino Unido y Gales, principalmente por dos factores relevantes, en primer término, son países de reconocido desarrollo e investigación respecto a la determinación de la pena o “sentencing” en general y, por otro lado, porque también lo anterior supuso que fueran modelos para el desarrollo de la LDE. Resulta llamativo el hecho de que ambos sistemas de “sentencing” que se mencionan son de países con tradición legal anglosajona y, por tanto, que cuentan con un funcionamiento radicalmente distinto al sistema legal chileno. Es por lo mismo, que los cuerpos normativos objeto de análisis no son concretamente leyes, sino instructivos o “guidelines” elaboradas por órganos públicos para unificar o al menos homogenizar criterios.

SISTEMA DE ESTADOS UNIDOS: FEDERAL SENTENCING GUIDELINES

Para la comprensión del problema del “sentencing” y su desarrollo en Estados Unidos, resulta especialmente ilustrativo tener a la vista los resultados del trabajo publicado en la revista “American Criminal Law Review”, titulado “Sentencing the White Collar Crime Offender” dónde se entrevistó a 51 jueces federales respecto a criterios que utilizaban a la hora de determinar la pena en los casos que les había tocado juzgar, para efectos de dilucidar cuales eran los factores de mayor relevancia a la hora de determinar la pena en los delitos de “cuello y corbata”. En ese contexto, uno de los entrevistados se refirió al problema de la complejidad de este fenómeno señalando:

“El problema es la tensión entre el uso de una pena privativa de libertad por sus efectos preventivos, y la inclinación de no usarlas por ser excesivas en consideración de la falta de antecedentes penales del imputado. Desde el punto de vista individual, hay buenos argumentos en contra de la pena privativa; desde el punto de vista societario, hay buenos argumentos a favor de la pena privativa. Esa tensión es más pronunciada en los casos de imputados por delitos de cuello y corbata, que por regla general, a mi juicio, no tienen antecedentes penales, por lo que sus circunstancias personales están a su favor, pero cometen un tipo de delito que a mi manera de entender, es de aquellos que se previenen por la imposición de una pena privativa de libertad, en todo caso, en mayor medida que en delitos de otra naturaleza, dónde no creo que exista mucha prevención por la imposición de una pena privativa de libertad. Por lo tanto, por un lado, el efecto preventivo está en su “peak”, por el otro, las circunstancias personales son bastante favorables, por lo que la tensión entre ambas posibilidades es bastante aguda.”³²

Dicho esto y teniéndolo en consideración como antecedente para comprender la aproximación de los jueces y en general de los operadores del sistema a este problema, debemos caracterizar el sistema establecido en el derecho de Estados Unidos, dónde se establecen guías

³² Mann. Wheeler. Sarat. (1979). “Sentencing the White-Collar Offender”. American Criminal Law Review. Vol. 17.

de condenas federales o “guidelines” por medio de un organismo federal llamado United States Sentencing Commission (USSC), creado por la Sentencing Act de 1984, con el objetivo de instaurar un sistema de determinación de penas más justo y transparente, a las vez que le entrega directrices y herramientas a los jueces para la determinación de la condena que van a imponer. En términos orgánicos, es relevante destacar que el USSC es un órgano federal autónomo, que está compuesto por siete miembros, nombrados por el Presidente y confirmados por el Senado, que cumplen un período de 6 años en el cargo y que tienen como principal tarea la elaboración de las Guías de Condenas Federales que, fundándose en factores como la gravedad del delito, los antecedentes penales del imputado y el tipo de delito, pretenden ser una ayuda y un respaldo para los jueces federales en su tarea de individualizar la pena que se impone a un condenado. Se debe resaltar el hecho de que estas pautas tienen como intención modelar la práctica judicial, empujándola en direcciones que se estiman convenientes desde el punto de vista político criminal, más allá de reflejar la práctica ya asentada.³³

Ahora bien, debemos caracterizar de manera más concreta lo que dice relación con las pautas vinculadas a los delitos económicos. Si consultamos el Manual de Estados Unidos para la Determinación de la Condena, en su Capítulo 2, titulado: “Delitos Económicos Básicos”³⁴ en su apartado §2B1.1. que se refiere entre otros a los delitos de “Robo y hurto, Malversación, Receptación, Daños y Delitos de Fraude”, conjunto diverso en cuanto a la clasificación de delitos que la LDE regula, pero que enumera una serie de criterios que se deben tener en cuenta para la determinación del nivel de ofensa asociado al delito que se estaría evaluando y, a su vez, a la pena posible asignada a dichos injustos. En relación a los delitos que para nuestra legislación son considerados como delitos económicos, sin perjuicio de que pueden ser diversos en razón del sistema de categorías establecido en la LDE, las pautas que están establecidas en esta herramienta dicen relación principalmente con factores como el monto del perjuicio provocado, número de víctimas del delito y producción de una dificultad financiera significativa a la víctima, cuestiones que dicen relación con el daño provocado por la comisión del delito, lo que

³³ Roberts. (2019) The Evolution of Sentencing Guidelines: Comparing Minnesota and England and Wales. Pág. 8.

³⁴ Guidelines Manual Annotated (Effective November 1, 2023).

ha supuesto una dificultad en relación a su determinación. Estos son principalmente los factores de graduación de la pena que se han establecido para delitos económicos en Estados Unidos.³⁵

Sin perjuicio de lo anterior, el sistema de determinación de la pena estadounidense se distingue de lo que pretende instaurar la LDE por reconocer mayor relevancia al factor de los antecedentes penales del imputado, cuestión de la cual la LDE toma distancia, especialmente respecto a la individualización de la pena concreta, sin perjuicio de que para efectos de la procedencia de una pena sustitutiva si tiene una importancia fundante.

³⁵ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 168.

SISTEMA DE REINO UNIDO Y GALES: SENTENCING GUIDELINES ELABORADAS POR EL SENTENCING COUNCIL OF ENGLAND AND WALES

En cuanto a la regulación de la determinación de la pena de Reino Unido y Gales, debemos comenzar por mencionar que el órgano encargado de su confección, el Sentencing Council of England and Wales (SCEW), fue creado en su forma actual el año 2009 a través de la dictación del “Coroners and Justice Act”, que estableció un sistema de sentencing regulado de forma exhaustiva, considerando la instauración, conformación y funcionamiento del SCEW, la estructura que debían tomar las Sentencing Guidelines dictadas por el mismo, su naturaleza en cuanto a limitarse a describir o a prescribir los factores a tomar en consideración para la individualización de la pena, entre otras cosas. Resulta sumamente relevante la legislación en comento, porque posee una serie de características que fueron tomadas en consideración para efectos de la construcción del sistema introducido por la LDE, en ese sentido, debemos destacar que el sistema de determinación de la pena de Reino Unido y Gales se funda en el establecimiento de distintas circunstancias modificatorias de responsabilidad que permiten al juez dotar a la misma conducta de distinta significación en cuanto a transgresión jurídico-penal, basado en dos criterios, al igual que la LDE, que son la culpabilidad del imputado y el daño provocado por el ilícito.³⁶ Para efectos de demostración de la similitud y por ende, de los elementos que la LDE integró desde esta legislación, resulta especialmente ilustrativo el análisis de la Sentencing Guidelines dictada respecto al delito que en este ordenamiento recibe el nombre de “Fraud”³⁷, que para efectos de la traducción normativo, más allá de la corrección literal, que sería fraude, comprende una serie de delitos, desde hipótesis de hecho que podrían constituir un delito de estafa en la legislación nacional, hasta hipótesis de fraude por abuso de posición dominante, que podría encuadrarse en el tipo de administración desleal, regulando categorías de gravedad de estos delitos en función, por un lado, de la culpabilidad del individuo, estableciendo la culpabilidad alta, culpabilidad media y culpabilidad baja, definiendo en cada uno de estos rangos ciertos factores que permitirían entender u aportar a graduar la culpabilidad de quien delinque, considerando por ejemplo, el rol que ejercía dentro del grupo, número de víctimas,

³⁶ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 169.

³⁷ Common law, Fraud Act 2006, s.1, Theft Act 1968, s.17.

ejercer presión para que otros participaren, actuar abusando de una posición de poder y la comisión sostenida en el tiempo. Por otro lado, se establecen 6 categorías según montos de pérdida causada o pretendida de ocasionar y, posteriormente, se asignan distintas consecuencias en cuanto a la individualización de la pena que tiene el hecho de catalogar las ofensas en una u otra categoría de gravedad, determinando distintos rangos de pena para distintas combinaciones de categorías de culpabilidad y daño.³⁸ Lo anterior nos entrega un sistema de determinación de la pena susceptible de dar cuenta de circunstancias ajenas a la sola comisión del ilícito, para efectos de determinar la pena. Tanto es así, que por ejemplo de la constatación de la tabla confeccionada para determinar los efectos de las circunstancias de la culpabilidad y el daño en el delito de “conspiración para cometer un fraude” la pena puede variar entre 10 años y trabajo comunitario o incluso la condena sin asignación de una pena.³⁹

³⁸ Para efectos de mayor ilustración respecto a los efectos específicos y la combinación que hace esta Sentencing Guidelines en particular, se recomienda consultar el sitio web del SCEW, especialmente las tablas que ilustran la forma de funcionamiento y de efectos de estas circunstancias (<https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/fraud/>).

³⁹ La figura que en derecho anglosajón es conocida como “Discharge”

CAPÍTULO III: SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA INTRODUCIDO POR LA LEY 21.595

Ahora, habiendo explorado el panorama general de la determinación de la pena en el ordenamiento nacional, como también aquellos sistemas contenidos en leyes especiales y también el panorama general de la dictación de la LDE y sus antecedentes de derecho comparado, corresponde adentrarnos en la operatividad del sistema de determinación de la pena que introduce dicha Ley, repasando su funcionamiento y haciendo un análisis comparativo en relación al sistema general y a otros sistemas especiales ya caracterizados para, finalmente, analizar su corrección sustantiva y sistemática. Para dicho efecto el contenido de este capítulo tendrá a la vista principalmente lo planteado por la escasa doctrina ante la inexistencia o al menos incipiente utilización judicial de la norma, esto debido al poco tiempo que ha transcurrido desde su dictación y larga duración que por regla general tienen los procedimientos judiciales asociados a delitos económicos.

En primer término, en el proceso de aplicación de la Ley 21.595, el paso inicial consiste en la determinación de si un delito cae en los supuestos de aplicabilidad determinados por la misma ley, para distinguir aquellos ilícitos económicos de aquellos que no son categorizados como tal. Respecto a lo anterior, tomamos como presupuesto para efectos de este análisis funcional, el hecho de que el delito cometido se encuentra bajo alguno de los supuestos de los artículos 1° a 4° de la LDE.

Establecida la responsabilidad penal por medio de la dictación de un veredicto condenatorio, tendremos que iniciar el proceso propio de la determinación de la pena a aplicar y su forma de cumplimiento. En primer lugar, se deberá fijar el marco abstracto, según lo establecido en el Código Penal o el cuerpo normativo que establezca la pena del delito por el que una persona ha sido condenada, revisando la pena asignada al delito cometido. Estableciendo el marco abstracto, debemos constatar las circunstancias de comisión del ilícito, específicamente lo que dice relación con el grado de participación y grado de desarrollo del

mismo, que, según las reglas ordinarias contenidas en el Código Penal, tendrán los efectos de ajustar el marco penal aplicable.⁴⁰

Posteriormente, adentrándonos ya en lo que resulta más interesante a la luz de las modificaciones de la LDE, dada la discusión y prueba respecto a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en este caso, de aquellas de aplicación especial contenidas en los artículos 13 (atenuantes simples), 14 (atenuantes muy calificadas), 15 (agravantes simples) y 16 (atenuantes muy calificadas) de la misma ley, tendremos que remitirnos a lo establecido en el artículo 17 que determina los efectos que tendrán estas circunstancias en la individualización de la pena, arrojando como resultado lo que, por motivos de mejor comprensión, se grafica en la tabla N°1 de “Efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad”.

⁴⁰ Las normas del Código Penal, de aplicación general a las que se hace referencia en este punto están contenidas en primer lugar en el artículo 7 y siguientes del Código Penal, en lo referente al grado de desarrollo en el que puede encontrarse un delito, en segundo lugar en los artículos 14 y siguientes del mismo Código, que determina los títulos a través de los cuales puede intervenir una persona en la comisión de un delito y finalmente los artículos 50 y siguientes del Código Penal, que establecen los efectos que tendrá el grado de participación y de desarrollo, además de sus posibles combinaciones, con respecto al marco penal establecido en la norma de comportamiento. Respecto a esto, resulta especialmente ilustrativa la tabla contenida a continuación del artículo 61 en el Código Penal, donde se resumen los resultados de las combinaciones en razón del quantum de la pena asignado al delito.

TABLA 1⁴¹**EFFECTOS DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD**

Grados de la pena	Circunstancias modificatorias	Resultado
Un grado	Atenuante muy calificada	Mínimum
Dos o más grados	Atenuante muy calificada	No se aplica el grado superior
Un grado	Dos o más atenuantes muy calificadas	Se rebaja en un grado
Dos o más grados	Dos o más atenuantes muy calificadas	Se rebaja en un grado desde el grado inferior
Un grado	Agravante muy calificada	Máximum
Dos o más grados	Agravante muy calificada	Grado superior
Un grado	Dos o más agravantes muy calificadas	Se aumenta en un grado
Dos o más grados	Dos o más agravantes muy calificadas	Se aumenta en un grado desde el grado superior

42

⁴¹ Artículo 17.- “Efectos de las atenuantes y agravantes. En caso de concurrir una atenuante muy calificada respecto de un marco penal que incluya una pena de presidio o reclusión de un solo grado, éste se aplicará en su mínimo. De estar compuesto de dos o más grados, no se aplicará el grado superior.

De concurrir dos o más atenuantes muy calificadas respecto de un delito cuyo marco esté compuesto por un solo grado, éste se rebajará en un grado. De estar compuesto de dos o más grados, el marco se fijará en el grado inmediatamente inferior al grado más bajo del marco legal.

En caso de concurrir una agravante muy calificada respecto de un marco penal que incluya una pena de presidio o reclusión de un solo grado, éste se aplicará en su máximo. De estar compuesto de dos o más grados, no se aplicará el grado inferior.

De concurrir dos o más agravantes muy calificadas respecto de un delito cuyo marco esté compuesto por un solo grado, éste se incrementará en un grado. De estar compuesto de dos o más grados, el marco se fijará en el inmediatamente superior al grado más alto del marco legal.

De concurrir atenuantes muy calificadas y agravantes muy calificadas, el tribunal deberá compensarlas en consideración a su número. En caso de que concurren en igual número, no producirán efecto de atenuar o agravar la pena.”

⁴² Tabla de elaboración propia que intenta sintetizar y esquematizar lo establecido en el artículo 17 de la Ley 21.595.

De la lectura sistemática del artículo 17, por medio de la tabla N° 1, podemos constatar que, a diferencia del régimen común de determinación de la pena contenido en el Código Penal, la LDE establece que solamente ciertas circunstancias modificatorias (aquellas definidas como muy calificadas) pueden eventualmente, cuando concurren dos o más, modificar el marco penal establecido de forma abstracta por el legislador, de cierta forma limitando dicho efecto en relación al régimen común, sin establecer un marco penal rígido⁴³. Es por ello que se ha descrito como un marco penal semirrígido.

Siguiendo con el proceso de determinación de la pena, ahora en aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad que no son muy calificadas, sino aquellas definidas como simples, el artículo 18 les asigna un rol en la determinación judicial de la pena, pudiendo el juez echar mano a dichas circunstancias, como también a la mayor o menor intensidad de la culpabilidad y a la mayor o menor extensión del mal, lo anterior en términos muy similares a lo que establece el artículo 69 del Código Penal.

En un paso posterior de la determinación de la pena, habiendo ya individualizado la pena que se aplica a un delito, aplicando los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, corresponde la aplicación de las normas generales establecidas para resolver las posibles relaciones concursales en las que pueden encontrarse los ilícitos cometidos. A este respecto la LDE no introduce modificaciones⁴⁴, debiendo aplicarse las normas contenidas en los artículos 74 y 75 del Código Penal, como el artículo 351 del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de que la LDE establece en su artículo 7° que encontrándose en concurso según el artículo 75 o 351 del Código Penal (concurso ideal, medial o reiteración), un delito económico y otro de distinta naturaleza, será aplicable el sistema de determinación de la pena especial de la LDE, a todos ellos, lo que tendría relevancia de manera anterior, debiendo someter un delito no económico, a los pasos antes descritos bajo la Ley 21.595.⁴⁵

⁴³ A diferencia de lo que se señaló en el análisis de los delitos contra la propiedad regulados en el Código Penal.

⁴⁴ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 171.

⁴⁵ Artículo 7.- Concursos. En caso de ser aplicable el artículo 75 del Código Penal o el artículo 351 del Código Procesal Penal por la concurrencia de un delito económico y de uno o más delitos de otra clase, las disposiciones del Título II de esta ley serán aplicables a todos ellos.

Del seguimiento de los pasos recién expuestos, debemos llegar al resultado de la individualización de un marco penal concreto, que, a través de la determinación judicial de la pena en conformidad a lo señalado en la descripción del régimen general en el capítulo I del presente trabajo, nos entregara un quantum exacto de la pena aplicable.⁴⁶

Sin perjuicio de esto, para finalizar el proceso de determinación de la pena, en especial atención de que se considera que la forma de cumplimiento de una pena es parte del concepto de “sentencing”⁴⁷ debemos remitirnos a la regulación especial introducida por la LDE en cuanto a la aplicación de penas sustitutivas, regulando de manera diferenciada al régimen general contenido en la Ley 18.216, tanto la procedencia de las distintas penas sustitutivas, como sus requisitos de aplicabilidad. Debemos advertir de antemano que una de las modificaciones más innovadoras es el otorgamiento de relevancia para la procedencia de una pena sustitutiva a las circunstancias modificatorias de responsabilidad. Es decir, su relevancia no se agota en la determinación de la cuantía de la pena, sino que su influencia se traspasa a la forma de cumplimiento, algo inédito en nuestro sistema hasta la fecha. Así, el proceso de determinación de la aplicabilidad de una pena sustitutiva a un delito económico se puede esquematizar de la siguiente forma:

Como se mencionó con anterioridad, la LDE establece tres posibles penas sustitutivas, la remisión condicional (Artículo 21), la reclusión parcial domiciliaria (Art.23) y la reclusión parcial en establecimiento especial (Artículo 25). Para que proceda la remisión condicional, además de ser requerir que la pena sea inferior a tres años, al condenado se le deberá haber reconocido una atenuante muy calificada y no debe haber sido condenado a crimen o simple delito con anterioridad, sin perjuicio de aquellas condenas ya prescritas. En caso de que no se cumplan estas condiciones, podrá ser aplicable la reclusión parcial domiciliaria cuando, además del quantum mencionado, no le fuere reconocida una agravante muy calificada, no hubiere sido condenado por crimen o simple delito con anterioridad, sin perjuicio de aquellas condenas que estuvieren prescritas y cuando “existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra

⁴⁶ Quedará pendiente la constatación de si la práctica judicial chilena –que se ha mantenido con relación a la determinación de la pena en los mínimos del marco concreto– se mantendrá de igual forma en el sistema de la LDE. En ese sentido: Wilenmann, J., Medina, F., Olivares, E., & del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial chilena. (Pág. 460) *Política Criminal*, 14(27), 456–490.

⁴⁷ En ese sentido nos referimos en la página 4 del presente trabajo.

naturaleza que justifiquen esta sustitución, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos”⁴⁸. Respecto de este último requisito, debemos mencionar que es idéntico al establecido en la letra c) del artículo 8° de la Ley 18.216, en relación a la misma pena sustitutiva, por lo que no constituye una innovación, pero si marca una diferencia en relación a la no inclusión del mismo requisito para la remisión condicional, como si lo hace la Ley 18.216 en la letra c) del artículo 4°. Lo anterior, podría ser un intento de marcar una diferencia en relación a lo que ocurre en la práctica con relación de las penas sustitutivas, en el sentido de que su otorgamiento no se ve limitado por dicho requisito, solamente se hace un check respecto de los requisitos de procedencia formales y objetivos, obviando el cumplimiento de este requisito que podría ser catalogado como subjetivo o de análisis prospectivo. No creemos que sea baladí el hecho de la inclusión del requisito subjetivo o prospectivo (en miras a una eventual reincidencia) en el caso de la reclusión parcial domiciliaria o en establecimiento especial, porque no tendría sentido su inclusión en la LDE, en contraste a la inclusión respecto de la remisión condicional, es por esto que un motivo plausible sería la intención de que realmente se tomara en consideración este requisito para los casos en los cuales no procede la remisión condicional, cuestión que, sin embargo, no se aprecia muy prometedora en relación a lo que será la práctica judicial, especialmente en consideración de lo que ocurre actualmente en la aplicación de la Ley 18.216.

Por otro lado, si la pena se encuentra en el rango de dos años y cinco años, va a proceder la pena sustitutiva de reclusión parcial en establecimiento especial, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos, consistentes en el no reconocimiento de una agravante muy calificada, que el penado no hubiere sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito, sin perjuicio de aquellas prescritas y finalmente, se incluye el requisito que denominamos subjetivo o prospectivo, en términos idénticos a lo establecido para la reclusión parcial domiciliaria y al requisito general de aplicación de penas sustitutivas establecido en la Ley 18.216.⁴⁹

⁴⁸ Ley 21.595. Artículo 24. Numeral tercero.

⁴⁹ Lo anterior se grafica en la tabla N° 2 sobre: “Penas sustitutivas en la Ley 21.595”

TABLA 2

Penas sustitutivas Ley 21.595		
Remisión condicional	Reclusión parcial domiciliaria	Reclusión parcial en establecimiento especial
<p>1) La pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años y el condenado se viere beneficiado por una atenuante muy calificada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14; y,</p> <p>2) El penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito.</p>	<p>1) La pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años y no fuere aplicable una agravante muy calificada.</p> <p>2) El penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito, y</p> <p>3) Existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza que justifiquen esta sustitución, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión</p>	<p>1) La pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a dos años y no excediere de cinco, y siempre que no fuere aplicable una agravante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.</p> <p>2) El penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. No se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena, y</p> <p>3) Existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena</p>

	parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.	de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.
--	--	---

Del análisis de lo descrito y esquematizado a través de la Tabla N° 2, podemos llegar a ciertas conclusiones en relación a este sistema de penas sustitutivas introducido por la LDE. En primer término y de manera evidente, podemos constatar una limitación a la procedencia de penas sustitutivas en delitos económicos, lo que se condice con lo señalado por la doctrina de que la pena en el ámbito penal económico debe tener contenido sancionatorio real, sin caer en la agravación de la pena sin más, lo que ha sido la tendencia en los demás sistemas especiales de determinación de la pena⁵⁰.

Finalmente, debemos mencionar que en los artículos 24 y 26 se incluye un inciso final que determina que, sin perjuicio de que no influya la circunstancia contenida en el artículo 16, número 2, letra a) en la determinación de pena, si se considerará para efectos de la procedencia de las penas sustitutivas.⁵¹ La inclusión de este inciso, al igual que el inciso final del artículo 21 respecto de la atenuante muy calificada del artículo 14, número 2, letra a), obedece el objetivo de que cuando circunstancias que se entienden disminuyen o aumentan la culpabilidad del condenado en la comisión del delito, se ven incluidas en la valoración del injusto por ser estas inherentes a la naturaleza del delito, no sean desechadas, para efectos de la determinación de la procedencia de las penas sustitutivas.⁵²

⁵⁰ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 174

⁵¹ Artículo 16.- Agravantes muy calificadas. Son circunstancias agravantes muy calificadas de un delito económico las siguientes:

1.ª La culpabilidad muy elevada del condenado, establecida siempre que concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

a) El condenado participó activamente en una posición jerárquica superior en la organización en la que se perpetró el delito.

⁵² Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 328.

CONCLUSIONES

Habiendo llevado a cabo un análisis de la regulación contenida en la Ley 21.595, especialmente de aquella que dice relación con la determinación de la pena y en consideración de lo que se ha dicho respecto a los demás sistemas de determinación de la pena que existen en nuestro ordenamiento, como también en relación a los sistemas que sirvieron como antecedente de la LDE, podemos mencionar ciertas cuestiones a modo de conclusión, pero también algunas a modo de interrogante en relación al impacto o forma de funcionamiento que va a tener en la práctica esta ley.

En primer lugar, resulta sumamente relevante que de la comparación que se puede realizar en relación a la técnica legislativa utilizada en la LDE y al sistema de determinación de la pena introducido por esta, en comparación a los demás sistemas analizados, es decir, el sistema general del Código Penal, el sistema contenido en la Ley del Tránsito, el sistema de la Ley 20.000, el sistema de la Ley 17.798 y el sistema especial de delitos contra la propiedad, la LDE introduce una regulación innovadora en el sentido de establecer un sistema completo de atenuantes y agravantes exclusivo para graduar la gravedad de una conducta a partir de circunstancias relevantes específicamente en el ámbito de los delitos económicos, a diferencia de lo que a menudo se ha realizado por medio de la introducción de circunstancias modificatorias de responsabilidad adicionales a las del sistema general, que no excluyen su aplicación, si no que se aplican de manera conjunta. En el mismo sentido, es igualmente innovador lo establecido en relación a las penas sustitutivas, esto en consideración de que, como se analizó en su momento, las reglas incluidas en normas especiales que pretenden modificar la aplicación general de la Ley 18.216 han optado, por una parte, por la exclusión de la aplicación de las penas sustitutivas de plano, o por la restricción de su aplicación en relación por ejemplo a la reincidencia específica⁵³, soluciones que desde lo práctico han carecido de eficacia, toda vez que cuando han sido impugnadas por vía de acciones de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional ha tendido a declarar la aplicación de dichas normas como contraria a la Constitución Política de la República.⁵⁴ La LDE pretende instaurar un sistema completo y

⁵³ Son los casos de la Ley de armas, Ley del Tránsito y la Ley 20.000 respectivamente.

⁵⁴ Véase. Pág. 16 en relación con Ley de Tránsito. Y Pág. 21 en relación con Ley de Armas.

autónomo de penas sustitutivas, que se adecúa a la naturaleza de la criminalidad económica, como también a las características de los sujetos que delinquen y a los fines de la pena.⁵⁵ Sin perjuicio de lo cual queda pendiente la opción de que un condenado por delito económico pueda recurrir al Tribunal Constitucional, alegando la inaplicabilidad de las normas contenidas en la Ley 21.595, específicamente las contenidas en el párrafo 3 del Título II, en relación a este régimen especial y, por ejemplo, la exclusión de la procedencia de la remisión condicional, en circunstancias que aplicando el régimen general, si procedería, por cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 18.216 para esta pena sustitutiva.⁵⁶

Como se señaló al inicio de este trabajo, la dictación de esta normativa surgió como consecuencia del descontento social frente al desenlace de ciertas causas mediáticas, para lo cual resultan especialmente consecuentes las palabras del profesor Hernández cuando señaló hace casi 20 años: “Ciertamente no es tarea del sistema penal la promoción de la justicia social, pero sí al menos cabe exigirle que no se constituya en fuente de desigualdad, que es precisamente lo que hace si persiste en ensañarse con conductas desviadas, características de las posibilidades de relación social de los sectores menos favorecidos y simplemente ignora aquéllas equivalentes en el contexto de relación de los sectores más acomodados”⁵⁷. Pero por otro lado, del análisis de la normativa que se introdujo se aprecia un nivel de fundamentación dogmática robusta en relación a la diferenciación del sistema de determinación de penas, que en sí mismo se supone innovador, lo que entendemos, es un paso en la dirección correcta en la regulación penal económica y su actualización, destacando de sobremanera la convicción que tuvo el legislador con la mantención de la estructura tanto de operaciones de la determinación de la pena, como de la sustitución de la misma, lo que le otorga un nivel de cercanía que los demás sistemas de determinación de la pena especiales no fueron capaces de mantener.

Lo anterior sin perjuicio de las diversas contiendas y problemáticas que va a suponer su aplicación práctica, pero que insistimos, es indudablemente un paso hacia la modernización del derecho penal económico, que deberá ser complementado con la dictación de normas

⁵⁵ Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER. Pág. 18

⁵⁶ Especial relevancia toma en este contexto la exigencia de la LDE respecto al reconocimiento de una atenuante muy calificada para la procedencia de la remisión condicional, inexistente para el régimen general de la Ley 18.216.

⁵⁷ Hernández. (2005) “Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile”. PERSONA Y SOCIEDAD, VOL XIX. PÁG. 103.

posteriores, por ejemplo de carácter procesal, tendientes a la implementación de procesos judiciales que resulten más eficientes para este tipo de delitos, en vistas de que la propia naturaleza de los mismos y el desarrollo de la actividad probatoria suponen un problema para su persecución penal y el tratamiento judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Bascuñán, A., & Wilenmann, J. (2023). Derecho Penal Económico chileno. La Ley de Delitos Económicos (Tomo I). Santiago: ediciones DER.

Besio Hernández, Martín. (2023). Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno. *Política criminal*, 18(35), 187-213.

De La Mata Barranco, N. J., Gómez-Aller, J. D., Sánchez, J. A. L., & Martín, A. N. (2018). Derecho penal económico y de la empresa.

Fundación Paz Ciudadana. (2012). Informe: “La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno”

Hernández. (2005) “Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile”. *PERSONA Y SOCIEDAD*, VOL XIX.

Mera. Hernández. Couso. Cillero. (2011) Código Penal comentado. Legal Publishing Chile. 1° Edición.

Mann. Wheeler. Sarat. (1979). “Sentencing the White-Collar Offender”. *American Criminal Law Review*. Vol. 17.

Observatorio Judicial. (2020, 22 de mayo) Informe N°26: Tribunal Constitucional, Ley Emilia y Control de Armas.

Richman, D. (2013). Federal White Collar Sentencing in the United States: A Work in Progress. Law and Contemporary Problems.

Roberts. (2019) The Evolution of Sentencing Guidelines: Comparing Minnesota and England and Wales.

Roxin. (1997) Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”. Civitas.

Vargas, T. (2016, enero) Sentencias destacadas: “Freno al declive de las penas sustitutivas y otros riesgos asociados a una legislación efectista.”

Wilenmann, J., Medina, F., Olivares, E., & del Fierro, N. (2019). La determinación de la pena en la práctica judicial chilena. (Pág. 460) Política Criminal, 14(27), 456–490.

Winter. (2015) Panorama del derecho penal económico de Chile. Reformas Penales. DER Ediciones.