



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

CONCEPTO DE “LEYES CON NOMBRE”: ANÁLISIS RESPECTO DE UNA
“BUENA LEY”, ¿RESPONDEN AL FENÓMENO QUE LES DA ORIGEN?

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

CATALINA BELÉN APABLAZA VALVERDE

Profesor Guía: L. Felipe Abbott M.

SANTIAGO DE CHILE

2024

RESUMEN

La respuesta estatal a problemas sociales mediante la actividad legislativa no es una novedad, sin embargo, el concepto de “Ley con Nombre” viene a enmarcar este suceso cuando la ley “comúnmente” se conoce por medio del nombre o apellido de la víctima de un violento hecho que generó conmoción social; en definitiva, esta ley viene a dar respuesta a un problema concreto impulsado por este trágico suceso. Un claro ejemplo de aquello es la Ley Zamudio, pero también lo son la Ley Emilia, Ley Gabriela, y Ley Antonia, disposiciones normativas que serán de análisis en este trabajo.

Lo anterior, busca responder a la interrogante si dichas leyes efectivamente responden al problema derivado del trágico final de las víctimas cuyo nombre se conmemora en la ley, o más bien se quedan en el mínimo para calmar la presión mediática y social. Como respuesta, el trabajo se centrará en analizar dichas disposiciones con criterios pertinentes y neutrales, como son los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas, para finalmente calificar si se enmarcan, o no, dentro del concepto de buena ley dado por estos principios.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres Juana y Jorge por el eterno apoyo, por cada palabra dicha para llegar a este punto.

A mis amigos, en especial a Fernanda, por cada escucha, consejo y revisión para llegar a buen puerto entre tanta adversidad.

Gracias por todo.

ÍNDICE

Introducción: Ley Zamudio	6
Capítulo I: Cuestiones preliminares y análisis de “Buena ley”	14
I. Principio de Legalidad	14
a. Lex stricta, o prohibición de la analogía.	16
b. Lex scripta, o principio de reserva legal	17
c. Lex certa, o principio de taxatividad o mandato de determinación	17
d. Lex previa, o principio de irretroactividad	18
e. Sistemática	19
II. Principio de Proporcionalidad de la pena	20
a. Idoneidad	21
b. Necesidad	22
c. Estricta proporcionalidad	22
Capítulo II: Ley Emilia (Ley N°20.770)	24
I. Diagnóstico del problema	24
II. Mensaje Presidencial N°137-362	27
III. Historia de la ley: discusión parlamentaria y opinión pública	29
IV. Ley que modifica la ley del tránsito en lo que refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte: texto promulgado y comparación con el diagnóstico del problema	33
V. Análisis de “Buena ley”	36
I. Principio de Legalidad	36
II. Principio de Proporcionalidad de la pena	40
Capítulo III: Ley Gabriela (Ley N°21.212)	46
I. Diagnóstico del problema	46
II. Moción Parlamentaria	47
III. Historia de la ley: discusión parlamentaria y opinión pública	49
IV. Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N°18.216 en materia de tipificación del femicidio: texto promulgado y comparación con el diagnóstico del problema	52
V. Análisis de “Buena ley”	54

I. Principio de Legalidad	55
II. Principio de Proporcionalidad de la pena	60
Capítulo IV: Ley Antonia (Ley N°21.523)	63
I. Diagnóstico del problema	63
II. Moción Parlamentaria	65
III. Historia de la ley: discusión parlamentaria y opinión pública	67
IV. Ley que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización: texto promulgado y comparación con el diagnóstico del problema	71
V. Análisis de “Buena ley”	73
I. Principio de Legalidad	74
II. Principio de Proporcionalidad de la pena	80
Conclusiones	83
Bibliografía	86

INTRODUCCIÓN: LEY ZAMUDIO

El aumento de los delitos en nuestro país ha intentado combatirse de diversas formas a lo largo de la historia, ya sea implementando más agentes de seguridad en las calles, estableciendo estados de excepción en zonas controversiales, o la concentración de recursos en investigación y difusión de los *modus operandi* en la comisión de delitos para que el ciudadano común pueda adoptar sus propias medidas de prevención, pero definitivamente una de las opciones más recurrentes por el ente Estatal es la creación de leyes como forma de disuadir su comportamiento; en lógica penal, se establecen normas de comportamiento, materializadas en supuestos de hecho cuya verificación condiciona la irrogación de la consecuencia jurídica establecida en la norma de sanción.

Teniendo aquello en vista, la principal preocupación de este trabajo son las que se denominará como “Leyes con Nombre”, siendo aquellas las que se promulgan a partir de un hecho concreto, es decir, de trágicos sucesos con relevancia social que generan indignación en la población de tal manera que la disposición normativa que surge viene a materializar o endurecer una conducta que la ley fue incapaz de “castigar correctamente” (bajo la opinión pública) con anterioridad al hecho, y por esta misma circunstancia estas leyes tienen el nombre de las víctimas a quienes el Estado no pudo amparar, como son la Ley Emilia, Ley Gabriela o Ley Antonia, que vienen a endurecer ciertos tipos penales, a ampliar sus supuestos de hecho y/o crearlos completamente.

Es por aquello que el contexto social en el que se promulgan estas leyes con nombre es tan específico y merecen un nombre para su categorización, pues buscan, en primera instancia, controlar la indignación y el descontento social por la sensación de ineficiencia previa del legislador indolente con las víctimas y sus familias, y bajo esta lógica, la principal cuestión que busca responder esta investigación es si aquellas leyes son meramente simbólicas o si efectivamente vienen a dar respuestas al problema que impulsó su promulgación.

Para entender mejor el concepto, haremos una breve introducción con la Ley Zamudio, la que nosotros denominamos como la excelencia de una “Ley con Nombre”, adelantando que no será materia de análisis por el tenor penal de los criterios y principios que se tendrán a la vista en el desarrollo de este trabajo por ser la Ley Zamudio una que crea un mecanismo judicial y no toca mayormente el ámbito penal. Sin perjuicio de lo anterior, comentaremos brevemente el diagnóstico del problema en Zamudio y el texto promulgado con posterioridad.

La Ley N°20.609 fue promulgada el 12 de julio de 2012 y publicada en el Diario Oficial el día 24 del mismo mes, y a partir de la lectura de la historia de la ley y del Mensaje Presidencial 315-352, podemos advertir que el problema que se intenta resolver es el vacío, a miras del Presidente Lagos como impulsor del proyecto, de una acción general o especial de protección sobre la discriminación. En ese sentido, el avance de la globalización y por tanto, la diversificación de las sociedades implica también un aumento en la intolerancia como respuesta directa al fenómeno; en definitiva:

Desde principios de la década pasada, nuestro país ha experimentado importantes cambios tendientes a la adecuación de nuestras instituciones al sistema democrático y al principio del respeto irrestricto a dichos grupos. (...) Pese a estos avances, por distintas razones, sectores de nuestra sociedad siguen siendo vulnerados por conductas discriminatorias e, inclusive, violentas.

(...) Tal como se puede leer en los resultados de las encuestas aplicadas por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, y la Fundación Ideas, se percibe una tensión y una distancia entre lo que se dice y lo que se practica realmente en la vida cotidiana. Se constata la presencia de un discurso crecientemente tolerante, junto a conductas abiertamente discriminatorias.¹

¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.609*, 4. <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4516/>

Por tanto, el diagnóstico del problema radica esencialmente en la complejidad de las relaciones humanas, y en consecuencia, la acentuada y creciente demostración de intolerancia que constantemente se vislumbra en nuestro país; el mecanismo de una acción especial busca propender a la protección *en particular* de las minorías afectadas por este hecho.

Lo relevante del nombre que tuvo la ley al momento de su promulgación fue que este Mensaje Presidencial se originó el 14 de marzo de 2005, fue que sólo luego de la trágica muerte de Daniel Zamudio el 27 de marzo de 2012 se le dio importancia mediática a este tema, que implicó dar “suma” urgencia a su tramitación. En ese sentido, la historia de la ley da fe de este hecho, en el Informe de Constitución de la Cámara de Diputados de fecha 03 de abril de 2012:

La Comisión recibió la opinión de don Andrés Chadwick Piñera, Ministro Secretario General de Gobierno, quien dio a conocer que el Ejecutivo ha calificado el proyecto con suma urgencia, con el fin de recoger la inquietud de sectores políticos y sociales que abogan porque se le dé una tramitación rápida, asumiendo el compromiso de tener una sociedad en que exista más respeto por la dignidad de los seres humanos y se elimine toda forma de discriminación arbitraria.² (Lo subrayado es nuestro).

Es necesario hacer presente que las grandes trabas que se dieron en este proyecto fueron relativas a si incluir o no la orientación sexual dentro de las “categorías sospechosas” que protege este mecanismo de acción de no discriminación arbitraria del art. 2 de la ley. Lo anterior fundamentado principalmente con la contracara respecto a las creencias religiosas en virtud de la Ley N°19.638, puesto que muchos lo consideraban “una verdadera persecución religiosa”³ al ver sus dogmas como hostiles, represivos, y en definitiva contrarios a lo promovido por la

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.609*, 547.

³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.609*, 329.

iniciativa legislativa, sin perjuicio de apoyar (en general, las iglesias evangélicas) la búsqueda de una fórmula condenatoria de la discriminación.

Finalmente, se llega a un consenso legislativo mediante la presión de “suma urgencia” del Presidente; en definitiva, la presión del asesinato de Zamudio fue un factor clave para acordar transversalmente entre los sectores políticos la rápida tramitación del proyecto. Se reconoce expresamente post 27 de marzo de 2012 que una de las trabas a la tramitación de la ley era la discusión respecto de las minorías sexuales, pero que, a partir de ésta terrible hecho es momento de dar paso a una sociedad más tolerante, como si la naturaleza de estos actos no hubiese ocurrido con anterioridad en nuestro país. La gran negativa de ciertos sectores políticos al avance del Mensaje 315-352, de reconocer aquello, y de “ceder” con la tramitación y votación -post Zamudio- da cuenta de un efecto directo, en cadena, en la final promulgación de la Ley N°20.609. En definitiva, permite ver una cierta inquietud respecto de la opinión pública, al ciertos sectores políticos estar en contra de un proyecto que tenía como principal objetivo condenar la discriminación en casi todas sus formas.

Podemos dar cuenta de este último punto en la discreción respecto de preceptos claramente homofóbicos, como es la eliminación del ejemplo en el artículo 2, cuya literalidad expresa: “De esta manera, por ejemplo, no podrá reclamar discriminación por orientación sexual un individuo que deba responder por actos sexuales violentos, incestuosos, dirigidos a menores de edad cuando tengan el carácter de delito, o que, en los términos de la ley vigente, ofendan el pudor”.

Sin entrar mucho en un análisis concreto de la ley, ya que excede el ámbito introductorio, se ha dicho por algunos que existe un deber de “juzgar esta ley en particular a la luz de las expectativas que la sociedad civil organizada y la opinión pública mantienen respecto de dicha obra legislativa”⁴, y consideramos que, de forma muy general, la Ley Zamudio adolece de severas fallas en puntos esenciales

⁴ Fernando Muñoz León, “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII, N°2, (diciembre 2015): 146, <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v28n2/art08.pdf>

como es la redacción y su imprecisión de términos que generan en el juez tomar decisiones interpretativas contrarias a la finalidad de la ley y el diagnóstico que busca solucionar. Ahora bien, es necesario mencionar que esta ley no considera mayormente la arista penal (salvo agregar una agravante en materia de estar motivado por ciertas características propias de la víctima, art. 12 N°21 CP), pero teniendo presente a Daniel Zamudio, mártir para la promulgación de esta ley, pudo establecerse además una figura penal al menos como variante del homicidio que tenga una pena superior al del homicidio simple sólo por el hecho de tener como antecedente y motivación la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca (motivos incluidos en la agravante de responsabilidad penal ya señalada).

Por tanto, la “Ley con Nombre” es un concepto específico, caracterizando a un ejercicio legislativo presionado por la opinión pública a partir de un hecho que generó revuelo a nivel nacional, como es la tortura y muerte de una persona por su orientación sexual, que “obliga” al Estado a determinar políticas públicas y tomar decisiones al respecto, una de estas manifestándose en la creación de leyes (o al menos de mociones parlamentarias o mensajes presidenciales).

Atendido entonces el contexto propio de la actividad legislativa que rodea una “Ley con Nombre”, para el pertinente análisis en primer lugar se aludirá al diagnóstico del problema que el legislador trataría de hacerse cargo, y en ese sentido se desglosará el esquema del proyecto de ley que ingresó al Congreso, ya sea como mensaje presidencial o moción parlamentaria. Con posterioridad trataremos de abordar las discusiones en el Congreso mediante la historia de la ley para concretar la finalidad de la misma y su relación con el diagnóstico previamente realizado. Se analizará también el concepto de “buena ley” con el texto finalmente promulgado y las diversas discusiones que ha traído con los años; es relevante en la materia la aplicación práctica de las mismas por los jueces, pues bien sabemos que la ley puede decir una cosa y los jueces fallar otra (como puede representarse

con la existencia del recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral, ya que tribunales superiores de justicia sentencian e interpretan una misma materia en formas contrapuestas, tal como consagra el artículo 489 del Código del Trabajo), por lo que se hará el alcance jurisprudencial en cosas esencialmente pertinentes al diagnóstico del problema.

Lo anterior tendrá la reserva que el análisis completo se hará únicamente respecto de la Ley Emilia puesto que ha transcurrido más tiempo en su promulgación y por tanto, existe más discusión tanto legislativa como jurisprudencial para llevar a cabo un desarrollo más enriquecedor. Es por esto que las Leyes Gabriela y Antonia, al tener una promulgación más reciente, únicamente pasarán por el diagnóstico del problema, desglose del primer texto enviado al Congreso, historia de la ley y conclusiones al respecto con el texto finalmente promulgado, para, por último, tratar brevemente el análisis de las perspectivas posibles en su aplicación.

Para lo anterior enmarcaremos brevemente los parámetros a considerar ya que se utilizarán a lo largo de todo este trabajo para analizar las diversas disposiciones bajo los mismos criterios.

El primer elemento a considerar será el cumplimiento del principio de legalidad en sentido amplio, en palabras de un experto en la materia: “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”⁵, por tanto debemos mirar el hacer aplicable cada uno de los elementos que componen al principio: (i) *lex stricta*; (ii) *lex scripta*; (iii) *lex certa*; (iv) *lex previa*, considerando siempre que, según lo indica el profesor Cury, los dos primeros son aplicables al juez en su propia aplicación de la ley y los siguientes para el legislador

⁵ Enrique Cury Urzúa, *Derecho penal: Parte general. Capítulo III: La ley penal y su vigencia*. (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009), 165.

como límites⁶. En definitiva, se tratarán tanto aspectos meramente formales como prácticos en la ejecución de la ley.

Siguiendo esta lógica procederemos a analizar lo respectivo al principio de sistematicidad ligado al de legalidad, que bien sabemos, comprende diversos aspectos como la unidad del ordenamiento jurídico, coherencia en el sistema, la posibilidad de redundancia de normas en relación a la armonía, y la completitud en el sentido de la no existencia (o minimización) de lagunas; para lo anterior se abordará su correspondencia tanto teórica como práctica con disposiciones similares. Al mismo tiempo, es necesario traer a la luz la proporcionalidad de la pena, entendida a grandes rasgos como el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)⁷, y bajo la misma lógica se debe recalcar que como el gran contenido de estas leyes es relativo al *ius puniendi* estatal, consideraremos también el principio de igualdad ante la ley en relación a la proporcionalidad.

En base a lo anterior consideramos apropiado instaurar la concepción que en este análisis se tratará el *ius puniendi* estatal únicamente desde su arista penal, esto es, desde el poder del Estado de imponer un castigo o pena únicamente por la comisión u omisión de actos debidamente establecidos por la ley penal: en concreto, estas leyes deben incidir en modificaciones al Código Penal (en adelante “CP”), y/o que toquen legislaciones que irroguen un castigo en un sentido penal y no administrativo; para ejemplificar lo anterior podemos ver la Ley de Tránsito (o DFL 1 de 2007) que fue modificada por la Ley Emilia en diversos ámbitos, pero no se discutirán disposiciones donde la pena es irrogada por la potestad sancionatoria

⁶ Cury, *Derecho penal: Parte general*, 167-8.

⁷ Hernán Fuentes Cubillos, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, N°2, (2008): 19, <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>

administrativa como son las multas⁸, de lo cual se hablará con mayor profundidad en capítulos futuros.

⁸ Valentina Caro Cáceres, "Multas en el derecho administrativo sancionador: Análisis hacia una normativa unificada" (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2020), 32, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/178197/Multas%20en%20el%20Derecho%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES Y ANÁLISIS DE “BUENA LEY”

Los contextos de estas leyes a las que se hizo referencia en el comienzo podrían parecer especialmente problemáticos puesto que, tal como se desarrollará en su capítulo correspondiente, su tramitación fue muy bullada y tópico constante de conversación en la opinión pública. Es este el motivo por el que han sido escogidas, son lo que consideramos la excelencia de lo que representa una “Ley con Nombre”, tanto así que es muy probable que la población común, sin tener mayor conocimiento del derecho sabrá al menos a grandes rasgos qué buscaba la Ley Zamudio o la Ley Emilia.

En la introducción se dio una pincelada sobre el concepto propio de “Ley con Nombre” y de los criterios que servirían de base para analizar las disposiciones ya individualizadas, sin embargo en este capítulo afinaremos bien cada uno de los parámetros con la intención de definir *ex ante* cómo y cuándo se aplicarán; la seriedad de este trabajo radica en un análisis desde la neutralidad y generalidad de sus principios. En definitiva, esta es la “parte general” (bajo la lógica que rige en el estudio del Derecho Penal).

Es necesario en este punto hacer el alcance que sólo se analizará aquello pertinente con el diagnóstico del problema, como forma de comprobar las decisiones técnicas y legislativas tomadas respecto a aquel. El análisis se hará de lo pertinente, no se abordarán todas y cada una de las modificaciones introducidas por estas leyes al ordenamiento.

I. Principio de Legalidad

Este principio es, si no, el más importante en el derecho penal, y el Estado de Derecho en general en tanto es condicionante y la base del *ius puniendi* estatal, pues es el que consagra que “no hay delito ni pena sin ley”, y por tanto sólo podrá castigarse a alguien con la fuerza pública cuando el hecho cometido configura y coincide con el supuesto de hecho que el legislador previamente ha establecido como merecedor de una sanción. Su importancia radica en que tiene una doble

funcionalidad: hacia el Estado como limitante de su gran poder sancionador, y al ciudadano para saber de antemano qué conductas sí son delito; además se utiliza como un resguardo para ambos de evitar posibles arbitrariedades o excesos.

De la misma forma se ha señalado, en estricto rigor, que son verdaderas limitaciones a los poderes públicos constituidos y encargados de la ejecución de las políticas criminales, que restringen las facultades y actividades de los tres poderes estatales: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, el principio de legalidad establece quién puede crear el derecho penal, cómo debe formularse y aplicarse la ley penal, y qué interpretaciones son admitidas.⁹

Es relevante señalar que lo anterior toma un especial carácter al comprender que las “Leyes con Nombre” surgen o se les da urgencia parlamentaria en su tramitación por un hecho concreto que con anterioridad no estaba lo suficientemente cubierto por el ordenamiento jurídico como para castigar al autor como socialmente se hubiese querido, en especial puesto que los tipos penales que cubren estas leyes son variaciones especiales respecto del tipo general (como por ejemplo el femicidio del parricidio), y en ese sentido Roxin es enfático: “Por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley.”¹⁰

En concordancia con lo que se ha desglosado ya, procederemos a descomponer el principio en sus diversos elementos y manifestaciones para tener más claridad cuando se aplique cada uno, agregando también al principio de sistematicidad en este conjunto.

⁹ Manuel Rodríguez Vera, “Principio de legalidad penal y sistema penal chileno” (Tesis para optar al título de Doctor en Derecho, Universidad de Chile, 2013), 23, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/184858/Principio-de-legalidad-penal-y-sistema-de-justicia-penal-chileno.pdf>

¹⁰ Claus Roxin, *Derecho penal: Parte general Tomo I. § 5. El principio de legalidad*. (Múnich: Civitas, 1997), 137.

a. Lex stricta, o prohibición de la analogía.

Podríamos conceptualizar esta manifestación como la categorización básica de separar al legislador del juez, pues éste último debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley en tanto es aquella conducta la que ha sido considerada como merecedora de dicha pena y no otra. Es la conducción lógica que debe realizar el juez entre silogismos: concurrencia entre el supuesto de hecho y la acción u omisión del ciudadano.

Respecto de lo anterior, es necesario traer la discusión de larga data de si el juez debe ser o no meramente el instrumento de la ley, como afirmaba Montesquieu¹¹, y cuál debe ser su ámbito de interpretación al ejercer su papel y limitación para no caer en la analogía. En ese sentido, se ha señalado, correctamente a nuestro parecer, que:

La diferencia entre la interpretación (permitida) y la analogía (prohibida) estriba en que, en la primera, la norma existe, es decir, el caso determinado se encuentra efectivamente comprendido por la ley, y lo que hace el intérprete es sólo elucidar el sentido de la norma, incluso en los casos de interpretación extensiva, cuando la ley posee deficiencias graves de redacción que le impiden tener una formulación clara y le toca al juez establecer el genuino alcance de ésta (...). En cambio, en la analogía no hay texto legal que regule la situación, y es el juez quien constituye el derecho a través de la analogía. En la analogía no es el legislador quien crea el derecho sino el juez, quien se instituye a sí mismo como legislador.¹² Lo subrayado es nuestro.

Por lo tanto, el juez debe ceñirse a la interpretación y cuidar el “sentido literal de la norma”, que funciona como parámetro a su actividad lógica en una forma más objetiva puesto que dependerá caso a caso el grado de interpretación que podrá

¹¹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, L. XI, cap. VI, (Ciudad de México: Alianza, 2003), 49.

¹² Hugo Puebla, “Principios constitucionales de derecho penal” (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2005), 40, https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107556/puebla_h.pdf

tomar el magistrado. Si no es posible fundamentar que la decisión está contenida en el sentido literal de la norma, entonces será una analogía y por tanto, estaría prohibida para el juez.

En general a esta manifestación del principio se conoce como condición estricta de legalidad, y son exigencias sustanciales del mismo para propender a la evitación de la arbitrariedad; en definitiva, se debe remitir exclusivamente al sentido que entrega la ley para irrogar una pena.

b. Lex scripta, o principio de reserva legal

Se entiende como la condición formal de legalidad, a contrario sensu, la prohibición del derecho consuetudinario en materia penal. Se habla entonces de la necesidad de constatar cada hecho punible y tipo penal en una disposición debidamente legislada con el mecanismo correspondiente; en Chile esto es mediante moción parlamentaria o a través de mensaje del Ejecutivo,, su tramitación correspondiente, para finalmente ser promulgada por el Presidente de la República y publicada en el Diario Oficial (Constitución Política de la República, Capítulo V sobre Formación de Ley: artículos sesenta y cinco y siguientes). La ley será la única fuente del derecho penal.

En atención a que todas las leyes analizadas están efectiva y debidamente publicadas en el Diario Oficial, este apartado es meramente complementario al principio descrito y no tendrán mayor mención en el análisis propiamente tal.

c. Lex certa, o principio de taxatividad o mandato de determinación

La manifestación se consolida en la exigencia al legislador de ser claro y certero con el establecimiento de la conducta punible, y no sólo se limita a la conducta, sino que absorbe también a la consecuencia jurídica por dicha acción u omisión.

La ley debe ser determinada de tal forma que sea autosuficiente para mandar, y por tanto es una prohibición a las leyes penales en blanco propias

(entendidas cuando la ley remite a un ordenamiento de menor rango jerárquico como son los decretos o reglamentos, otorgando mandato de imposición de penas a algo que no es ley, a diferencia de la ley penal en blanco impropia puesto que si bien se remite a otra disposición, debe ser una ley y por tanto sigue cumpliéndose el principio de legalidad) y las penas indeterminadas. Se comprende como la condición directa para el Estado de poder imponer su *ius puniendi* puesto que sólo podrá hacerlo cuando la ley cumpla con el hecho de especificar taxativamente qué conducta será castigada y cómo, ya que protege al ciudadano *ex ante* de las facultades del Estado, y puede conocer de antemano la pauta de comportamiento esperada.

d. Lex previa, o principio de irretroactividad

Se materializa con la prohibición al legislador de crear leyes penales retroactivas, y en ese sentido, tiene tres clases de prohibiciones: (a) Que un hecho lícito al momento de ser realizado, sea declarado punible por una ley dictada posteriormente; (b) Que respecto de una acción que ya es punible, se introduzca retroactivamente una clase de pena más grave (por ejemplo prisión en lugar de multa); y (c) Que se agrave una pena dentro de una misma clase (por ejemplo, subir de 5 a 10 años de prisión).¹³

No es posible señalar lo anterior sin hacer la distinción de si la ley posterior es más beneficiosa o no para el imputado, ya que de ser así entonces sí podría aplicar puesto que se entiende parte del sistema garantista, y se ha recogido de la misma forma en nuestro ordenamiento, repitiendo la disposición que se mencionó anteriormente en el numeral tercero del artículo decimonoveno de la Constitución Política de la República (en adelante “CPR” o “Constitución”): “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

¹³ Puebla, “Principios constitucionales de derecho penal”, 46.

Lo anterior, a pesar de ser una parte importante dentro del principio de legalidad, en este documento no se indagará profundamente con un análisis de jurisprudencia donde se haya aplicado retroactivamente alguna de las disposiciones de la materia puesto que la idea central va dirigida a la calidad de la ley en cuanto al problema que buscó resolver al momento de su creación.

e. **Sistematicidad**

Este principio es esencial en tanto abarca muchos puntos relativos a armonizar las diversas disposiciones que componen nuestro ordenamiento jurídico; en esa línea, se busca mantener una coherencia con el sistema ofreciendo “soluciones útiles, uniformes, consistentes y compatibles entre sí, al tiempo de evitar la presencia de lagunas o redundancias en la regulación”¹⁴, así como mantener una concordancia en cuanto a la gravedad de la vulneración del bien jurídico protegido y su pena correspondiente; esto con el fin de mantener claridad y congruencia con la promulgación y la ejecución de la ley en las diversas situaciones jurídicamente relevantes, lo cual en conjunto a lo dispuesto por la legalidad y sus subprincipios ya desglosados, hacen que la ley sea efectiva no solo en su forma sino también en el fondo.

Por lo anterior, es particularmente importante que las leyes sean capaces de presentarse de forma clara e ilustrar lineamientos adecuados para la coherencia entre las distintas acciones cometidas y su efecto *a posteriori* en cuanto a consecuencia jurídica; en definitiva, Ossandón en su texto dedicado exclusivamente a la técnica legislativa en materia penal señala que: “se trata de determinar el mínimo de claridad y coherencia exigibles a la regulación legal, que se traduce en la necesidad de que la norma, dentro de su sentido literal posible, permita una solución integrable adecuadamente en el sistema jurídico”¹⁵, tomando en cuenta los distintos límites y su concordancia.

¹⁴ María Magdalena Ossandón Widow, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 324.

¹⁵ Ossandón, *La formulación de tipos penales*, 315.

En cuanto al alcance del principio de sistematicidad, podemos señalar que “éste se manifiesta tanto al interior del orden normativo penal –sistematicidad interna– como en su relación con las demás ramas del ordenamiento jurídico, y, en particular, con la norma constitucional –sistematicidad externa.”¹⁶ Es de especial relevancia al analizar las “Leyes con Nombre”, principalmente relativas a la coherencia de las disposiciones. En este mismo sentido, el legislador debe seguir de manera fidedigna un fundamento, ofreciendo una misma línea de solución, lo que asegure “que a la diversa gravedad de las conductas ha de corresponder una diferente gradación de la responsabilidad”¹⁷.

II. Principio de Proporcionalidad de la pena

Denominado también prohibición de exceso, este principio tiene su manifestación en diversos subprincipios, pero su finalidad es actuar como límite al *ius puniendi*, en el sentido que la intervención estatal deberá equilibrarse con criterios relativos a la proporcionalidad, es decir, la idoneidad, necesidad y la razonabilidad del castigo en base a la gravedad de la acción u omisión. En definitiva, se ha señalado que:

“Este principio se traduce en una garantía para todos los sujetos, de que las penas que le serán aplicables por los hechos ilícitos que cometan deberán ser proporcionadas al daño producido por estos, o que los delitos no podrán ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.”¹⁸

Al igual que el principio de legalidad, éste sostiene el Estado de Derecho puesto que es el contrapeso al poder estatal sobre el ciudadano, ya que podrá castigar siempre y cuando éste castigo sea útil y proporcional. Lo anterior siempre con miras a lo dispuesto con el principio de igualdad, esencialmente ligado a la proporcionalidad en tanto el legislador con la creación de normas se ve obligado a

¹⁶ Ossandón, *La formulación de tipos penales*, 317.

¹⁷ Ossandón, *La formulación de tipos penales*, 324.

¹⁸ Puebla, “Principios constitucionales de derecho penal”, 51.

perseguir la “exigencia de proporcionalidad en las normas, pues ella implica tratar por igual lo igual, pero desigualmente lo desigual”¹⁹, nivelando así posiciones para establecer equitativamente las posibles consecuencias jurídicas del supuesto de hecho ante la concurrencia de la acción u omisión del ciudadano, situación que debe mantenerse en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Para lograr un tratamiento normativo igualitario resulta indispensable que las leyes tengan un carácter general y abstracto. Así opera en cuanto a sus destinatarios, pues en el derecho comparado, específicamente en el caso español, se señala que “ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten desigualdades”²⁰.

Retomando el principio de proporcionalidad y su constante influencia de la igualdad, podemos señalar que se manifiesta de las siguientes formas:

a. Idoneidad

Este subprincipio persigue que la finalidad del legislador sea satisfecha mediante la determinación de aquella sanción, o al menos colabore a su efectividad; en ese sentido, se plantea con una mirada más bien preventiva de si dicha decisión legislativa es o no una buena opción para el objetivo que se busca. En palabras de Hernán Fuentes, es “el establecimiento fáctico acerca de si el sacrificio de un determinado interés permite la satisfacción de otro interés concurrente. Así, un medio será apto para conseguir el fin pretendido cuando su operatividad conduzca a promover o facilitar el logro del fin pretendido”²¹.

¹⁹ Ossandón, *La formulación de tipos penales*, 447.

²⁰ Ossandón, *La formulación de tipos penales*, 451. Citando a la Sentencia N° Rol 266/1994 del Tribunal Constitucional Español, de fecha 21 de diciembre de 1997.

²¹ Fuentes, “El principio de proporcionalidad en derecho penal”, 26.

Su uso a lo largo de este trabajo será relativo a discutir si las decisiones tomadas en las “Leyes con Nombre” pueden ser efectivas para la finalidad que es posible recoger de la discusión en el Congreso.

b. Necesidad

Podríamos concretar este elemento con el grado de intrusión de la disposición, puesto que se deberá priorizar que cause el menor daño posible, y que intervenga únicamente cuando un bien jurídico esté en peligro o se haya vulnerado ya; en ese sentido, el legislador deberá considerar en mayor medida los medios que permitan perseguir el mismo fin afectando en menor medida los derechos fundamentales de los ciudadanos, la menor repercusión lesiva posible.

Para utilizar este criterio, analizaremos si es efectivamente adecuado el lineamiento respectivo a la utilización de las leyes previamente mencionadas, tomando como base su finalidad, redacción y jurisprudencia relevante al efecto.

c. Estricta proporcionalidad

En palabras de un autor ya citado, esta manifestación del principio “consiste en someter a juicio la pluralidad de intereses contrapuestos y en el cual se trata de hacer prevalecer a aquel al cual se le atribuya un mayor valor. De este modo, una vez que el medio ha sido afirmado como idóneo y necesario para alcanzar el fin pretendido se examina si su aplicación no resulta excesiva para el individuo.”²² En definitiva, debe existir una proporción entre la consecuencia jurídica dada por el legislador y el daño al bien jurídico que se busca proteger, y en consecuencia, “si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad”²³.

²² Fuentes, “El principio de proporcionalidad en derecho penal”, 27.

²³ Nicolás González-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, (Madrid: Editorial COLEX, 1990), 225.

Es necesario hacer presente que el principio de proporcionalidad de las penas se analizará como un conjunto y no a partir de las subdivisiones que se han explicado al visualizar una mutua complementación del principio en sí mismo; lo anterior era meramente referencial para el criterio y poder comprenderlo desde sus diversas aristas. A diferencia del principio de legalidad, que se analizará por separado según sus diversas manifestaciones.

Tal como se señaló al inicio, en virtud de analizar este compendio de leyes de la forma más adecuada posible, establecimos criterios y parámetros para una concepción general de lo que sería una “buena ley”, de la manera más neutral dentro de la viabilidad de este contexto. Habiendo delimitado aquello entonces podemos pasar a las disposiciones de la “parte especial” de este trabajo.

CAPÍTULO II: LEY EMILIA (LEY N°20.770)

I. Diagnóstico del problema

Entendemos que la intención de una ley es mandar, prohibir o permitir; en general imponer, redirigir o sugerir patrones de conducta en diversas áreas, y es posible afirmar también que la proposición de una ley busca alterar una situación existente, puesto que, a juicio de los legisladores *requiere (o debería)* ser modificada. Es por esto que un proyecto de ley es la solución al problema identificado por algún legislador; bajo lo anterior, para el caso concreto debemos establecer cuál es el problema, y plantearlo como directriz al capítulo; en definitiva, se constituye la finalidad de la ley.

En este caso, es fácil discernir el problema concreto que la creación de esta ley busca solucionar, y como las leyes en general, su “nombre real” toma relevancia al ser excesivamente descriptivo: “Modifica la ley del tránsito, en lo que refiere al delito de manejo en estado de ebriedad; causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte”.

Queda de manifiesto que el problema principal radica en los conductores de vehículos motorizados que no le toman el peso a la necesidad de estar en todos los sentidos cuando se está tras el volante y terminan causando accidentes de suma gravedad; es por esto que, para evitar dicha situación, la ley debe mandar consecuencias a la altura de la gravedad para aquellos que conducen bajo el estado de ebriedad (y, según veremos en la ley, también bajo otros estados e influencias como son los estupefacientes y psicotrópicos. Desde ya hacemos la precisión que cada vez que se hable de “estado de ebriedad” se considerará también el estar bajo la influencia de drogas). Si bien se condena este hecho de por sí, se vislumbra un especial repudio a los accidentes que dejan secuelas graves, gravísimas o, la muerte de una persona.

En ese sentido, la Ley Emilia promulgada en el año 2014 viene a complementar otras disposiciones que perseguían lo mismo, como es la Ley de

Tolerancia Cero de 2012, que tenía como política principal el repudio a la conducción desde los 0,3 gramos de litro por sangre, redefiniendo los niveles de alcohol en la sangre para estar bajo la influencia del alcohol, y se tipifica también el delito de manejo en estado de ebriedad pero en esta ocasión la preocupación radica en los accidentes de gravedad y fatalidad que se ocasionan a partir de.

Las cifras en este caso son ejemplificadoras, puesto que las estadísticas oficiales señalan que:

Para 2019, CONASET reportó un total de 89.983 siniestros de tránsito, que dejaron como consecuencia un saldo de 1.617 fallecidos y 57.749 lesionados. De estos accidentes, los datos señalan que 7.208 (8% del total siniestros de tránsito 2019) estuvieron asociados a la presencia de alcohol en el conductor, dejando un saldo de 158 fallecidos (9,77% respecto del total de fallecidos por accidentes de tránsito 2019) y un total de 6.231 lesionados (10,79% respecto del total de lesionados por accidentes de tránsito 2019)²⁴.

La ley a la que dedicamos un capítulo entero viene a intentar resolver una situación al más puro estilo punitivista, puesto que endurece las penas; en definitiva, se hace más gravosa la consecuencia jurídica para el que infrinja la norma de comportamiento, que sería no conducir bajo el estado de ebriedad, ni bajo la influencia del alcohol o de otras drogas, y aquel que lo haga y además cause lesiones graves, gravísimas o la muerte será castigado ejemplarmente con al menos un año de prisión efectiva.

Lo anterior se liga excepcionalmente bien con el problema de la “sensación de impunidad” que tiene la sociedad respecto de este tipo de delitos puesto que las penas terminan cumpliéndose en libertad, a partir de las atenuantes más frecuentes en materia penal como la irreprochable conducta anterior y la colaboración con el esclarecimientos de los hechos, que disminuye por debajo del rango establecido

²⁴ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, “Cero - Prevención del consumo de alcohol y otras drogas en conductores”, *Informe de detalle de Programas Sociales*, (Gobierno de Chile, 2021), 2, http://www.dipres.gob.cl/597/articles-212493_doc_pdf1.pdf

para el delito en concreto. Por tanto, el problema aquí se plantea a dos bandos: el repudio a la conducción en estado de ebriedad, y también la impunidad como percepción del ciudadano común ante la comisión de este tipo de delitos. Lo anterior es posible ejemplificar muy bien con lo dicho el H. Senador Rossi en la discusión de este proyecto:

El proyecto que nos ocupa avanza de manera importante en el propósito de terminar con la sensación de impunidad existente, ya que la sanción mínima aplicable al conductor ebrio que le quite la vida a una persona será de un año de privación de libertad, más allá de cualquier tipo de atenuantes. Y deberán cumplirse dos tercios de la pena para poder acceder a la libertad condicional, a diferencia de lo que dispone la legislación vigente.²⁵

Las políticas públicas en la materia brindan estadísticas para poder analizar de mejor forma esta ley en específico, y al menos al año 2019 era posible determinar que el mandato de la ley no es suficiente para presentarse como determinante en la conducta de los usuarios, puesto que:

Las cifras reportadas por CONASET respecto a la evolución de siniestros de tránsito asociados al alcohol en el conductor muestran cifras preocupantes con una tendencia al alza en los últimos 5 años. En los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 los siniestros de tránsito - asociados a alcohol en el conductor- tuvieron un aumento paulatino en su frecuencia de casos (5.180; 6.787; 6.981; 7.140 y 7.208 respectivamente). En el periodo 2015-2019, los fallecidos aumentaron de 152 a 158 y los lesionados aumentaron de 4.819 a 6.231. Esta situación, entre el año 2018 y 2019, representa un aumento del 1% en el número de siniestros asociados al alcohol en el conductor, un 8,2%

²⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 110, https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4318/HLD_4318_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

en el número de fallecidos y un 5,2% en el total de lesionados (CONASET, 2019).²⁶ (El subrayado es nuestro).

Pasaremos entonces a desglosar lo que rodea la creación de esta ley y con posterioridad, el debido análisis bajo los criterios ya establecidos.

II. Mensaje Presidencial N°137-362

Debemos partir haciendo énfasis en que aquí es determinante desde el minuto uno la muerte de Emilia Silva Figueroa, infante de nueve meses de edad, producto de un accidente de tránsito ocasionado por un conductor ebrio el día 21 de enero de 2013, quien fue condenado a dos años de pena remitida, que finalmente fueron cumplidos en libertad. El primer párrafo de la historia de la ley señala:

Ante la conmoción social causada por este caso, diversas iniciativas buscaron generar las modificaciones legales necesarias para impedir que conductores ebrios que ocasionaban lesiones graves e incluso la muerte a terceros fuesen condenados a penas menores, y que finalmente son cumplidas en libertad.²⁷

Lo relevante de aquello es que existieron tres proyectos de ley en la misma línea de variadas bancadas políticas (Boletines N°8.813-15, 9.224-14 y 9.305-07) que no llegaron a acuerdo por diversos motivos que no serán de análisis ni mayor mención en este trabajo, pero es antecedente directo del presente proyecto ya que el Gobierno de Michelle Bachelet decidió impulsar y consensuar los proyectos en uno solo, buscando la unión de ambas Cámaras para su aprobación.

La finalidad de la ley, en el caso concreto, está explicitada por el mensaje, el cual señala de forma muy clara:

²⁶ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, “Cero - Prevención del consumo de alcohol...”, 2.

²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 3.

Este Proyecto de Ley tiene por fin principal 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. Así ocurrió con el responsable de la muerte de la pequeña Emilia quien, a pesar de la gravedad del delito, fue condenado a dos años de pena remitida, cumpliendo dicha condena en libertad.²⁸ (Lo subrayado es nuestro).

Es preciso enfatizar, tal como se hizo en el diagnóstico del problema, que el proyecto viene a hacerse cargo de una “sensación de impunidad” que gobierna en la población por personas ebrias que irresponsablemente conducen vehículos y producen accidentes de tal magnitud que ocasionan lesiones graves, gravísimas o la muerte de terceros, ya que dichas sanciones eran cumplidas con penas sustitutivas como la libertad vigilada, como fue justamente el caso de la pequeña Emilia, lo que se vislumbra con claridad en las modificaciones a la Ley de Tránsito que presenta el Mensaje en cuestión; la nueva mención a esta sensación es requerida ya que es uno de los aspectos más importantes y novedosos de la solución que viene a entregarse con este proyecto.

A raíz de lo anterior, se planteaban situaciones especiales en el inciso final del artículo 196 que determinaban no sólo el aumento en la pena sino también una forma especial para determinación de la misma, y se justificaban de la siguiente manera:

- Si el responsable huye del lugar. Se estima que al incluir una regla de este tipo, se incentivará de alguna manera a que el responsable del accidente asista a la víctima evitando la muerte o agravación de su condición de salud. De otra parte, también favorecería la investigación de estos delitos al tener un imputado conocido al no huir.

²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 4.

Por último, se recoge una conducta que ya tiene sanción que es huir del lugar dándole un efecto agravatorio.

- Reincidencia por el mismo delito. Se aumenta la pena por la existencia de una condena previa por delitos sancionados en el mismo artículo.

- Conductor profesional. Para que opere la calificante el conductor debe estar desempeñándose en sus funciones al momento de producir la muerte o las lesiones. Con esto se busca sancionar con mayor rigurosidad a quien tiene mayores deberes de cuidado.²⁹

Este punto en particular termina siendo modificado en la ley promulgada, quedando la huida del responsable como un tipo penal en sí mismo además de una agravante (ya que cuando ocurre la huida en conjunto con la comisión de un accidente que produzca lesiones, graves, gravísimas, o la muerte, la pena es más severa).

El mensaje además, como se señaló ya, incluía una modificación al esquema de determinación de penas del Código Penal, y su particularidad se daba en que el juez quedaba obligado a mantener el marco fijado por la ley sin importar la cantidad de atenuantes o agravantes. En el mismo sentido se limitaban las penas sustitutivas de libertad vigilada o la reclusión nocturna al cumplimiento de un año de privación de libertad efectiva, y la libertad condicional se podía obtener al cumplimiento de dos tercios de la condena, y no a la mitad de la misma como se establecía con anterioridad.

III. Historia de la ley: discusión parlamentaria y opinión pública

Como se señaló ya, es el Mensaje N°137-362 el que da inicio a la vida de este proyecto de ley el 28 de mayo de 2014, que tiene “suma” urgencia desde su comienzo. El primer Informe de Comisión de Obras Públicas, Transportes y

²⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 12.

Telecomunicaciones en la Cámara de Diputados se emite con fecha 09 de julio del mismo año, donde se aprueba la idea de legislar en la materia por unanimidad, aprobando asimismo todos los artículos del proyecto por unanimidad, sin cambios, dando inicio entonces a su primer trámite constitucional.

La constante presencia de la pequeña Emilia es latente puesto que, además de lo señalado ya, sus padres Benjamín Silva y Carolina Figueroa están presentes en la reunión como una forma de expresar el más profundo rechazo al hecho percutor, y para tener en vista siempre el compromiso legislativo del Congreso. Es necesario recordar también el gran papel que tuvieron en los medios de comunicación como forma de presión a los legisladores para impulsar una ley en esta dirección luego de la condena al autor de la muerte de su pequeña hija.

La Discusión en Sala del 15 de julio de 2014, además de ciertas críticas a la Cámara Alta por no prosperar con proyectos anteriores, se hace referencia directa al poder coercitivo que tiene la ley en tanto, sólo por dar un ejemplo, el H. Diputado Hugo Gutiérrez expresó:

Con este proyecto, de una vez por todas queremos decirle a todo aquel que se embriaga, conduce un vehículo y mata a alguien, que va a ir preso por lo menos durante un año; que la actual pena no va a bajar, por lo que ese conductor quedará privado de libertad durante por lo menos un año.

Esto tiene que saberlo bien la sociedad: no se va a tolerar nunca más a conductores en estado de ebriedad. Con esta iniciativa se acabó definitivamente la impunidad.³⁰ (Lo subrayado es nuestro).

El proyecto y sus artículos fueron votados favorablemente casi por unanimidad. Se solicita la votación por separado de sus disposiciones, y las que presentan algunas negativas y/o abstenciones son aquellas relativas al aumento de

³⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 19.

las penas En esta misma línea, el H. Diputado Gabriel Boric, quien fue el principal actor en este tipo de votos justificó su valoración previamente en la discusión:

En ese sentido, me parece peligroso que comiencen a proliferar reglas especiales para la determinación de la pena, como sucede con lo que propone el número 3) del artículo 1º, sobre todo si su fin es eliminar la posibilidad de aplicar circunstancias atenuantes. Tampoco tengo certeza de que sea justificable la modificación que introduce el artículo 2º del proyecto a la letra b) del artículo 15 de la ley N° 18.216, solo para este caso, pues exige requisitos no menores para la aplicación del beneficio de la reclusión nocturna. Si creemos que hay que modificarlo, habría que hacerlo de manera sistémica, no solo para este delito en particular.³¹(Lo subrayado es nuestro).

Este punto sobre el aumento de las penas se discutirá en el análisis de la ley, específicamente relativo a la proporcionalidad de la pena.

Con fecha 15 de julio de 2014 se remite el Oficio a la Cámara Revisora del proyecto aprobado por los Diputados, dando así inicio al Segundo Trámite Constitucional en el Senado. El primer Informe de Comisión de Constitución se entrega el 12 de agosto del mismo año, donde se entregan diversos puntos de vista de especialistas como los profesores Jean Pierre Matus y Juan Domingo Acosta, lo que entregó un borrador del proyecto, dando lugar a la Discusión en Sala al día siguiente, 13 de agosto, aprobándose en general el proyecto por la totalidad de Senadores en dicha sesión, es decir, 19 votos a favor.

Los días 01 y 03 de septiembre se emiten Boletines de Indicaciones, y se entrega el Segundo Informe de Comisión de Constitución con fecha 08 del mismo mes, donde se acuerda una estructura más sistemática de la ley, en tanto las modificaciones planteadas a la Ley de Tránsito consideraban muchas excepciones y contraexcepciones³². En general, en dicho informe la presencia del profesor Matus

³¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 31.

³² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 80.

está muy presente, los Honorables considerando las variaciones señaladas por dicho profesor que terminaron en el texto final de la ley. Todas las modificaciones aprobadas en esta instancia se dan por unanimidad.

Con fecha 10 de septiembre, entendiendo la suma urgencia del proyecto, se da la Discusión en Sala del proyecto, y el gran punto de controversia es la eliminación del artículo 183 de la ley en proyecto que establecía la presunción legal de estado de ebriedad o influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas cuando existía negativa injustificada a realizarse las pruebas correspondientes o la huida del lugar, en cambio se establece un tipo penal especial para esta situación que consiste en la imposición de multas cuando sólo existan lesiones, que escala hasta cinco años y un día cuando además se haya causado la muerte. En este sentido, los legisladores partes de la Comisión, para defender este punto, vienen en señalar que sería mejor establecer un tipo que dejar la posibilidad a una presunción puesto que:

En nuestro país no se puede condenar a una persona sobre la base de una presunción, pues así quedó definido cuando se dictó el nuevo Código Procesal Penal. No existe esa posibilidad. Y por eso los tribunales no aplican la presunción.³³

En la misma línea, el otro punto de preocupación es relativo al uso de drogas legales, como son los ansiolíticos debidamente recetados por un profesional ya que no se consideran como excepción o como causal de exculpación ni tienen regulación alguna distinta al uso ilegal de los mismos. En definitiva, la discusión termina posibilitando un nuevo plazo para presentar indicaciones a la ley en proyecto, pero se ratifican las observaciones hechas en el Segundo Informe de Comisión.

Es por lo anterior que se dicta el Oficio de Cámara Revisora a Cámara de Origen con las modificaciones recientemente aprobadas el mismo día, 10 de septiembre de 2014, dando inicio al Tercer Trámite Constitucional en la Cámara de

³³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 119.

Diputados. Al ser un proyecto de suma urgencia, la Discusión en Sala se realiza inmediatamente al día siguiente, 11 de septiembre, aprobándose las enmiendas por unanimidad con 80 votos, quedando despachado el proyecto, haciéndose dicha comunicación a la Presidenta de la República el mismo día. La promulgación ocurre el 15 de septiembre y la publicación en el Diario Oficial se hace al día siguiente, el 16 de septiembre de 2014, dando así término a la historia de la ley en el Congreso Nacional.

IV. Ley que modifica la ley del tránsito en lo que refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte: texto promulgado y comparación con el diagnóstico del problema

En diversas ocasiones se hace referencia a que esta sería una “ley draconiana”³⁴ al generar un aumento tan potente a las penas junto a esta decisión relativa a la determinación de las mismas, considerando que el delito en cuestión es uno culposo, un cuasidelito. La comparación directa se desencadena respecto de los delitos dolosos que también atentan contra la vida como el homicidio, punto que se discutirá en el próximo apartado.

La Ley N°20.770 consta de dos artículos, el primero realiza modificaciones a ocho artículos de la Ley de Tránsito (DFL N°1 de 2009), y el segundo agrega al DL N°321 de 1925 relativo a la libertad condicional el aumento al cumplimiento de los dos tercios de la pena para acceder a dicho beneficio en el caso de la comisión de los delitos de los incisos tercero y cuarto del artículo 196 de la Ley de Tránsito.

En general, el texto del Mensaje N°137-362 generaba menos modificaciones que el texto final. Aquí se establece un tipo penal especial de huida ligado a la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente, desde que se producen daños en el mismo, tal como indica el artículo 195. En este sentido, la huida se

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 116, 124, 127.

utiliza también a modo de agravante a la concurrencia de lesiones graves, gravísimas o muerte, elevando la pena hasta presidio menor en su grado máximo.

Se consagra también en la creación del art. 195 bis la penalidad por el mero hecho de negarse injustificadamente o dilatar el sometimiento a pruebas respiratorias como *alcotest*, o aquellas para la determinación de estupefacientes o psicotrópicas, dando una pena de presidio menor en su grado máximo cuando lo anterior ocurriese en caso de accidentes que provoquen lesiones graves, gravísimas o la muerte de alguna persona.

Los tan comentados incisos tercero y cuarto del art. 196 que vienen a regular en concreto el hecho fatal de Emilia, es decir, la conducción en estado de ebriedad que causa lesiones graves, gravísimas o la muerte. Aquellos son los que tienen una sanción más gravosa puesto que se llega al presidio mayor en su grado mínimo en el último caso, como se constata en el inciso tercero.

Sin perjuicio de lo anterior, se establecen situaciones especiales en el inciso cuarto donde el legislador señala expresamente que deberá imponerse el máximo de la pena cuando además exista estado de ebriedad por el conductor o esté bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas:

1. Si el responsable hubiese sido condenado anteriormente por alguno de los delitos previstos en este artículo, salvo que a la fecha de comisión del delito hubieren transcurrido los plazos establecidos en el artículo 104 CP respecto del hecho que motiva la condena anterior.
2. Si el delito hubiese sido cometido por un conductor cuya profesión u oficio consista en el transporte de personas o bienes y hubiere actuado en el ejercicio de sus funciones.
3. Si el responsable condujere el vehículo con su licencia de conducir cancelada, o si ha sido inhabilitado a perpetuidad para conducir vehículos motorizados.

Como se señaló ya, este artículo en concreto es aquel que se ve afectado por el nuevo sistema de determinación de penas del artículo 196 bis, donde el juez

no puede salirse del rango indicado por la pena sin importar las agravantes o atenuantes; sólo puede recorrer el marco entregado por el legislador. La única salvedad, que se incluye en el texto final puesto que en el presentado por la Presidenta Bachelet no se contemplaba, es la eximente del artículo 10 número 11 del CP (“El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero”), permitiendo la pena inferior en un grado cuando concurriere mayor parte de sus requisitos.

Asimismo el artículo 196 ter condiciona las penas sustitutivas al cumplimiento de la pena privativa de libertad por un año respecto del delito consagrado en el inciso tercero, es decir, el delito de conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas, y que ocasione lesiones graves, gravísimas o la muerte. En definitiva, es aquí uno de los puntos de gran discusión que veremos más adelante puesto que es el que establece la prisión efectiva de un año para aquellos que cometan el delito que mató a Emilia Silva, buscando salvaguardar esta sensación de impunidad en la sociedad, tal como se estableció en el diagnóstico del problema al inicio de este capítulo.

Lo mismo ocurre respecto de las situaciones especiales del inciso cuarto del artículo 196, puesto que, como se señaló anteriormente, la modificación al DL N°321 de 195 tiene incidencia respecto de cumplir dos tercios de la pena privados de libertad para poder obtener el beneficio de la libertad condicional.

La forma de abordar el diagnóstico de problema es atacar justamente la sensación de impunidad resultante en las familias de las víctimas y también entregar la señal clara a la ciudadanía completa mediante la pena de prisión efectiva para aquellos que beban y conduzcan por al menos un año para acceder a cierto beneficios, y a su vez, se elevan las sanciones en el mismo sentido, otorgando señales a los conductores de la necesidad de socorrer en los accidentes y no huir porque la pena será mayor.

V. Análisis de “Buena ley”

Habiendo hecho el desglose general, procederemos ahora a tratar la ley desde un punto de vista más jurídico y técnico con los criterios ya individualizados en el primer capítulo. Al ser una ley que modifica varios aspectos de la Ley de Tránsito, para poder ahondar y discutir en lo pertinente, nos referiremos a los puntos esenciales para el diagnóstico del problema desde diversos ámbitos, es decir: (i) Hipótesis del delito de estado en manejo de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte, del artículo 196 inc. 3, y su modificación respecto del régimen de determinación de la pena de la situación agravada del inc. 4; (ii) Creación de una regla especial de suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva del art. 196 ter; y (iii) Modificación al régimen de libertad condicional del art. 3 inc. 7 del Decreto Ley N°321 de 1925 respecto de los delitos del arts. 196 inc. 3 y 4; sin perjuicio de otras menciones concretas de la ley en cuestión; todas en dirección de poder analizar correctamente el texto promulgado y cómo se aborda el diagnóstico del problema.

I. Principio de Legalidad

El primer punto que debemos considerar, de acuerdo al desglose del primer capítulo de esta memoria, es el relativo al principio de legalidad y su complementación con la sistematicidad; para dar más coherencia al discurso se procederá a analizar elemento por elemento.

a. **Lex stricta**

Cuando hablamos de esta manifestación del principio, nos remitimos principalmente a su redacción y su completitud, es decir, el sentido literal de la norma para evitar la analogía.

A nuestro juicio, no hay mayores problemas en ese sentido, el tipo penal de la conducción en estado de ebriedad que causa lesiones graves, gravísimas o la muerte es consistente. Determinando que el imputado iba conduciendo, que llevaba

una cierta cantidad de alcohol en la sangre o de sustancias psicotrópicas o estupefacientes en el cuerpo, y que además se haya producido una lesión grave gravísima como indica el art. 397 N°1 CP, o la muerte de un tercero, procederá entonces declarar culpable al imputado. Así fallan los tribunales³⁵, y por tanto no hay mucho espacio tampoco para analogías ya que los tipos penales, en general, son consistentes con las decisiones judiciales en los casos, no hay mayor discusión en este punto.

b. Lex scripta

Esta materia no tiene discusión, puesto que con la efectiva publicación en el Diario Oficial, la ley pasa a tener pleno efecto en el territorio nacional, es decir, desde el 16 de septiembre de 2014.

c. Lex certa

A nuestro juicio, los problemas que se vislumbran en este sentido recaen principalmente en los reenvíos a distintos artículos de diversas leyes que hacen que el mandato, y por consecuencia el hecho punible, sea impreciso; como es el art. 397 N°1 CP respecto de qué se entiende por delitos graves, gravísimos, o cuando se habla de “sustancias estupefacientes o psicotrópicas” (en el art. 195 bis) y nos cuestionamos si las drogas con receta médica que generan estos efectos en la conducción son penables, pero debemos entender que, en este aspecto la Ley de Tránsito remite a la Ley N°20.000 (y que éste, a su vez, remite las sustancias punibles a su Reglamento; en definitiva, la discusión propia de si éste es o no una ley penal en blanco). Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la incorporación de un nuevo tipo penal, como es la huida del lugar del accidente sin avisar a la autoridad competente ni prestar ayuda del art. 195, el mandato es bastante claro ya que se señala con especificidad el deber que debe cumplirse: “detener la marcha, prestar

³⁵ Así, por ejemplo, fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, causa RUC N°2200687766-8, RIT N°17-2023, de fecha 22 de junio de 2023, C°23; fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, causa RUC: N°1801231994-7, RIT: N° 869-2019, de fecha 28 de enero de 2020, C°9.

la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones”.

d. Lex previa

Como se señaló ya, atendido al tenor de este análisis, no habrá un mayor abundamiento en esta materia.

e. Sistemática

La discusión, a nuestro juicio, radica principalmente en cómo se aborda la gran novedad que aporta esta ley, esta es la regla especial de suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva por un año de pena privativa de libertad efectiva, es decir, que el condenado pueda acceder al régimen de penas sustitutivas que establece la Ley N°18.216 en el caso del delito del inc. 3 del art. 196, a raíz de esta “sensación de impunidad” que gobierna en la población, y que, como abordamos anteriormente, implica la sensación de que las penas por este delito se cumplen en libertad. Siguiendo dicha línea, podríamos entender que, a partir del hecho punible, para el legislador es tan condenable la conducción en estado de ebriedad causando lesiones graves, gravísimas o resulte en la muerte de un tercero, que establece una disposición que obliga al imputado a permanecer al menos un año en la cárcel para poder acceder a una pena sustitutiva.

En este punto es necesario recordar que cuando hablamos de aquel delito, es en esencia uno culposo en términos de la imputación; sin perjuicio de lo anterior, a partir de la historia de la ley es posible ver que la esencia del delito se asimila a uno doloso en términos de voluntariedad, según la finalidad de la ley. Al respecto, el H. Senador Harboe indicó:

En consecuencia, con la ley en proyecto, el legislador considera que existió voluntad del sujeto. Porque antes de subirse al vehículo razonó y dijo: "Voy a manejar; conduzco en estado de ebriedad, y me dan lo mismo los resultados o lo que pueda ocurrir". Entonces, hay un elemento volitivo: no siendo un delito, existe voluntad de exponerse

imprudentemente al riesgo de causar lesiones graves o la muerte.³⁶

(Lo subrayado es nuestro)

Siguiendo dicha línea argumentativa, debemos al menos tratar de razonar esta decisión legislativa de otorgar una intencionalidad al hecho de conducir un vehículo en dicho estado y “exponerse imprudentemente al riesgo”, en definitiva, una especie de dolo eventual. Si nos remitimos a otros autores que han analizado el tema, Laura Mayer y Jaime Vera son más bien contrarios, pues afirman que “más que obedecer a su gravedad intrínseca, parece haberse basado en la gran conmoción social que provocó la muerte de esa menor de edad.”³⁷

De este mismo hecho es podemos referirnos a las modificaciones que se realizan al régimen de libertad condicional del DL 321 de 1925 y la Ley N°18.216 sobre penas sustitutivas, y si existe o no sistematicidad respecto de los delitos que allí se tratan, puesto que la Ley Emilia viene a restringir estos sistemas de ejecución de la pena en beneficio del condenado, respecto de los delitos del art. 196 inc. 3 y 4.

Respecto de la modificación a la regulación de la libertad condicional que establece la incorporación de los delitos del art. 196 inc. 3 y 4 a la disposición que indica que para optar al beneficio de la libertad condicional deberán cumplirse dos tercios de la condena, es decir, al art. 3 del DL 321 de 1925, resulta curioso a nuestro juicio ya que al analizar dicha normativa con aquella condición, en general se remiten a delitos dolosos como por ejemplo el femicidio, parricidio, robo con violación, sustracción de menor de 18 años, estupro, abuso sexual, trata de personas con fines sexuales, etc. El legislador mediante la Ley Emilia al incluir estos delitos, posiciona la decisión de beber alcohol o consumir drogas, conducir un vehículo, y lesionar gravemente o matar a un tercero sistemáticamente al mismo nivel que los delitos ya señalados.

³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 135.

³⁷ Laura Mayer Lux y Jaime Vera Vega, “Sistematicidad y técnica legislativa en materia penal: un estudio a partir de los delitos nucleares de la Ley de Tránsito chilena”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N°88, (2022): 157, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24194/23847>

Siguiendo dicha línea, algo similar ocurre con la regla especial del art. 196 ter, que indica que es aplicable el régimen de sustitución de las penas de la Ley N°18.216 pero el condenado deberá cumplir un año de privación de libertad efectiva para poder optar por una pena sustitutiva. La discusión de la sistematicidad está en que esto sólo aplica respecto de los delitos ya señalados, es decir, la comisión de lesiones graves, gravísimas o la muerte cuando se produzcan por un conductor ebrio o drogado, pero si existe una acción dolosa que resulte en lesiones graves, gravísimas, será posible optar al beneficio. En definitiva, Mayer y Vera indican:

Por el contrario, si ese mismo sujeto comete deliberadamente —o sea, con dolo directo— lesiones graves gravísimas y se le aplica una pena sustitutiva a la pena privativa de la libertad, la ejecución de esta última no se verá suspendida, por lo que podrá cumplir directamente su castigo en el medio libre.³⁸ (Lo subrayado es nuestro).

A nuestro parecer, la decisión legislativa de hacer estos delitos como dolosos, y en definitiva, agravarlos en temas de ejecución de la pena ha generado una distorsión sistemática respecto de los delitos dolosos en general; no fueron consideradas estas situaciones y en definitiva, implicaron que procedan diferencias sustanciales en delitos cuyo núcleo es similar, y que incluso el elemento del dolo está presente como parte del tipo penal.

II. Principio de Proporcionalidad de la pena

En este punto, tal como se indicó en el capítulo de cuestiones preliminares, procederemos a analizar en conjunto todos los subprincipios de la proporcionalidad, es decir, la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, siempre teniendo como complemento la igualdad ante la ley.

Se abordará, principalmente, el tema de la regla especial de suspensión de la pena sustitutiva respecto del delito del art. 196 inc. 3, puesto que, a nuestro juicio,

³⁸ Mayer y Vera, “Sistematicidad y técnica legislativa en materia penal”, 166.

existe una infracción a lo dispuesto por la proporcionalidad de la pena en comparación a otros delitos ya estudiados como los dolosos con la aplicación de atenuantes; asimismo, se analizará lo relativo a la modificación al régimen de libertad condicional otorgado por el DL 321 de 1925. Se finalizará este apartado con un comentario respecto a la proporcionalidad y el aumento de las penas para los delitos del artículo 196.

Respecto al primer punto del párrafo anterior, es decir, el poder acceder a la suspensión de la pena luego de un año de prisión efectiva, según se indica en el art. 196 ter inc.1 segunda parte, que señala: “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”. Es posible afirmar que si bien fue valorado, se discutió respecto de su justificación durante la tramitación de la ley. Así, el H. Senador Alberto Espina indicó su postura favorable a la necesidad que parte de la pena deba cumplirse en la cárcel, “sin embargo, puntualizó que este criterio debería aplicarse a todos los delitos graves y no solamente al de manejo en estado de ebriedad.”³⁹

El cuestionamiento se da justamente en ser una regla para el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de lesiones graves, gravísimas, o muerte, y no considera otros tipos penales como aquellos dolosos donde concurrían atenuantes (entendiendo además que la Ley Emilia establece que sin importar las agravantes y atenuantes, el juez deberá determinar la pena dentro del marco legal, según constata el art. 196 bis), permitiendo que aquellos sí puedan ejecutarse con estas penas sustitutivas si cumplen los requisitos de la Ley N°18.216, lo que se presenta, para nosotros, como algo al menos problemático en términos de establecer una correcta proporcionalidad de las sanciones y de cómo se cumplen dichas penas.

Siguiendo la línea, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha acogido una serie de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de

³⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 58.

esta regla especial consagrada en el art. 196 ter inc. 1 segunda parte, ya individualizado, justamente por vulnerar la igualdad ante la ley (art. 19 N°2 CPR), la legalidad, proporcionalidad y debido proceso (art. 19 N°3 CPR) sin una fundamentación razonable y objetiva preexistente en contra del beneficio establecido al reo por la vía de la sustitución de las penas, a juicio de la Magistratura Constitucional. Así se ha fallado en causa Rol N°13.762-22 INA:

TRIGÉSIMO: Que, en el caso de autos, resulta desproporcionada la aplicación de la norma consignada en el artículo 196 ter de la Ley N° 18.290, por cuanto, no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión), lo cual implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos (Hernán Hormazábal Malaree. Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho, Editorial jurídico Conosur, Santiago, 1992, p.171). Cabe hacer presente que esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación en el principio igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad).⁴⁰ (Lo subrayado es nuestro).

En definitiva, se aprecia entonces que la falta de proporcionalidad en conjunto con la directriz mínima de la igualdad ante la ley se ve transgredida por la disposición en cuestión en tanto no hay una correspondencia entre la lesión del bien jurídico y

⁴⁰ Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional, causa Rol 13.762-22 INA, de fecha 01 de marzo de 2023, C°30.

el agravamiento en la ejecución de la pena; en concreto, cuando se compara con los delitos dolosos, donde existe necesariamente dolo en la imputación (y no figurativamente como en el caso concreto mediante esta intención de voluntariedad dada por el legislador), la posibilidad de rebajar la pena del marco legal establecido mediante la regla general de los arts. 50 y ss. CP sí hace que los condenados puedan optar al régimen de penas sustitutivas.

En diversas ocasiones⁴¹, el Tribunal Constitucional se refirió a la finalidad de la pena durante la ejecución de la misma y la función que tiene la Ley N°18.216 para la progresiva reinserción del condenado en la sociedad, indicando en causa Rol N°9.477-2020 INA, C° 20:

Que, a este respecto, conviene dejar constancia que, en una oportunidad anterior, la Corte Suprema ya informó que una norma igual a la que ahora se examina -cumplimiento efectivo de un año de la condena a prisión antes de poder acceder a penas sustitutivas- no solo “resulta incompatible con la naturaleza y fines de las penas sustitutivas, que precisamente están orientadas a evitar los males conocidos y consecuencias insatisfactorias de las sanciones privativas de libertad de corta duración, no idóneas para obtener los fines de rehabilitación del penado”.⁴² (Lo subrayado es nuestro).

Lo anterior implica una complejidad sustantiva en esta regla especial, que viene en ser contraria a no solo la proporcionalidad, sino también a la sistematicidad (como ya vimos), que ha ido significando su no aplicación en la práctica, puesto que, a comparación de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad rechazados, los acogidos son muchos más por agravar excesivamente la proporcionalidad entre los delitos y las penas. La gran novedad que aportaba la Ley

⁴¹ Por ejemplo, podemos advertir este hecho en causa Rol 9.258-2020, de fecha 21 de enero de 2021; Rol 11.354-21 INA, de fecha 20 de enero 2022; y Rol 13.936-23 INA, de fecha 09 de marzo de 2023.

⁴² Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional, causa Rol 9.477-2020 INA, de fecha 28 de enero de 2021, C°20.

Emilia para evitar esta sensación de impunidad no opera en la práctica. Mayer y Vera son enfáticos al señalar que:

De esta forma, a pesar de la existencia de la norma que dispone la suspensión de la ejecución de esa forma de cumplimiento de la pena, en los hechos aquella no está operando en una considerable cantidad de casos, lo que impacta negativamente en una serie de principios a los que hemos hecho referencia, como son los de igualdad ante la ley y proporcionalidad, a los que puede añadirse el de seguridad o certeza⁴³.

Por último, en relación al agravamiento de las penas en relación a otros delitos “similares” como el art. 391 N°2 CP, simplemente hacer presente que ante este “aumento inorgánico de las penas”⁴⁴ se debió agravar la pena del homicidio simple, aumentando de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, a presidio mayor en su grado medio, modificación hecha por la Ley N°20.779, tramitada en paralelo a la Ley Emilia, con “suma” urgencia desde el 02 de noviembre de 2014, al divisar justamente el problema de proporcionalidad puesto que un delito esencialmente culposo quedaba con la misma pena máxima que el homicidio simple sin perjuicio que en el delito de la Ley Emilia no procedían atenuantes, se debía mantener en el marco legal establecido (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo).

A modo de conclusión de los análisis realizados, es posible ver que, para nosotros, existen complejos problemas en la aplicación de la Ley Emilia, principalmente respecto de la regla especial establecida sobre la procedencia de penas sustitutivas, sobreponiéndose respecto de ciertos delitos dolosos. Esta gran novedad que se presentó, en la práctica no está aplicando puesto que se determina

⁴³ Mayer y Vera, “Sistematicidad y técnica legislativa en materia penal”, 164.

⁴⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 57.

su inaplicabilidad al caso concreto cuando así se requiere ante el Tribunal Constitucional.

Podemos decir entonces, que a partir del diagnóstico del problema, sí se agravaron las penas al delito de conducción en estado de ebriedad o con sustancias estupefacientes o psicotrópicos en el cuerpo, que ocasionen lesiones graves, gravísimas o la muerte, pero las penas pueden seguir cumpliéndose “en libertad” mediante las penas sustitutivas por el hecho de inaplicarse el artículo 196 ter, manteniéndose la sensación de impunidad. La principal razón responde a que el mecanismo vulnera importantes principios en materia penal, ligados justamente a los derechos fundamentales resguardados por nuestra Constitución, impidiendo en la práctica la finalidad de la ley.

CAPÍTULO III: LEY GABRIELA (LEY N°21.212)

I. Diagnóstico del problema

En el caso concreto, esta moción parlamentaria busca una ampliación de la figura original del femicidio traída con la Ley N°20.480 de 2010, que inicialmente planteaba este tipo como una variante del parricidio, al incorporar al artículo 390 inciso segundo del Código Penal: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”.

El problema de la concepción anterior es que limitaba al femicidio a un ámbito íntimo, casi familiar, desestimando el femicidio no íntimo o por conexión, imposibilitando en Chile el poder estimar el feminismo como el asesinato de mujeres por razones de género, puesto se reconoce un sólo tipo de feminismo y se excluyen aquellos que “permite(n) situar apropiadamente el espacio relacional donde estos crímenes ocurren, pero especialmente da cuenta la cotidianeidad con la que es ejercida la violencia contra las mujeres”⁴⁵.

La nombre de esta ley es Gabriela, en honor a Gabriela Alcaíno de 17 años, asesinada ella y su madre, un fatídico 11 de junio de 2018, con un arma blanca por su ex pareja quien finalmente fue penado por doble homicidio y no por el delito de femicidio ya que según la legislación vigente a la época, no se configuraba el tipo descrito por el inc. 2 del artículo 390 ya mencionado; sin perjuicio de lo anterior el perpetrador fue condenado a cadena perpetua, pero la relación sentimental no configuraba el estado de cónyuge o conviviente y por tanto a los ojos del Estado, no fue un femicidio. Por lo mismo, esta ley también conocida como “Ley de Violencia en el Pololeo”.

Siguiendo esta línea, se entiende la problemática existente en la legislación de la época. Las cifras oficiales de femicidios sólo consideraban aquellos en donde el contexto era “íntimo”, existía una relación más o menos consolidada puesto que

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.212*, 5, <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7731/>

al menos existía convivencia. En el entendido que dicha publicación en el Diario Oficial ocurre el 02 de marzo de 2020, las cifras de femicidio consumado de los años 2017, 2018 y 2019 son de 44, 42 y 46 mujeres respectivamente, y de femicidio frustrado alcanzan a 115, 121 y 109 mujeres.⁴⁶

El problema entonces, se plantea como la búsqueda de visualización de este tipo de crímenes en nuestro país más que una agravación de la pena como en el capítulo anterior, puesto que el delito se castiga de igual forma, ya sea como un delito consumado o frustrado de homicidio calificado o simple (donde también pueden jugar otras variables como la violación con homicidio), pero la intencionalidad detrás, según emana del proyecto en cuestión es un evento esclarecedor y propicio para las adecuadas políticas públicas en la materia; en definitiva:

Las víctimas de asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres, más allá de la intimidad, son una cifra oculta que es imperioso identificar, para conocer la magnitud de la violencia que se ejerce contra las mujeres en nuestro país y, asimismo, orientar adecuadamente las políticas públicas para su erradicación.⁴⁷

II. Moción Parlamentaria

La Moción es presentada por los H. Diputados doña Marcela Sabat Fernández, don Gabriel Silber Romo, don Víctor Torres Jeldes, doña Karol Cariola Oliva, doña Daniella Cicardini Milla, doña Camila Vallejo Dowling, doña Cristina Girardi Lavín, doña Maya Fernández Allende, doña Gael Yeomans Araya y don Jaime Tohá González con fecha 02 de agosto de 2018.

Se menciona desde el primer minuto a las fallecidas Gabriela Alcaíno, y su madre Carolina Donoso, puesto que, tal como se indicó en el punto anterior, el

⁴⁶ Servicio Nacional de la Mujer, “Femicidios”, acceso el 02 de noviembre de 2023, https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=27084

⁴⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.212*, 5.

hecho impulsor de esta ley es justamente este asesinato que termina calificándose por la magistratura como un doble homicidio calificado pero en ningún caso como un femicidio al no satisfacerse lo dispuesto por el artículo 390 inciso segundo del CP que contemplaba dicho tipo a la fecha del suceso, 11 de junio del año 2018.

Para esto mismo, el proyecto planteaba diversas modificaciones al Código Penal en búsqueda de alinear a Chile con los tratados internacionales suscritos y ratificados en la materia, por ejemplo la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, donde si bien no se pronuncia en particular respecto de la violencia, se indica que los Estados deben proteger jurídicamente los derechos de la mujeres donde por supuesto se encuentra el derecho a la vida. Asimismo, lo relativo a la violencia de género en el marco general de aplicación de los principios extraídos de tratados internacionales como la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de “Belem do Pará”), la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención Contra la Tortura.

Siguiendo la línea, a nuestro juicio, la finalidad de la ley radica en la correcta determinación de cifras en donde exista violencia en contra de la mujer por el solo hecho de serlo y propiciar las correctas políticas públicas para erradicar aquello, ya que, como se señaló ya, no es como que queden impunes los autores del delito consumado o frustrado, pero aquel no se denominaba femicidio. La ampliación del tipo penal va justamente en esa línea.

Este proyecto se compone de un único artículo que viene a realizar cuatro modificaciones al Código Penal, partiendo con la eliminación del inciso segundo del artículo 390, para establecer una disposición independiente del delito de parricidio en un artículo 390 bis donde será femicidio “el que con motivo de odio, menosprecio, o abuso por causa de género, mate a una mujer” y consagrando una pena que va desde el presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado; dicha disposición contemplaba también agravantes particulares *para* el delito de femicidio,

tales como “que el hecho se cometa contra una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja habiendo existido o no convivencia” (de aquí el nombre alternativo de “violencia en el pololeo”); o, que el autor cometa el delito con alevosía o ensañamiento, aprovechándose de la superioridad generada en razón del género, entre otras.

También, esencialmente relevante para la discusión que vendrá en el **Capítulo IV relativo a la Ley Antonia**, es que se incorporaba mediante el artículo 393 bis el delito de incitación o auxilio al suicidio en el marco de las relaciones de poder basadas en el género, en particular una de las circunstancias era: “Que el inductor haya cometido contra la víctima, cualquier conducta calificada como delito en los párrafos V y VI del presente título séptimo del presente código.” Dichos párrafos corresponden a los “De la violación” y “Del estupro y otros delitos sexuales” respectivamente. Y por último, se agrega un artículo 393 ter que impedía la configuración de la atenuante de irreprochable conducta anterior o de haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación.

III. Historia de la ley: discusión parlamentaria y opinión pública

El proyecto nace el día 02 de agosto del año 2018 como moción parlamentaria por los H. Diputados ya individualizados mediante el Boletín N°11970-34. El primer Informe de Comisión de Mujeres y Equidad de Género se emite el 07 de noviembre del mismo año, señalando que la idea central del proyecto es perfeccionar el delito de femicidio en la legislación interna, y en definitiva se repite la finalidad de la ley ya establecida puesto que:

La estricta tipificación parricida no sólo se opone a la justicia que merecen las víctimas, sino que invisibiliza la violencia que los hombres ejercen contra las mujeres, reforzando las desigualdades que

predominan socialmente y extienden la negación de los derechos humanos de las mujeres.⁴⁸ (Lo subrayado es nuestro).

Concurre también el padre y exesposo de las víctimas, Fabián Alcaíno Oviedo y su hermano Rodrigo, ambos criticando la concepción de esa época del femicidio y que debía analizarse conjuntamente con el proyecto de Ley Antonia Garros que tipificaba la inducción al suicidio (idea central extremadamente similar a la Ley Antonia que analizaremos en el próximo capítulo).

En esta instancia se discuten cuestiones relativas a los conflictos de las disposiciones, especialmente relativo a la proporcionalidad de las penas y a la posible infracción del principio de non bis in ídem en donde una misma situación que se utiliza para calificar el delito, pasando de parricidio a femicidio, sea utilizado como agravante según las disposiciones del art. 390 bis, y los problemas probatorios derivados de la calificación de femicidio a la inducción al suicidio del art. 393 ter; y en general se aprueba la idea de legislar en la materia por unanimidad. Por estas razones termina modificándose el tipo penal base del femicidio con “el que mate a una mujer por razón de su género”, y se concreta la “razón de género” respecto de ciertas agravantes del artículo 12 del Código de la materia; se agrega un nuevo artículo 390 ter donde se configura el “femicidio agravado” cuando concurren ciertas circunstancias, y se elimina del proyecto el artículo referido al femicidio como auxilio al suicidio.

La primera y única Discusión en Sala en la Cámara de Origen, se da el 29 de noviembre del mismo año, donde hay un energético apoyo al proyecto, manifestándose con 121 votos a favor y 0 votos en contra y abstenciones, y como no hay indicaciones el proyecto se aprueba en particular, dando inicio al Segundo Trámite Constitucional en la Cámara Alta del Congreso Nacional.

En el Senado, casi 10 meses después, el 05 de septiembre de 2019 surge el Informe de Comisión de Mujeres y Equidad de Género, donde se indica que el proyecto tiene urgencia calificada de “Suma”. A lo largo de este informe se relatan

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.212*, 4.

todas las sesiones llevadas a cabo por la Comisión y a los expertos que concurrieron para dar su opinión en la materia, tales como los profesores de la Pontificia Universidad Católica, María Elena Santibañez y Cristóbal Bonacic Midane, y a representantes del Ministerio Público con fin de entregar directrices prácticas sobre cómo proceder con las modificaciones. En la sesión del 05 de junio, con la intención de avanzar en el proyecto, se decide votar la idea de legislar en la materia, siendo aprobada por la unanimidad de las integrantes presentes en la Comisión. De igual forma, se agregan nuevas modificaciones relativas a otros cuerpos normativos como el Código Procesal Penal (en adelante “CPP”) y la Ley N°18.216 en lo relativo a las penas sustitutivas que pueden o no proceder según el delito.

La Discusión en Sala del proyecto ocurrió el 24 de septiembre del mismo año, mencionando que el principal punto de discusión sería respecto de los supuestos vicios de inconstitucionalidad que presentaría, relativa a la proporcionalidad de la pena y la igualdad ante la ley en delitos similares cometidos en contra de hombres. Lo anterior implicó un acuerdo en la Cámara Alta para llevar el proyecto a las Comisiones Unidas de Constitución y de la Mujer e Igualdad de Género. En esta discusión se aprueba en general el proyecto con 30 votos a favor y 2 abstenciones, abriéndose con posterioridad un plazo para incorporar indicaciones, dictándose dicho Boletín de Indicaciones con fecha 28 de enero de 2020.

A partir de este Boletín es que se emite el día siguiente el Informe de Comisión de Constitución, liberando el texto aprobado por las Comisiones Unidas. La Discusión en Sala del texto del proyecto ocurre el mismo día 29 de enero, que termina con la aprobación de las indicaciones allí discutidas, terminando el Segundo Trámite Constitucional con la aprobación del proyecto de ley en la Cámara del Senado. Dicho oficio se emite el mismo día a la Cámara de Origen.

El Tercer Trámite Constitucional comienza el 30 de enero con la Discusión en Sala en la Cámara de Diputados, donde se debaten las modificaciones hechas al proyecto, y se aprueba la Ley Gabriela con 131 votos a favor, sin negativas ni abstenciones.

Finalmente, la promulgación de la ley en cuestión se da el 02 de marzo del año 2020, y dicha publicación en el Diario Oficial ocurre el 04 del mismo mes, entrando en vigencia para el ordenamiento jurídico.

IV. Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N°18.216 en materia de tipificación del femicidio: texto promulgado y comparación con el diagnóstico del problema

La idea central se mantiene casi de forma intacta entre el texto del proyecto y el promulgado, que es justamente la ampliación del tipo penal del femicidio, estableciéndose como un delito totalmente independiente del de parricidio, creando su propio párrafo dentro del Código Penal. Siguiendo esta misma línea, se constituyen dos tipos de femicidios, aquel “íntimo” y el “no íntimo”; en comparación con el proyecto, finalmente se establecen dos artículos para distinguir aquellos, antes conviviendo juntos en un único artículo, entregando también agravantes para el delito de femicidio.

El nuevo artículo 390 bis consagra el femicidio íntimo, donde la pena va desde el presidio mayor en su grado máximo hasta el presidio perpetuo calificado; sujeto activo será un hombre y el pasivo una mujer. Aquí es necesario que haya existido una relación de carácter sentimental o sexual, con o sin convivencia; en definitiva, “es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común”, y “en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.”

El artículo 390 ter configura el femicidio no íntimo o “por razones de género”, donde la pena va desde el presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. Los legisladores se vieron en la necesidad de entregar los criterios para definir las razones de género, las cuales son:

- 1.- Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.

2.- Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.

3.- Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.

4.- Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.

5.- Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.

Estos puntos fueron de bastante discusión en términos de igualdad ante la ley y proporcionalidad de la pena, pero se buscaron criterios “objetivos” dentro de la imputación subjetiva que puede impulsar al actor, por ejemplo, con la exigencia de motivación de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.

Como se señaló ya, se establecen agravantes de responsabilidad para este delito, pero en un artículo separado al planteado en el proyecto. Así el artículo 390 quáter plantea estas situaciones, que son particulares del delito de femicidio.

Hay modificaciones al Código Procesal Penal, en particular al artículo 132 bis, donde se incluyen los delitos de arts. 390 bis y ter en lo relativo a la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, estableciéndose que será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, sólo en el efecto devolutivo. Siguiendo la línea, se modifica también el art. 149 del CPP respecto de la agregación de estos delitos del femicidio, en lo pertinente a la prisión preventiva, donde no se podrá dar la libertad del imputado mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. En definitiva, ambas modificaciones van en lo relativo a la libertad del acusado.

Finalmente, se modifica también la Ley N°18.216 sobre penas sustitutivas a las privativas de libertad, estableciéndose que no procede la sustitución de las penas restrictivas de libertad del artículo 1 para los delitos de femicidio íntimo y no íntimo. Igualmente se modifica el artículo 15 bis b), permitiendo la libertad vigilada intensiva para los delitos anteriores cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar.

Si volvemos a tener a la vista el diagnóstico del problema y la finalidad de la ley recogida del proyecto de ley, en nuestra opinión, el propósito principal se cumple a cabalidad. Sin perjuicio de la demora en la tramitación de la Ley Gabriela, se amplían los tipos penales del femicidio, incluyéndose también el que hubiese sido adecuado para sancionar al asesino de Gabriela y su madre Carolina de femicidio. En la misma dirección, las modificaciones al proyecto principal se dirigen a la visualización del femicidio como una manifestación y un compromiso del Estado por condenar y erradicar la violencia de género.

Siguiendo dicha consideración, las estadísticas actualizadas indican que desde la promulgación y publicación de la Ley Gabriela en 2020, si bien la tendencia de femicidios consumados se mantiene (43 en 2020, 44 en 2021, 43 en 2022), se dispara la contabilidad de femicidios frustrados en el mismo periodo (151 en 2020, 163 en 2021, 180 en 2022)⁴⁹, lo que permite tener las estadísticas de nuestro lado, diversificación por regiones, y poder tomar las medidas correctas en dicha línea.

V. Análisis de “Buena ley”

Habiendo hecho el desarrollo anterior, contextualizando lo pertinente para la revisión de la ley, teniendo en vista el diagnóstico del problema, procederemos entonces a su respectivo análisis. Tal como se indicó en la parte introductoria, las discusiones serán en lo pertinente al diagnóstico, y se mantendrá conciso en dicha línea para efectos de la extensión de este trabajo.

⁴⁹ Servicio Nacional de la Mujer, “Femicidios”.

I. Principio de Legalidad

a. **Lex stricta**

Los tipos penales consagrados por la Ley Gabriela respecto del femicidio, es decir, los arts. 390 bis y 390 ter CP, sólo proceden cuando el sujeto activo es un hombre y el pasivo una mujer, es decir, cuando un hombre mata a una mujer por una razón de género. Siguiendo dicha línea, entendiendo que analizamos el sentido literal de la norma y su posible analogía, cabe preguntarnos ¿qué pasa si una mujer misógina mata a otra mujer?, ¿podría considerarse como un femicidio si consideramos que se replica, de alguna forma, la dinámica de poder de las relaciones heterosexuales?.

Como respuesta, la historia de la ley es clara. El legislador (sin perjuicio que se discutió en su momento⁵⁰) ha decidido que sólo puede cometer femicidio un hombre, atendido el contexto general en el que se sitúa el tipo penal y lo que busca sancionar, esto es, cometer violencia en contra de las mujeres sólo por el hecho de ser mujeres; en definitiva, “no comete femicidio la mujer que mata a su pareja del mismo sexo, puesto que el sentido de la ley es sancionar expresamente la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres (basada en la desigualdad entre hombres y mujeres)”⁵¹. Y por esto mismo, jurisprudencia ha seguido este mismo criterio; las mujeres que han participado en casos de femicidio responden penalmente por la figura común, esto es, el delito de homicidio; no obstante, según la Memoria de Zamorano, “la sociedad los entiende como femicidio por el componente de violencia de género con resultado de muerte”⁵²

⁵⁰ Por ejemplo, por la directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, doña Lidia Casas, quien era partidaria de ampliar la noción del sujeto activo del delito -estableciendo que podrá realizarlo quien mate a una mujer por razón de su género- en la sesión de la Comisión de Mujeres y Equidad de Género, celebrada el 17 de junio de 2019.

⁵¹ Ivonne Sepúlveda Sánchez, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°78, (abril 2020): 101.

⁵² Alejandra Zamorano Barrera, “Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N°21.212 al Código Penal, en particular la figura de femicidio establecida en el artículo 390 ter” (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2022), 65, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/193628/Analisis-de-las-modificaciones-introducidas-por-la-Ley-N-21.212-al-Codigo-Penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Siguiendo dicha línea, es necesario comprender qué se entiende por mujer para nuestra legislación, punto esencial para poder calificar un asesinato como por razones de género. Así, se trae la Ley Modelo del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), que define como mujer a “cualquier persona auto percibida como mujer”⁵³. Sin perjuicio de aquello, es necesario remitirnos a nuestra legislación interna sobre la materia, es decir, la Ley N°21.120, que en su art. 1 que dispone que se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, pero que se deberá practicar la debida rectificación de la partida de nacimiento, ampliando el tipo a las disidencias pero que hayan realizado el trámite en el registro civil.

b. Lex scripta

En este punto nos encontramos ante una ley efectiva y vigente en el ordenamiento jurídico, publicada en el Diario Oficial el 04 de marzo de 2020.

c. Lex certa

Para analizar el mandato, es necesario comprender que nos encontramos en el título de delitos contra las personas del Código Penal (Título VIII del Libro II). En ese sentido, la conducta consagrada por los artículos 390 bis y 390 ter CP es clara: matar a una mujer. Se exige un dolo de matar, que puede ser directo o eventual (sin perjuicio de las discusiones en este tema por la doctrina, puesto que algunos indican que se requiere dolo directo en la imputación⁵⁴, pero nosotros adscribimos a la teoría que basta el dolo eventual⁵⁵). En general, el mandato es claro, pero existen algunos puntos interesantes a mencionar respecto a ciertas complejidades probatorias no incluidas del todo en los artículos discutidos.

Respecto al femicidio íntimo del art. 390 bis inc. 2 CP (femicidio en el pololeo, o en el contexto de una relación sexual), éste indica con claridad que el matar a la

⁵³ MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la muerte violenta de mujeres y niñas (femicidio/feminicidio)*, Washington: Organización de los Estados Americanos, 2018, 26.

⁵⁴ Jaime Salas, “Algunos comentarios a la Ley N° 21.212 en materia de tipificación del femicidio”. *El Mercurio Legal*, 16 de marzo del año 2020.

⁵⁵ Sepúlveda, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, 103.

mujer debe ser “en razón” de tener o haber tenido una relación de pareja sin convivencia, lo que al menos sugiere la existencia de una motivación específica; sin perjuicio de aquello, para Sepúlveda la lectura armónica y la historia de la ley nos permite dilucidar que esta frase debe ser entendida como una mera referencia al vínculo que la norma describe (relación de pareja actual o pasada), puesto que sólo así se satisface el sentido que motivó la dictación de esta ley, que era ampliar el femicidio a otras relaciones íntimas sin convivencia. En definitiva, bastaría con probar la existencia de esta relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia para configurar el tipo penal de dicho artículo.⁵⁶

Siguiendo ahora con el femicidio por razones de género del 390 ter CP, a nuestro juicio se complejiza un poco más ya que el tipo plantea delimitadamente cuáles son las razones de género por las que si un hombre mata a una mujer se configurará el injusto de dicho artículo. Lo anterior implica para algunos sectores de la doctrina una presunción de responsabilidad y que, por tanto, significaría una vulneración al artículo 19 N°3 inc. 7 CPR (La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal)⁵⁷.

Otro sector de la doctrina es contrario a esta visión y más bien considera que aquellas circunstancias son objetivas y que:

(...) Tendrán que ser consideradas, desde un enfoque interseccional y desde el contexto social y cultural en el que se encuentre la víctima y el victimario, sin requerir probar el estado mental o una motivación especial (mens rea) del agresor. (...) En la medida en que concurra alguna de las circunstancias descritas en los numerales del inciso segundo del artículo 390 ter, se entenderá por configurado este elemento subjetivo especial.⁵⁸

⁵⁶ Sepúlveda, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, 103.

⁵⁷ Pablo Castillo Montt, “Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile”, *Revista Jurídica Actualidad*, N°44, (2020): 183, https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ41_167.pdf

⁵⁸ Sepúlveda, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, 104.

En definitiva, se agrega la perspectiva de género al tipo penal como un fenómeno contextual en la conceptualización de estas circunstancias; no constituye simplemente una presunción, sino que, para nosotros, se plantea más bien como una decisión legislativa en pos de encaminar el ordenamiento jurídico y las políticas públicas destinadas exclusivamente a castigar de forma severa la violencia contra la mujer, alineándose con el diagnóstico del problema y su encauce en la tramitación de esta ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el numeral 5 del artículo en análisis, es decir, que el femicidio será en razón de género de haberse cometido “en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación”, a nuestro juicio, utiliza una terminología indeterminada y amplia en las frases subrayadas, difíciles de probar porque no se encausan en situaciones concretas, y vienen en alterar lo dispuesto para la lex certa; no es una situación objetiva como haberse cometido tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, o que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual. Las anteriores se presentan de una forma más imparcial sobre la intencionalidad del sujeto activo, pero la del N°5, para nosotros, implica un grado de conocimiento elevado; en ese sentido, Sepúlveda enfatiza que en causal la “podemos considerar como un elemento normativo cultural, en principio extrajurídico, que deberá ser integrado por la jurisprudencia y la doctrina a través de un proceso de elaboración conceptual”⁵⁹, que no será materia de este análisis.

d. Lex previa

Como se señaló ya, atendido al tenor de este análisis, no habrá un mayor abundamiento en esta materia.

e. Sistemática

⁵⁹ Sepúlveda, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, 104.

Cuando nos referimos a este delito, es necesario esquematizar respecto de los delitos similares, es decir “delitos de sangre” donde el mandato sea la protección del bien jurídico “vida”. En definitiva, en este punto se comparará ambos tipos de femicidio con el parricidio y los homicidios simple y calificado.

Al respecto, es necesario señalar que el parricidio (art. 390 CP) tiene la misma penalidad que el femicidio íntimo (art. 390 bis CP), esta es presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado; entendido el contexto de confianza en las relaciones que se establecen, considerando justamente esta ampliación del femicidio íntimo a parejas sentimentales o sexuales sin convivencia porque, a nuestro juicio, se responde al grado de traición en la confianza del vínculo. El legislador, mediante esta ley, reconoce dicha condición y la eleva a la situación propia del parricidio, otorgando la importancia correspondiente a la violencia sistemática contra la mujer dentro de una relación misógina, sin perjuicio de lo anterior, al separar el femicidio del parricidio es que se le entrega una condición única como un delito de odio en contra de la mujer.

Siguiendo lo anterior, el femicidio por razones de género (art. 390 ter CP) tiene el mismo castigo que el homicidio calificado (art. 391 N°1 CP), que es presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. La comparación entre ambos se da, a nuestro juicio, en el disvalor de ciertas conductas dadas por el legislador que requieren una sanción tan alta. En esa línea, el femicidio por razones de género tiene una finalidad múltiple puesto que “protege en primer lugar la vida independiente de una mujer, la igualdad de género, el derecho de la mujer a no ser discriminada y, en consecuencia, la dignidad del ser humano”⁶⁰.

Por otro lado, el homicidio calificado se presenta como una figura agravada del homicidio simple, es decir, donde concurren ciertas circunstancias que generan una vulneración al bien jurídico protegido más alta para el legislador, y por tanto, una pena elevada al injusto “simple”. En definitiva, el femicidio se presenta, claramente, con una penalidad superior al homicidio simple porque se entiende que

⁶⁰ Zamorano, “Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N°21.212 al Código Penal”, 59.

tiene estas calificantes que se inmiscuyen en el mero hecho de matar al otro que hacen el hecho jurídicamente más repudiable por la sociedad; en definitiva, hay razones de odio basadas en el género para que un hombre mate a una mujer. En palabras de Sepúlveda, “como constituye la máxima expresión de violencia de género en contra de la mujer, se justifica su mayor penalidad respecto del homicidio porque se basa en la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres”⁶¹.

En definitiva, hay una coherencia sistemática entre los tipos penales que son nuclearmente similares respecto a la vida, sin perjuicio de esta distinción del bien jurídico protegido, más amplio para los femicidios.

II. Principio de Proporcionalidad de la pena

Cuando discutimos respecto de las penas de los delitos de femicidio de los arts. 390 bis y 390 ter CP, a nuestro juicio, entendiendo el contexto tanto del íntimo como el de razón de género, implican advertir el por qué el legislador sanciona con el marco penal de las más altas sanciones que tiene nuestro ordenamiento jurídico (presidio perpetuo calificado y presidio perpetuo, respectivamente).

Para comprender lo anterior es necesario, nuevamente, enfatizar en que en el femicidio no es sólo se protege la vida sino que también considera la violencia sistemática e histórica en contra de la mujer, pasando por las desigualdades de género y el sometimiento respecto de la figura patriarcal del hombre; en definitiva, se busca priorizar la vida libre de violencia en contra de la mujer, por eso es posible calificar al femicidio dentro de los crímenes de odio, que se ocasionan en su contra por el sólo hecho de ser mujeres, y como lo entienden Bruna y Venegas, dentro de este ámbito, en el que el femicidio es una realidad, se requiere de una penalidad mayor respecto de los homicidios comunes⁶².

⁶¹ Sepúlveda, “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”, 107.

⁶² Silvana Bruna y Joaquín Venegas, “Análisis de los aspectos sustantivos, adjetivos y de ejecución de las penas sustitutivas de la ley N°21.212 sobre el femicidio” (Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2022), 73,

Como último punto a considerar dentro de la justificación de las altas penalidades del femicidio en comparación, por ejemplo, de una situación contraria como sería que una mujer mate a su pareja hombre en el contexto de una relación sentimental o sexual sin convivencia, y el por qué no se correspondería con el tipo ni tendría la misma pena, sino que, dependiendo de las circunstancias propias del hecho, podría configurarse un homicidio simple o calificado (que en todo caso tendrá penalidades inferiores que el femicidio íntimo del art. 390 bis, al este último llegar al presidio perpetuo calificado).

En esa situación, que como se mencionó en la historia de la ley, fue controvertida durante su tramitación (principalmente) por la H. Senadora Von Baer, puesto que se consideraba como una posible vulneración a la proporcionalidad de las penas y a la igualdad ante la ley al encontrarnos en una misma situación de hecho pero que se vería castigada por el ordenamiento de una forma distinta; en definitiva, el mayor valor que se le entrega a la vida de una mujer en comparación a la de un hombre. Siguiendo aquello, a nuestro juicio, lo anterior no implica una vulneración a ninguno de los dos principios puesto que los tipos penales aquí incorporados tienen su justificación en el reconocimiento de una situación fáctica cultural: desigualdad y asimetría de poder entre hombres y mujeres, y que bajo esa lógica es que el ordenamiento debe responder con medidas acordes a la equiparación y propender a la erradicación de esta violencia, donde el hombre asume esta posición jerárquica superior que le permite disponer de la mujer; en definitiva, para Zamorano, “se debe tender a una interpretación que admita la existencia de una discriminación de la que es objeto un grupo específico, requiriendo un trato especial”⁶³.

Como conclusión, podemos observar que desde el diagnóstico del problema, el texto promulgado y el pertinente análisis de dicha ley va en la dirección correcta

<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/185901/Analisis-de-los-aspectos-sustantivos-adjetivos-y-de-ejecucion-de-las-penas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁶³ Zamorano, “Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N°21.212 al Código Penal”, 91.

de visibilizar la violencia de género en contra de la mujer dentro del ordenamiento jurídico, comprendiendo sus diversas formas de manifestarse, para así poder orientar de mejor manera las políticas públicas al efecto de hacer cumplir a Chile con sus deberes internacionales; es por esto mismo que resulta necesario comprender el contexto y el por qué los tipos penales abordan ciertas circunstancias que podrían parecer desiguales, pero que, a nuestro juicio, no lo son.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario enfatizar que se trata de un paso en la dirección correcta puesto que no hay que olvidar que el femicidio es el resultado de un nivel extremo de violencia contra la mujer, terminando con su vida (o al menos intentándolo, atendiendo las distintas fases de ejecución). Es por esto que, para Moscoso, el enfoque legislativo actual sigue perpetuando la desprotección de ciertas formas que adopta la violencia contra las mujeres (Centro de Derechos Humanos, 2018: 69) y queda en evidencia que hoy la legislación falla en defender y proteger a la víctima antes de llegar a un final fatal.⁶⁴ Es un deber del Estado poder estructurar las correctas políticas públicas para concretizar una debida protección de la mujer.

⁶⁴ Daniela Moscoso, "Violencia contra la mujer en el pololeo: ¿está Chile a la altura?", *Anuario Derechos Humanos*, Vol. N°1 (2021): 140-1, <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/59450/68080>

CAPÍTULO IV: LEY ANTONIA (LEY N°21.523)

I. Diagnóstico del problema

Como recién pudimos leer en el Capítulo III, la violencia de género siempre ha estado presente, pero en nuestra opinión, sólo en la última década se han tomado decisiones legislativas importantes en la materia. En concreto la discusión que se dará en este capítulo radica en una etapa posterior, cuando el delito de violencia de género ya se cometió.

Para nosotros, la duda aquí es: “¿Qué hacemos ahora con la víctima de delitos de violencia de género?”, principalmente respecto de aquellas mujeres víctimas de aquellos de significación sexual. En definitiva, el planteamiento recae en la búsqueda de protección de los derechos de las víctimas de delitos de connotación sexual, como la violación, estupro, tráfico de personas con fines sexuales, etc.

Lo anterior se plantea como un mero avance a los compromisos que Chile ha tomado en la suscripción de tratados internacionales, tales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de “Belem do Pará”), principalmente mediante sus Recomendaciones Generales N° 12 y 19; y la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas.

Siguiendo aquella línea, la principal directriz del proyecto está destinada a controlar la indignación⁶⁵ de lo ocurrido con el suicidio de Antonia Barra de 21 años tras ser violada en 2019, cuyo autor fue además imputado por otros delitos sexuales en contra de mayores de 14 años y una menor de edad entre los años 2010 y 2019. De lo anterior sólo se consiguió una pena de 17 años de prisión, de los 40 solicitados

⁶⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.523*, 3, <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/8099/>

por el Ministerio Público. Al respecto, la importante cadena de noticias BBC News Mundo relató, de los juicios en contra del autor de los delitos, que:

Inicialmente, el juez que acreditó la violación de Antonia Barra ordenó el arresto domiciliario del acusado pero no su prisión preventiva. Además, aseguró que las acusaciones de otras dos víctimas habían prescrito y restó valor a evidencias que fueron presentadas durante una audiencia judicial que fue transmitida en vivo, con una audiencia de más de un millón de personas⁶⁶. (Lo subrayado es nuestro).

En definitiva, es a partir de este hecho concreto que se inicia una demanda transversal respecto a los derechos de las víctimas y a la estigmatización de las mujeres en los delitos de violencia sexual.

En el proyecto, los Honorables Diputados se refieren a las medidas que se pretenden para combatir el problema en cuestión, como por ejemplo aumentar los plazos de prescripción de ciertos delitos, permitir la declaración única y grabada de la víctima para evitar la revictimización (sobre esto se ahondará más en el apartado siguiente), pero todas las medidas se realizan:

Con el fin de proteger los derechos de las víctimas de delitos sexuales brindándole apoyo estatal para que conozcan y puedan ejercer adecuadamente sus derechos, protegiendo su integridad y privacidad en la investigación y el proceso penal, evitando su revictimización y, en definitiva, garantizando su derecho a una vida libre de violencia.⁶⁷

Todo se dirige justamente a resguardar e incentivar las denuncias de delitos de violencia de género puesto que hay medidas para mitigar los posibles efectos negativos derivados del proceso penal y la victimización secundaria, que viene a ser la problemática a tratar.

⁶⁶ BBC News Mundo, “Condenan a 17 años de prisión al hombre que violó a Antonia Barra, la joven de 21 años cuyo suicidio conmocionó a Chile”, BBC News Mundo, 29 de julio de 2023. <https://www.bbc.com/mundo/articulos/cw8114xggez0>

⁶⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.523*, 4.

II. Moción Parlamentaria

La Moción en cuestión fue presentada por los H. Diputados Marcelo Díaz Díaz, Marcela Sabat Fernández, Gonzalo Fuenzalida Figueroa, Maite Orsini Pascal, Gael Yeomans Araya y Paulina Núñez Urrutia con fecha 04 de agosto del año 2020.

Tal como se consagró en el apartado anterior, el planteamiento va en pos de garantizar el acceso a la justicia y proteger a las víctimas de violencia sexual. Para lo anterior, el proyecto de ley plantea aumentar el plazo de prescripción a 10 años para algunos delitos como los de los arts. 365 bis y 366 inc. 1 y 2 CP; la posibilidad de recibir acompañamiento y orientación para la denuncia y el proceso judicial; minimizar la victimización al permitir declarar en la modalidad de entrevista video grabada, y resguardos a la privacidad de las víctimas, en relación con la ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, así como una capacitación en perspectiva de género en el proceso penal para la Academia Judicial. En definitiva, se busca abordar el problema desde diversas aristas para justamente incentivar la denuncia, y proteger a las víctimas de la violencia de género en dicho proceso y posterior juicio.

En línea de lo anterior, el proyecto contiene una norma de carácter orgánico constitucional al otorgar nuevas atribuciones al Ministerio Público según lo indicado por el art. 84 de la CPR al modificarse su Ley Orgánica Constitucional (en adelante “LOCMP”).

Lo que se ha ido desarrollando constata entonces la matriz legislativa de establecer criterios en materia investigativa en el proceso penal, y de la creación del delito que pudo haber condenado al violador de Antonia por suicidio femicida. Sin perjuicio de lo ya señalado, es necesario retrotraernos a la moción parlamentaria de la Ley Gabriela que contemplaba ya el delito de suicidio femicida. Es decir, era una situación que se tuvo en consideración pero que se desestimó, entre otros motivos, porque:

Si bien la Cámara de Diputados aprobó el informe de la Comisión de Mujeres y Equidad de Género, en cuyo contexto se suprimió el artículo 393 bis propuesto, decisión que se ajusta a la falta de justificación de dicha norma, por cuanto la utilización del elemento normativo inductor en las circunstancias 1ª y 2ª del artículo 393 bis, que alude a quien logra convencer o persuadir a una persona para que ésta ejecute un hecho típico y antijurídico determinado, resulta irreconciliable con una hipótesis de auxilio propiamente tal, caracterizada por el hecho que el auxiliador coopera o ayuda en un hecho ajeno (el suicidio de otro). De tal manera, como bien se plasma en el Informe antes citado, esta disposición no resulta necesaria, pudiendo sancionarse al inductor como autor mediato de femicidio en los términos del artículo 15 N°2 del Código Penal.⁶⁸ (Lo subrayado es nuestro).

En definitiva, el suicidio femicida se consideró como no necesario porque en dicha oportunidad se pensó suficiente el artículo allí señalado para castigar aquello, pero en el caso de Antonia Barra aquello no pasó, su violador no fue afectado en forma alguna en su pena por el suicidio de Antonia. Y recordemos también el caso de Antonia Garros, de 23 años, mujer que sufría violencia de género por su pareja y que se suicidó por este hecho en 2017, iniciándose con posterioridad a su lamentable deceso un proyecto de ley que tipificaba la inducción al suicidio mediante el Boletín N°11.225-07 de fecha 10 de mayo del 2017, que finalmente no prosperó.

Definitivamente este problema no es nuevo, sin perjuicio de lo anterior, tal como pudimos ver en las estadísticas del punto V. del capítulo anterior, hay un aumento en la contabilización y visualización de delitos de violencia de género, lo que obliga al Estado a tomar las medidas necesarias para la protección del sujeto pasivo, de la mujer. El proyecto en cuestión viene a hacerse cargo de aquello, es su finalidad. Al menos *a priori*, y en la teoría, puesto que la publicación y vigencia de la ley es muy reciente.

⁶⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.212*, 63.

III. Historia de la ley: discusión parlamentaria y opinión pública

Se da comienzo a la historia de esta ley el día 04 de agosto del año 2020 mediante moción parlamentaria, originada en la Cámara Baja por los Diputados ya mencionados en el apartado anterior, dando inicio al Boletín N°13.688-25. Siguiendo la estructura de los proyectos de ley, se emite el Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana el 20 de enero de 2021, donde se presentan diversos expertos en la materia, recalcando la importancia de la perspectiva de género en los procesos penales y en cómo estos se plantean en la ley en proyecto. En particular, integrante de la Asociación de Abogadas Feministas de Chile, doña Isabel Yáñez se pronuncia señalando que: “Es importante tener presente que, si se juzga sin perspectiva de género, entonces no se está haciendo realmente justicia, sino que solo se está perpetuando y reproduciendo la violencia contra las mujeres”⁶⁹.

Dentro de las muchas sesiones que se constatan en este informe, al tener un proyecto que busca modificar la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, resulta interesante que el Fiscal Nacional de la época, Jorge Abbott se pronunciase, para valorar positivamente la iniciativa, sin perjuicio de presentar ciertas inquietudes respecto a la dotación del Ministerio Público para llevar a cabo, por ejemplo, las entrevistas grabadas de las víctimas. En todo caso, el proyecto en general se aprueba por asentimiento unánime de aquellos Honorables Diputados de la Comisión el día 21 de enero de 2021.

La Discusión en Sala ocurre con fecha 03 de marzo del mismo año, haciendo énfasis en la persona de Antonia Barra, quien da origen al nombre de la ley, su padre concurriendo también a diversas sesiones del informe anterior, y en ese sentido se constata la sensación de obligación de ciertos Diputados de levantar una iniciativa ante tal lamentable situación. En esa línea se pronuncia el H. Diputado Marcelo Díaz:

⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.523*, 17.

El caso de Antonia Barra conmovió al país completo e impactó fuertemente no solo en la comunidad que la conocía, en sus amigos y en su entorno, sino en el conjunto de la sociedad chilena. De allí que la obligación y el deber del Congreso Nacional es responder ante ese impacto con modificaciones legales sustantivas, que permitan generar un cambio cualitativo efectivo en las condiciones y en la forma en que se persiguen penalmente hoy esos delitos.⁷⁰ (Lo subrayado es nuestro).

Cabe destacar que se aprueba el proyecto por 133 votos, y 0 abstenciones y votos en contra. De igual forma se aprueba el artículo que requería quórum distinto al ser norma orgánica constitucional. El proyecto, entonces, al no presentar indicaciones, queda aprobado en particular; emitiendo dicho Oficio a la Cámara Revisora el mismo día, 03 de marzo de 2021.

El Segundo Trámite Constitucional se inicia entonces en la Cámara del Senado con el Informe de Comisión de Mujeres y Equidad de Género, de fecha 05 de enero de 2022. Aquí se constatan de igual forma numerosas sesiones con otros expertos en la materia, principalmente con la Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, señora Ymay Ortiz.

El proyecto de ley fue aprobado en general por las integrantes de dicha Comisión en la sesión celebrada el día 05 de octubre del 2021. Dentro del Informe, se mencionan diversas agregaciones al proyecto, modificándose el Código Procesal Penal en pos de establecer derechos a las víctimas de delitos sexuales, principalmente relativos a medidas de protección, y la forma de tomar su declaración, tomando como eje la Ley N°21.057 que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

⁷⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.523*, 78.

El texto proyecto que se emite desde la Comisión de Mujeres y Equidad de Género presenta dos normas de quórum especial: artículo 2 de la ley que modifica el Código Procesal Penal, incorporando al artículo 191 ter, que incide en atribuciones de los tribunales de justicia, en particular respecto del juez de garantía y la recepción de declaración anticipada de víctimas de ciertos delitos de connotación sexual, y el artículo 3 de la ley que modifica la LOCMP en su artículo 20.

A propósito del artículo 2 de la ley recién mencionado es que se solicita pronunciamiento a la Corte Suprema en virtud de lo dispuesto por el artículo 77 inc. 2 de la Constitución Política, mediante Oficio de fecha 10 de enero de 2022. La respuesta llega el 08 de febrero del mismo año, mostrándose anuentes al artículo consultado.

La Discusión en Sala del texto aprobado por la Comisión se da el día 08 de marzo de 2022, aprobándose con 24 votos, cumpliendo además el quórum constitucional requerido sin mayor intervención. Se emite el Oficio a la Cámara de Origen al día siguiente, informando de la aprobación del proyecto con modificaciones.

Siguiendo dicha línea, el Tercer Trámite Constitucional tiene su inicio con el Informe de las Comisiones Unidas de Seguridad Ciudadana y de Mujeres y Equidad de Género de la Cámara de Diputados el 23 de marzo, donde se aprueban por unanimidad las modificaciones hechas por el Senado, salvo los artículos 69 y 393 del CP, y 330 del CPP puesto que se solicita a la sala que se voten separadamente.

La Discusión en Sala, entonces, ocurre el 06 de abril de 2022, y se aprueban por la Cámara Baja las modificaciones realizadas por el Senado con 137 votos a favor y 14 por la negativa. Se aprueba de igual forma el artículo que incide en la modificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público con 147 votos a favor y 3 abstenciones, cumpliendo el quórum de la materia.

La votación de la supresión del artículo 69 mencionado en el párrafo anterior termina con 76 votos en contra, 67 a favor y 7 abstenciones, lo que implica la vuelta

de dicha modificación al Código Penal. Siguiendo la misma línea, la modificación del artículo 393 CP se rechaza por la misma cantidad de votos. Finalmente, la modificación hecha al artículo 330 del Código Procesal Penal se aprueba con 120 votos, 1 en contra y 29 abstenciones. Es por todo lo anterior que el proyecto pasa a Comisión Mixta, respecto de las modificaciones a los arts. 69 (relativa a la determinación de la pena por el Tribunal, debiendo considerar la circunstancia del suicidio de la víctima) y 393 (sobre el aumento de la pena si con ocasión de la inducción al suicidio se produjere la muerte) del CP, informándose de aquello a la Cámara Alta el mismo día mediante Oficio.

El Informe de Comisión Mixta se emite con fecha 30 de agosto de 2022, señalándose además que el proyecto cuenta con “Suma” urgencia por el Ejecutivo. En esta Comisión se llegan a acuerdos respecto de las disposiciones, suprimiendo el artículo 69 CP y creando dos tipos delictuales sobre la inducción al suicidio; (1) suicidio femicida, producido con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género y definiendo este último concepto en términos del artículo 390 ter (analizado en Ley Gabriela), y (2) inducción al suicidio, distinguiendo si se produce o no la muerte de la persona, aumentando la pena si ocurren las circunstancias del art. 390 ter del CP.

La Discusión en Sala en la Cámara Baja de la ley en proyecto ocurre el 31 de agosto del mismo año, aprobándose con 125 votos, 0 en contra y 12 abstenciones. Dicho Oficio se emite a la Cámara Revisora el mismo día, dando paso a la Discusión en Sala de inmediato, votando positivamente el proyecto con 28 votos.

En el entendido que el proyecto modifica una ley orgánica y además se modifican las atribuciones de los tribunales, se envía Oficio al Presidente Boric para conocer si hará uso de su facultad de realizar observaciones consagrada en el art. 73 CPR, y como aquello no ocurre, la Cámara de Origen envía el texto al Tribunal Constitucional según dispone el art. 93 inc. 2 respecto al N°1, de la CPR el día 26 de septiembre de 2022.

El Oficio con el control de constitucionalidad del TC se emite el 23 de noviembre, donde se indica que las disposiciones del proyecto no revisten de carácter orgánico constitucional puesto que no inciden en los arts. 77 y 84 de la Constitución, y por tanto no se emite pronunciamiento en examen preventivo de constitucionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, existen votos disidentes de los Ministros Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez, Miguel Ángel Fernández, y Daniela Marzi. Lo anterior consta en la sentencia Rol N°13.680-22 CPR.

Se informa entonces al Presidente de la República el cumplimiento de las formalidades respecto del proyecto de ley con fecha 16 de diciembre para ser finalmente promulgado el 19 de diciembre. La publicación en el Diario Oficial ocurrió el 31 de diciembre de 2022.

IV. Ley que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización: texto promulgado y comparación con el diagnóstico del problema

El texto finalmente promulgado presenta una serie de diferencias con el del proyecto, pero a nuestro juicio, se perfecciona la idea central, buscando más resguardos para las víctimas de violencia de género, y en general, desarrollando mejoras en términos de concordancias con otras leyes de la materia.

En concreto, se mantiene la prescripción de 10 años de la acción penal para el delito de abuso sexual contemplado en el art. 366, se elimina la aplicación de la atenuante del art. 11 N°7 de reparación del daño causado o evitar sus consecuencias para, en general, delitos sexuales (como el abuso sexual agravado o calificado, el favorecimiento de la prostitución infantil, secuestro con violación, y otros delitos no necesariamente sexuales como la tortura cometida por funcionarios públicos o por particulares en ejercicio de funciones públicas, y los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes). Siguiendo la línea, se establece una regla especial de consideración de la afectación psíquica o mental de

la víctima para la calificación de la extensión del mal producido por el delito y la cuantía de la pena en los delitos sexuales, según indica el art. 369 bis A, y por último, para estos mismos delitos, mediante el art. 372 ter se le faculta al juez decretar medidas de protección para la víctima y su familia en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento. Todos los artículos mencionados en el párrafo son del Código Penal.

Se tipifican además dos tipos penales, como es el suicidio femicida (art. 390 sexies CP) y la inducción al suicidio que en su inc. 2 considera que se dé con ocasión de violencia de género, agravando la sanción respecto del tipo común (art. 393 bis CP).

En términos de las modificaciones al Código Procesal Penal, aquellas propenden a establecer mayores garantías a las víctimas de delitos sexuales, principalmente en contra de mujeres por el contexto de violencia sistematizada, implementando la perspectiva de género (por ejemplo en el art. 109 inc. 2 letras b y d, que señala que dentro de los derechos de las víctimas estará el no ser enjuiciada, estigmatizada discriminada ni cuestionada por su relato, conductas o estilo de vida, y que la investigación deberá darse con perspectiva de género, con un enfoque intersectorial), también se permite en dichas circunstancias la reproducción o lecturas de registros de las declaraciones de la víctima en el periodo investigativo, evitando su declaración en el juicio cuando ésta se haya retractado, pudiendo el ente persecutor seguir con la acción penal. Se consagra también como deber la prevención de la victimización secundaria, en definitiva, buscando evitar toda consecuencia negativa a las víctimas con ocasión de su interacción en el proceso penal, donde por ejemplo se limitan las objeciones en la interrogación que propendan a humillar, causar sufrimiento, intimidar o lesionar su dignidad (art. 330).

Se estableció también la anonimización en el proceso, buscando proteger la identidad, intimidad e integridad de las víctimas de estos delitos, y para esto además de lo dispuesto por el art. 109 bis CPP, se introdujeron modificaciones a la Ley sobre Libertad de Opinión e Información, y Ejercicio del Periodismo (Ley N°17.733) sobre la prohibición de divulgación de información altamente sensible, obligando además

a incorporar la perspectiva de género en la forma de entregar la información respecto de prejuicios y estereotipos sobre la víctima.

Además, como se indicó en la historia de la ley, se agregan modificaciones, (1) a la LOCMP para prestar apoyo e información a las víctimas y sus familias, y (2) a la Ley de la Academia Judicial para incorporar perspectiva de género en la capacitación.

Para finalizar la descripción del texto promulgado, se incorporan modificaciones al régimen de penas sustitutivas, agregando ciertos delitos sexuales para indicar que no proceden estas penas, y se agregan los delitos de los arts. 363, 365 bis, 366 inc. 1 y 2 CP al art. 3 del DL 321 de 1925 sobre libertad condicional para señalar que para optar al beneficio deben cumplirse los dos tercios de la pena asignada.

A modo de conclusión y teniendo en vista el diagnóstico del problema, el texto de la moción parlamentaria y el finalmente promulgado, podemos advertir que la Ley N°21.523 es más completa y pareciese, a nuestro juicio, buscar una introducción de la perspectiva de género más amplia y profunda; aborda distintos aspectos en términos probatorios, los métodos investigativos en relación a la interrogación, y en general entrega más garantías a las víctimas para acompañar y apoyar en la tramitación del proceso, buscando incentivar las denuncias.

V. Análisis de “Buena ley”

Esta ley en particular modifica diversos cuerpos normativos, lo que implicará dirigir el análisis a lo pertinente para el diagnóstico de la ley; esto es, principalmente, el delito de suicidio femicida, y de inducción al suicidio, teniendo a la vista el trágico final de Antonia Barra que impulsa esta ley, y también consideraremos algunos de los derechos agregados para las víctimas de delitos de significación sexual y de violencia de género. Se hace el alcance que las discusiones se harán en razón de su utilidad y no se discutirán todos los puntos señalados en todos los criterios.

I. Principio de Legalidad

a. **Lex stricta**

En términos del sentido literal de las disposiciones introducidas por esta ley, en particular respecto de los artículos 390 sexies y 393 bis CP que tipifican el suicidio femicida y la inducción al suicidio, respectivamente, podemos notar ciertas complejidades que se pasarán a exponer.

En primer lugar, en el caso del artículo 390 sexies, tenemos dos cuestiones relevantes; (1) debe existir un hecho previo constitutivo de violencia de género, especialmente consideradas al efecto las circunstancias del art. 390 ter para entender violencia de género (que como discutimos en el capítulo anterior, a nuestro juicio son situaciones objetivas de las que se desprende que la acción se da en razón de género). En definitiva, debe existir al menos dolo eventual en los términos ya analizados para poder comprender la circunstancia base del suicidio femicida. (2) La literalidad del artículo utiliza el vocablo “causare” para describir la conducta típica del suicidio de una mujer, lo que puede terminar interpretándose por la jurisprudencia como un requisito adicional de dolo en causar el suicidio, lo que resulta, a nuestro juicio, especialmente complejo en términos probatorios porque excluye de la configuración del injusto a aquellos que cometiesen dolosamente violencia de género en los términos del art. 390 ter, pero no se pruebe dolo directo en la acción de causar el suicidio de una mujer. Es decir, siguiendo a Gouhaneh e Inzunza, la complejidad radica en su aplicación práctica ya que “no todo acto doloso de violencia de género supone también el dolo de causar el suicidio de la víctima: es perfectamente plausible que exista un dolo en la violencia, pero no en la acción que motiva el suicidio”⁷¹, y por tanto, se requeriría un doble dolo para configurar el injusto de suicidio femicida.

Sobre el art. 393 bis inc. 2, para aumentar la penalidad a la inducción al suicidio considerando aquellas circunstancias del art. 390 ter, el sentido literal de la

⁷¹ Josefina Gouhaneh Brink y Tomas Inzunza Gillibrand, “Sobre la nueva «Ley Antonia»: reparación y confusión”. *CIPER Chile*, 28 de diciembre de 2022, <https://www.ciperchile.cl/2022/12/28/sobre-la-nueva-ley-antonia-reparacion-y-confusion/>

norma señala que la inducción al suicidio debe ocurrir “con ocasión” de estas situaciones, lo que implica una relación mediata y directa, es decir, una inmediatez temporal⁷², lo que restringe el tipo penal en la práctica puesto que el estándar probatorio del derecho penal es “más allá de toda duda razonable”, y acreditar este hecho será, a nuestro juicio, al menos difícil de probar por la forma en la que se redactó el artículo, atendiendo su sentido literal.

En definitiva, la intención legislativa de direccionar y encausar tanto el suicidio femicida como la inducción al suicidio con una penalidad mayor al darse en un contexto de violencia de género tendrá grandes dificultades prácticas para el ente persecutor (en este caso, el Ministerio Público), lo que impide concretizar efectivamente la finalidad de la ley en pos de contribuir al diagnóstico del problema, es decir, no podrá por analogía aplicarse el tipo si no se producen las situaciones ya individualizadas. Sin perjuicio de lo anterior, todo queda sujeto a cómo resuelva la jurisprudencia estas materias tan nuevas en el derecho penal.

b. Lex scripta

La Ley N°21.523 se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, puesto que su publicación en el Diario Oficial fue el 31 de diciembre del año 2022.

c. Lex certa

En este punto, sobre la determinación del mandato, como se abordó ya en la lex stricta, lo relevante radica, principalmente en la forma probatoria del injusto que se busca configurar teniendo en vista la redacción propia de los artículos 390 sexies y 393 bis CP. Para lo anterior, se dará un tratamiento desde esta vereda, atendiendo principalmente a cómo interpretar y dilucidar el comportamiento que el Estado busca mediante la imposición de una pena en caso de no seguirlo.

Al referirnos al femicidio suicida del art. 390 sexies, debemos considerar la utilización de la palabra “causare” que implica, para la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, María Inés Horvitz en el Seminario sobre

⁷² Gouhaneh e Inzunza, “Sobre la nueva «Ley Antonia»: reparación y confusión”.

“Aspectos teóricos y proyecciones prácticas de las reformas introducidas por la ley 21.523”, un análisis respecto a la causalidad. A partir de lo anterior, en lo pertinente para el principio analizado, la causalidad no provee criterio alguno para la adscripción de agencia; esto es, aquellos criterios bajo los cuales el evento así producido debe ser imputado a la acción de una determinada persona, sólo permite relacionar un evento. La norma de sanción no describe acción alguna que cuente como fundamento inmediato del resultado sino una referencia ocasional a acciones previas del agente que se presume serían aptas para causar el suicidio⁷³; su complejidad radica en el correcto establecimiento del mandato puesto que resulta indeterminado y podría generar graves efectos prácticos, dificultando el hecho y su subsunción en el injusto.

En el caso del art. 393 bis, es decir, de la inducción al suicidio, como se señaló ya, se parte de una hipótesis básica que integra en su inc. 2 una hipótesis calificada en el caso de cometerse con ocasión de violencia de género, pero el tema interesante para nosotros radica en que “inducir” es un concepto lo suficientemente amplio como para ser, a nuestro juicio, indeterminado. ¿Sería un mensaje de texto, luego de una situación de violencia de género en los términos del art. 390 ter, efusivamente diciendo, por ejemplo, que “no quiere ver nunca más a la pareja y que debería desaparecer de este mundo” suficiente?, ¿debe literalmente utilizarse el vocablo “mátate”? En definitiva, son dificultades probatorias que corresponderán al juez de la instancia dilucidar, pero lo relevante radica en que no hay un marco ni una especificación de cómo debe ser esta inducción lo que implica una complejidad para efectivamente poder configurar este tipo penal de acuerdo al criterio del principio de legalidad, en particular, de la *lex certa*.

d. Lex previa

⁷³ Poder Judicial TV, “Seminario (1) Aspectos teóricos y proyecciones prácticas de las reformas introducidas por la ley 21.523”, video de Youtube, 1:51:24. Publicado el miércoles 23 de agosto de 2023, <https://www.poderjudicialtv.cl/videos/seminario-aspectos-teoricos-y-proyecciones-practicas-de-las-reformas-introducidas-por-la-ley-21-523/>

Como se señaló ya, atendido al tenor de este análisis, no habrá un mayor abundamiento en esta materia.

e. Sistemática

A nuestro juicio, la mayor discusión respecto a la sistematicidad se da en aquello modificado en el Código Procesal Penal puesto que viene a introducir mayores garantías para las víctimas de delitos de connotación sexual, principalmente en contra de la mujer, (en términos amplios, por ejemplo el secuestro con violación, abuso sexual propio e impropio, violación propia e impropia, tráfico de personas para explotación sexual, entre otros) como es la anticipación de la prueba, la prevención de la victimización secundaria durante el periodo de investigación, y realizar todas las labores procesales con perspectiva de género en pos de no estigmatizar ni discriminar a la víctima. En definitiva, se establece todo un sistema para incentivar la denuncia de estos delitos puesto que la declaración y la participación de la víctima resulta esencial para poder condenar ya que por regla general ocurren dentro de un contexto privado entre víctima y victimario.

Siguiendo dicha lógica, la Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, María de los Ángeles González recalcó la importancia de este elemento en el proceso, indicando que:

Es así como utilizando la perspectiva de género en las diversas etapas del proceso, podremos contrarrestar la falsa igualdad que nos presente el derecho y, junto con ello, escapar del relato tradicional que hemos venido conociendo históricamente en estos casos, que no hace más que privar a las personas de su dignidad.⁷⁴

Sin perjuicio de lo anterior, hay quienes consideran que la forma en la que se tipificó la Ley Antonia implica una alteración a la sistematicidad del ordenamiento jurídico en relación a los derechos propios del imputado, señalando por ejemplo que la ley

⁷⁴ María de los Ángeles González, "Perspectiva de género en el proceso", *La Tercera*, 12 de agosto de 2020, <https://www.latercera.com/opinion/noticia/perspectiva-de-genero-en-el-proceso/6P4J6KB3ZBCD5PFBQ5UKSXOFPI/>

limitaría el debido proceso mediante reformas que fallan en reconocer que desencadenaría en un conflicto de garantías fundamentales, es decir, una contraposición entre el derecho a la defensa y a la contradicción del imputado, y los derechos de la víctima.⁷⁵

La argumentación anterior viene en justificarse con lo dispuesto por los artículos 109 letra b) y 330 CPP, puesto que para un sector de la doctrina implicaría una limitación general a que la víctima sea cuestionada, en términos de defensa del imputado, respecto de ciertas temáticas sensibles y restringe de manera importante la forma en cómo debe llevarse adelante el contraexamen⁷⁶, al entregarse directrices para la objeción en la interrogación y conainterrogación de la declaración de las víctimas, y que estas objeciones sólo son aplicables en favor de las víctimas cuando puedan humillar, causar sufrimiento, intimidar o lesionar su dignidad. En definitiva, para éste autor, la reforma no define ni delimita estos motivos de objeción, complicando los derechos del imputado en dicha línea. Se hace además una comparación con derecho extranjero, declarando que en otros sistemas (como el de Estados Unidos) existen excepciones al no cuestionamiento de la declaración de la víctima, no siendo una limitación absoluta como en el caso chileno, lo que significa en la práctica para Fuentes, la imposibilidad de distinguir situaciones y reconocer matices, que pueden eventualmente dar paso a resultados injustos y con errores en la determinación de los hechos, y que en definitiva generaría una alteración en el sistema jurídico.⁷⁷

Otro argumento entregado en dicha línea es la recepción de prueba anticipada ante el juez de garantía, establecida en el art. 109 ter CPP, y el art. 331 letra f) que permite reemplazar la declaración de la víctima en el juicio oral con una reproducción o lectura del registro en caso que la víctima se haya retractado, y que, potencialmente podría implicar una condena a la persona acusada sin la

⁷⁵ Claudio Fuentes, “Las polémicas “procesales penales” de la Ley Antonia”, *El Mercurio Legal*, 10 de enero de 2023.

⁷⁶ Fuentes, “Las polémicas “procesales penales” de la Ley Antonia”.

⁷⁷ Fuentes, “Las polémicas “procesales penales” de la Ley Antonia”.

oportunidad debida para objetar y cuestionar lo que dicho medio busque probar⁷⁸. En todo caso, en materia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile del año 2014, ha indicado que la prueba rendida en dicha modalidad no puede ser decisiva para la determinación de la condena, es decir, no puede basarse solamente en dicho medio para establecer la culpabilidad del imputado.⁷⁹

El efecto de todo lo que se ha indicado deberá plasmarse en criterios jurisprudenciales para definir su aplicación práctica y cómo llevar a cabo la sistematicidad en el ordenamiento jurídico ante esta inminente colisión de garantías fundamentales, ya que la ley no lleva un año en vigencia al momento de escribir este documento, y no ha podido verificarse una tendencia en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, se hace el alcance pertinente con el diagnóstico del problema y el contexto propio para que el legislador deba tener que establecer estas garantías “extras” a la víctima de delitos sexuales y de violencia contra la mujer, buscando incentivar la denuncia y hacer más llevable el proceso penal para evitar una victimización secundaria.

II. Principio de Proporcionalidad de la pena

Para discutir la proporcionalidad de la pena, nuevamente nos referiremos a los tipos penales agregados, en particular, las causales propias del suicidio femicida y la inducción al suicidio consumado por las razones de género consagradas en el art. 390 ter CP. Es menester señalar que ambas tienen el mismo marco legal punitivo, “presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

En la materia, la gran diferencia entre ambas figuras que podemos advertir de la lectura de los artículos es que en el suicidio femicida deben concurrir dos circunstancias para configurarla, y en la inducción al suicidio agravada

⁷⁸ Fuentes, “Las polémicas “procesales penales” de la Ley Antonia”.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, sentencia dictada el 29 de mayo de 2014, párr. 247.

consideramos que debe existir una inmediatez temporal en la conducta típica para satisfacer el tipo penal (como se desglosó ya en el apartado de *lex stricta*). Sin perjuicio de lo anterior, ambas figuras se nos presentan de una forma bastante similar, las dos remitiéndose a las circunstancias del art. 390 ter para llegar a la pena máxima del delito. A estas alturas de la lectura hemos esperado plantear que las dificultades en la subsunción del hecho con cualquiera de los dos tipos serán de relevancia; debemos tener a la vista que en ambos delitos la pena es la misma, y los esfuerzos legislativos debieron haberse dirigido en establecer un injusto claro y concreto para poder sancionar dicha conducta, en definitiva, en palabras de Benedicto y Bucarey:

Creemos que, por técnica legislativa, se debiese haber dejado solo uno de los dos tipos, por cuestiones de especialidad y de significación del problema social detrás del delito, debiese haber sido el suicidio femicida. De todas maneras, va a ser interesante ver cómo operarán ambas figuras en la práctica.⁸⁰

De igual forma, discutible es la postura de la decisión legislativa en la tipificación de la inducción al suicidio en Chile puesto que, de la exposición de la profesora María Inés Horvitz en el Seminario donde se analizaron ciertos problemas de la ley en cuestión, podemos advertir que es posible plantear esta figura como una especie de homicidio privilegiado⁸¹, donde el hombre viene en asumir la autoría mediata por la muerte de la mujer mediante la inducción al suicidio, argumentado por el déficit de responsabilidad penal de la persona de “adelante” que se autolesiona; ya no se trata de un ejercicio autónomo de libertad del sujeto pasivo, sino que una heterolesión del instrumento. En todo caso, es necesario comentar que respecto de la inducción al suicidio no es necesario que el sujeto activo sea un

⁸⁰ Francisca Benedicto Carvajal e Isadora Bucarey Pinto, “Tipificación del suicidio femicida en Chile. Análisis jurídico a la luz de Ley Antonia.” (Tesina de Derecho, Universidad de Valparaíso, 2023), 24, <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvsc1/9461>

⁸¹ Poder Judicial TV, “Seminario (1) Aspectos teóricos y proyecciones prácticas de las reformas introducidas por la ley 21.523”.

hombre y el pasivo sea una mujer como sí ocurre en el suicidio femicida; sin perjuicio de aquello, atendido al contexto e historia de la ley al referenciar la violencia de género en el art. 390 ter es más probable que la mujer sea el sujeto pasivo de la figura.

Siguiendo la línea, se plantea entonces por la profesora Horvitz la posibilidad de existir un privilegio ante la aplicación de la inducción al suicidio por sobre el homicidio en términos de autor mediato, puesto que tiene una penalidad más baja que el homicidio simple como delito base contra la vida, cuyo marco legal comienza en presidio mayor en su grado medio, generando una desproporcionalidad respecto del bien jurídico de la vida. Con esto no se busca alentar un aumento de penas a la inducción al suicidio ni una disminución de las mismas para el homicidio del art. 391 N°2 CP, sino que se hace el alcance que los problemas que se observan pueden implicar una desproporcionalidad al tener un “tipo privilegiado”.

A modo de conclusión, pudimos analizar desde distintos puntos de vista la muy reciente Ley Antonia, con especial énfasis en los tipos penales establecidos en relación al suicidio teniendo en vista el trágico final de Antonia Barra. A la fecha aún no se ha escrito en profundidad al respecto ni se ha podido ver mucha jurisprudencia al efecto, quedando este capítulo en cuestiones más bien teóricas que deberán, eventualmente, ser determinadas y zanjadas por la jurisprudencia, cuestión no menor ya que se deja una potestad muy grande al juez ante la falta de claridad del legislador. Sin perjuicio de ello, al menos de la lectura de la ley, consideramos que generará bastante controversia en su aplicación por la indeterminación y condiciones especiales de ciertos tipos, y de la posible afectación de garantías propias del imputado que podrían terminar en la inaplicación práctica de las disposiciones beneficiosas para la víctima mediante requerimientos ante el Tribunal Constitucional como ocurrió con la Ley Emilia.

En definitiva, aunque la intención y finalidad de lo desarrollado va en la línea de contribuir al diagnóstico del problema, es decir, en pos de garantizar y mejorar

las condiciones propias de las víctimas de violencia de género y de delitos de significación sexual, incentivando la denuncia y estableciéndose más derechos en su favor, Gouhaneh e Inzunza son determinantes:

El populismo punitivo sólo produce satisfacción al mundo político, al generar una sensación de cumplimiento del deber para con la ciudadanía, pero en la realidad no logra cumplir con el cometido real que deben tener este tipo de discusiones; esto es, una protección efectiva de diversas situaciones de hecho que hoy carecen de protección y que, lamentablemente, permanecerán desprotegidas con normativas deficientes.⁸² (Lo subrayado es nuestro).

⁸² Gouhaneh e Inzunza, “Sobre la nueva «Ley Antonia»: reparación y confusión”.

CONCLUSIONES

A partir del concepto propio de la “Ley con Nombre” pudimos establecer ciertas características comunes que vienen en identificar a Ley Emilia, Ley Gabriela y Ley Antonia como aquellas; en definitiva, su tramitación legislativa se vio fuertemente presionada por la necesidad de responder a un horrible hecho que movió a la sociedad, buscando culpables para que “este trágico suceso no vuelva a ocurrir”, es decir, establecer mecanismos para que el Estado pueda castigar correctamente a los culpables, enviando señales a la población sobre los comportamientos esperados. Entonces, la tarea de este trabajo era principalmente analizar si las “Leyes con Nombre” son buenas leyes, o si caen en ser meramente simbólicas, dependiendo de cómo responden a ciertos criterios establecidos al efecto.

En general, de las normas analizadas a partir del diagnóstico del problema que cada una esperaba resolver, podemos observar que el texto promulgado va en aquella dirección, en generar un cambio. En la Ley Emilia, la principal novedad fue la regla especial de suspensión de la ejecución de la pena sustitutiva con el requisito de un año de reclusión efectiva; que como vimos en su ejecución durante el análisis, la vulneración que existe al principio de proporcionalidad y la sistematicidad hacen que en la práctica pueda obviarse dicho mecanismo, manteniendo esta “sensación de impunidad”.

En el caso de la Ley Gabriela, la tipificación de los delitos de femicidio va justamente en propender visualizar la violencia contra la mujer en el aspecto más fatal y extremo; en ese sentido, la ley manifiesta aquello, sin perjuicio del deber de orientar las debidas políticas públicas para contrarrestar esta violencia sistemática.

Finalmente, para la Ley Antonia, la reciente data de la legislación nos permitió hacer un análisis pertinente respecto a las perspectivas posibles en su aplicación, pero de aquello pudimos extraer grandes complejidades interpretativas para la labor judicial sobre aquellos tipos, y posibles problemas en el resguardo de los derechos propios del imputado que deberán dilucidarse por la jurisprudencia con el paso del tiempo y la aplicación de estos preceptos.

A modo de conclusión, la presión social entregada a los legisladores pareciese impulsar leyes que no responden de la mejor manera al problema que se presenta por no tener la perspectiva, en el momento de la tramitación, sobre qué efectos tendrá en la práctica la normativa. En definitiva, esto se discutió especialmente respecto de la Ley Antonia, y en una de las sesiones, María Jesús Fernández, representante del Litigación Estructural para América del Sur, LEASUR, fue categórica:

En un Estado democrático, la tipificación de una conducta no puede centrarse en sus efectos simbólicos; introducir normas penales como producto de un efecto mediático no solo atenta contra principios democráticos básicos, sino que también carece de efectos prácticos, no contribuye a la erradicación de la violencia, pudiendo incluso aumentarla.⁸³ (Lo subrayado es nuestro).

Lo anterior implica, para nosotros, que las ideas legislativas eran pertinentes, pero en muchos casos quedaron en esto, las intenciones que buscaban materializarse en la ley no siempre podrán aplicarse tal como el legislador así lo quiso, y terminan en justamente manifestarse como meramente simbólicas; la regla especial de la Ley Emilia es el mejor ejemplo para esto, como se desarrolló en su capítulo.

Por último, resulta extremadamente pertinente la anticipación práctica de determinar correctamente los tipos penales por los principios propios que rigen nuestro ordenamiento jurídico para castigar efectivamente a alguien. En definitiva, se liga con la necesidad práctica de construir mandatos claros destinados a poder configurar el injusto y castigar por aquello, para que no exista un choque por la extremada tipicidad del tipo penal, o por el contrario ser demasiado amplio y abstracto; para esto podría ser útil un estudio relacionado con el próximo punto a tratar.

Es por esto que el legislador debería tener la información suficiente para poder prever los estadios de insatisfacción o inseguridad que se presentan en la

⁸³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.523*, 23.

población con respecto al funcionamiento o existencia de leyes que cubran dichos malestares; por ende, existe un deber de buscar mecanismos de recolección de información pública, que se encuentren actualizados y cercanos a la realidad país, esto con la finalidad de mantener proyectos de ley estrechamente ligados a satisfacción de los intereses sociales en pos de contribuir al bienestar público, y un mejor vivir, previniendo así también la necesidad de crear o modificar las leyes existentes bajo la presión del tiempo y de hechos trágicos que alteren la percepción pública de sobremanera, pudiendo entonces anticipar las modificaciones en el comportamiento del ciudadano para evitar una tragedia mayor.

BIBLIOGRAFÍA

BBC News Mundo. “Condenan a 17 años de prisión al hombre que violó a Antonia Barra, la joven de 21 años cuyo suicidio conmocionó a Chile”. BBC News Mundo, 29 de julio de 2023. <https://www.bbc.com/mundo/articles/cw81l4xggezo>

Benedicto Carvajal, Francisca y Bucarey Pinto, Isadora. “Tipificación del suicidio femicida en Chile. Análisis jurídico a la luz de Ley Antonia.” Tesina de Derecho, Universidad de Valparaíso, 2023. <https://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvscl/9461>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.609*, 2012. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4516/>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°20.770*, 2014. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4318/HLD_4318_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.212*, 2020. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7731/>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N°21.523*, 2022. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8099/>

Bruna Silvana y Venegas Joaquín. “Análisis de los aspectos sustantivos, adjetivos y de ejecución de las penas sustitutivas de la ley N°21.212 sobre el femicidio”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2022. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/185901/Analisis-de-los-aspectos-sustantivos-adjetivos-y-de-ejecucion-de-las-penas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Caro Cáceres, Valentina. “Multas en el derecho administrativo sancionador: Análisis hacia una normativa unificada”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2020. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/178197/Multas%20en%20el%20Derecho%20Administrativo%20Sancionador.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Castillo Montt, Pablo. “Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile”. *Revista Jurídica Actualidad*, N°44, (2020): 167-88. https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ41_167.pdf

Cury Urzúa, Enrique. *Derecho penal: Parte general*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2009.

Femicidios. https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=27084

Fuentes, Claudio. “Las polémicas “procesales penales” de la Ley Antonia”. *El Mercurio Legal*, 10 de enero de 2023.

Fuentes Cubillos, Hernán. “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”. *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, N°2, (2008): 15-42. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>

González, María de los Ángeles. “Perspectiva de género en el proceso”. *La Tercera*, 12 de agosto de 2020. <https://www.latercera.com/opinion/noticia/perspectiva-de-genero-en-el-proceso/6P4J6KB3ZBCD5PFBQ5UKSXOFPI/>

González-Cuellar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Editorial COLEX, 1990.

Gouhaneh Brink, Josefina e Inzunza Gillibrand, Tomás. “Sobre la nueva «Ley Antonia»: reparación y confusión”. CIPER Chile, 28 de diciembre de 2022. <https://www.ciperchile.cl/2022/12/28/sobre-la-nueva-ley-antonia-reparacion-y-confusion/>

Mayer Lux Laura, y Vera Vega Jaime. “Sistematicidad y técnica legislativa en materia penal: un estudio a partir de los delitos nucleares de la Ley de Tránsito chilena”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N°88, (2022): 155-80. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24194/23847>

Ministerio de Desarrollo Social y Familia, “Cero - Prevención del consumo de alcohol y otras drogas en conductores”, *Informe de detalle de Programas Sociales*, (Gobierno de Chile, 2021). http://www.dipres.gob.cl/597/articles-212493_doc_pdf1.pdf

Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Ciudad de México: Alianza, 2003.

Moscoso, Daniela. “Violencia contra la mujer en el pololeo: ¿está Chile a la altura?”. *Anuario Derechos Humanos*, Vol. N°1 (2021): 121-52. <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/59450/68080>

Muñoz León, Fernando. “Estándares conceptuales y cargas procesales en el litigio antidiscriminación. Análisis crítico de la jurisprudencia sobre Ley Zamudio entre 2012 y 2015”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII, N°2, (diciembre 2015): 145-67. <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v28n2/art08.pdf>

Ossandón Widow, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Poder Judicial TV. “Seminario (1) Aspectos teóricos y proyecciones prácticas de las reformas introducidas por la ley 21.523”. Video de Youtube, 1:51:24. Publicado el miércoles 23 de agosto de 2023. <https://www.poderjudicialtv.cl/videos/seminario-aspectos-teoricos-y-proyecciones-practicas-de-las-reformas-introducidas-por-la-ley-21-523/>

Puebla, Hugo. “Principios constitucionales de derecho penal”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2005. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107556/puebla_h.pdf

Rodríguez Vera, Manuel. “Principio de legalidad penal y sistema penal chileno”. Tesis para optar al título de Doctor en Derecho, Universidad de Chile, 2013. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/184858/Principio-de-legalidad-penal-y-sistema-de-justicia-penal-chileno.pdf>

Roxin, Claus. *Derecho penal: Parte general Tomo I*. Múnich: Civitas, 1997.

Salas, Jaime. “Algunos comentarios a la Ley N° 21.212 en materia de tipificación del femicidio”. *El Mercurio Legal*, 16 de marzo del año 2020.

Sepúlveda Sánchez, Ivonne. “Femicidio como un delito por razones de género en Chile”. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°78, (abril 2020): 88-113.

Zamorano Barrera, Alejandra. “Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N°21.212 al Código Penal, en particular la figura de femicidio establecida en el artículo 390 ter”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2022.

<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/193628/Analisis-de-las-modificaciones-introducidas-por-la-Ley-N°-21.212-al-Codigo-Penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA CITADA

Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 29 de mayo de 2014.

Código Penal, Diario Oficial, 12 de noviembre de 1874.

Código Procesal Penal, Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.

Ley 20.609, Ley que establece medidas contra la discriminación, Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

Ley Modelo Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la muerte violenta de mujeres y niñas (femicidio/feminicidio) 05 de diciembre de 2018.

Ley N°20.770, que modifica la ley del tránsito en lo que refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, Diario Oficial, 16 de septiembre de 2014.

Ley N°21.212, que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley 18.216 en Materia de Tipificación del Femicidio, Diario Oficial, 4 de marzo de 2020.

Ley N°21.523, que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización, Diario Oficial, 31 de diciembre de 2022.

Sentencia Rol N°13.762-22 INA, Tribunal Constitucional Chileno, de fecha 01 de marzo de 2023, C°30.

Sentencia Rol N°266/1994 del Tribunal Constitucional Español, de fecha 21 de diciembre de 1997.

Sentencia Rol N°9.477-2020 INA, del Tribunal Constitucional Chileno, de fecha 28 de enero de 2021