



**ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES A LAS REGLAS GENERALES PARA LA
DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LAS LEYES N°20.770, 20.813 Y 20.931**

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

Pablo Ortega Krstulovic

Profesora guía: Rocío Lorca

Santiago, Chile

2018

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	5
1. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO	7
1.1 Reglas Generales	10
1.1.1 A cada delito le corresponde una pena	11
1.1.2 Las penas están contenidas en escalas graduales	11
1.1.3 Cada grado de una pena constituye una pena distinta	13
1.1.4 Desde qué grado de la pena se aumenta o se disminuye la sanción	14
1.1.5 Penas alternativas y penas copulativas.....	16
1.2 Elementos fundamentales que se deben considerar al momento de determinar la sanción para el caso concreto.....	17
1.2.1 La pena señalada por ley	18
1.2.2 Nivel de ejecución alcanzado por el delito.....	18
1.2.3 Forma de participación en el delito	20
1.2.4 Circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes	23
1.2.4.1 Atenuantes y agravantes en delitos sancionados con penas indivisibles .	24
1.2.4.2 Atenuantes y agravantes en delitos sancionados con penas divisibles	26
1.2.4.3 Circunstancias agravantes que no producen efectos de aumentar la pena.....	29
1.2.4.4 Comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes.....	31
1.2.5 El mal causado por el delito	32
2. REGLAS ESPECIALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA	34

2.1	Ley N°20.770 o Ley “Emilia” que modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o con resultado de muerte	34
2.1.1	Establecimiento de reglas especiales de determinación de la pena (art. 196 bis L.T.)	36
2.2	Ley N°20.813 que modifica Ley N°17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal	43
2.2.1	Determinación judicial de la pena en los delitos contenidos en la Ley N°17.798 (art. 17B L.C.A.)	44
2.2.2	Situación del concurso real de delitos (art. 17 B inc. 1° L.C.A. en relación el art. 74 del C.P.)	46
2.3	Ley N°20.931 o “Agenda Corta Antidelincuencia” que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos	47
2.3.1	Situación especial de la reincidencia (art. 449 N°2)	49
2.3.2	Excepción: delitos contemplados en el artículo 449 C.P., en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y procedimiento abreviado (artículos 395 y 407 C.P.P.)	50
3.	ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MODIFICACIONES A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN DELITOS ESPECÍFICOS	52
3.1	Limitación a la individualización judicial de la pena, punto en común de las Leyes N°20.770, N°20.813 y N°20.931	52
3.2	Sensación de impunidad, búsqueda de mayor rigurosidad en el tratamiento de cierto tipo de delitos	54
3.3	Una vista desde afuera: <i>Mandatory Minimun Sentencing</i> en Estados Unidos y su importancia.....	55
	CONCLUSIÓN.....	60

BIBLIOGRAFÍA.....61

INTRODUCCIÓN

Como sociedad elegimos entregar poder al Estado para resguardar nuestros intereses y hacer posible la vida en común. Haciendo uso de su poder punitivo, el Estado se encarga de resguardar ciertos intereses individuales o colectivos, que son juzgados como indispensables para la convivencia social. La protección de dichos intereses (denominados por la doctrina como bienes jurídicos) es precisamente la función que le otorga legitimidad al Estado para imponer castigos o adoptar medidas de protección, que siempre importan restricciones serias a las libertades individuales de los afectados.¹

Sin embargo, la libertad constituye uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y por lo mismo su afectación, a través de una eventual pena de privación de libertad, debe estar regulada de la manera más justa posible. No es lo mismo un año en prisión que cinco, sobre todo si vemos a la pena como un medio de resocialización. En palabras del profesor Bustos: "(...) el eje del Derecho Penal y Procesal radica en la pena; lo demás son solo presupuestos de ella (...) en definitiva lo que va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación e importancia que merece."²

Al tener esto en consideración, es necesario comprender la importancia de reglas que permitan determinar la pena a una persona declarada culpable en un juicio.

En los últimos años, se han publicado en Chile una serie de leyes que han venido a modificar ciertos delitos específicos, tanto en la gravedad de sus penas como en la manera en que se determinarán estas.

El presente trabajo pretende exponer y explicar las reglas generales de determinación de la pena que componen nuestro ordenamiento jurídico, haciendo la distinción entre aquellas normas que pertenecen a la etapa de determinación legal de la pena y a la de individualización judicial de esta.

¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 1° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 63.

² BUSTOS Ramírez, Juan. *Medición de la pena y proceso penal*, En: *Hacia una nueva justicia penal*. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Presidencia de la Nación, 1989. p. 239.

Posteriormente, se analizarán las Leyes N°20.770, 20.813 y 20.931, que forman parte de la nueva tendencia explicada respecto a la regulación de ciertos delitos específicos, enfocando el estudio en las modificaciones introducidas a las reglas de determinación de la pena.

Finalmente, se realizará un análisis en el que se intentará responder las siguientes interrogantes ¿Qué tienen en común las leyes analizadas en el capítulo anterior? ¿Desde donde nace la necesidad de modificar las reglas generales de determinación de la pena para ciertos delitos específicos? ¿Qué ha pasado en otros países? ¿Qué opiniones hay al respecto de las *mandatory sentencing laws* en Estados Unidos?

1. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Dentro de un sistema en el que rige el principio de *nulla poena sine lege*³, surge el problema de determinación de la pena. Esto a raíz de que por más que el ente legislador aspire a una precisión minuciosa y absoluta de cada una de las sanciones para cada delito, nunca se podrá llegar al extremo de señalar para cada conducta típica una sola posibilidad de pena. Dicha determinación implicaría dejar de lado la individualización, haciendo imposible considerar las características concretas de un hecho determinado y de sus participantes. Por este motivo, hasta el sistema más rígido debe contar con marcos penales, con un conjunto de alternativas graduales con límites superiores e inferiores, al interior de los cuales el tribunal seleccionará la pena que habrá de imponerse en el caso sometido a su decisión, moderando de esta manera la proporcionalidad de la pena y su merecimiento en el caso concreto.

De esta manera, Patricia Ziffer define al acto de determinación de la pena como:

“[A]quello mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. No se trata únicamente de la clase y monto de la pena, sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, el cumplimiento en un establecimiento determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible”.⁴

Determinar la pena significa entonces, precisar, en el caso concreto, la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, instigador, cómplice o encubridor⁵, es decir, fijar las consecuencias jurídicas del delito para el caso concreto.

³ De acuerdo con el profesor Cury prácticamente todos los ordenamientos punitivos en el presente se encuentran estructurados sobre la base del principio de reserva o legalidad, con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)” Véase en CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 3° ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004. p. 165.

⁴ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2° ed., Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1996. p. 23.

⁵ CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p. 757.

Este proceso dependerá de gran manera del tipo de sistema de determinación de la pena y de las fases de determinación de la pena que le sea aplicable al caso concreto.

Según Eduardo Novoa, la determinación de la pena aplicable a la persona que comete un delito se transforma en un cálculo regido por normas obligatorias. Pero concluida la operación de cálculo, siempre la ley reconoce al juez un margen de apreciación personal que le permite obrar con algún arbitrio, o en la elección de la pena, o en el señalamiento de su duración precisa.⁶

Es así como en doctrina se suele diferenciar entre dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados, conocidos como: la *determinación legal* de la pena y la *individualización judicial* de la misma.

Tanto la determinación legal de la pena como la individualización judicial de esta son entendidas como etapas dentro del proceso de concretización del castigo para una persona determinada que ha realizado un hecho delictual, no obstante, sus principales diferencias radican en que son actividades realizadas por organismos diferentes y se encuentran regidas por reglas jurídicas distintas.

De acuerdo con Politoff, Matus y Ramírez, la **determinación legal de la pena** es un proceso en que interviene el poder legislativo, mediante formulaciones de la política criminal del Estado, fijando las consecuencias jurídicas del delito (la pena o clases de pena aplicables) y también los casos más o menos graves en que esa pena deba agravarse o atenuarse imperativamente, o dicho en otras palabras, precisando legalmente la sanción que se impondrá a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, cómplice o encubridor.⁷

Mientras que la **individualización judicial de la pena** consiste en la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad, forma de ejecución de aquellas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente, y constituye, junto a la apreciación de prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a

⁶ NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (1960-2005). p. 353.

⁷ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 493.

los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria. Significa en la práctica establecer en un caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, cómplice o encubridor.⁸

En el caso de Chile, contamos con un sistema conocido como “*sistema de determinación relativa*”, caracterizado por ser un sistema de escalas penales y de determinación precisa de las penas de prisión. Este tipo de sistemas combina el legalismo y el arbitrio judicial con una variedad de fórmulas. Estas distintas fórmulas tienen en común que la ley señala un marco penal dentro del cual el juez fija exactamente la pena correspondiente al caso particular. El legislador señala un límite mínimo, máximo, o ambos a la vez, el que no puede ser rebasado por el juez al momento de determinar la duración de la pena concreta, otorgándole en ciertos casos la posibilidad al juez de elegir entre distintas clases de penas.⁹

En palabras del profesor Garrido Montt:

“Al legislador le corresponde crear un marco penal que sea el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto legal; se trata de un espacio relativamente amplio dentro del cual puede fijarse la pena para el hecho singular de que se trate. Al juez le corresponde escoger, entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud, considerando la naturaleza y gravedad del hecho típico (fines preventivos generales y su merecimiento); pero además ha de considerar la culpabilidad y condiciones personales del autor, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación de una medida alternativa (fines preventivos especiales y su necesidad). El juez cuenta con una relativa discrecionalidad para la determinación de la pena dentro del marco legal, pero esa discrecionalidad no es absoluta, debe respetar los principios jurídicos que la orientan y los fines que esta persigue (prevención general y especial, merecimiento y necesidad de la sanción).”¹⁰

⁸ Ibid, p. 494.

⁹ ACEVEDO Zepeda, Carolina y TORRES Figueroa, Angélica. *Determinación de la pena en Chile. Principios de un Estado democrático de derecho y fines de la pena*. Memoria para optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. pp. 63-64.

¹⁰ GARRIDO MONTT, Mario. op. cit., pp. 316-317.

1.1 Reglas Generales

Las reglas generales para la determinación de las penas en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran contempladas en el Código Penal Chileno (en adelante, “Código Penal” o “C.P.”), específicamente en el Libro Primero, Título III “*De las penas*”, Párrafo 4 “*De la aplicación de las penas*”, artículos 50 al 78.

Estos artículos se encargan de regular de forma más o menos minuciosa la manera en que el tribunal llegará a la pena concreta para un caso determinado. Establece un detallado cuadro de penas, con sus distintos grados y sus posibles variables, a las que el tribunal deberá atenerse al momento de imponer la pena.¹¹

Dentro del Párrafo 4 de nuestro Código Penal, dedicado a la aplicación de las penas y que contempla la mayoría de las normas dedicadas a la determinación de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, es posible diferenciar los artículos que regulan las reglas jurídicas pertenecientes a la etapa de determinación legal a los que conforman las reglas para la individualización de la pena. Así, los artículos 50 a 61 del Párrafo 4, Título III del Código Penal regulan los factores que corresponden al ámbito de la determinación legal de la pena, los cuales tratan sobre la pena señalada por ley al delito, la etapa de desarrollo del delito y el grado de participación del condenado al delito, normas que serán analizadas más adelante. Mientras que los artículos 62 a 73 se encargan de regular el proceso de individualización judicial de la pena y se refieren principalmente a los efectos de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.¹²

El estudio de las reglas de determinación de la pena de nuestro ordenamiento jurídico comienza con el entendimiento de algunos lineamientos o reglas generales que se encuentran dispersos a lo largo de los artículos mencionados, pero que son de vital importancia para lograr comprender cómo debe operar el tribunal al momento de determinar la pena en cada caso singular. Dichas reglas son las siguientes:

¹¹ Ibid, p. 317.

¹² POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. op. cit., pp. 493-495.

1.1.1 A cada delito le corresponde una pena

El artículo 50 del Código Penal señala que a los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. De este artículo se desprende que será la ley quien le asignará penalidades a los delitos, por lo que cada disposición que señala un delito también señalará su sanción, entendida como la “pena abstracta”, cumpliéndose de esta manera con la estructura lógica de la ley penal: la existencia de una conducta con su sanción.

La penalidad establecida por la ley es insuficiente para la determinación de la pena en concreto, generalmente el legislador establece un rango de tiempo (salvo en las penas indivisibles), como ocurre en el caso del presidio mayor en su grado máximo, que va desde los 15 años y un día hasta 20 años.

Para llegar a la sanción determinada que se le aplicará al sujeto, será necesario valorizar además otros factores, como el grado de desarrollo del delito, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, extensión del mal, entre otros que -por un tema de orden- serán analizados con posterioridad.

1.1.2 Las penas están contenidas en escalas graduales

Salvo en el caso de penas como la multa o el comiso, nuestro Código Penal agrupa penas de similar naturaleza en cinco escalas graduales, dispuestas en orden decreciente de gravedad de acuerdo con el artículo 59.

Este artículo señala que para determinar las penas que deben imponerse según los art. 51, 52, 53 y 54 (los cuales serán analizados con posterioridad en esta memoria), el tribunal tomará por base las cinco escalas graduales expuestas en el artículo.

De esta manera, encontramos la escala número 1 compuesta por las penas privativas de libertad, comenzando con el presidio perpetuo calificado decreciendo hasta terminar con la prisión en su grado mínimo. Las escalas número 2 y número 3 contienen las penas restrictivas de libertad, como la relegación y el destierro. Finalmente, en las escalas número 4 y número 5 se encuentran las penas privativas de derechos, como lo son la inhabilitación y la suspensión.

A través de la agrupación de las penas en las escalas descritas, el legislador otorgó un abanico de penas, estructuradas según la naturaleza de estas, que permiten asignar la pena más adecuada a cada delito concreto.

Es importante hacer mención que las escalas del artículo 59 tienen una aplicación general, no solo se aplicarán en los casos mencionados en el mismo artículo, sino que en todos los casos en que se tenga que aumentar o rebajar la pena. Tal situación se ve reflejada en inciso primero del art. 77 del C.P.¹³

En este artículo 77, el legislador señala cómo deben emplearse estas escalas cuando se requiera subir o bajar la pena que en la parte especial se asigna a cada hecho delictivo. De esta manera, una vez considerados los elementos que modifican la responsabilidad penal, el tribunal recorrerá la respectiva escala para hallar la pena concreta a imponer.

Cada escala parte de la pena más grave a la más benigna, en los casos en que se deba aumentar o reducir la pena, se hará recorriendo la escala respectiva. Así, en la escala N°1 si la pena de presidio mayor en su grado máximo se debe aumentar en un grado, se aumenta a presidio perpetuo.

Ahora bien, es razonable preguntarse qué sucede en los casos en que es necesario aumentar la pena, pero no hubiere pena superior. En el mismo artículo 77 se resuelve esta situación, señalando que se impondrá, como regla general, el presidio perpetuo.¹⁴

En el caso de que no hubiere un mínimo, la sanción a aplicar será la multa, según el inciso 3° del art. 77. De acuerdo con el art. 60 del C.P. la multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales y para fijar su cuantía respectiva se adoptará la base establecida en el art. 25, y en cuanto a su aplicación a cada caso especial se observará lo que prescribe el art. 70.¹⁵

¹³ El art. 77 del C.P. en su inciso primero indica que: "en los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada."

¹⁴ Sin embargo, el artículo señala que en los casos en que se tratare de la escala número 1 prevista en el art. 59, se deberá imponer el presidio perpetuo calificado.

¹⁵ La multa no se encuentra incorporada en ninguna de las escalas graduales del art. 59 ya que posee una naturaleza distinta a las demás penas. Por lo mismo, no se encuentra sujeta a las normas de determinación legal de la pena que se explican a lo largo de esta memoria. El art. 70 en conjunto con el art. 25 del Código Penal se

1.1.3 Cada grado de una pena constituye una pena distinta

Nuestro Código Penal clasifica las penas en penas divisibles e indivisibles, tal diferenciación toma relevancia precisamente en el tema de determinación de la pena, pues las penas divisibles, como señala el artículo 56, son aquellas cuya pena es divisible en grados.¹⁶

Las penas divisibles constan de tres grados: mínimo, medio y máximo. Por ejemplo, en el caso del presidio menor, este se encuentra dividido en presidio menor en su grado mínimo, presidio menor en su grado medio y presidio menor en su grado máximo.

Además, el artículo 56 contiene una tabla demostrativa de la extensión de cada pena, indicando el tiempo que le comprende a cada pena divisible, tanto el tiempo que comprende a toda la pena, como en el caso de cada uno de sus grados.

Por su parte, el artículo 57 del Código Penal señala que cada grado de una pena divisible constituye una pena distinta. De este artículo desprendemos la regla de que cada pena es un grado y cada grado es una pena. Es decir, dentro de las escalas graduales cada grado de una pena divisible se cuenta como una pena independiente.

Por ejemplo, el delito de robo por sorpresa contemplado en el inciso segundo del artículo 436 del C.P., está sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo. Esto quiere decir que la penalidad que la ley le asigna al robo por sorpresa se determinará dentro de dos de los tres grados del presidio menor, correspondiendo a una pena compuesta, con dos penas distintas: presidio menor en su grado medio (que va desde 540 días hasta 3 años) y presidio menor en su grado máximo (de 3 años y 1 día hasta 5 años).

Según el artículo 58 del C.P., en aquellos casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más penas distintas, cada una de estas forma un grado de penalidad, siendo la más leve de ellas el mínimo y la más grave el máximo. Es decir, en el mismo caso

encargan de establecer una regulación particular para fijar la cuantía de la multa tomando en cuenta dos criterios: las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho y el caudal o facultades del culpable.

¹⁶ Sin perjuicio de que existen otras penas que, por su naturaleza, poseen el carácter de pena divisible pero no se encuentran divididas en grados, como lo son, por ejemplo, las multas.

del robo por sorpresa, el presidio menor en su grado medio correspondería al mínimo de la pena y el presidio menor en su grado máximo sería el máximo.

De esta manera, podemos apreciar la manera en que el legislador busca determinar legalmente la pena que se aplicará al caso concreto, dejando establecido ciertos límites, enfocados principalmente a instaurar el mínimo y el máximo de pena a aplicar en los distintos tipos de ilícitos. Sin perjuicio de que posteriormente, en la etapa de individualización de la pena, el juez tendrá una mayor discrecionalidad para recorrer la pena y en ciertos casos podrá incluso salirse del margen establecido por ley al delito específico, siempre que se encuentre acorde con las circunstancias del caso concreto y con las disposiciones jurídicas que serán analizadas con posterioridad.

1.1.4 Desde qué grado de la pena se aumenta o se disminuye la sanción

Como se analizará más adelante, factores como el grado de desarrollo del delito, la participación que en este le cabe al imputado o el hecho de que se verifiquen circunstancias modificatorias de la responsabilidad, influirán en la pena que se designará al caso concreto, toda vez que el legislador señala que en ciertos casos será necesario o el juez estará facultado para subir o bajar la pena en una cantidad determinada de grados. El problema radica en determinar desde qué grado o pena se deberá subir o se deberá bajar en la escala respectiva.

Para determinar el punto de partida desde dónde se debe bajar o subir una determinada pena, hay que distinguir primero si la pena asignada al delito es o no una pena compuesta de más de un grado.

En caso de que la pena señalada al delito sea una pena indivisible o un solo grado de una pena divisible, no habrá problema alguno en determinar desde dónde deberá bajarse o subirse en grados la pena.¹⁷ Por ejemplo, el delito de homicidio simple está penado en el artículo 391 N°2 con la pena de presidio mayor en su grado medio, de esta manera en el caso de encontrarnos con un delito de homicidio frustrado, será necesario rebajar la pena en

¹⁷ Así lo retrata la regla N°1 del art. 61 del C.P., que versa: "Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado. Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables relacionados en el art. 59, se bajará sucesivamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números, siguiendo el orden que en ese artículo se establece".

un grado, correspondiéndole, de acuerdo con el artículo 61 N°1 del C.P., la pena inmediatamente inferior en un grado, la que correspondería a presidio mayor en su grado mínimo.

Por otra parte, según el N°2 del art. 62 del C.P., en aquellos casos en que la pena que se señala al delito consta de dos o más grados y se deba bajar en uno o más grados la pena, se deberá hacer desde el *mínimo*, es decir, desde la pena más leve o menos grave asignada al delito.¹⁸

Como ejemplo tenemos el caso del delito de infanticidio, regulado en el art. 394 del C.P., donde se establece como pena para el autor de este delito la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio. Al asignarle el legislador una pena compuesta de dos grados (que como vimos corresponden a dos penas distintas), en caso de tener que rebajar un grado, por ejemplo, para un cómplice, de acuerdo al artículo 61 N°2 del C.P., corresponderá aplicar la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo. En este caso se rebajaría desde presidio mayor en su grado mínimo, resultando la pena de presidio menor en su grado máximo como la pena aplicable para el cómplice del delito de infanticidio.

Sin embargo, en el caso de las penas compuestas de más de un grado el Código Penal no es claro en determinar desde dónde se debe subir en una escala gradual, como ocurriría por ejemplo en un caso de estafa en donde concurren varias circunstancias agravantes.

La principal duda consiste en si acaso deberá subirse la pena desde el máximo, es decir, desde la más grave, o no. Según Garrido Montt, la solución más correcta es aquella que consiste en subir cada uno de los distintos grados de la pena que conforman toda su extensión, y no hacerlo desde su máximo.¹⁹ De manera que, si un delito tiene como sanción presidio menor en su grado medio a máximo, al aumentar la pena se crea una nueva extensión que fluctúa entre presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su

¹⁸ La regla N°2 del art. 61 del C.P. así lo estipula: "Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o más grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles o bien una o dos indivisibles y uno o más grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley. Para determinar las que deben aplicarse a los demás responsables se observará lo prescrito en la regla anterior."

¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. op. cit., p. 320.

grado mínimo, pudiendo el tribunal recorrer la pena en toda su extensión para aplicar la sanción específica.²⁰

De la misma manera opina el profesor Cury, quien señala:

“Una parte de la jurisprudencia estima que deben ser realizados a partir del grado máximo de la pena compuesta. Otros fallos, por el contrario, consideran que en tales casos debe ser elevado cada uno de los grados que componen el marco penal. Esta última opción es la correcta.”²¹

1.1.5 Penas alternativas y penas copulativas

Otra de las clasificaciones a las que hace mención el Código Penal corresponde a la de penas alternativas y penas copulativas.²²

En distintas oportunidades, tanto el Código Penal como algunas leyes especiales asignan a los delitos no solo una pena, sino que varias de diversa naturaleza. En aquellos casos en que se disponga que solo una de las penas mencionadas deberá ser aplicada hablaríamos de **penas alternativas**. En este tipo de penas el tribunal tendrá la facultad de optar, en el caso concreto, por una de las penas con exclusión de la otra.

Un ejemplo lo encontramos en la Ley N°20.000, el delito de consumo de drogas o sustancias estupefacientes ilícitas en lugares públicos, previsto y sancionado en su artículo 50, establece como posibilidades una de las siguientes sanciones: a) Multa b) Asistencia obligatoria a programas de rehabilitación c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad.

Por otro lado, en los casos en que la ley penal asigne al delito varias penas de distinta naturaleza y deban ser todas aplicadas, estaríamos frente a **penas copulativas**, situación que ocurre por ejemplo con el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 467 del Código Penal, debiendo aplicar una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y la pena de multa de once a quince unidades tributarias (cuando la defraudación excediera las cuarentas unidades tributarias).

²⁰ Como excepción el autor menciona la hipótesis del art. 68 inc.4º (casos en que concurren en el delito dos o más agravantes), situación que será analizada más adelante.

²¹ CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p. 762.

²² GARRIDO MONTT, Mario. op. cit., pp. 320-321.

Esta clasificación es reconocida en el artículo 61 del Código Penal, artículo que, si bien no profundiza en su conceptualización, establece las reglas a seguir en caso de que existan varios responsables de un delito con penas de estas características.

Respecto de las penas alternativas, la regla N°3 del art. 61 señala que en caso de que se designen para un delito penas alternativas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza. El Juez tendrá la libertad entonces de elegir la pena más adecuada a cada uno de los partícipes, sin tener la obligación de imponer a todos una misma sanción. Por lo tanto, en un delito de lesiones, el Juez podría optar por condenar a presidio menor al autor y multa al cómplice.

En cuanto a las penas copulativas, la regla N°4 del art. 61 indica que en caso de que se señalen al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agregue la multa a las de la misma escala, se deberán aplicar las penas a todos los responsables, con la excepción de aquellos casos en que una de dichas penas se imponga al autor del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás.²³

1.2 Elementos fundamentales que se deben considerar al momento de determinar la sanción para el caso concreto

Como se ha adelantado ya en párrafos anteriores, para lograr determinar la pena adecuada al injusto perpetrado, es necesario tomar en consideración una serie de factores, que permiten analizar las circunstancias específicas para cada caso y llegar a un resultado proporcional de acuerdo con la gravedad del ilícito cometido. En ese sentido, podemos distinguir cinco elementos fundamentales que deben tenerse en cuenta para determinar la sanción que corresponde aplicar a los intervinientes en un delito, perteneciendo los tres primeros a la etapa de *determinación legal de la pena* y los últimos dos la de *individualización de la pena*:

- a) la pena señalada por ley al delito;
- b) la fase de desarrollo del delito;

²³ Según Garrido Montt, cuando la ley habla de “autor de crimen o simple delito”, habla de autor en sentido amplio, comprensiva a los autores, cómplices y encubridores. Véase en GARRIDO MONTT, Mario. op. cit., p. 321.

- c) la forma de participación en el hecho delictivo;
- d) las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal concurrentes en el caso concreto;
- e) la extensión del mal que causó el hecho típico.

1.2.1 La pena señalada por ley

El punto de partida para determinar legalmente la pena que se deberá aplicar a cada caso no puede ser otro que la pena que la ley consagra en abstracto para el delito en particular. De esta manera, el artículo 50 del Código Penal indica que a los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por ley. De este artículo logramos desprender que será la ley la fuente primaria desde donde se iniciará el análisis dirigido a determinar la pena aplicable al hecho concreto.²⁴

La ley, por regla general, designará una pena en abstracto correspondiente al autor de delito consumado que se utilizará como base para lograr determinar la sanción respectiva a los demás intervinientes, y al mismo autor en los casos en que concurran circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal o bien, el delito se encuentre en una fase de desarrollo distinta a la consumación.

1.2.2 Nivel de ejecución alcanzado por el delito

Cada vez que los preceptos penales tipifican un hecho lo hacen refiriéndose a su forma consumada²⁵ y para el autor del delito. Ante esto, es relevante comprender qué se entiende por delito consumado.

Un delito está **consumado** únicamente cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo delictivo, esto es, cuando el bien jurídico objeto de la tutela penal ha sido ya suficientemente afectado, con arreglo al alcance del respectivo tipo legal, por una lesión o puesta en peligro, aunque el agente no haya obtenido los eventuales

²⁴ Ibid, p. 322.

²⁵ Así lo expone el artículo 50 del Código Penal en su parte final: "A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado."

propósitos ulteriores que perseguía con la perpetración del delito.²⁶ Es decir, un delito se encuentra consumado en aquellos casos en que el agente realizó todos los supuestos de la ejecución típica.²⁷

No obstante, existen ciertas formas imperfectas de desarrollo del delito que generalmente son punibles y se encuentran descritas en el artículo 7 del Código Penal. Los niveles de ejecución de un delito para los efectos de su sanción son: *consumación, tentativa y frustración*.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 7 del C.P., existirá un delito **frustrado** en aquellos casos en que no se ha producido el resultado típico, porque faltan elementos causales que no consisten en actos del agente, quien ha puesto todo de su parte para que el delito se consuma, sino que por actos de terceros o fenómenos naturales. El delito se encuentra subjetivamente realizado y si no se ha consumado es por causas independientes del agente.

Un ejemplo de un delito frustrado sería el de una persona que dispara con un arma de fuego a otra, con clara voluntad homicida y en una zona vital, pero en el que la víctima no fallece producto de la oportuna atención médica. El agente que disparó sería autor del delito de homicidio frustrado, pues el delito no se consumó producto de causas independientes a su voluntad.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 7 del C.P. señala que habrá **tentativa** en aquellos casos en que el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

La distinción entre el nivel o grado de ejecución del delito cobra relevancia al momento de determinar la pena, pues a cada uno de estos niveles de ejecución le corresponde una pena distinta.²⁸

²⁶ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. op. cit., p. 368.

²⁷ Situación distinta al agotamiento, es decir, que se hayan logrado los propósitos posteriores que buscaba el agente con la perpetración del delito. Por ejemplo, Si un sujeto hurtara un paquete de fideos en un supermercado, la consumación acaecería con el apoderamiento con ánimo de lucro y apropiación, no importando si el sujeto cocinó los fideos y se los comió o si obtuvo un beneficio pecuniario con este (propósito delictivo).

²⁸ En el caso de las faltas, las reglas indicadas en este párrafo no son aplicables. Toda vez que de acuerdo con el artículo 9 del Código Penal, las faltas se castigarán únicamente cuando están consumadas. Teniendo como

De esta manera, de acuerdo con el artículo 50 del Código Penal, al delito **consumado** le corresponde la pena que la ley prescribe para el tipo penal respectivo.

Por ejemplo, el artículo 391 N°2 del Código Penal establece que el delito de homicidio simple, es decir aquel en que no se presentan ninguna de las circunstancias del artículo 390 o 391 N°1, será penado con presidio mayor en su grado medio. Por lo tanto, en caso de encontrarse consumado el homicidio, se aplicará al autor de éste la pena de presidio mayor en su grado medio

Según el artículo 51 del Código Penal, a los autores de crimen o simple delito **frustrado** se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por ley para el crimen o simple delito.

En los casos en que el delito se encuentre frustrado, de acuerdo con este artículo, corresponderá aplicar la pena señalada para el delito consumado rebajada en un grado, por ejemplo, en el caso de que el homicidio simple se encontrase frustrado, la pena a aplicar al autor del delito frustrado de homicidio simple sería la de presidio mayor en su grado mínimo.

Finalmente, si el delito se encuentra **tentado**, de acuerdo con el inciso primero del artículo 52 del Código Penal, a los autores del crimen o simple delito corresponderá imponérseles la pena inferior en dos grados a la pena contemplada para el delito consumado, es decir, la pena inferior en un grado al delito frustrado.

Siguiendo el mismo ejemplo, al autor del delito de homicidio simple en grado tentado le corresponderá la pena de presidio menor en su grado máximo.

1.2.3 Forma de participación en el delito

Otro de los elementos que debe tomar en cuenta el tribunal al momento de determinar la pena es la forma en que participaron los agentes en el hecho punible. De acuerdo con el artículo 14 del Código Penal, se podrá tomar participación y ser responsable criminalmente de los delitos de tres formas: como *autor, cómplice o encubridor*.

excepción el hurto falta contenido en el artículo 494 bis, el que se castigará tanto en caso de que se encuentre tentado o frustrado, conforme a las reglas generales.

Al igual que en el caso de los distintos niveles de ejecución alcanzados por el delito, la distinción entre las formas de participación toma relevancia al momento de determinar la pena, pues a cada uno de estos modos de participación les corresponde una pena distinta.

El Código Penal, en sus artículos 15, 16 y 17 se encarga de definir las distintas formas de participación:

El artículo 15 del C.P. manifiesta que serán **autores** de un delito no solo quienes tomen parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa o impidiendo que se evite, sino que también quienes fuercen directamente a otro a ejecutarlo o quienes, concertados para su ejecución, faciliten los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Tal como ocurre con los delitos consumados, según el artículo 50 del Código Penal, a los autores del delito se impondrá la pena que para este se hallare señalada por ley, por ejemplo, el artículo 342 N°1 del C.P. castiga con presidio mayor en su grado mínimo a aquel que maliciosamente causare un aborto ejerciendo violencia a la mujer embarazada. De esta manera, al autor de dicho delito le corresponde la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Por su parte, el artículo 16 del C.P. define como **cómplices** a los que, no hallándose comprendidos en la hipótesis de autor del artículo 15 del C.P., cooperen a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Al cómplice de un crimen o simple delito consumado le corresponderá la pena inferior en un grado.²⁹ Así lo señala el artículo 51 del C.P.: “A los autores de crimen o simple delito frustrado y a **los cómplices de crimen o simple delito consumado**, se impondrá la *pena inmediatamente inferior en grado* a la señalada por la ley para el crimen o simple delito.”

Por ejemplo, en el mismo caso anterior, la pena a aplicar al cómplice del delito consumado de aborto contemplado en el artículo 342 N°1 del C.P. sería la de presidio menor en su grado máximo.

²⁹ En el caso de las faltas, de acuerdo con el artículo 498 del C.P., los cómplices serán castigados con una pena que no exceda de la mitad de la que corresponda a los autores.

Finalmente, los **encubridores** están definidos en el art. 17 del C.P., como quienes con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos descritos en el art. 17 del C.P.³⁰

Al encubridor de un crimen o simple delito consumado le corresponderá la pena inferior en dos grados. Esto según el artículo 52 inc. 1° del C.P., que señala: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a **los encubridores de crimen o simple delito** consumado, se impondrá la *pena inferior en dos grados* a la que señala la ley para el crimen o simple delito.”

Siguiendo el mismo ejemplo anterior, al encubridor del delito consumado de aborto contemplado en el artículo 342 N°1 del C.P. le correspondería la pena de presidio menor en su grado medio.

Antes de continuar con los demás elementos que el tribunal deberá examinar al momento de determinar la pena a aplicar en el caso concreto, es necesario dejar claro que las reglas mencionadas tanto para los niveles de ejecución alcanzados y las formas de participación en el delito deben tener una aplicación conjunta, es decir, se deberán bajar tantos grados como corresponda teniendo en cuenta ambos factores simultáneamente.

Lo anterior se ve reflejado en los artículos 52, 53 y 54 del Código Penal. De acuerdo con dichos artículos, la pena a aplicar a un cómplice de un delito frustrado será la *inferior en dos grados* la prescrita por la ley al autor del delito consumado y será la *inferior en tres grados* en caso de que el delito se encuentre tentado (art. 52 C.P).

Mientras que al encubridor de un delito frustrado le corresponderá la pena *inferior en tres grados* a la prescrita por la ley al autor del delito consumado (art. 53 C.P) y la *inferior en cuatro grados* en caso de que el delito se encuentre tentado (art. 54 C.P).

A modo de ejemplo, teniendo en cuenta que el artículo 391 N°2 del C.P. asigna la pena de presidio mayor en su grado medio al autor del delito consumado de homicidio

³⁰ De acuerdo con la redacción del art. 17 del C.P., en el caso de las faltas la participación de los encubridores no es punible, limitando la aplicación de esta figura solo a los crímenes y simples delitos.

simple, en el caso de que el homicidio se encontrare frustrado, al autor le correspondería la pena de presidio mayor en su grado mínimo, al cómplice la pena de presidio menor en su grado máximo y al encubridor la pena de presidio menor en su grado medio. Si en cambio, el homicidio simple se encontrare tentado, al autor le correspondería la pena de presidio menor en su grado máximo, al cómplice la pena de presidio menor en su grado medio y al encubridor la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Las reglas antes mencionadas, tanto para los niveles de ejecución como para las formas de participación en el delito, serán aplicables siempre que la ley no haya determinado una sanción diferente, en dichos casos se deberá seguir lo preceptuado por esa ley, así lo establece el artículo 55 del Código Penal.³¹

Un ejemplo claro de lo anterior lo encontramos en el artículo 450 del Código Penal, el cual estipula que el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa.

1.2.4 Circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes

Luego de determinar la pena que la ley le asigna al delito y bajar los grados pertinentes a la pena, de acuerdo con el tipo de intervención que el sujeto tuvo en el delito y a la etapa de ejecución que alcanzó este, procede analizar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y su importancia en el ejercicio de determinar la pena concreta para cada caso.

Tanto las reglas que se indicarán acá, como el artículo 69 del C.P. relativo a la extensión del mal causado que se analizará con posterioridad, forman gran parte del arsenal con el que contará el tribunal para desenvolverse en la mencionada fase de *individualización judicial de la pena* y serán precisamente estas normas las principales afectadas con las nuevas leyes que introducen modificaciones a determinados delitos que se analizarán en el siguiente capítulo.

³¹ El art. 55 del C.P. expone: “Las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.

Primeramente, es necesario entender qué se entienden por circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Las *circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal* son un conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales esta atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo.³²

Las circunstancias modificatorias se dividen en circunstancias atenuantes, enumeradas en el artículo 11 del C.P., y en circunstancias agravantes, descritas en el artículo 12 del C.P. El Código Penal, en sus artículos 62 y siguientes se encarga de regular extensivamente la manera en que influirán o no la concurrencia de agravantes y atenuantes en un hecho delictual determinado.³³

En primer lugar, es necesario determinar si el delito del que se busca determinar esta sancionada con penas divisibles o indivisibles:

1.2.4.1 Atenuantes y agravantes en delitos sancionados con penas indivisibles

En caso de que el delito esté sancionado con una pena indivisible, pueden acaecer dos situaciones:

a) El delito tiene una única pena indivisible (art. 65)

El artículo 65 del Código Penal regula expresamente esta situación, señalando que en caso de que el delito tenga como única pena una pena indivisible, esta se aplicará *“sin consideración a las circunstancias agravantes que concurran en el hecho”*. En cambio, si concurren dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante *“podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados”*. Por ejemplo, un delito penado con la pena de presidio perpetuo simple en el que se cumplan los mencionados requisitos podría aplicarse una pena de presidio mayor en su grado máximo o presidio mayor en su grado medio.

b) El delito tiene una pena compuesta de dos penas indivisibles (art. 66)

³² CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p. 471.

³³ El art. 62 del C.P. señala: “Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes”.

Para los delitos cuya sanción se encuentre compuesta de dos penas indivisibles encontramos las reglas en el artículo 66 del Código Penal, según el cual, habrá que distinguir si:

- **No concurren circunstancias agravantes ni atenuantes:** el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena, es decir, aplicar cualquiera de las dos penas indivisibles.
- **Concorre una circunstancia atenuante y ninguna agravante:** el tribunal deberá “aplicarla en su grado mínimo”, es decir, deberá imponerse la pena más baja de los dos grados que la integran.
- **Concurren varias circunstancias atenuantes y ninguna agravante:** el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados en la ley, “según sea el número y entidad de dichas circunstancias”.
- **Concorre una circunstancia agravante y ninguna atenuante:** el tribunal la “impondrá en su grado máximo”, es decir, deberá imponerse la pena más alta de los dos grados que la componen.
- **Concurren varias circunstancias agravantes y ninguna atenuante:** en este caso el tribunal también deberá imponer la pena más alta de los dos grados que la componen. Lo anterior por dos razones: (i) en primer lugar, el artículo 66 no se refiere a esta situación, por lo que se entiende que no podrá aumentarse la pena; y (ii) el artículo señala: “si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo”, por lo que de la redacción se desprende que es indiferente el hecho de que concurren solo una o una multitud de circunstancias agravantes, bastaría que concurre una circunstancia agravante y ninguna atenuante para tener el tribunal que imponer la pena más alta de los dos grados que la integran.
- **Concurren circunstancias atenuantes y agravantes de forma simultánea:** el tribunal deberá compensar racionalmente unas y otra, graduando el valor de una y de otras.

1.2.4.2 Atenuantes y agravantes en delitos sancionados con penas divisibles

En caso de que el delito esté sancionado con penas divisibles, también pueden acaecer dos situaciones:

a) El delito tiene asignado como sanción un solo grado de una pena divisible (art. 67)

El artículo 67 del Código Penal regula expresamente esta situación, habrá que distinguir si:

- **No concurren circunstancias agravantes ni atenuantes:** el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena, por ejemplo, en un delito castigado con presidio menor en su grado máximo el tribunal podrá imponer una pena entre 3 años y 1 día a 5 años de presidio, en el caso de que no concurren circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.
- **Concurre solo una circunstancia atenuante y ninguna agravante:** el tribunal aplicará el “*mínimum*” de la pena, es decir, se aplicará la pena en su mínimo.
- **Concurre solo una circunstancia agravante y ninguna atenuante:** el tribunal aplicará el “*máximum*” de la pena, es decir, se aplicará la pena en su máximo.

De acuerdo con el artículo 67 del C.P., para determinar en tales casos el *mínimum* y el *máximum* de la pena, se tendrá que dividir por la mitad el período de su duración; la parte más alta formará el *máximum* y la más baja el *mínimum*. Para esto es necesario convertir la pena a días y aplicar la siguiente operación aritmética: restar al máximo de días la duración del mínimo de días que esta tiene, luego dividir en dos la diferencia y al cociente sumarle el mínimo de días de duración de la pena. El resultado obtenido equivaldrá a la mitad de la sanción, lo sobrante al máximo y lo que está bajo ella equivaldrá al mínimo.

A modo de ejemplo y para ilustrar con mayor claridad lo previamente señalado, el delito de homicidio simple del artículo 391 N°2 tiene como pena

presidio mayor en su grado medio, es decir, entre 10 años y 1 día y 15 años. En primer lugar, es necesario convertirlo en días, quedando en una pena que va desde los 3651 días a los 5475 días. Luego, se restará al máximo de días (5475) la duración del mínimo (3651) lo que da 1824, dicho resultado lo dividimos en 2, dando un total de 912, al que luego le sumamos el mínimo de días, obteniendo como resultado final 4563 días. Este resultado equivaldrá a la mitad de la sanción, por lo tanto, el mínimo para el delito de homicidio simple, contemplado en el artículo 391 N°2, será de 3651 días (10 años y 1 día) a 4563 días (12 años y 183 días), mientras que el máximo, será de 4563 días (12 años y 183 días) a 5475 días (15 años).

- **Concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante:** el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.
- **Concurren dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante:** el tribunal podrá aplicar la pena superior en un grado.
- **Concurren circunstancias atenuantes y agravantes de forma simultánea:** el tribunal deberá compensar racionalmente unas y otra, graduando el valor de una y de otras.

b) El delito tiene asignado como sanción una pena compuesta de dos o más grados (at. 68)

En los casos en que la ley disponga como sanción una pena que conste de dos o más grados, compuesta por una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o bien, por diversos grados de penas divisibles, habrá que distinguir si:

- **No concurren circunstancias agravantes ni atenuantes:** el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena. A modo de ejemplo, el delito de falsificación de instrumento público (art. 194 Código Penal) se castiga con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, por lo que, en caso de no concurrir circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, el

tribunal podrá recorrer la pena en toda su extensión, es decir, imponer una pena entre 541 días y 5 años.

- **Concorre solo una circunstancia atenuante y ninguna agravante:** el tribunal no podrá aplicar el grado máximo de la pena. Siguiendo el ejemplo de un delito de falsificación de instrumento público, si el autor tuviese irreprochable conducta anterior (art. 11 N°6) el tribunal no podría aplicar el grado máximo de la pena (en este caso presidio menor en su grado máximo), por lo que deberá imponer una pena entre 541 días y 3 años (presidio menor en su grado medio).
- **Concorre solo una circunstancia agravante y ninguna atenuante:** el tribunal no podrá aplicar el grado mínimo de la pena. Siguiendo el mismo ejemplo anterior, si el autor hubiese cometido el delito mediante precio, recompensa o promesa (art. 12 N°2) el tribunal no podría aplicar el grado mínimo de la pena (en este caso presidio menor en su grado medio), por lo que deberá imponer una pena entre 3 años y 1 día y 5 años (presidio menor en su grado máximo).
- **Concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante:** el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias. Es decir, en un delito como la violación (art. 361 Código Penal), que se sanciona con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, podría reducirse hasta presidio menor en su grado mínimo en caso de concurrir una variedad de circunstancias atenuantes y ninguna agravante (en la medida que su número y entidad así lo justifiquen).
- **Concurren dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante:** el tribunal podrá imponer la pena inmediatamente superior en un grado al máximo de los designados por la ley. Por ejemplo, a un autor de violación (art. 361 Código Penal), que hubiese obrado con auxilio de gente armada (art. 12 N°11) y en ocasión de un naufragio (art. 12 N°10), el tribunal podría imponerle una sanción superior en un grado al máximo, subiendo la pena originalmente de presidio mayor en su grado mínimo a medio (5 años y 1 día a 15 años)

hasta la pena de presidio mayor en su grado máximo (15 años y día a 20 años).

- **Concurren circunstancias atenuantes y agravantes de forma simultánea:** el tribunal deberá compensar racionalmente unas y otra, graduando el valor de una y de otras.

Importante tener presente que tanto en este caso, como en los dos anteriores en donde el Código Penal menciona la compensación racional (art. 66 y 67), no bastará con una suma aritmética, sino que las circunstancias deberán ser pesadas por el tribunal, quien fundamentará esta decisión en su fallo.

De esta manera opinan Politoff, Matus y Ramírez: “En efecto, mientras buena parte de la jurisprudencia se limita, en el día a día, a sumar y restar atenuantes y agravantes, y trabajar con el resultado de tales operaciones (2 atenuantes y 1 agravante, compensadas, daría como resultado una sola atenuante y ninguna agravante), es preciso tener en cuenta que la expresión "racional" parece significar que la compensación no consiste solo en una operación de suma y resta de circunstancias; que, en general, una interpretación sistemática de las reglas del Código Penal conduce a atribuir un mayor peso a las atenuantes que a las agravantes; y que, evidentemente, esta decisión debe fundamentarse en el fallo, aunque su resultado no resulte atacable por la vía de la nulidad”.³⁴

Las reglas expuestas con anterioridad tienen un carácter general, sin embargo, existen reglas especiales que corresponde aplicar en situaciones específicas. Tal es el caso del artículo 68 bis del Código Penal, que establece que el tribunal quedará facultado para imponer la pena inferior en un grado en aquellos casos en que solo concorra una *atenuante muy calificada*, por lo que la existencia de una circunstancia agravante o alguna otra atenuante imposibilitarían la aplicación de este artículo. Sin embargo, al no definirse lo que comprende una atenuante “*muy calificada*” el tema ha dado para discusión.

1.2.4.3 Circunstancias agravantes que no producen efectos de aumentar la pena

El artículo 63 del Código Penal expone tres escenarios distintos en que las circunstancias agravantes no producen el efecto de aumentar la pena y, por ende, no tienen

³⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. op. cit., p. 531.

efecto como tales por lo que no se les deberá considerar al momento de aplicar las reglas previamente mencionadas.³⁵ De acuerdo con este artículo, dichos escenarios son:

a) ***Circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por ley:***

Esta hipótesis es una aplicación directa del principio *non bis in ídem*, ya que en caso de considerarse dichas circunstancias como agravantes se estaría valorando dos veces el mismo hecho, como delito y como agravante. Ejemplos de esta situación encontramos en la circunstancia agravante del artículo 12 N°3 del C.P. en relación con el delito de incendios y estragos contemplado en el artículo 474 del C.P. y siguientes o bien, la agravante del artículo 12 N°14 del C.P. con el delito de quebrantamiento sancionado en el artículo 90 del C.P.

b) ***Circunstancias agravantes que la ley ha comprendido al describir y penar el delito:***

Se refiere a aquellos tipos penales que en su descripción legal comprende a la agravante como uno de sus elementos típicos.³⁶ Ejemplos de esta situación son la circunstancia de parentesco del artículo 13 del Código Penal que se encuentra inmersa en tipos penales como el parricidio (art. 390 del C.P.) o el incesto (art. 375 del C.P.). Así como también la agravante de ejecutar el delito mediante fractura o escalamiento en lugar cerrado, contemplada en el artículo 12 N°19 del C.P., es una circunstancia que constituye un elemento típico de los delitos de robo en lugar habitado (art. 440 N°1 del C.P.) y en lugar no habitado (art. 442 N°1 y N°2 del C.P.).

c) ***Circunstancias agravantes que son de tal manera inherentes al delito que sin su concurrencia no pueden cometerse:***

Según Garrido Montt esta modalidad se diferencia de la hipótesis anterior, porque en ella no se describe la agravante como elemento del tipo penal, sino que, por la naturaleza del delito o por los accidentes facticos que sobrevinieron en su ejecución

³⁵ El art. 63 del C.P. dispone: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que esta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse".

³⁶ GARRIDO MONTT, Mario. op. cit., p. 328.

material, la agravante pasa a ser abarcada³⁷ La mayoría de la doctrina sostiene que este supuesto comprende dos situaciones diferentes:

En primer lugar, puede ocurrir que la inherencia de la circunstancia agravante a la realización del delito se encuentre *implícita en el tipo penal, aunque no se haya incorporado expresamente en su descripción*. Dicha situación ocurriría en los delitos funcionarios, en relación con la circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N°8 del C.P., consistente en la de prevalerse el autor de su carácter público. Así como también en el delito de apropiación indebida (art. 470 N°1 del C.P.) delito que contiene implícitamente la circunstancia agravante del abuso de confianza (art. 12 N°7 del C.P).

En segundo lugar, puede ocurrir que la inherencia de la circunstancia agravante a la realización del hecho punible *no esté implícita en el tipo legal, pero derive de las circunstancias concretas en que se comete el delito, ya que el autor no tiene otra forma de perpetrarlo sino configurándola*. Un ejemplo los encontramos en el delito de infanticidio (art. 394 del C.P.), en este delito la agravante de obrar con alevosía del artículo 12 N°1 del C.P. se entiende inherente al delito, pues al ser la víctima un menor de no más de cuarenta y ocho horas de vida es algo inevitable e independiente de la voluntad del autor el hecho de estar obrando sobre seguro.

1.2.4.4 Comunicabilidad de las circunstancias atenuantes y agravantes

El artículo 64 del Código Penal se encarga de regular la materia de la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal entre los intervinientes de un hecho delictual, en este artículo distingue entre dos grupos de circunstancias: *las personales o subjetivas y las materiales u objetivas*.³⁸

a) Circunstancias personales o subjetivas:

Reguladas en el inciso 1° del art. 64 del C.P., estas circunstancias no se comunican entre los intervinientes, solo podrán agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren. Son personales (o

³⁷ Ibid, p. 329.

³⁸ Ibid, p. 330.

subjetivas) aquellas que consistan en la disposición moral del delinciente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal.

b) Circunstancias materiales u objetivas:

Por otra parte, las circunstancias materiales (u objetivas) se encuentran reguladas en el inciso 2° del art. 64 del C.P. y son entendidas como aquellas que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo. Estas circunstancias se comunicarán únicamente entre quienes tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

1.2.5 El mal causado por el delito

Finalmente, además del número de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, el tribunal deberá analizar y valorar la gravedad del mal causado por el delito.

El artículo 69 del Código Penal así lo dispone, señalando que: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y *a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito*”.

Al no establecer la ley reglas para hacerlo, se dejará a criterio del tribunal, el que primeramente apreciará la entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico protegido y a continuación los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito, sin perjuicio de que no hayan sido considerados por el legislador al describir el tipo penal.³⁹

Ante esta situación Cury señala que:

“[C]uando la lesión o peligro en que consiste el resultado externo del hecho punible admite graduación, aquí debe ser considerado, en primer lugar, su nivel (así, por ejemplo, la cuantía de la estafa, la malversación, los estragos o los daños). Asimismo, tienen que tomarse en cuenta las otras consecuencias dañosas causadas directamente por la conducta sancionada, aunque no formen parte del tipo respectivo (muerte del bombero ocasionada por el incendio, descrédito de la víctima provocado por las injurias,

³⁹ Ibid, p. 325.

entidad del perjuicio patrimonial experimentado por el tenedor de cheques sin fondos, etc.)”.⁴⁰

Es en este artículo 69 que encontramos una clara distinción entre las etapas de determinación de la pena mencionadas a lo largo de este trabajo, pues una vez realizadas las operaciones derivadas de las reglas antes estudiadas, el tribunal podrá individualizar judicialmente la pena, determinando de manera exacta la cuantía de la pena dentro de los límites de cada grado, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal causado.

La magnitud de estas facultades otorgadas a los tribunales puede llegar a ser significativa. Ejemplo de esto es que en el caso de un delito como el de sustracción de menores, regulado en el art. 142 N°2 del C.P., en caso de no concurrir circunstancias modificatorias el rango de pena a aplicar iría desde los 10 años y 1 día hasta los 20 años.

Sin embargo, Politoff, Matus y Ramírez, opinan que:

“[P]ese a la importancia que se la ha asignado a esta disposición por la doctrina nacional, nuestros tribunales tienden a hacer escasa aplicación de ella, limitándose, por regla general, a aplicar en la mayor parte de los casos el mínimo del grado de la pena resultante de las reglas anteriores, sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna, la entidad que les atribuye o la extensión del mal que se estima causado, de acuerdo al mérito del proceso, o de la forma en que todos estos factores se han conjugado en su pensamiento para llevarlo a la determinación precisa de la pena impuesta, a pesar de la inobjetable obligatoriedad de este artículo y de los reclamos que por una individualización judicial razonada y fundamentada hace nuestra doctrina”.⁴¹

⁴⁰ CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p. 770.

⁴¹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. op. cit., p. 537.

2. REGLAS ESPECIALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Luego de haber desarrollado las reglas generales de determinación de la pena en nuestro ordenamiento jurídico, se analizarán a continuación tres leyes que vienen a introducir modificaciones a la regulación de determinados delitos, poniendo énfasis en la manera en cómo cada una de estas altera la aplicación de algunas normas generales estudiadas en el capítulo anterior, presentando cada una de estas leyes sus reglas propias para lograr determinar la pena en los delitos que se encargan de regular.

2.1 Ley N°20.770 o Ley “Emilia” que modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o con resultado de muerte

El día 16 de septiembre del año 2014 entró en vigencia la Ley N°20.770 que modifica la ley del tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o con resultado de muerte, conocida popularmente como Ley Emilia.

Su proyecto de ley obtuvo un vasto alcance mediático, principalmente a causa del fallecimiento de una menor de nueve meses de edad, como víctima de un accidente automovilístico ocasionado por la conducción en estado de ebriedad del chofer que la impactó, siniestro que sirvió como antecedente clave para dar origen a esta ley y que permitió que esta se aprobara dentro del mismo año en que ingresó oficialmente el proyecto al congreso. Así, la Ley N°20.770 busca principalmente endurecer el tratamiento de los delitos de manejo en estado de ebriedad, entre otras modificaciones.

Dentro de las reformas que esta ley introduce a la Ley del Tránsito N°18.290 (en adelante “L.T.” o “Ley del Tránsito”) y a otros cuerpos normativos, encontramos: la modificación de la obligación de detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad en los casos de accidentes de tránsito en que se producen lesiones o muerte (art. 176 L.T.); la creación del delito de negativa injustificada de someterse a pruebas o exámenes científicos para establecer presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en su cuerpo (art. 195 bis L.T.); la modificación de la pena aplicable al quebrantamiento de la suspensión o inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica o animal (art. 209 L.T.); la modificación de la norma sancionatoria aplicable al

delito de manejo en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas con resultado de lesiones graves gravísimas o muerte (art. 196 inc. 3° L.T.); el establecimiento de reglas especiales de determinación de la pena (art. 196 bis L.T.); la suspensión durante un año de la ejecución de la pena sustitutiva impuesta e inaplicabilidad de la regla de omisión y eliminación de antecedentes del art. 38 de la Ley N°18.216 (art. 196 ter LT); entre otras.⁴²

Si bien esta memoria hará énfasis en el establecimiento de reglas especiales de determinación de pena, contenidas en el art. 196 bis L.T., es necesario hacer una breve referencia a una las normas más emblemáticas y controvertidas que introdujo la Ley N°20.770. Me refiero al art. 196 ter L.T. relativo a la imposición de penas sustitutivas, que ha generado discusión y ha sido objeto de fallos por parte del Tribunal Constitucional.⁴³

Sin entrar en mucho detalle, la modificación principal que se introdujo con el art. 196 ter L.T. establece que, respecto del delito previsto en el inc. 3° del art. 196, se suspenderá durante un año la ejecución de la pena sustituta respectiva, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado. Por ejemplo, si un sujeto es condenado por el delito previsto en el inc. 3° del art. 196 L.T. y se le impone la pena de libertad vigilada intensiva por un plazo de 3 años y un día, de acuerdo con el art. 196 ter L.T. se suspenderá la ejecución de la pena sustitutiva por un año y durante ese tiempo el condenado deberá cumplir la pena privativa de libertad.

Si bien la discusión sobre este artículo excede los límites de esta memoria, es importante mencionarlo pues de alguna manera sigue el espíritu de las reformas analizadas a lo largo de esta memoria, ya que la principal razón de la existencia del art. 196 ter es asegurar el cumplimiento de pena efectiva.

⁴² RAMOS Pérez, César y MARDONES Vargas, Fernando. *Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.770 ("Ley Emilia") a la Ley del Tránsito y al Decreto Ley N°321*. Minuta N°15/2014, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional. Diciembre, 2014. pp. 1-2. Disponible en: https://www.academia.edu/27304545/An%C3%A1lisis_de_las_modificaciones_introducidas_por_la_ley_N_20.770_Ley_Emilvia_a_la_Ley_del_Tr%C3%A1nsito_y_al_Decreto_Ley_N_321_Minuta_N_15_2014_Diciembre_Departamento_de_Estudios_Defensor%C3%ADa_Nacional [visitado el 28-07-2018]

⁴³ Ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia rol N°2983-16 del Tribunal Constitucional, de fecha 13 de diciembre de 2016, en donde se acoge parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 195, 195 bis y 196 ter de la Ley N°18.2290, decretando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para el caso concreto, de la segunda parte del inciso 1° del art. 196 ter de la Ley de Tránsito, que dispone "Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado".

Al respecto, Tatiana Vargas, comentando una sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable la segunda parte del inc. 1° del art. 196 ter L.T., señala:

“Con esta regla se cierra finalmente la conocida “puerta giratoria”, al menos en ciertos delitos relativos al tráfico vial. La fuerza de esta consigna ya se advirtió respecto de siguientes reformas penales. Primero, destaca la modificación a los delitos de la Ley de Control de Armas por la Ley N°20.813 de 2015, que impide la sustitución de penas. El mismo camino toma la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia N°20.931 para los delitos de robo, hurto o receptación. Ambas legislaciones se refieren a delitos de relevancia pública y acogen igualmente otra de las modificaciones de la Ley Emilia: la restricción de reglas de determinación de penas que impiden subir y bajar la sanción por la concurrencia de atenuantes y agravantes según reglas generales. La señal es clara, la pena no solo se cumplirá efectivamente, sino que tampoco se alterará por circunstancias modificatorias”.⁴⁴

2.1.1 Establecimiento de reglas especiales de determinación de la pena (art. 196 bis L.T.)

Como ya se adelantó, una de las principales modificaciones realizadas por la Ley N°20.770 fue la incorporación del nuevo artículo 196 bis a la Ley del Tránsito. Dicho artículo establece reglas especiales para la determinación de la pena del delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o, con resultado de muerte.⁴⁵

⁴⁴ VARGAS Pinto, Tatiana. “Freno al declive de las penas sustitutivas y otros riesgos asociados a una legislación efectista”. En: *Sentencias Destacadas 2016* por Tatiana Vargas et al, Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, 2017. pp. 97-98.

⁴⁵ El art. 196 bis L.T. señala: “Para determinar la pena en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y, en su lugar, aplicará las siguientes reglas:

1.- Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla.

2.- Si, tratándose del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

3.- Si, tratándose del delito establecido en el inciso cuarto del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado mínimo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo. Para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se dividirá por mitad el período de su duración: la más alta de estas partes formará el máximo y la más baja el mínimo.

4.- Si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

De acuerdo con el art. 196 bis L.T., el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del C.P. para determinar la pena en los casos previstos en los incisos 3° y 4° del art. 196, y en su lugar aplicará las reglas especiales que el mismo artículo se encarga de enumerar.

En contraste con las demás leyes que se analizarán en este capítulo, los delitos que ven alterada la aplicación de algunas normas de determinación judicial de la pena (art. 67, 68 y 68 bis del C.P.) son más escasos. Los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196 de la Ley del Tránsito fueron incisos modificados por la Ley N°20.770 y ambos se refieren al delito de conducción en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, causando lesiones graves gravísimas o, con resultado de muerte (art. 196 inc. 3° L.T).

La diferencia es que el inciso 4° del artículo 196, establece una figura agravada del mismo delito, señalando tres casos en que se aplicará el máximo o el grado máximo de la pena al autor del delito descrito en el inciso 3° del art. 196. Dichas circunstancias son las siguientes:

- a) Autor condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en el artículo 196 de la Ley del Tránsito, salvo que a la fecha hubieren transcurrido los plazos establecidos en el artículo 104 del Código Penal⁴⁶ respecto del hecho que motiva la condena anterior.
- b) Delito cometido por conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes y actuó en el ejercicio de sus funciones.
- c) Autor condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada, o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados.

5.- El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley. Con todo, podrá imponerse la pena inferior en un grado si, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 del Código Penal, concurriere la mayor parte de sus requisitos, pero el hecho no pudiese entenderse exento de pena”.

⁴⁶ El artículo 104 del Código Penal establece plazos para la prescripción de las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12 del C.P. (relativas a la reincidencia). Este artículo dispone que no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de 10 años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de 5 años, en los casos de simples delitos.

Adicionalmente, las reglas contenidas en el art. 196 bis L.T. se aplicarán para efectos de determinar la pena prevista en el inciso 3° del art. 195 L.T., este artículo regula el incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones⁴⁷, siempre que sean lesiones graves gravísimas (N°1 del art. 397 C.P.) o se produjese la muerte de alguna persona.

Así como también se aplicarán para los efectos de determinar la pena prevista en el inciso 2° del art. 195 bis L.T., que regula la negativa injustificada del conductor que hubiese intervenido en accidentes que produzca lesiones graves gravísimas o la muerte de una persona, a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el artículo 183 de esta ley para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o la presencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas, conjuntamente con la prohibición de realizar cualquier maniobra que altere sus resultados o la dilación de su práctica con el mismo efecto.

De esta manera, el delito de conducción en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, causando lesiones graves gravísimas o, con resultado de muerte; tanto en su figura simple (art.196 inc. 3° L.T.) como agravada (art. 196 inc. 4° L.T.), el incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad del art. 195 L.T. y cualquiera de los delitos comprendidos en el inciso 2° del art. 195 bis L.T, deberán atenerse a las cinco reglas especiales de determinación de la pena comprendidas en el artículo 196 bis de la Ley del Tránsito.

Las reglas contenidas en el art. 196 bis L.T. establecen la manera en que el tribunal deberá actuar al momento de determinar la pena en los delitos ya mencionados, señalando incluso en algunos casos la pena específica a aplicar dependiendo del número de circunstancias modificatorias presentes.

A raíz de esto último, para poder comprender el efecto de las reglas presentes en el art. 196 bis L.T. es preciso señalar cuáles son las penas que la Ley del Tránsito le asigna a

⁴⁷ De acuerdo con César Ramos y Fernando Mardones, la punibilidad de esta omisión exige la no realización de tres conductas (detener la marcha, prestar ayuda y dar cuenta a la autoridad), copulativamente, no bastando en consecuencias para la consumación del hecho, la omisión de una sola de ellas. Véase en RAMOS Pérez, César y MARDONES Vargas, Fernando. op. cit., pp. 25-26.

cada uno de los delitos que se ven regidos por estas normas especiales de determinación de la pena:

- a) De acuerdo con el **inciso 3° del artículo 196 L.T.**, en el caso de que el delito tenga como consecuencia una de las lesiones indicadas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal (lesiones graves gravísimas) se impondrá la pena de *presidio menor en su grado máximo*, y en el caso de que tenga como consecuencias la muerte de alguna persona, la pena a imponer será la de *presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo*.⁴⁸
- b) Por su parte, el **inciso 4° del artículo 196 L.T.**, sanciona la figura agravada del delito comprendido en el inciso anterior, estableciendo que al autor del delito previsto en el inciso 3° del art. 196 se le impondrá el máximo o el grado máximo de la pena corporal allí señalada siempre que se cumplan las circunstancias señaladas en este inciso.

Así, en el caso de que el delito tenga como consecuencia lesiones graves gravísimas se impondrá el *máximo de la pena de presidio menor en su grado máximo*, y en el caso de que tenga como consecuencias la muerte de alguna persona, la pena a imponer será la de *presidio mayor en su grado mínimo*.⁴⁹

- c) Tanto el **inciso 3° del art. 195 L.T** como el **inciso 2° del art. 195 bis L.T** establecen como sanción la pena de *presidio menor en su grado máximo*.⁵⁰

⁴⁸ Adicionalmente, en ambos casos se aplicarán también las penas de multa, las de inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del vehículo con el que se ha cometido el delito. Sin embargo, la aplicación de las reglas especiales de determinación de la pena que restringen la aplicabilidad de los artículos 67, 68 y 68 bis del C.P. se vincula principalmente con la determinación de la pena privativa de libertad, pues ella admite graduación en grado.

La pena de multa se determina según las reglas del art. 70 del C.P., la pena de comiso no admite graduación, rebajas o aumentos y la pena de inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica (pena reconocida explícitamente en el artículo 21 del C.P.) debido a su carácter de perpetua, constituiría a una pena indivisible, por lo que su determinación debiera sujetarse a lo dispuesto en el art. 65 del C.P. De esta manera, estas penas resultarían impertinentes y no estarían sujetas a la regulación especial que introduce el artículo 196 bis. Véase en RAMOS Pérez, César y MARDONES Vargas, Fernando. op.cit., p. 16.

⁴⁹ Además, en ambos casos se aplicarán también las penas de multa respectiva, la inhabilidad perpetua para conducir vehículos motorizados y el comiso.

⁵⁰ Junto con la inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito. Sin perjuicio de los

La regla N°1 del nuevo art. 196 bis señala que: “Si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla”. Esta regla reemplaza lo dispuesto en el inciso 1° de los artículos 67 y 68 C.P., en los mismos términos, por lo que no hay variación alguna.

Lo mismo ocurre con la regla N°4 del art. 196 bis L.T., según la cual en el casos en que concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras (de igual manera que en el inc. final art. 67 y 68 C.P).

Tratándose del delito previsto en el inciso 3° del artículo 196 L.T., la regla N°2 dispone que, si concurren **una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante**, el tribunal impondrá la pena de *presidio menor en su grado máximo*. Mientras que en el caso de que concurren **una o más agravantes y ninguna atenuante**, el tribunal aplicará la pena de *presidio mayor en su grado mínimo*.

Para exponer el efecto que produce de esta regla especial de determinación de pena, en comparación a las reglas generales presentes en el Código Penal que se dejan de aplicar a causa del art. 196 bis, es preciso observar el siguiente cuadro:

Delito de conducción en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (inc. 3° art. 196 L.T).	Resultado de lesiones graves gravísimas o muerte. (aplicando art. 196 bis)	Resultado de lesiones graves gravísimas. (aplicando art. 67 C.P)	Resultado de muerte. (aplicando art. 68 C.P.)
Concurre solo una circunstancia atenuante y ninguna agravante.	Presidio menor en su grado máximo.	Mínimum de la pena presidio menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado máximo.
Concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante.	Presidio menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado medio o mínimo (según sea el número y entidad de atenuantes)	Presidio menor en su grado medio, presidio menor en su grado mínimo o prisión en su grado máximo (según sea el número y entidad de atenuantes)

derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal.

Concorre solo una circunstancia agravante y ninguna atenuante.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Máximo de la pena presidio menor en su grado máximo.	El tribunal podrá imponer la pena de presidio mayor en su grado mínimo.
Concurren dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante.	Presidio mayor en su grado mínimo.	El tribunal podrá imponer la pena de presidio mayor en su grado mínimo.	El tribunal podrá imponer la pena de presidio mayor en su grado medio.

Como se aprecia en el cuadro, los efectos de las modificaciones a las normas de determinación de la pena son bastante severos. Por ejemplo, teniendo en cuenta que en el inc. 3° del art. 196 L.T. se castiga con presidio menor en su grado máximo los casos en que tenga como resultado lesiones graves gravísimas, aplicando las nuevas reglas contenidas en el N°2 del art. 196 bis L.T. las atenuantes no tendrán efecto alguno y las agravantes (una o más) tienen el efecto de dos o más de ellas, pero con carácter obligatorio (obliga a aumentar la pena en un grado).

La regla N°3 del art. 196 bis L.T., señala que, tratándose del delito establecido en el inciso 4° del artículo 196 L.T., si concurren **una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante**, el tribunal impondrá la *pena en su grado mínimo*. Mientras que, si concurren **una o más agravantes y ninguna atenuante**, la impondrá *en su grado máximo*. Luego, señala que para determinar en tales casos el mínimo y el máximo de la pena, se deberá dividir por la mitad el período de su duración, siendo la más alta de estas partes el máximo y la más baja el mínimo.

Finalmente, el artículo 196 bis en su regla N°5 impone una limitación al tribunal, quien no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley. Estableciendo de esta manera la prohibición de rebasar el umbral mínimo y máximo fijado por la ley, haciendo inaplicable toda rebaja o aumento que implique una pena mayor o menor al marco penal abstracto fijado por ley.⁵¹

Sin embargo, el artículo contempla que como excepción podrá imponerse la **pena inferior en un grado** en el caso de que, tratándose de la eximente del número 11 del

⁵¹ Esta regla restringe sus efectos a las circunstancias cuya concurrencia está regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal, no comprendiendo en consecuencia a otras reglas que establecen rebajas en grado (como, por ejemplo, las rebajas relacionadas con el grado de participación o el nivel de ejecución del delito). Véase en RAMOS Pérez, César y MARDONES Vargas, Fernando. op.cit., p. 17.

artículo 10 del Código Penal, concurriere la mayor parte de sus requisitos, pero el hecho no pudiese entenderse exento de pena.⁵²

De esta manera, en caso de concurrir dicha eximente incompleta, se le dará el tratamiento de la atenuante contemplada en el artículo 11 N°1 del Código Penal⁵³ pero de una mayor intensidad, ya que faculta al tribunal a realizar una rebaja en un grado.

Lo dispuesto en esta regla quinta del art. 196 bis L.T. pareciera entrar en contradicción con uno de los escenarios retratados con anterioridad, en lo referente a la modificación introducida por las reglas de determinación de la pena del delito comprendido en el inciso 4° del art. 196, específicamente en los casos en que el delito tenga como resultado lesiones graves gravísimas y en el que concurran una o más agravantes y ninguna atenuante.

Como se mencionó, en estos casos se dispone un aumento obligatorio de la pena en un grado. Sin embargo, el numeral 5° del mismo artículo 196 bis establece una prohibición expresa de superar el umbral máximo y mínimo fijado por ley.

Frente a esta contradicción, los autores César Ramos y Fernando Mardones afirman que debe darse aplicación preferente a la regla quinta del art. 196, y consideran que el legislador ha cometido un error al disponer tal grado de pena, por sobre el marco fijado. Señalan que, de lo contrario, se estaría afirmando que una agravante de menor gravedad (lesiones graves gravísimas) tendría un efecto más potente que el provocado respecto del resultado más grave (muerte), pues en el primero la pena aumenta en un grado, y en el segundo solo se excluye el grado inferior (agravación dentro del marco).⁵⁴

⁵² El artículo 10 del Código Penal regula las circunstancias que eximen de responsabilidad Penal. Por su parte, el número 11 contiene lo que en doctrina se conoce como “estado de necesidad exculpante”, que se refiere a quien obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las cuatro circunstancias que el artículo describe.

⁵³ El artículo 11 del Código Penal dispone que son circunstancias atenuantes las expresadas en el artículo 10, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

⁵⁴ RAMOS Pérez, César y MARDONES Vargas, Fernando. op. cit., pp. 18-19.

2.2 Ley N°20.813 que modifica Ley N°17.798, de control de armas y el Código Procesal Penal

Con la entrada en vigencia de la Ley N°20.813, publicada el 06 de febrero del año 2015, se introdujeron diversas e importantes modificaciones a la Ley N°17.798 que establece el control de armas (en adelante “L.C.A” o “Ley de control de armas”). En Chile contamos con un sistema eminentemente registral, siendo la Ley N°17.798 sobre control de armas quien se encarga a regular las armas en nuestro país.

La Ley N°20.813 introdujo modificaciones a la referida ley de control de armas y a otros cuerpos normativos, dentro de las cuales están: el establecimiento de las autoridades encargadas de controlar el referido sistema y de fiscalizar a los distintos actores; se detallan los elementos que se encontrarán sujetos a control y los que estarán absolutamente prohibidos; se establece un sistema de autorizaciones e inscripciones para quienes quieran entre otras cosas tener o poseer un arma; se establecen los requisitos, conocimientos y aptitudes que debe cumplir una persona natural o jurídica para acceder a dichas autorizaciones e inscripciones⁵⁵, se introducen reglas especiales para la determinación de la pena en los delitos regulados por esta ley y en los delitos y cuasidelitos cometidos con armas o elementos sujetos a control, se establece la improcedencia de las penas sustitutivas de la Ley N°18.216, tratándose de delitos regulados por la L.C.A., o que se cometan empleando armas o elementos sujetos a control de la misma, entre otras modificaciones.

Dentro de las reformas introducidas por la Ley N°20.813 encontramos una versión más rigurosa del controvertido artículo 196 ter de la Ley del Tránsito analizado con anterioridad. La Ley N°20.813 en su art. 4 sustituye el inciso 2° del art. 1 de la Ley N°18.216 (Ley que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad) ⁵⁶, con dicha modificación se hace improcedente la aplicación de penas sustitutivas de la Ley

⁵⁵ AGUAYO Vásquez, Felipe y CÁCERES Díaz, Jorge. *Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.813 respecto de los delitos que contempla la ley de control de armas*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. p. 48.

⁵⁶ Se introduce el siguiente inciso: “No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”.

18.216, tratándose de condenados por ciertos delitos regulados por la L.C.A., o condenados por delitos o cuasidelitos empleando armas o elementos sujetos a control de dicha ley.

Al igual que el art. 196 ter L.T., el inciso 2° del art. 1 de la Ley N°18.216 ha sido víctima de discusión y declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional.⁵⁷ Sin embargo un análisis más acabado de ambos artículos excede los límites de esta memoria la no alterar el proceso del juez de determinación de la pena que se ha venido analizado a lo largo de este trabajo.

2.2.1 Determinación judicial de la pena en los delitos contenidos en la Ley N°17.798 (art. 17B L.C.A.)

Con el fin de reducir la comisión de los delitos regulados en la ley de control de armas, la Ley N°20.813 endureció el tratamiento legal dado a estos delitos y vino a introducir reglas especiales para la determinación de la pena, reglas que se encuentran contenidas en el nuevo artículo 17 B de la Ley N°17.798.

Con este artículo se alteran las normas generales de determinación judicial de la pena, estableciendo una regulación especial para los delitos comprendidos en esta ley. Así, en su inciso 2° el artículo 17 B L.C.A dispone que para determinarla la pena en los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal.

De acuerdo con esto, los delitos a los que se le aplica la restricción de la aplicación de algunas normas generales de determinación judicial de la pena son los siguientes: Organización, participación o financiamiento de milicias privadas, grupos militares o partidas militarmente organizadas y otras conductas (art. 8 L.C.A.); Tenencia ilegal de arma de fuego (art. 9 L.C.A.); Fabricación y tráfico de armas (art. 10 L.C.A.); Tenencia ilegal de arma prohibida (art. 13 L.C.A.); Porte ilegal de arma prohibida (art. 14 L.C.A.); Colocación, activación, detonación y explosión de bombas y artefactos explosivos (art. 14D L.C.A.) y en

⁵⁷ Ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia rol N°3177-16 del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de marzo de 2017, en donde se acoge el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2° del art. 1 de la Ley N°18.216.

todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el artículo 2º letras a, b, c, d, e (Material de uso bélico, armas de fuego, municiones y cartuchos, explosivos y otros artefactos similares de uso autorizado, sustancias químicas empleadas para elaboración de explosivos); y artículo 3º (Armas o elementos prohibidos).

En lugar de aplicar las reglas contenidas en los artículos 65 a 69 del Código Penal, según el art. 17 B L.C.A., para determinar la pena específica a imponer en los delitos señalados, el tribunal determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Limitando de esta manera la discrecionalidad de los jueces, no pudiendo el tribunal imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito.

Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo admite ciertos casos en los que el tribunal podrá imponer una pena distinta a la señalada por la ley al delito. Así las cosas, pese a tener este tipo de delitos reglas especiales para la determinación de la pena, se deberá ceñirse a las normas del Código Penal en lo referente a la determinación de la pena según el grado de participación y ejecución del delito (art. 51 a 54 del C.P.), la forma de determinar la pena cuando un adulto se prevale de un menor de edad para la perpetración del delito (art. 72 del C.P.); y la forma de determinar la pena cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10 del Código Penal (art. 73 del C.P.).⁵⁸ Adicionalmente, considera como excepción el artículo 103 del Código Penal (relativo a las normas de prescripción de la acción penal y la pena), la Ley N°20.084 sobre responsabilidad

⁵⁸ Las reglas expuestas en el primer capítulo de esta memoria fueron establecidas con carácter general por el legislador, sin embargo, a lo largo del Código Penal existen normas especiales que corresponde aplicar a situaciones específicas, singularizadas en diversas disposiciones.

Dentro de estas encontramos la regla del artículo 72, el que dispone que en “aquellos casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si estos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez.”

Por su parte, el artículo 73 dispone que “se aplicará la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número entidad de los requisitos que falten o concurran. (...)”

penal juvenil y las disposiciones de la Ley 17.798 y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.⁵⁹

Sin embargo, al restringir la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal se despoja al tribunal de los principales artículos que le permiten llevar a cabo la individualización de la pena de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso, no pudiendo ajustar la pena a imponer según el merecimiento de esta al sujeto condenado. Si bien la norma le otorga cierta discrecionalidad al tribunal para determinar la pena exacta “en atención al número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurran, así como a la extensión del mal causado” se le limita claramente al no poder obrar por fuera de los límites legalmente establecidos para cada delito.

2.2.2 Situación del concurso real de delitos (art. 17 B inc. 1° L.C.A. en relación el art. 74 del C.P.)

El artículo 74 del Código Penal regula lo que en doctrina se conoce como **concurso real de delitos**,⁶⁰ esta disposición señala que al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, y -de ser posible- el sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente; en caso contrario, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves.

En el inciso 1° del artículo 17 B L.C.A. expresa de manera clara que en aquellos casos en que se cometa un delito empleado una de las armas o elementos mencionados en la disposición (letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°), que a su vez implique la comisión de un delito regulado en la ley de control de armas, el tribunal deberá imponer

⁵⁹ A modo de ejemplo, una de las disposiciones de la ley de control de armas que otorgan a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar la pena, encontramos el artículo 12°, el que dispone: “los que cometieren los delitos sancionados en los artículos 9° (*tenencia ilegal de armas de fuego*) y 10° (*tráfico ilícito de armas*), con más de dos armas de fuego, sufrirán la pena superior en uno o dos grados a la señalada en dichos artículos.”

⁶⁰ De acuerdo con POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ: El llamado *concurso real* corresponde a la regla general de nuestro sistema concursal, esto es, la acumulación material, dispuesta por el art. 74, bajo el supuesto de aplicar al culpable de varios delitos, conjuntamente, todas las penas correspondientes a cada delito cometido y juzgado en el mismo proceso. Sin embargo, por contraposición al denominado concurso ideal o formal -situación excepcional regulada en el art. 75 C.P., para el supuesto de que un mismo hecho constituya dos o más delitos-, se entiende que la regla general del art. 74 solo sería aplicable al supuesto de que varios hechos constituyan delitos diferenciables y punibles independientemente. Véase en POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. op. cit., p. 447.

las penas correspondientes a ambos delitos, tal y como lo dispone el artículo 74 del Código Penal.

A modo de ejemplo, si una persona que posee de manera ilegal un arma de fuego comete un robo con intimidación empleando dicha arma, deberá ser sancionada tanto por el delito de robo con intimidación (art. 436 C.P.) como por el de tenencia ilegal de arma de fuego (art. 9 Ley 17.798).

Asimismo, no se podrá considerar la existencia de un concurso aparente de leyes, o de un concurso medial de delitos, debido a que el arma se considera doblemente ilícita, para cada uno de los delitos mencionados, los que deberán sancionarse cada cual con la pena que corresponda.⁶¹

Este escenario podría ser considerado como una vulneración al principio *non bis in idem*, sin embargo, el profesor Matus manifestó:

“[U]na errada interpretación de la ley ha llevado a los tribunales a considerar que, especialmente en los tipos cometidos con armas de fuego, la pena en particular de los delitos base debiera absorber la sanción por la posesión, tenencia o porte ilegales. Esta solución, basada en los principios de la inherencia, insignificancia y *non bis in idem*, es difícil de controvertir en la práctica, a pesar de que teóricamente es equivocada, dado que los delitos de porte y tenencia de armas son de carácter permanente y, además, de peligro común y, por esa razón, su comisión es independiente de si en un momento determinado se emplean para intimidar, herir o maltratar.”⁶²

2.3 Ley N°20.931 o “Agenda Corta Antidelincuencia” que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos

El día 5 de julio del año 2016 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.931, que “facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos”, según lo expresa su título. Esta ley, más conocida como “Ley de Agenda Corta Antidelincuencia”, fue impulsada por el Gobierno de turno en Chile y tiene como propósito introducir una serie de modificaciones al

⁶¹ AGUAYO Vásquez, Felipe y CÁCERES Díaz, Jorge. op. cit., p. 139.

⁶² Historia de la Ley N°20.813, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 458. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45157/2/HL20813.pdf> [visitado el 28-07-2018]

marco regulatorio de los delitos contra la propiedad, regulados en el Título IX del Libro II de nuestro Código Penal.

Con esta ley se introducen diversos de cambios en el Derecho Penal sustantivo respecto al tratamiento de los crímenes y simples delitos contra la propiedad, siendo una de las modificaciones más destacadas las que afectan principalmente al ya existente artículo 449 y al recién introducido 449 bis.

La ley modifica el artículo 449 de manera completa⁶³, incorporando este nuevo artículo que de alguna manera concentra la idea central de proyecto de ley ingresado al Congreso, toda vez que restringe la determinación judicial de la pena, sin que los jueces puedan desatender el marco que el legislador ha previsto para cada uno de los delitos que el artículo señala.

El nuevo artículo 449 parte señalando que no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que se señalan en el mismo artículo para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A.

De acuerdo con esto, los delitos a los que se le aplica la restricción de la aplicación de las normas generales de determinación judicial de la pena (art. 65 a 69 del C.P.) son los siguientes: Robo con homicidio o violación (art. 443 N°1), Robo con castración, mutilación y lesiones graves gravísimas (art. 443 N°2), Robo con lesiones simplemente graves y privación de libertad (art. 443 N°2), Piratería (art. 434), Robo con violencia o intimidación (art. 436 inc. 1°), Robo por sorpresa (art. 436 inc. 2°), Robo en lugar habitado (art. 440), Robo en lugar no habitado (art. 442), Robo en bienes nacionales de uso público (art. 443 inc. 2°), Robo de

⁶³ El nuevo art. 449 del C.P. indica: "Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado".

vehículos motorizados (art. 443 inc. 2°), Robo en bienes nacionales de uso público que afecte suministros (art. 443 inc. 3°), Robo de cajeros automáticos (art. 443 bis), Fabricación de llaves o ganzúas (art. 445), Hurto de especies con un valor de más de 40 UTM (art. 446 N°1), Hurto de especies con un valor de más de 4 UTM y menos de 40 UTM (art. 446 N°2), Hurto de especies con un valor de más de ½ UTM y menos de 4 UTM (art. 446 N°3), Hurto de suministros (art. 447 bis inc. 1°), Hurto de suministros con interrupción de servicio (art. 447 bis inc. 2°), Abigeato con exclusión de la apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, etc. (art. 448 bis a 448 quáter), Receptación (art. 456 bis A).

La principal modificación realizada al artículo 449 del C.P. fue la instauración de una regla especial para la determinación de la pena en estos delitos, estableciendo que, tratándose de personas no reincidentes, el tribunal determinará la cuantía de la pena *dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito*, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

Con esta modificación los jueces se ven imposibilitados de desatender el marco de pena en abstracto, constituyendo como únicas excepciones a esta regla general: el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y el procedimiento abreviado (art. 395 y art. 407 del Código Procesal Penal).

2.3.1 Situación especial de la reincidencia (art. 449 N°2)

Adicionalmente, el N°2 del art. 449 instaura una regla especial para los condenados reincidentes. Dicha regla señala que en los casos en que se cumpla la figura de reincidencia (art. 12 N°15 y 12 N°16 del Código Penal) para determinar el marco de pena en el que se aplicarán las demás circunstancias modificatorias, el tribunal deberá excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el *mínimum* si consta de un solo grado.

A modo de ejemplo, en el caso de que a un sujeto se le condene por el delito de robo con sorpresa (art. 436 inc. 2° C.P.) y este haya tenido condenas por el mismo delito (verificándose la circunstancia agravante del art. 12 N°16 C.P.), el tribunal verá reducido el marco de pena desde presidio menor en su grado medio a máximo (pena abstracta contemplada en el art. 436 inc. 2° C.P.) hasta presidio menor en su grado máximo, eliminando la posibilidad de condenar al sujeto con presidio menor en su grado medio.

En el caso de la **receptación**, producto de estas modificaciones, nos encontramos con normas aparentemente contradictorias en la regulación de la reincidencia. El inciso 1° del artículo 456 bis A del Código Penal castiga con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales a quien “conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1°, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas”.

De acuerdo con la regla N°2 del artículo 449, en caso de reincidencia se debe prescindir del grado mínimo. Sin embargo, el artículo 456 bis A en su inciso 4° establece que *se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero*, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos. Mientras que, tratándose de reincidencia en la receptación de vehículos motorizados, se debe *aumentar la pena en un grado*.

Sin embargo, no habría contradicción alguna si consideramos que cada una de las normas señaladas regula situaciones distintas. De esta manera, el art. 449 regularía la reincidencia fundada en condenas anteriores por hechos no constitutivos de receptación (por ejemplo, una condena anterior por delito de robo con intimidación), caso en el cual debe prescindirse del grado mínimo. El art. 456 bis A regularía la reincidencia fundada en condenas anteriores de delito de receptación, caso en el que se debe aplicar el grado máximo. Mientras que finalmente, al final del inciso 4° del art. 456 bis A, se regula la reincidencia en receptación de un objeto específico, los vehículos motorizados.

2.3.2 Excepción: delitos contemplados en el artículo 449 C.P., en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad y procedimiento abreviado (artículos 395 y 407 C.P.P.)

La Ley N°20.931 no solo introdujo cambios a las normas del Código Penal, sino que también a otros cuerpos legales, como a la Ley N°18.216 y al Código Procesal Penal. Dentro de las modificaciones introducidas al Código Procesal Penal, las realizadas a los artículos 395 y 407 cobran especial relevancia para el tema que nos atañe, pues como se señaló con anterioridad, el artículo 449 del Código Penal impide a los jueces salir del marco de pena asignado a cada delito.

Sin embargo, gracias a las modificaciones realizadas a los artículos 395 y 407 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público tendrá la facultad de solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de la pena resultante, luego de aplicar las reglas 1° y 2° del artículo 449 C.P.

El art. 395 del C.P.P. regula la figura de admisión de responsabilidad en el procedimiento simplificado. Con la entrada en vigencia de la Ley N°20.931 se introdujo un nuevo inciso 2° según el cual, en los casos de los delitos señalados en el artículo 449 del C.P., habiendo admisión de responsabilidad por parte del imputado, el fiscal podrá solicitar una *pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley*, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a y 2a del artículo 449 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el art. 407 del C.P.P. que trata sobre el procedimiento abreviado, introduce en su inciso 4° la posibilidad de que el imputado acepte expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, pudiendo el fiscal o el querellante, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, *solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley*, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo.

En ambos casos, es necesario determinar en primer lugar si acaso el imputado es reincidente o no, pues de serlo, se deberá eliminar el grado o la parte inferior del grado a la pena asignada en abstracto, para luego aplicar la rebaja prevista en los artículos 395 y 407 del C.P.P.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MODIFICACIONES A LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN DELITOS ESPECÍFICOS

Tal como retrata el capítulo previo, durante los últimos años se han aprobado distintas leyes destinadas a modificar o a incrementar las penas de ciertos delitos determinados. Las leyes analizadas tienen en común la particularidad de no solo introducir modificaciones al tratamiento de ciertos delitos, ya sea respecto a las penas asignadas o a las circunstancias accesorias de estos, sino que además estas leyes se han encargado de alterar la manera en que se determinará la pena para ciertos delitos, estableciendo cada una de ellas sus normas particulares de determinación de la pena.

Teniendo claro lo anterior, es pertinente preguntarse si acaso existe algún tipo de relación o similitud entre las modificaciones introducidas en este ámbito por las leyes analizadas.

3.1 Limitación a la individualización judicial de la pena, punto en común de las Leyes N°20.770, N°20.813 y N°20.931

Al inicio del primer capítulo se hizo referencia a la distinción doctrinaria de las dos fases de determinación de la pena, una primera fase de determinación legal, llevada a cabo por el legislador que tiene como propósito fijar las consecuencias jurídicas de un delito, de acuerdo con las políticas criminales del Estado y precisando legalmente la sanción a imponer a quien ha intervenido en determinado delito. Y, por otro lado, una segunda fase denominada individualización judicial de la pena, llevada a cabo por el Tribunal y que se entiende como el proceso a través del cual los jueces fijan la pena específica a aplicar a un sujeto determinado, considerando la clase, gravedad, forma de ejecución y escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas por la ley.

Es relevante volver a mencionar esta distinción porque es precisamente en esta segunda etapa, de individualización judicial de la pena, donde encontramos los principales cambios y limitantes introducidos mediante las reglas de determinación de la pena presentes en las Leyes N°20.813, N°20.770 y N°20.931.

La Ley N°20.813 modifica el Art. 17 B inc. 2° de la Ley de Control de Armas, señalando que para determinar la pena: *“(…) el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía*

dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito (...) En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito (...)”

La Ley Emilia (Ley N°20.770) modifica el art.196 bis de la Ley de Tránsito, estipulando que para determinar la pena: *“(...) el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal (...) El tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley.”*

La Agenda Corta (Ley N°20.931) modifica el Art. 449 del Código Penal, manifestando que para determinar la pena: *“(...) no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 (...) Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena (...)*”

Como se puede apreciar, cada una de estas leyes al momento de referirse a la determinación de la pena, impide la aplicación de una serie de artículos contenidos en el Código Penal y que son propios de la etapa de individualización judicial de la pena. Los artículos 65 al 69, establecen reglas generales que deben ser aplicadas por el juez de acuerdo si la pena es divisible o indivisible y según la cantidad de circunstancias modificatorias. Estas reglas conllevan el aumento o rebaja del grado de la pena a aplicar, por la que su restricción influye directamente en la pena concreta que sufrirá el condenado.

Al restringir la aplicación de estos artículos, cada una de las Leyes analizadas se encargan de instaurar reglas especiales que deberán ser seguidas al momento de determinar judicialmente la pena para los delitos que se regulan en dichas leyes. Estas normas, por lo general, son de carácter más riguroso, tratan con mayor severidad la concurrencia de agravantes y le otorgan menos beneficios al sujeto en caso de haber atenuantes.

Ejemplos de lo anterior encontramos en la Agenda Corta, que por el solo hecho de concurrir alguna de las agravantes contempladas en los artículos 12 N°15 y 12 N°16 del Código Penal (agravantes de reincidencia) se excluirá completamente el grado mínimo de la pena (o el mínimo si consta de un solo grado), o bien, en la Ley Emilia, en el caso de que se cometa el delito contemplado en el inciso tercero del art.196 de la L.T. con resultado de muerte, si existen una o más atenuantes y ninguna agravante la consecuencia será la misma

ya sea concurra solo una atenuante o tres atenuantes, solo se excluirá el grado máximo de la pena. A diferencia de lo que ocurriría si se aplicaran las normas generales del Código Penal, ya que según el art. 68 C.P. en caso de existir dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal estaría facultado para imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo.

Cabe preguntarse ahora: ¿Desde donde nace la necesidad de modificar las reglas de determinación de la pena para ciertos delitos específicos? ¿Qué es lo que se busca?

3.2 Sensación de impunidad, búsqueda de mayor rigurosidad en el tratamiento de cierto tipo de delitos

En el caso de la Ley Emilia, logramos encontrar un propósito bastante claro, sobre todo si tenemos presente el contexto en el que su proyecto fue presentado y la opinión pública que generó el trágico incidente ocurrido el día 21 de enero de 2013 en donde falleció Emilia Silva, una menor de solo 9 meses de edad, ocasionado por un accidente de tránsito causado por un conductor ebrio.

El proyecto tuvo siempre como fin incrementar significativamente las sanciones penales para el manejo en estado de ebriedad que cause lesiones graves o la muerte a otras personas y en palabras del mensaje presidencial, el propósito de la ley consiste en “hacerse cargo de 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”.⁶⁴

Por su parte, la Ley N°20.813 al introducir el nuevo artículo 17 B a la Ley que regula el control de armas, busca endurecer el tratamiento legal dado a los delitos regulados en esa ley. Mediante el incremento de las penas, se aprecia una búsqueda de reducción de la comisión de estos delitos, a consecuencia del efecto preventivo general y especial propio de las sanciones penales. Lo que en este caso se estaría buscando combatir son los problemas de seguridad ciudadana y criminalidad asociados a las armas, en especial la proliferación de

⁶⁴Mensaje Presidencial N°137-362. Historia de la Ley N°20.770, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4318/>> [visitado el 28-07-2018]

delitos violentos cometidos con armas de fuego, y la influencia de las armas en el fenómeno delictual en tanto elemento criminológico que determina la comisión de los mismos.⁶⁵

Finalmente, la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia, tal como su título lo indica, busca facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos.

Dentro del mensaje de esta ley, enviado por la expresidenta Michelle Bachelet a la Cámara de Diputados con fecha 23 de enero de 2015, se establece que “existe una necesidad ciudadana absolutamente transversal de que esta categoría de delitos (Delitos contra la Propiedad) debe ser intervenida con medidas que procuren impedir la ejecución de nuevos ilícitos mediante la captura, aplicación efectiva de las penas y la consiguiente permanencia de quienes los cometen, sujetos a penas privativas de libertad”.⁶⁶

Esta ley constituye una manifestación de la tendencia histórica que existe en Chile de aumentar la severidad en el tratamiento de este tipo de delitos, confiando en que, si se suben las penas o se dispone de un tratamiento más duro, las personas se verán disuadidas de cometer un delito.⁶⁷

3.3 Una vista desde afuera: *Mandatory Minimun Sentencing* en Estados Unidos y su importancia

La idea de restringir la discrecionalidad del juez en ciertos delitos específicos no es algo de invención propia en nuestro país. La noción de que en ciertos casos el legislador debe obligar y asegurar un mínimo de pena para quienes cometen cierto tipo de delitos es algo que se ha venido discutiendo a lo largo de los años y que en ciertos países cuenta con

⁶⁵ AGUAYO Vásquez, Felipe y CÁCERES Díaz, Jorge. op. cit., p.140.

⁶⁶Mensaje Presidencial N°1167-362. Historia de la Ley N°20.931, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaLEY/nc/historia-de-la-ley/5088/>> [visitado el 28-07-2018]

⁶⁷ Esta tendencia se puede ver, por ejemplo, en la modificación a la pena descrita para la figura de robo con fuerza en lugar habitado (art. 440 Código Penal) introducida por la Ley N°19.449 el 8 de marzo de 1996 o bien en la equiparación del grado de tentativa con el de consumación que se realiza en el art. 450 del Código Penal gracias al inciso introducido por la Ley N°17.727 del 27 de septiembre de 1972. Véase en GREZ, Juan José. *Los fines de la pena en la Ley N°20.931: el olvido de la rehabilitación social en la Ley de Agenda Corta Anti-Delincuencia*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2016. p. 3.

un desarrollo legal y doctrinario bastante más extenso que en nuestro país, tal es el caso de Estados Unidos.

En Estados Unidos encontramos la figura denominada *mandatory sentencing laws* (traducción literal: leyes de sentencia obligatoria), estas leyes requieren que los sujetos condenados sirvan un tiempo de pena mínimo para ciertos crímenes y delitos, los que suelen ser de naturaleza violenta o de especial seriedad. De esta manera, los jueces se encuentran obligados por la ley a imponer una pena mínima establecida previamente por el legislador. A través de las *mandatory sentencing laws* se busca principalmente erradicar la posibilidad de que ocurran irregularidades al momento de determinar las penas y la disparidad con la que mismos delitos son penados, producto de la discrecionalidad del juez a cargo.⁶⁸

Si bien las *mandatory sentencing laws* son más comunes en los países regidos por el *common law*⁶⁹, es posible hacer una conexión con la tendencia que se ha ido gestando estos últimos años en nuestro país, en particular, a la idea de limitar las facultades del juez en cierto tipo de delitos, principalmente en cuanto a su discrecionalidad en la determinación de la pena exacta a imponer a los condenados, idea que se encuentra latente en cada una de las leyes analizadas en esta memoria.

Tanto las restricciones y modificaciones introducidas en las Leyes N°20.770, N°20.813 y N°20.931 como las *mandatory minimum sentences* buscan, por distintos motivos de política criminal, tratar de manera diferente determinados delitos, ya sea que por ser tan atroces que no es posible aceptar al perpetrador de este de vuelta a la sociedad sin primero castigarlo de manera suficiente o bien, asegurar un mínimo de pena que permita lograr el fin disuasivo contemplado por el legislador. Sea cual sea la justificación o el fin de la pena, en ambos casos se privilegia la certeza jurídica que otorga el hecho de que se impondrá un mínimo de pena establecida con anterioridad por el legislador, por sobre el real merecimiento de pena que tiene un sujeto determinado, lo que podría variar según las circunstancias específicas de cada caso.

⁶⁸ MUHLHAUSEN, David. *Theories of Punishment and Mandatory Minimum Sentences*. The Heritage Foundation. 2010. Disponible en <<https://www.heritage.org/testimony/theories-punishment-and-mandatory-minimum-sentences>> [visitado el 28-07-2018]

⁶⁹ Debido a que en los países en donde reina el *civil law* usualmente se prescribe un mínimo y un máximo para las penas en cada tipo de delito, como ocurre en el caso de Chile.

Resulta de especial utilidad lograr establecer la conexión mencionada, pues las *mandatory sentencing laws* son un fenómeno con bastante más años de antigüedad que las nuevas leyes publicadas en Chile, por lo que existen más estudios y un mayor desarrollo doctrinario respecto del impacto de estas leyes, tanto en el crimen y como en la sociedad.

A modo ilustrativo, es atinente mencionar el caso de Evans Ray Jr. Ray, un peluquero de 47 años a la época, con una esposa, cuatro hijos y dos condenas previas de droga, fue condenado el año 2007 a una sentencia de por vida por el delito de distribución de 60 gramos de cocaína.⁷⁰

Lo particular del caso es que Ray inicialmente se negó a organizar la venta de droga. Ray fue el intermediario de la venta, presionado por un amigo a realizar la transacción, amigo que terminó siendo un informante del gobierno, sin siquiera obtener un beneficio económico de la venta. Debido a esto y a otros antecedentes particulares del caso, el juez de la causa Alexander Williams Jr. manifestó: “Mi deseo es no condenarte a prisión de por vida. Creo que las circunstancias justifican una sentencia menos gravosa. Considero que hay una desproporcionalidad entre lo que has hecho y la cadena perpetua.”⁷¹

Sin embargo, al tener Ray condenas previas de drogas este nuevo quebrantamiento a la ley fue lo que en Estados Unidos se conoce como el “tercer strike”, lo que activó una *mandatory minimum sentence*, que en el caso de Ray implicó una condena de por vida. De esta manera, pese al intento del juez Williams de condenar a Ray a una pena menor de 27 años, la apelación de los fiscales terminó por sentenciar el futuro de Ray, quien pese a ser condenado de por vida por el juez, le manifestó: “Tengo que asumir mi responsabilidad. La ley dice de por vida. No estoy de acuerdo con ella, para nada y sé que usted tampoco lo está. Pero solo quiero agradecerle a usted y a la corte por al menos intentarlo.”⁷²

⁷⁰ A drug dealer got a life sentence and was devastated. So was the judge who sentenced him. *The Washington Post*, Washington D. C., Estados Unidos, 06 de Mayo de 2017. Disponible en <https://www.washingtonpost.com/local/a-drug-dealer-got-a-life-sentence-and-was-devastated-so-was-the-judge-who-sentenced-him/2017/05/04/efb81020-2aa0-11e7-9b05-6c63a274fd4b_story.html> [visitado el 28-07-2018]

⁷¹ Traducción libre del siguiente extracto: “*It is my desire not to sentence you to life (...) I believe that the circumstances justify a sentence shorter than life. I further believe that there is some disproportionality between what you’ve done and the sentence of life.*” Disponible en <https://www.washingtonpost.com/local/a-drug-dealer-got-a-life-sentence-and-was-devastated-so-was-the-judge-who-sentenced-him/2017/05/04/efb81020-2aa0-11e7-9b05-6c63a274fd4b_story.html> [visitado el 28-07-2018]

⁷² Traducción libre del siguiente extracto: “*I have to own up to my own responsibility. The law says life. I’m not in agreement with it, not at all, and I know you weren’t, But I just want to thank you and the courts for at least trying.*”

Hoy en día Ray es un hombre libre, gracias a que en el año 2016 el entonces presidente de Estados Unidos, Barack Obama, le otorgó la clemencia como parte de una política que concedió clemencia a más de 1700 personas.

Lo que más llama la atención de este caso es la injusticia en la que se puede llegar a caer en los casos en que limitamos tanto la discrecionalidad del juez para fortalecer el castigo de ciertos delitos. Incluso estando el juez notoriamente en contra, la ley lo ató de manos y lo llevó a sentenciar de por vida a una persona, pese a que las circunstancias ameritaban quizás una condena menos gravosa.

Los *mandatory minimum sentences* han sido blanco de numerosas críticas, el mismo expresidente Barack Obama durante su período de administración se manifestó en contra de estos. El año 2015 durante una convención organizada en Filadelfia por la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color, declaró: “Para los crímenes de drogas no violentos, necesitamos rebajar las sentencias mínimas obligatorias largas – o eliminarlas completamente. Denles a los jueces un poco de discrecionalidad respecto de los crímenes no violentos, para que, potencialmente, podamos encauzar hacia una mejor dirección a un joven que ha cometido un error”.⁷³

Teniendo esto en mente, es necesario ser cautelosos al momento de continuar agravando las penas y limitando la capacidad de individualizar las penas al juez, pues no es tan descabellado pensar que un caso como el de Ray Evans Jr. pueda ocurrir en Chile, sobre todo considerando, por ejemplo, la nueva situación de reincidencia introducida con la Ley N°20.931.

Al introducir nuevas leyes que modifiquen la regulación de ciertos delitos con el fin de facilitar la aplicación efectiva de sus penas es crucial no traspasar la delgada línea que implique dejar a los perpetradores de los delitos en una situación tan desventajosa que les impida reinsertarse en la sociedad.

Disponible en <https://www.washingtonpost.com/local/a-drug-dealer-got-a-life-sentence-and-was-devastated-so-was-the-judge-who-sentenced-him/2017/05/04/efb81020-2aa0-11e7-9b05-6c63a274fd4b_story.html> [visitado el 28-07-2018]

⁷³ Traducción libre del siguiente extracto: “*For nonviolent drug crimes, we need to lower long mandatory minimum sentences -- or get rid of them entirely. Give judges some discretion around nonviolent crimes so that, potentially, we can steer a young person who has made a mistake in a better direction.*” Disponible en <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/07/14/remarks-president-naacp-conference>> [visitado el 28-07-2018]

Si bien es entendible que el legislador busque unificar criterios para ciertos delitos de especial relevancia para él, las normas propias de la fase de individualización judicial de la pena existen por una razón, no se debe desconocer la importancia del criterio del juez al momento de determinar la pena exacta a imponérsele a los condenados, al fin y al cabo, serán los mismos jueces los que se familiarizarán con el caso particular y son ellos quienes están presentes y pueden asimilar de manera cercana las circunstancias particulares de cada caso.

CONCLUSIÓN

El propósito de la presente memoria consistió en analizar las modificaciones a las reglas generales para la determinación de la pena introducidas por las leyes N°20.770, 20.813 y 20.931, con el fin de poder comprender la importancia de la tendencia que ha venido a limitar la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena en delitos específicos, introduciendo nuevas reglas especiales que restringen en mayor medida la individualización judicial de la pena.

En el primer capítulo, a través de una exposición de las normas generales de determinación de la pena contenidas en nuestro Código Penal, se logró comprender de qué manera es que en nuestro sistema se ha reglamentado la etapa de determinación de la pena. Se desarrollaron las normas principalmente recopiladas en el Libro Primero, Título III, Párrafo 4 del Código Penal, haciendo hincapié en la distinción doctrinaria respecto de las dos fases conocidas como determinación legal de la pena e Individualización judicial de la pena.

Una vez desarrolladas las reglas generales de determinación de la pena que rigen en nuestro país, se hizo una revisión de las leyes N°20.770, 20.813 y 20.931, enfocando el estudio primordialmente en las modificaciones a las normas generales de determinación de la pena y a las limitaciones que se introducen para el tratamiento de ciertos delitos específicos.

Al examinar las modificaciones introducidas por estas leyes, se lograron observar puntos en común en la regulación, principalmente en lo relativo a la prohibición del juez de rebasar el umbral mínimo y máximo fijado por estas leyes al momento de determinar la pena específica.

De esta manera, en el capítulo tercero, se intentó hacer un análisis crítico de estas modificaciones, buscando el común denominador en las diversas leyes, observando este nuevo fenómeno que se está dando en nuestro país y comparándolo con lo que ha ocurrido en estado Unidos con los *mandatory sentencing laws*.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACEVEDO Zepeda, Carolina y TORRES Figueroa, Angélica. *Determinación de la pena en Chile. Principios de un Estado democrático de derecho y fines de la pena*. Memoria para optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.
2. AGUAYO Vásquez, Felipe y CÁCERES Díaz, Jorge. *Análisis crítico de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.813 respecto de los delitos que contempla la ley de control de armas*. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016.
3. BULLEMORE, Vivian. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2005.
4. BUSTOS Ramírez, Juan. *Medición de la pena y proceso penal*, En: *Hacia una nueva justicia penal*. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Presidencia de la Nación, 1989.
5. CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 3° ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
6. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomos I y II. 3° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
7. Fundación Paz Ciudadana. *Análisis del proyecto de agenda corta anti-delincuencia*, abril, 2016. Disponible en: <<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2016/05/analisis-proyecto-de-ley-agenda-corta-14-04.pdf>> [visitado el 28-07-2018]
8. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 1° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
9. GREZ, Juan José. *Los fines de la pena en la Ley N°20.931: el olvido de la rehabilitación social en la Ley de Agenda Corta Anti-Delincuencia*. Memoria

para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2016.

10. Historia de la Ley N°20.813, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 458. Disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/45157/2/HL20813.pdf> [visitado el 28-07-2018]
11. Mensaje Presidencial N°137-362. Historia de la Ley N°20.770, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4318/> [visitado el 28-07-2018]
12. Mensaje Presidencial N°1167-362. Historia de la Ley N°20.931, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/> [visitado el 28-07-2018]
13. MUHLHAUSEN, David. *Theories of Punishment and Mandatory Minimum Sentences*. The Heritage Foundation, 2010. Disponible en <https://www.heritage.org/testimony/theories-punishment-and-mandatory-minimum-sentences> [visitado el 28-07-2018]
14. NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (1960-2005).
15. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 2° ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
16. RAMOS Pérez, César y MARDONES Vargas, Fernando. *Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.770 ("Ley Emilia") a la Ley del Tránsito y al Decreto Ley N°321*. Minuta N°15/2014, Departamento de Estudios, Defensoría Nacional. Diciembre, 2014. Disponible en: https://www.academia.edu/27304545/An%C3%A1lisis_de_las_modificaciones_introducidas_por_la_ley_N_20.770_Ley_Emilia_a_la_Ley_del_Tr%C3%A1n

[sito y al Decreto Ley N 321 Minuta N 15 2014 Diciembre. Departamento de Estudios. Defensor% C3% ADa Nacional](#)> [visitado el 28-07-2018]

17. VARGAS Pinto, Tatiana. *“Freno al declive de las penas sustitutivas y otros riesgos asociados a una legislación efectista”*. En: *Sentencias Destacadas 2016* por Tatiana Vargas et al, Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, 2017.
18. ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2° ed., Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1996.