



APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO

Departamento de Estudios Defensoría Nacional

Carlos Verdejo

Unidad de Estudios – Defensoría Nacional

Santiago, diciembre 2015

APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO

El presente trabajo examina los problemas que presenta la aplicación de la ley penal y la ley procesal penal en el tiempo, con ocasión de la dictación de la Ley N° 20.931.

Importante es señalar que los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad no sólo se refieren a la ley penal sustantiva, sino que también es relevante su aplicación en materia procesal penal. Más aún, en este ámbito se generan discusiones que pueden ser decisivas al momento de definir la situación final de un imputado en un caso concreto.

Desde este punto de vista, tanto la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, como los artículos 18 del Código Penal y 11 del Código Procesal Penal son materias que se relacionan e interactúan entre sí.

Se examinarán los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad, sus fundamentos y la regulación en materia penal, con especial énfasis en la modificación que genera el artículo 433 numeral 2 del Código Penal.

A continuación se examinarán los mismos conceptos en materia procesal penal, con referencia a los requisitos del artículo 11 del C.P.P. y a las posturas que ha publicitado el Ministerio Público sobre este ámbito a raíz de la dictación de la Ley N° 20.931. Se examinarán en concreto aquellas disposiciones procesales penales que parecen anticipar más claramente la discusión de su aplicación en el tiempo

Finalmente se tratará, con cierto detalle el problema que genera la denominada *lex tertia* o principio de alternitud, su concepto, las posturas mayoritarias y minoritarias, la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto y su aplicación a dos artículos que se podrían generar con la dictación de la Ley N° 20.931

I.- Introducción

La *irretroactividad* hace referencia “al hecho de que las leyes penales (y procesales penales) sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan

mientras están vigentes. Por un lado, no pueden alcanzar a los actos que se ejecutan antes de su entrada en vigor y, por otro, tampoco a los que tienen lugar después del término de su vigencia¹”.

La *retroactividad* alude, por su parte, a aquella situación en que en el juzgamiento de un hecho se aplica una ley que ha entrado en vigencia con posterioridad a su realización.

“La doctrina acostumbra a utilizar el término ultractividad “para referirse a la situación que se produce cuando un hecho es sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente al momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento. Por ejemplo, cuando se ha cometido un delito durante la vigencia de una ley temporal, la cual es aplicada a pesar de que ha finalizado su vigor al momento del juicio”²”.

La regla general en nuestro ordenamiento penal es la irretroactividad de la ley penal y procesal penal. El fundamento de la irretroactividad se puede encontrar en el principio de legalidad penal que exige que no haya ningún delito ni pena sin una ley previa que así lo determine o, para gran parte de la doctrina, “responde a innegables exigencias de *seguridad jurídica* y, por tanto, de garantía de las libertades individuales, que se verían afectadas si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el momento de realización del hecho”³.

La excepción es la aplicación retroactiva y ultractiva de la ley penal y procesal penal. Se ha dicho que esta excepción encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso, entendido como *“el conjunto de límites materiales de las actuaciones de los poderes públicos restrictivas de los derechos individuales, como la intervención*

¹ Oliver Calderón, Guillermo; “Retroactividad e Irretroactividad de las Leyes penales”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2007; pág. 62

² Idem; pág. 64

³ Idem; pág. 98.

penal del Estado”⁴. Se agregan consideraciones de justicia material, penológicas (entre otras) y su uso se restringe a los casos en que la aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal trae como consecuencia una situación más favorable para el imputado.

II. Ley penal en el tiempo⁵

Los principios de irretroactividad, ultractividad y la excepción de ley más beneficiosa, han sido reconocidos unánimemente por la doctrina⁶ y jurisprudencia⁷ nacional, a partir de la consagración constitucional y legal de los mismos. En efecto, recordemos que el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución estipula que “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.*”

⁴ Idem; pág. 288.

⁵ Se pueden revisar otros documentos relativos a aplicación de la ley penal en el tiempo en <https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/135650/index.do?r=AAAAAQAUcmV0cm9hY3RpdmlkYWQgcGVuYWwB;>
<https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/135653/index.do?r=AAAAAQAUcmV0cm9hY3RpdmlkYWQgcGVuYWwB;>
<https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135772/index.do?r=AAAAQAQOcmV0cm9hY3RpdmlkYWQc>

⁶ “*El punto de partida en esta materia es que la ley penal dispone sólo para lo futuro y no puede jamás tener efecto retroactivo*”, Cury, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, p. 227; y: “*En el primero de los sentidos señalados (no hay delito ni pena sin una ley previa), el principio de reserva implica una prohibición de retro-actividad que limita, en consecuencia, las facultades del legislador.*”, *ibíd.*, p. 167.

En el mismo sentido, Politoff, en Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, p. 125.; Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, pp. 107-109; Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, pp. 141-143.

⁷ Corte Suprema en fallo Rol 968-2013, de 12 de febrero de 2013, señala: “*Tercero: Que, en ese contexto, el artículo 18 del Código Penal se erige como una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, que impone al tribunal la modificación de una sentencia, aun estando ejecutoriada, cuando se promulgue con posterioridad una ley que aplique una pena menos rigurosa a la contenida en ella, teniendo la facultad para hacerlo, inclusive, oficiosamente.*”

Asimismo, en los fallos SCS Rol 6578-2013, SCS Rol 8354-2013 y SCS rol 9117-2015, aplica la Ley N° 20.603 a casos anteriores a su promulgación, por ser más favorable.

Por otra parte, el artículo 18 del Código Penal estipula que

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.

Se plantean discusiones respecto a los casos en que se puede entender cuál ley es más favorable, pero no parece haber discusión en los casos en que la nueva ley despenaliza la conducta que la anterior ley sancionaba, en cuyo caso la aplicación de la ley posterior es evidente.

Y aunque se discuten diversos criterios y situaciones para definir cuál es la disposición o ley más favorable al imputado, la tendencia unánime es que ello debe resolverse al calor de cada caso en particular⁸.

⁸ Para casos concretos de criterios de disposición más favorable al imputado ver <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135843/index.do?r=AAAAAQAUcmV0cm9hY3RpdmlkYWQgcGVuYWwB;>
<https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135800/index.do?r=AAAAQAQOcmV0cm9hY3RpdmlkYWQB>

- **Ley N° 20.931 y nueva redacción del artículo 433 del Código Penal**

Con relación a la ley N° 20.931, se presenta un caso particular en que será materia de discusión determinar cuál es la ley más favorable al imputado, si la ley anterior a la modificación, o la que resulta de las normas introducidas por la ley 20.931.

Se trata de la modificación al artículo 433 del Código Penal, en lo relativo al robo con violencia o intimidación en las personas cuando con ocasión o motivo del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1° del Código Penal, esto es robo calificado con castración, mutilaciones o lesiones graves – gravísimas

Antes de la ley N° 20.931 este tipo penal estaba contenido en el numeral 1 del artículo 433 del Código Penal, junto con el homicidio y la violación y tenía una sanción de presidio mayor en su grado medio (diez años y un día) a presidio perpetuo calificado.

La modificación descompuso el antiguo numeral uno del artículo 433 en dos numerales. Mantuvo en el número 1 al robo con homicidio o violación y reservó el numeral 2 para el robo con castración, mutilaciones o lesiones graves – gravísimas, alterando la penalidad de este tipo penal que, a partir de la modificación se sanciona con presidio mayor en su grado máximo (quince años y un día) a presidio perpetuo (simple).

En este ámbito, Enrique Cury ha señalado que *“no siempre es fácil decidir si la pena impuesta por la nueva ley que ha desincriminado del todo la conducta en cuestión es verdaderamente “menos rigurosa” que la prescrita en el precepto vigente al momento de ejecutarse el delito. Puede ocurrir, por ejemplo, que la ley antigua contemple un marco penal cuyo extremo superior es más alto que el conminado por la nueva, pero que sea más bajo el extremo inferior. ¿Cuál de ellas resulta más favorable para el reo?”*⁹

⁹ Cury, Enrique; (N° 5); Capítulo II, La Ley Penal y su Vigencia; pág 228.

La situación precisamente inversa es la que se verifica después de la modificación citada al robo calificado con resultado de castración, mutilaciones o lesiones graves gravísimas verificado antes del 05 de julio de 2016. Se disminuye el extremo penal superior desde presidio perpetuo calificado a presidio perpetuo simple y, *al mismo tiempo*, se eleva el extremo penal inferior desde presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo

“En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia – uno sobre la base de cada ley -, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado”¹⁰.

Será particularmente interesante conocer los criterios que los tribunales aplicarán para resolver en este tipo de delitos, cometidos antes del 05 de julio de 2016.

III.- Ley procesal penal en el tiempo

- Planteamiento del problema

Las modificaciones legales que se efectúan a la normativa procesal penal originan la cuestión de definir si pueden, o no, tener efecto retroactivo.

En rigor nunca la ley procesal penal puede tener un efecto retroactivo, ya que, en sentido estricto, es imposible que una nueva ley procesal penal sea aplicada a actos procesales verificados con anterioridad a su entrada en vigencia. Así por ejemplo, si la nueva ley procesal penal, como requisito de validez, exige la presencia física de los testigos de la Fiscalía en la audiencia de preparación de juicio oral, no debe repetirse o realizarse nuevamente una audiencia de

¹⁰ Idem, pág.. 229

preparación de juicio oral verificada el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley, por la entrada en vigencia de esta nueva norma.

Si el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal radica en “la idea de la seguridad jurídica, entendida como no exclusión de la posibilidad de que los ciudadanos conozcan el ordenamiento jurídico y anticipen la calificación jurídico – penal de sus actuaciones, forzoso es concluir que debe reconocerse el carácter “irretroactivo” a toda modificación procesal penal que les pueda resultar perjudicial. El sentido de garantía de la prohibición de aplicar leyes más severas *ex post facto*, que asegura a los ciudadanos que no serán ingratamente sorprendidos en su expectativas de no ser castigados – o no serlo tanto – generadas por la legislación vigente al momento de la ejecución del hecho, se vería gravemente burlado si no se extendiera a las modificaciones procesales que facilitan el castigo del mismo¹¹”.

Si la diferencia entre la ley procesal vigente cuando se cometió el delito y la existente al momento del proceso es neutra, habrá que aplicar inmediatamente la legislación nueva. Sería el caso de una modificación de los requisitos formales de las sentencias.

“En cambio, si la diferencia entre ambas leyes procesales viene a perjudicar la posición del reo, en el sentido de aumentar las posibilidades de que termine siendo castigado y defraudar así sus expectativas de no serlo o de no serlo tanto, pensamos que no podría aplicarse la nueva legislación, porque se afectaría la seguridad jurídica, en los términos que la concebimos. Tal sería el caso, verbigracia, de una modificación que limitara los medios de prueba de que pudieran valerse los procesados para desvirtuar las imputaciones que se les hagan, o que restringiera la posibilidad de deducir recursos en contra de las sentencias condenatorias, o que ampliara la jurisdicción de los tribunales de un Estado para castigar delitos cometidos en el territorio de otro, o que disminuyera el número de

¹¹ Oliver Calderón, Guillermo; (N° 1); pág. 211.

votos necesarios para dictar sentencias condenatorias en los tribunales colegiados, o que ampliara el número de delitos respecto de los cuales es procedente una solicitud de extradición. En estos ejemplos, la nueva regulación sólo podría ser aplicada en procesos por delitos posteriores y no por los anteriores a su entrada en vigor, toda vez que si se aplicara a estos últimos, aumentarían las posibilidades de resultar sancionados, con lo que se afectaría la seguridad jurídica en la forma ya explicada”¹².

En el caso opuesto, cuando al nueva ley procesal favorece la posición del imputado, se concluye que ella debe aplicarse a los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, Sería el caso de una nueva ley que sustraiga de la medida cautelar de prisión preventiva a cierta categoría de delitos (por ejemplo, los simples delitos).

- **Normativa aplicable**

Respecto de la aplicación temporal de leyes procesales, es necesario referirse sobre la aplicación que pueda tener el artículo 24 de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes de 1861 y el uso que puede darle el ente persecutor y la defensa en materias de relevancia penal. Tal disposición señala que:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Como se ve, esta antigua ley ya establecía el principio de que las modificaciones en materia procesal rigen *in actum*.

Ahora bien, en materia procesal penal el tema se encuentra resuelto a partir de la disposición del artículo 11 del Código Procesal Penal *“Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los*

¹² Idem; pág. 213.

procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

En consecuencia, la regla básica en cuanto a la eficacia de la ley procesal penal en el tiempo, traducida en la fórmula de que la misma rige *in actum*, se mantiene vigente en el sistema procesal penal. La ultraactividad de la norma derogada constituye una excepción de acuerdo al texto de la misma disposición (“*salvo cuando*”).

Pero, a diferencia del artículo 24 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que limita la ultraactividad a “los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, el artículo 11 del C.P.P. la extiende a los casos en que “la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”. En consecuencia, existe preminencia de la norma especial y posterior del artículo 11 del C.P.P. por sobre la norma general y anterior del artículo 24 LERL. A su vez, y acorde con las normas de interpretación del Código Civil, “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, así las cosas, la LERL es una Ley cuyo sentido es preminentemente civil, en circunstancias en las que ni el Código Penal ni el Código Procesal Penal (y tampoco el Código de Procedimiento Penal) habían entrado en vigencia, de modo que frente a la eventualidad de sostener que existe conflicto interpretativo entre una norma y otra, es posible sostener que el art. 24 LERL no es aplicable dado que su sentido y alcance está dirigido a normas de índole civil y procesal civil..

- Efectos procesales de la Ley N° 20.931

Interesa reforzar la idea de que las modificaciones introducidas a diversas materias procesales penales por la ley N° 20.931 cuando se trate de modificaciones que perjudican la situación procesal del imputado sólo pueden aplicarse a los procesos iniciados con posterioridad al 05 de julio de 2016, fecha de la publicación de la ley N° 20.931.

- Concepto de “procedimientos ya iniciados”

Dos puntos pueden ser materia de discusión respecto del artículo 11 del C.P.P. El primero, es el concepto de “procedimientos ya iniciados”. El segundo es el de “disposición más favorable al imputado”.

En cuanto al primer punto, y con referencia a la ley N° 20.931, el fiscal nacional emitió e Oficio FN N° 402/2016, de fecha 05 de julio de 2016 imparte criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.931. En este documento, hace algunas reflexiones acerca de la aplicación temporal de la ley procesal penal.

En este contexto, el Fiscal Nacional señala:

“a diferencia de la norma del ámbito penal, el punto de partida en la determinación del momento que fijará la legislación aplicable no está dado por la perpetración del hecho sino por el **inicio del procedimiento** (*“Procedimientos ya iniciados”*). En lo concreto, no sería válida la argumentación de la defensa en cuanto a aplicación de ley derogada si se trata de hechos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la ley, pero cuyo procedimiento se ha iniciado con posterioridad a esa fecha. Mediante una interpretación sistemática de los artículos 7° y 8° del C.P.P. entendemos que el procedimiento se ha iniciado una vez que ha tenido lugar alguna actuación del procedimiento dirigido en contra de persona determinada”.

Agrega el documento en referencia que:

“está fuera de discusión que todo el estatuto incorporado por la Ley N° 20.931 resulta aplicable a procedimientos **formalmente no iniciados** antes del 5 de julio de 2016, aun cuando se trate de hechos acaecidos con anterioridad. Las situaciones prácticas que podrán presentarse, básicamente, son las siguientes:

- a) Procedimientos fundados en hechos previos a la Ley N° 20.931 pero iniciados con posterioridad a la misma: resulta plenamente aplicable la nueva legislación. Si la persona del imputado sólo se definió a partir del 5 de julio de 2016, el **procedimiento** se inició durante la vigencia de la Ley N° 20.931 por cuanto éste sólo puede existir en cuanto se dirija **en contra de una persona determinada**.
- b) Procedimientos fundados en hechos anteriores e iniciados con anterioridad a la Ley N° 20.931: debe argumentarse en torno a que la dificultad en la definición de la ley procesal

más favorable hace aplicable la regla general del art. 11 *“Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados (...)”*.

Es interesante el planteamiento del Ministerio Público ya que parece procurar restringir la aplicación temporal de la ley procesal a partir de aspectos meramente formales.

Pero el punto central sigue siendo lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, que reconoce la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, entendiéndose por tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

De manera tal que, establecida cualquier actuación del procedimiento verificada antes de las 00,00 hrs. del 05 de julio de 2016, en la que se atribuya a una persona responsabilidad en un hecho punible, estaremos en la situación de discernir cuál es la norma procesal penal más favorable para ese imputado, y el tribunal debe optar por dicha norma.

Siguiendo la lógica de la Fiscalía, para que nos encontráramos con procedimientos fundados en hechos previos a la Ley N° 20.931 pero iniciados con posterioridad a la misma, deberíamos estar en la situación de hechos que han sido denunciados con posterioridad al 05 de julio de 2016, pero que se verificaron en fecha anterior. La otra opción sería que la primera pista destinada a identificar a cualquier imputado en esta causa se generara con posterioridad al 05 de julio de 2016.

Sin embargo, hay que ir a la esencia de la norma. Si nos encontramos en una investigación desformalizada por ley 20.000 y tenemos un teléfono interceptado a partir del 04 de julio de 2016 con autorización judicial, puede que no se cuente con la individualización exacta del imputado (nombres, apellidos, domicilio, etc.), pero claramente se sabe que el imputado es quien es dueño o, al

menos utiliza el teléfono celular cuyo número ha sido interceptado por autorización judicial. Y, en este caso, debería ser aplicable la ley procesal penal más favorable al imputado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del C.P.P.

En definitiva, siempre debe prevalecer la finalidad perseguida, esto es, que se aplique al imputado la norma más favorable. Más aún, debe tenerse a la vista en todo momento, cada vez que se realice una interpretación de esta norma, el principio *in dubio pro imputado*, con el objeto que la norma no pierda su finalidad

- **Concepto de “disposición más favorable al imputado”**

El segundo aspecto dice relación con el concepto de disposición más favorable al imputado.

Sobre este segundo aspecto, en el mismo documento citado, el Ministerio Público intenta, además, fijar algunos criterios para determinar qué debe entenderse como lo más favorable, o no, para el imputado. Así, discurre afirmando que:

“Por otra parte, hay una serie de normas en que no aplicará la segunda parte del art. 11 CPP por una cuestión de temporalidad. Arts. 85, 127 inciso 3°, 129 inciso 6°, 130, son normas que aluden a etapas tan incipientes en la investigación que, probablemente, en tales casos nos encontraremos de lleno en la vigencia de la norma pues serán procedimientos iniciados tras la vigencia de la ley.

Finalmente, existe otra categoría de disposiciones en que, muy probablemente, nos encontraremos ante procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley, por ejemplo, Arts. 308, 329, 331, de forma tal que se generen los cuestionamientos aludidos. Al respecto, cabe señalar que, en estos casos se debe seguir la regla general de vigencia *in actum* de la ley procesal, pues se trata de modificaciones que no pretenden favorecer a ninguna de las partes en particular, sino que únicamente lograr que el ejercicio de la jurisdicción se lleve a cabo de mejor manera, al resguardar la prueba que se le presenta al tribunal y su calidad (testigos más seguros depondrán mejor que testigos amedrentados). Estas tres disposiciones apuntan a cuestiones probatoria, a **medios de prueba que se integran al proceso para la resolución del conflicto y, como tales, pueden aprovechar a cualquiera de los intervinientes**, sin que estén limitadas a uno en particular, por lo que difícilmente se podría decir que se trata de disposiciones *más desfavorables al imputado*.”

Evidentemente discrepamos de esta interpretación del Ministerio Público. No es efectivo que no es desfavorable para el imputado que, bajo ciertos

supuestos, los testigos puedan conferenciar privadamente sin la presencia de los intervinientes con el tribunal, para relatar los fundamentos de su necesidad de protección (Art. 308 C.P.P.); que, bajo ciertos supuestos, un nuevo perito pueda declarar por aquel perito que no puede hacerlo (329), o; que se pueda incorporar mediante la lectura la declaración de ciertos testigos o peritos en los supuestos que se indica, en circunstancias que antes de la ley nada de ello estaba permitido. No es efectivo que estas modificaciones “*no pretendan favorecer a ninguna de las partes en particular sino que únicamente lograr que el ejercicio de la jurisdicción se lleve a cabo de mejor manera*”, no sólo por las consecuencias objetivas que la aplicación de estas normas derivan para el imputado, sino que, el propio título de la Ley N° 20.931 revela claramente su propósito: “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo hurto y receptación y mejora la persecución penal en dicho delitos”. En consecuencia, la generalidad de las modificaciones de la Ley N° 20.931 no son neutras para los efectos de lo dispuesto en el artículo 11 del C.P.P.

Normalmente las modificaciones que se introducen en materias procesales penales por la Ley N° 20.931 traen consecuencias desfavorables para el imputado. Si existe una causa iniciada, en que se ha individualizado al imputado antes del 05 de julio de 2016, y se solicita y obtiene una orden de entrada y registro a su domicilio, la que se ejecuta con posterioridad al 05 de julio de 2016, y durante el curso de la diligencia se descubren, por ejemplo, imágenes que podrían decir relación con un posible delito de tenencia o almacenamiento de pornografía infantil (delito totalmente distinto, del motivo de la investigación actual), entonces, la policía, para la incautación de la evidencia relacionada con la pornografía infantil, ¿debe recabar la orden judicial (antiguo texto del artículo 215 del C.P.P: o puede proceder a su incautación sin dicha orden (nuevo texto del artículo 215 del C.P.P)?). Parece evidente, en este caso, que la norma más favorable al imputado es que deba requerir orden judicial. De ahí que la elucubración del Ministerio Público parece carecer de fundamento.

- Algunas consideraciones relativas a la Ley N° 20.931

Ahora bien, si procuramos precisar lo anterior respecto de algunas disposiciones introducidas por la ley N° 20.931, podemos señalar que:

- 1) Si se discute la exclusión de una prueba del Fiscal en una audiencia de preparación de juicio oral por hecho ocurrido antes del 05 de julio de 2016 y el fundamento de la petición de la defensa es que no había pluralidad de indicios, sino que un solo indicio singular para efectuar el control de identidad del artículo 85, origen de la detención y procesamiento del imputado, ¿es más favorable para el imputado que se aplique el antiguo texto del artículo 85 que exigía pluralidad de indicios o el texto modificado por la ley 20.931, que se conforma con un indicio singular?
- 2) Si en causa iniciada con anterioridad al 05 de julio de 2016, el Ministerio Público pide una orden de detención en contra del imputado, ¿podrá apelar de la negativa del juez a otorgarla dado que así lo permite la modificación al artículo 127 del C.P.P. introducida por la ley N° 20.931 o no podrá hacerlo porque es más favorable para el imputado que el Fiscal no pueda apelar de esa negativa?
- 3) Si, en la audiencia de revisión de prisión preventiva de un imputado formalizado por el delito de porte ilegal de arma de fuego permitida, que se había decretado antes del 05 de julio de 2016, el magistrado decide sustituir la prisión preventiva por cautelares del artículo 155 del C.P.P., ¿el fiscal podrá apelar verbalmente de esa resolución en la misma audiencia, dada la introducción de los delitos de la ley 17.798 al artículo 149 del C.P.P. como consecuencia de la dictación de la ley N° 20.931, o no podrá deducir verbalmente, en la misma audiencia, dicho recurso, pues la antigua redacción del artículo 149 era más favorable al imputado?. Parece evidente que no.

Y así lo resolvió recientemente la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 06 de julio de 2016, en causa RUC 1500321767-9 en que declaró inadmisibile el recurso de apelación verbal deducido por el

Ministerio Público deducido verbalmente en audiencia de fecha 05 de julio de 2016, en el que el juez de garantía de Viña del Mar había negado la prisión preventiva solicitada por el ente persecutor en contra de un imputado que compareció detenido a audiencia de control de detención, en virtud de orden despachada con anterioridad al 05 de julio de 2016 por no haber comparecido a audiencia de preparación de juicio oral en que ha sido acusado por el delito de microtráfico del artículo 4° de la ley 20.000. En esa ocasión, a pesar de que el juez de garantía había concedido el recurso de apelación verbal, la Corte resolvió que

*“Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto en estrados y estimando esta Corte que, en la especie y de conformidad al artículo 11 del Código Procesal Penal, es más favorable para el acusado lo dispuesto en el 149 del mismo cuerpo legal, en relación a la modificación de la ley N° 20.931, **SE DECLARA INADMISIBLE**, el recurso de apelación verbal interpuesto en contra de la resolución de cinco de julio de dos mil dieciséis”.*

- 4) Del mismo modo, parece indudable que no podría decretarse la nueva medida cautelar del artículo 155 letra i) del C.P.P., esto es la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado, si el procedimiento en que se hace la solicitud se ha iniciado con anterioridad al 05 de julio de 2016, ya que evidente la anterior legislación, que no contemplaba dicha medida cautelar es más favorable para el imputado
- 5) En causa iniciada con anterioridad al 05 de julio de 2016, el fiscal no puede ampliar el plazo de reserva o secreto de una investigación hasta por un plazo de 40 días adicionales, conforme al nuevo texto del artículo 182 del C.P.P. en causas iniciadas con anterioridad al 05 de julio de 2016 pues, evidentemente, parece más favorable al imputado contar con acceso a la carpeta del fiscal que no tener dicho acceso.
- 6) Si se decreta una audiencia de prueba anticipada en causa iniciada con anterioridad al 05 de julio de 2016, dicha audiencia no podría llevarse a efecto en ausencia del imputado válidamente emplazado, a pesar de la modificación introducida al artículo 191 del C.P.P. por la Ley N° 20.931, ya

que el texto anterior del mismo artículo, que impedía esta opción es, claramente más favorable para el imputado.

- 7) Si en causa iniciada con anterioridad al 05 de julio de 2016 se decreta una orden de entrada y registro por parte del juez de garantía, y durante la práctica de esa diligencia se descubren objetos o documentos que permiten sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento, la policía deberá requerir al tribunal orden judicial para su incautación, y no podrán incautarlo sin orden, a pesar del nuevo texto del artículo 215 del C.P.P., ya que, evidentemente, la antigua redacción del artículo 215 era más favorable al imputado.
- 8) Si el procedimiento que concluye en un juicio oral se inició antes del 05 de julio de 2016, el tribunal no podría oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio para adoptar la decisión de darle protección al testigo, ya que esta nueva facultad del tribunal fue introducida al artículo 308 del C.P.P. por la ley N° 20.931 es menos favorable para el imputado que la regulación anterior que no concedía al tribunal dicha facultad.
- 9) Lo mismo ocurrirá si en un juicio oral en que el procedimiento se inició con anterioridad al 05 de julio de 2016, se pretende sustituir la declaración de un perito institucional por otro perito institucional, conforme al nuevo texto del artículo 329 del C.P.P. o se pretende incorporar mediante la lectura la declaración de un testigo o la pericia de un perito que por cualquier motivo difícil de superar no pudiera declarar en juicio, conforme al nuevo texto del artículo 331 del C.P.P. porque, parece evidente que es más favorable al imputado que ello no pueda verificarse como ocurría con el antiguo texto de los artículo 329 y 331 del C.P.P.

Pero, desde otro punto de vista, no existiría objeción alguna a aplicar a procesos iniciados con anterioridad al 05 de julio de 2016, aquellas modificaciones

en materia procesal penal introducidas por la ley N° 20.931, que sean favorables al imputado porque en estos casos, se aplicaría la regla general del artículo 11 del C.P.P. de que la modificación procesal penal rige in actum, ya que la nueva disposición es más favorable para el imputado. Hablamos de ultractividad de la ley procesal penal.

Sería el caso, por ejemplo de un imputado por el delito de robo con violencia, en un procedimiento iniciado con anterioridad al 05 de julio de 2016, que cuenta - indudablemente - con la agravante de reincidencia específica y no cuenta con atenuantes. Si en este caso se aplicara el texto del nuevo artículo 449 del Código Penal, la pena para este imputado reincidente se iniciaría en diez años y un día de presidio mayor en su grado medio. Si no se aplicara el nuevo artículo 449 del Código penal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, al excluirse el grado mínimo de la pena abstracta, la pena para este imputado también se iniciaría en diez años y un día de presidio mayor en su grado medio. En este caso, no habría inconveniente en aplicar la nueva disposición del artículo 406 del C.P.P. que autoriza el procedimiento abreviado con penas no superiores a diez años de presidio mayor en su grado medio y con la mera proposición del fiscal, y aceptar, en procedimiento abreviado una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, aunque su cumplimiento sea efectivo. Todo lo anterior porque las nuevas disposiciones, evidentemente, para este caso concreto, son más favorables para este imputado.

IV.- *Lex tertia*

- Planteamiento del problema

En materia de aplicación de la ley penal en el tiempo, tradicionalmente se ha afirmado por parte importante de la doctrina que la determinación de cual ley es más favorable debe hacerse considerándolas ambas leyes de manera global o total, y no seleccionando los elementos más favorables de cada una a fin de aplicar ciertos pasajes favorables de una y otra ley al mismo tiempo, práctica que ha sido denominada por la doctrina como exclusión de “tercera ley”, *lex tertia*, o

principio de alternatividad¹³. De lo contrario – se afirma - el juez estaría excediendo sus funciones, creando una tercera ley con lo cual los tribunales de justicia se estarían haciendo de *facultades propias del legislador*, excediendo los roles propios de su función. Con ello, además, generan *inseguridad jurídica* respecto del tenor concreto de las normas positivas.

En cuanto a la objeción relativa a la generación de *inseguridad jurídica*, ésta no parece ser efectiva. En efecto, la supuesta inseguridad jurídica no estaría dada por el hecho de que el tribunal haga aplicación de determinada normativa adecuada al caso concreto, sino que, por el contrario, sería un escenario que se da a propósito de las modificaciones que legítimamente ha efectuado el legislador y que el tribunal aplica en el caso concreto, según las particularidades del caso. De este modo, la supuesta inseguridad no es tal, sino que es un ejercicio de

¹³ “En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia – uno sobre la base de cada ley -, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley, que nunca ha estado en vigor.”, Cury, Enrique (N° 5), p. 229.

“Lo autorizado es aplicar la ley más favorable, sea la anterior o la nueva, indistintamente, pero en su globalidad. Esta es la primera premisa que debe tenerse en cuenta; no está permitido que el tribunal cree una ley, distinta a la anterior y a la nueva, o sea que seleccione determinados preceptos de una y otra y los aplique en conjunto creando, en el hecho, una tercera ley (inexistente) para el caso de que se trata, porque al así obrar se convierte en legislador, hace un texto diverso a los que han sido promulgados por los cuerpos colegisladores en lugar de escoger entre uno y otro. Lo que procede, por tanto, es una estricta alternatividad, aplicar uno u otro texto en su integridad.” Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, pp. 110-111.

“Además, deberá aplicarse tal ley en su integridad, sin que sea permitido aplicar parcialmente una y otra ley, para acabar en un tratamiento más favorable al reo.”, Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, p. 144.

“La decisión corresponderá al juez, sobre la base de los efectos reales que la aplicación de una u otra ley tenga para el afectado, no pudiendo, eso sí, construir una ley nueva a partir de las existentes: debe tomar una decisión.”, Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, p. 131.

adecuación y conciliación entre una norma modificada que se aplicó en un caso particular generado con anterioridad a la nueva ley y que, con posterioridad producto de la modificación legal, debe encasillarse al mismo caso concreto considerando siempre las particularidades y características propias de las circunstancias fácticas que se dieron en el mismo. Dicho de otro modo, la inseguridad no viene dada por los vaivenes de las decisiones jurisdiccionales, sino que se da a propósito del ejercicio de adecuación cuya variación es inevitable y que obedece al abanico infinito de circunstancias que se da en cada uno de los casos. Así las cosas, parece que la existencia de variaciones en la aplicación retroactiva de leyes penales viene a ser una consecuencia natural y obvia del ejercicio jurisdiccional que es imposible evitar y que, por lo demás, es propio de dicha labor. Así las cosas, quienes afirman que con el ejercicio de la implementación de pasajes de una y otra ley en beneficio del imputado, se genera un contexto de inseguridad, confunden entre la aplicación abusiva de las normas y el mero ejercicio de las facultades de interpretación que los tribunales de justicia pueden hacer en el caso concreto.

En cuanto a la objeción de que el juez crearía una tercera ley (*lex tertia*), como consecuencia de la aplicación de lo más favorable de ambas normativas, cabe señalar, en primer lugar, que dicha afirmación no tiene asidero normativo. De hecho, los autores que sostienen esta tesis se basan esencialmente en la aplicación de principios generales, sin desarrollar otro fundamento o argumento a favor de la prohibición de la *lex tertia*.

Por otra parte, es discutible afirmar que *el juez estaría actuando como legislador* de aplicar los elementos más favorables de cada regulación, como parece derivarse del mandato legal. Lo que distingue la actividad de la legislativa de la judicial – lo que en este caso los detractores probablemente identificarían con la distinción entre “crear” y “aplicar” derecho - en la medida que ambas crean normas jurídicas, es la abstracción y mayor libertad de la norma jurídica creada por el Poder Legislativo, en comparación al mandato individualizado para un caso concreto que poseen las sentencias judiciales. Recordemos que para Kelsen,

tanto la función judicial como la legislativa aplican y crean derecho, siendo la diferencia entre una y otra la concreción de cada norma¹⁴.

Tampoco existe vulneración alguna a la separación de poderes, toda vez que el juez cumple un mandato expreso y explícito efectuado por el legislador en distintos cuerpos legales y en la misma Constitución (adecuar la sentencia a la ley más favorable al afectado), quien en el ejercicio de sus facultades, aplica la nueva ley al caso concreto, con sus particularidades propias. De esta manera, lo que hace el juez, no es vulnerar la separación de poderes, sino que por el contrario: respetar dicha separación sometiéndose al mandato del artículo 18 del Código Penal y de la propia Constitución¹⁵.

- **Posición favorable a aplicación de lex tertia**

No es unánime la opinión de los autores relativa a la prohibición de la llamada lex tertia. Aunque minoritaria, esta tesis sostiene que “la ley no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes. *“Están las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y*

¹⁴ “Por ese motivo, el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica. La unidad de los mismos se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto que la norma de orden más elevado – es decir, la norma general, abstracta, determina más o menos el contenido de la norma de grado inferior – esto es, de la norma individual, concreta-.”, Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, p. 305.

“Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas.”, *Ibíd.*, p. 305.

¹⁵ Si el artículo 5 inciso segundo de la Constitución dispone que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se puede afirmar que la soberanía (es decir el ejercicio del poder estatal, o sea el fundamento mismo de la separación de poderes) tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la persona humana, de manera que si la aplicación retroactiva in bonam partem de la ley penal, lo que hace es justamente proteger esos derechos, en virtud del principio de proporcionalidad, su aplicación sería, más bien, coherente y no contraria al principio de separación de poderes.

cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible”¹⁶. No sólo autores nacionales abogan a favor de esta tesis¹⁷.

Esta tesis parece conformarse más con el mandato legal y constitucional de excepcionar del principio de irretroactividad de la ley penal aquellos casos en que la nueva ley favorezca al afectado. El mismo artículo 18 del Código Penal en su inciso final parece avalar esta interpretación, cuando afirma: “*En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.*” Así, en los casos de indemnizaciones pagadas o cumplidas o inhabilidades expresamente se ordena la combinación de ambos preceptos. Lo que tiene de excepcional dicho inciso es que aún para el caso que la nueva ley fuera más favorable – si redujese o eliminase, por ejemplo, las indemnizaciones o inhabilidades - el juez debe aplicar la ley anterior, es decir, es una excepción expresa al principio de retroactividad de la ley más favorable.

Sea cual sea la tesis que prime, la determinación de la legislación más favorable aplicable al caso debe hacerse *in concreto*¹⁸. Al hacerlo, el juez no actúa

¹⁶ “ Bustos, Juan, p. 600.

¹⁷ “*De acuerdo con una doctrina extendida, hay que comparar la gravedad de las consecuencias del hecho de la ley antigua acumuladas con las de la ley nueva, también acumuladas, y no cada una de las reacciones jurídico-penales por separado (alternatividad de las leyes). [...] No se puede mantener esta solución; en todo caso en las reacciones mencionadas en el § 2.5 StGB es completamente idéntica al mandato de recortar retroactivamente la nueva ley hasta el alcance de la antigua regulación; es decir, rompe la alternatividad. La solución que atiende a la alternatividad tampoco respeta el principio de legalidad, y ello cuando, por una parte, la ley vigente en el momento de sentenciar es más favorable en lo esencial, pero a la vez prevé reacciones obligatorias que no se hallan en la ley del momento del hecho.*”, Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, p. 125.

¹⁸ “*Por fin, debe determinarse la benignidad de la ley, no en abstracto, sino en concreto, con relación al caso que se trata de juzgar.*”, Etcheberry, op. cit., p. 144.

“*Como segunda premisa se puede señalar que no corresponde determinar en abstracto cuál es la ley más favorable; esta selección debe hacerse siempre para el caso concreto al cual se va a aplicar.*”, Garrido Montt, op. cit., p. 111.

de manera arbitraria y, ni siquiera, discrecional respecto de la selección de la norma a aplicar, puesto que el mandato constitucional y legal le impone la selección de aquello que es más favorable al afectado, por lo que en ningún caso estaría excediendo sus atribuciones al fallar de acuerdo a los elementos más favorables de ambas leyes.

- **Jurisprudencia**

Postura similar a la expuesta en los párrafos anteriores ha adoptado la Corte Suprema. En efecto, en Rol N° 9117-15, de 29 de julio de 2015, en el marco de la reforma de la Ley N° 18.216 por la Ley N° 20.603, que pasó desde el concepto de “*Medidas Alternativas*” a “*Penas Sustitutivas*”, revocó la decisión de un Juez de Garantía que no abonó el tiempo que un condenado estuvo en libertad vigilada, luego revocada, al cumplimiento efectivo de prisión posterior. La Corte, por el contrario, si bien lo que se había cumplido en ese momento fue una medida alternativa y no una pena sustitutiva – es decir, correspondía a ley anterior - consideró que conforme a la nueva regulación era procedente en todo caso imputar dicho tiempo a la privación de libertad (lo que era procedente en la ley nueva, y no así en la antigua) mezclando, por tanto, elementos de ambos preceptos legales. Así, afirmó:

“5° Que la Ley N° 20.603, promulgada el 13 de junio de 2012 y publicada en el Diario Oficial el 27 de dicho mes y año, incorporó, entre otras modificaciones legales, el artículo 26° inciso primero, que establece que “la decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas”... 6°.- Que la redacción del artículo 26 no hace distinción alguna entre las distintas formas de cumplimiento alternativo de la pena, como

“En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto.”, Cury, op. cit., p. 229.

“Como dice NOVOA, ‘no han de compararse solamente las penas previstas en las dos leyes en juego, sino que debe apreciarse su contenido total en sus consecuencias penales’ y todo ello ‘en relación directa con el caso concreto de que se trata’.” Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 131.

sucedía con el antiguo artículo 27 de la Ley N° 18.216, en que a los beneficiarios con la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada se les imponía el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, mientras que a quienes se les concedía la reclusión nocturna se les consideraba el tiempo cumplido en esa modalidad. Por ello el abono solicitado por la defensa del amparado resulta procedente, en atención a que la norma invocada ciertamente resulta ser más favorable al condenado, de acuerdo con los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal, por lo que se impone su aplicación en la decisión de lo debatido”

Dicho fallo, de hecho, fue acordado con un voto en contra, que precisa y explícitamente consideraba aplicable el principio de alternatividad antes caracterizado:

“Acordado con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Rodríguez, quien estuvo por rechazar el recurso porque en su concepto el cuerpo legal más favorable se aplica en su integridad y no por partes, y en el presente caso no puede considerarse más favorable la nueva que fije requisitos mayores para la libertad vigilada.”

Probablemente el fallo más interesante en materia de *lex tertia* sea el que dictó la Corte Suprema en la causa Rol N° 3.676-2002. Los hechos en esta causa son particularmente interesantes.

- a) En 1992 se comete el delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte del carabinero L. M. G.
- b) Con fecha 05 de junio de 2001, se dicta la Ley N° 19.734, que deroga la pena de muerte y, en lo pertinente, sustituye la pena de muerte por la pena de presidio perpetuo calificado en el delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte del artículo 416 del Código de Justicia Militar
- c) Con fecha 03 de julio de 2001, se dictó sentencia de primera instancia por el Juzgado Militar de Santiago, mediante la cual se condenó a R.A.E.V. a la pena de presidio perpetuo calificado como autor del delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte
- d) Con fecha 23 de agosto de 2002, la Ilustrísima Corte Marcial dicta sentencia de segunda instancia, manteniendo la condena a R.A.E.V. a la pena de

presidio perpetuo calificado como autor del delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte

Conociendo del recurso de casación en el fondo la Corte Suprema resolvió:

“Que, además, señala que la sentencia, ha calificado el delito conforme a derecho, ha impuesto al delincuente una pena más grave que la designada en ella, puesto que se consideró, en torno a la aplicación del principio de la ley más favorable, una pena que a la fecha de la comisión del delito no se encontraba vigente, esto es, la consideración de la pena de presidio perpetuo calificado, que comenzó a regir a contar del año 2001, en circunstancias que el delito de autos data del año 1993. Por tanto, solicita que, en virtud del principio in dubio pro reo, se aplique la pena inmediatamente inferior a la contenida como máxima legal en aquella época, esto es, la de presidio perpetuo simple. Que, efectivamente, la sentencia que, en estos aspectos se pretende casar, ha considerado para la aplicación de la pena más favorable, una que no se encontraba vigente al tiempo de la comisión del delito de maltrato de obra a Carabinero con resultado de muerte, razón por la cual será acogido en esta parte también el recurso”.

La sentencia de reemplazo expresó que

“en relación al delito de maltrato de obra a Carabinero con resultado de muerte, cometido por R. A. E. V., no existen circunstancias modificatorias que agraven o atenúen su responsabilidad penal. Que, en el delito de que trata el signado anterior, es menester considerar que, al tiempo de la comisión del delito la pena máxima asignada para éste era la de pena de muerte. Por tanto, en virtud del principio pro reo, se aplicará la pena inmediatamente inferior a la contenida como máxima legal en aquella época, esto es, la de presidio perpetuo simple”.

Sostenemos que esta sentencia constituye una genuina aplicación de *lex tertia*, dado que, de haberse aplicado en su integridad el principio de alternatividad, el resultado es el que aplicaron el Juzgado Militar y la Corte Marcial: la nueva ley debe aplicarse íntegramente y, en consecuencia, desde la pena de muerte, derogada por la nueva ley, se pasa a presidio perpetuo calificado, pena que no existía a la fecha de comisión del delito. Lo que hace la Corte Suprema en este caso es, aplicar el principio de retroactividad de la ley penal (derogación de la pena de muerte, que estaba vigente a la fecha de comisión del delito) y, a continuación aplicar el principio de ultractividad de la ley penal (no procede aplicar la pena de presidio perpetuo calificado porque no estaba vigente al momento del hecho).

La segunda característica relevante de este fallo de la Corte Suprema es que contó con el voto favorable del Ministro Enrique Cury, quien en sus textos ha sido uno de los catedráticos que se ha opuesto a la aplicación de pasajes escogidos de leyes penales en perjuicio de la aplicación en su totalidad.

- **Lex tertia y la Ley N° 20.931. Consideraciones generales**

A propósito de la dictación de la Ley N° 20.931, los casos de posible discusión acerca del *lex tertia* son reducidos, ya que la mera circunstancia de que las normas modificadas, derogadas o incorporadas a un cuerpo legal se estatuyan en la misma ley, no significa, necesariamente, que vayan incluidas en la exigencia que promueven los partidarios del principio de alternatividad, de que se apliquen conjuntamente.

Dicho de otro modo, independiente de la postura que se adopte respecto de la legitimidad de la *lex tertia*, en el caso la ley 20.931 no concurre dicha hipótesis dado que, si bien formalmente se está en presencia de una única ley, ella contiene modificaciones en distintos cuerpos legales (CP, CPP, COT, LOCPDI, LOGGENCHI, etc.), diferentes aspectos del Derecho (Derecho penal sustantivo y procesal) y, dentro de cada área, a diversas materias.

En consecuencia, es perfectamente posible distinguir entre las materias en discusión (circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y determinación de pena) y es necesario que el tribunal haga aplicación de las leyes penales respecto de cada materia, distinguiendo si en cada capítulo una u otra ley es o no más benigna. De lo contrario, existiría una evidente confusión doctrinaria y sistemática.

En efecto, doctrinariamente, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal están destinadas a analizar y reconocer la concurrencia de las condiciones de comisión de un ilícito, con aspiración a que se aminore o agrave una pena, efecto que es eventual, dado que por razones de determinación de pena, la concurrencia de dichas circunstancias pueden o no surtir sus propios efectos con independencia a que efectivamente concurren. Es decir, por un lado debe discutirse la existencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad y por otro, en una materia aparte, la producción de sus efectos

intrínsecos. En este orden de ideas, la doctrina ha entendido que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son un *“conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales se les atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites preestablecidos en forma abstracta para cada tipo”*. Luego, como se ha referido, su aplicabilidad es eventual e, incluso, virtual en atención a la discusión que se realizara con posterioridad en materia de determinación de la pena.

Por su parte, la determinación de la pena es un ejercicio distinto, en el que no solo se consideran las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sino además otros elementos constitutivos de la estructura delictual, tales como participación, iter crimini, excusas legales absolutorias, concurso de delitos, entre otros. A su vez, la determinación de la pena es el análisis de cada uno de los aspectos relevantes en materia delictiva a fin de definir la sanción concreta a aplicar. Luego, ambos capítulos son estudiados en tiempos distintos dentro de la doctrina, constituyendo materias distintas dentro de la ciencia penal.

Sistemáticamente, no solo son tratados en títulos diferentes, (circunstancias modificatorias, título I; determinación de la pena, título III), sino que además son incluso discutidas en tiempos diferentes distinguiendo si son o no circunstancias ajenas al hecho punible (art. 343 CPP).

Por tanto, no solo son componentes distintos tratados de manera diversa en la ciencia penal, sino que además el legislador reconoce su diferencia y los posiciona en acápite distintos dentro de la normativa positiva. Así las cosas, parece plausible y jurídicamente consecuente con una interpretación in bonam partem del imputado o condenado que la determinación de la ley más favorable se haga según la materia que se está discutiendo, entendiendo que la ley se materializa en las normas que modifica, y no hacer una aplicación global e indiscriminada de la ley en base a su mera concepción formal. Dicho de otro modo, con la voz “ley”, el artículo 18 del Código Penal se refiere a su materialidad y contenido, no del mero cuerpo normativo que formalmente es denominada de esa manera.

- Nuevos artículo 449 y 449 bis del Código Penal

Ahora bien, en cuanto a la ley 20.931, el caso en que parece anunciarse por parte del Ministerio Público la discusión acerca de *lex tertia* y de la aplicación del principio de alternatividad, es el caso de la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores del antiguo N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal con relación a la introducción del nuevo artículo 449 del mismo Código, denominado “marco rígido”.

En estricto rigor, y por los argumentos expuestos precedentemente, no estamos en presencia de un caso de *lex tertia* por la aplicación conjunta de ambas normas. Por una parte, estas dos disposiciones se refieren a materias diferentes: circunstancias modificatorias de responsabilidad versus normas de determinación de pena. Por otra parte, durante la tramitación legislativa del artículo 449, su discusión, no se relacionó con la derogación de la agravante del 456 bis N° 3.

En efecto, la introducción de la indicación destinada a derogar el artículo 456 bis N° 3 se efectuó y se discutió a propósito de la introducción del nuevo artículo 449 bis que introdujo la agravante referida a ciertos delitos contra la propiedad y que consiste en el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dicho hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita.

El artículo 449 bis aprobado en primer trámite constitucional, por la Cámara de Diputados establecía una disposición que facultaba al juez a aumentar la pena de la receptación en un grado “si el delito fuere cometido por una agrupación u organización la que se calificará en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo”.

Durante la discusión de esta disposición en el Senado, se propuso reemplazar la agravante por la de “si el imputado forma parte de una agrupación o

reunión de delincuentes”, asimilando el texto a la disposición contemplada en la ley 20.000.-

En este contexto, el Profesor señor Acosta *“puntualizó que si se quiere establecer una agravación focalizada en la comisión de los delitos de este párrafo facilitada por la concurrencia de una agrupación sin requerir que se constituya la figura de la asociación ilícita, es necesario derogar el número 3º del artículo 456 bis, que justamente agrava por esa misma causa la responsabilidad de los partícipes del robo y hurto¹⁹”*. A raíz de esta discusión, en sesión posterior se propuso una indicación parecida al texto final, que incorporaba además la norma relativa a las personas jurídicas y que derogaba el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. En esta discusión, nuevamente el profesor Acosta *“planteó que la disposición signada como nuevo artículo 449 bis parece bien formulada a la luz de la discusión que tuvo lugar en la sesión anterior, especialmente en lo relativo a establecer una agravante para el caso de comisión plural de delitos contra la propiedad que no alcancen a configurar una asociación ilícita”...²⁰*.

También en el marco de esta discusión, el fiscal nacional subrogante Andrés Montes *“manifestó que la disposición propuesta soluciona varios problemas prácticos. En primer lugar, supera los inconvenientes que existen para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis, pues los tribunales han interpretado que la palabra “malhechores” se refiere a personas que han hecho del delito su ocupación, es decir, que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole. En cambio, si se trata de primerizos no opera la agravación, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo. Por otro lado, planteó que es muy difícil configurar una asociación ilícita, porque se exige la acreditación de una estructura interna estable, que imponga cierta separación de funciones y que tenga un centro de decisión común. En razón de ello, no resulta*

¹⁹ Intervención del profesor Juan Domingo Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento del Senado; pág. 39.

²⁰ Intervención del profesor Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 41.

fácil que ese tipo penal se dé, aunque el delito haya sido cometido con el auxilio de dos o más personas"²¹.

Fue en esa sesión que se sancionó el texto derogatorio del artículo 456 bis N° 3, y en sesiones posteriores sólo se introdujeron mejoras de redacción en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas.

De manera tal que la historia de la tramitación legislativa del precepto derogatorio revela que la discusión relativa a esta disposición no tuvo relación alguna con la introducción del marco rígido del nuevo artículo 449 del Código Penal. Más aún, perfectamente podrían haberse adoptados las mismas disposiciones – derogación del artículo 456 bis N° 3 e incorporación del nuevo artículo 449 del Código Penal – en leyes distintas, en diferentes momentos del tiempo, y no habría diferencia sustancial con la situación creada por la ley N° 20.931.

Por las razones expuestas precedentemente, no hay un genuino caso de *lex tertia* que exija la aplicación simultánea de la norma derogatoria de la agravante de pluralidad de malhechores y del nuevo marco rígido.

Donde podría darse un caso auténtico de *lex tertia* sería en la discusión de la derogación del 456 bis N° 3 y de la nueva agravante del 449 bis del Código Penal.

Piénsese en el siguiente ejemplo: una sentencia firme que impuso a un imputado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por un robo con violencia consumado, estableciendo que concurren las circunstancias atenuantes del artículo 11 N° 6 y N° 9 y también la agravante de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N° 3. En ese fallo se compensó la agravante de pluralidad de malhechores con la atenuante del 11 N° 9, pero no se calificó la atenuante del artículo 11 N° 6 y, en consecuencia se aplicó la pena de cinco años y un día.

²¹ Intervención del Fiscal Nacional Subrogante en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 41.

En este escenario, el defensor solicita ajustar la sentencia conforme al artículo 18 del Código Penal, por la derogación de la agravante concedida y el fiscal sostiene que, si se quiere hacer el ajuste debe aplicarse el 449 bis por *lex tertia*. Si el tribunal decide hacer la aplicación total y conjunta de ambas disposiciones, por principio de *alternatividad*, entonces, debería entrar a calificar si en el caso concreto se dan los nuevos requisitos del 449 bis, porque los requisitos o exigencias son diferentes. Entonces – siguiendo los principios de *lex tertia* – el tribunal debería valorar si en ese caso concreto - ya fallado – se cumplen los requisitos del nuevo 449 bis.

Recordemos que los requisitos de esta nueva agravante son más exigentes que los que contemplaba la pluralidad de malhechores. Se exige que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer los otros delitos contra la propiedad no contemplados en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título, y de la receptación del artículo 456 bis A., siempre que ello no constituya el delito de asociación ilícita.

El artículo 19 de la ley 20.000, sobre tráfico de estupefacientes, dispone que *“tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”*.

Si bien la fuente de inspiración del nuevo artículo 449, claramente es el artículo 19 a) de la ley 20.000, existen diferencias en su tipificación.

La exigencia del nuevo artículo 449 bis es diferente de la exigencia del artículo 19 de la ley 20.000. Mientras la ley 20.000 se refiere a que el imputado “formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes”, el artículo 449 bis habla de que el imputado “haya actuado formando parte de una agrupación u organización”. Pareciera, en una primera lectura, que en el caso de la ley 20.000 bastara que el imputado en algún momento haya formado parte de la entidad, y

que en el caso del artículo 449 bis el imputado, al momento de la comisión del delito (no antes, ni después) haya estado formando parte de la entidad.

Parece plausible la tesis que se exige algo más que la “agrupación o reunión de delincuentes” del artículo 19 a) de la ley 20.000, ya que el artículo 449 bis habla de “agrupación u organización”. La referencia a “organización” en lugar de una mera “reunión de delincuentes” hace exigible un requisito de permanencia de mayor entidad que el exigido por la ley 20.000.

V.- Conclusiones

- 1) La *irretroactividad* hace referencia “al hecho de que las leyes penales y procesales penales sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes.
- 2) Los principios de irretroactividad, ultractividad y la excepción de ley más beneficiosa, han sido reconocidos unánimemente por la doctrina y jurisprudencia nacional, a partir de la consagración constitucional y legal de los mismos.
- 3) La regla básica en cuanto a la eficacia de la ley procesal penal en el tiempo, traducida en la fórmula de que la misma rige *in actum*, se mantiene vigente en el sistema procesal penal. La ultraactividad de la norma derogada constituye una excepción de acuerdo al texto de la misma disposición (“*salvo cuando*”).
- 4) A diferencia del artículo 24 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que limita la ultractividad a “los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, el artículo 11 del C.P.P. la extiende a los casos en que “la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”. En consecuencia, existe preminencia de la norma especial y posterior del artículo 11 del C.P.P. por sobre la norma general y anterior del artículo 24 LERL.
- 5) En cuanto al concepto de procedimientos ya iniciados, el punto central es lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, que reconoce la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en

su contra, entendiéndose por tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible. En consecuencia, establecida cualquier actuación del procedimiento verificada antes de las 00,00 hrs. del 05 de julio de 2016, en la que se atribuya a una persona responsabilidad en un hecho punible, estaremos en la situación de discernir cuál es la norma procesal penal más favorable para ese imputado, y el tribunal debe optar por dicha norma.

- 6) La generalidad de las modificaciones de la Ley N° 20.931 no son neutras para los efectos de lo dispuesto en el artículo 11 del C.P.P. El propio título de la Ley N° 20.931 revela claramente su propósito: “Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo hurto y receptación y mejora la persecución penal en dicho delitos”. Es indispensable examinar las consecuencias de la modificación en el caso concreto para determinar cuál es el concepto de disposición más favorable al imputado.
- 7) Se entiende por *lex tertia* el fenómeno que se produce al aplicar una nueva ley que contiene disposiciones más favorables al imputado. Se afirma que en este proceso de aplicación, la determinación de cual ley es más favorable debe hacerse considerando ambas leyes (la derogada y la nueva) de manera global o total, y no seleccionando los elementos más favorables de cada una. De no cumplirse este principio – se afirma - el juez estaría excediendo sus funciones, creando una tercera ley con lo cual los tribunales de justicia se estarían haciendo de facultades propias del legislador, excediendo los roles propios de su función. Con ello, además, generan inseguridad jurídica respecto del tenor concreto de las normas positivas.
- 8) No es unánime la posición que excluye la posibilidad de aplicar el concepto de *lex tertia*. Existe la posición que sostiene que la ley no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes. En el caso de *lex tertia* más favorable no hay lesión del principio de

legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible

- 9) Existen fallos de la Excelentísima Corte Suprema que, en el hecho, vulneran de manera expresa el principio de *lex tertia*, aplicando, al mismo tiempo retroactividad y ultractividad de la ley penal, seleccionando lo más favorable para el imputado de la ley derogada y de la nueva ley.
- 10) En el caso de la ley N° 20.931 no existe una situación de *lex tertia* cuando se busca relacionar la derogación de la agravante del N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, con la incorporación del nuevo artículo 449 del Código Penal (marco rígido) debido a que se trata de materias penales diferentes – circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal versus normas de determinación concreta de la pena – y pudieron ser tramitadas y adoptadas perfectamente en normas diferentes. Más aún, de la historia de la tramitación legislativa de la ley N° 20.931 se desprende claramente que la norma del nuevo artículo 449 del Código Penal no se relacionó con la derogación de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo Código
- 11) Una situación en pudiera ser aplicable la situación de *lex tertia* se daría al discutirse la derogación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal con la nueva agravante incorporada mediante el artículo 449 bis del mismo Código Penal. Sin embargo, la diferencia entre los requisitos exigidos por la nueva agravante del 449 bis, de mucha mayor entidad que las exigencias del derogado 456 bis N° 3 debieran orientar una decisión del tribunal en el caso concreto.