

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas
Curso de Derecho Penal Parte General I
Profesor: Javier Arévalo Cunich
Ayudantes: Diego Moreno T., Andrés Pardo V., Judith Pasmiño P..
Segundo Semestre 2008

**Prueba Parcial Derecho Penal I
(Parte General)**

Prof. Sr. Javier Arévalo Cunich
Santiago, 14 de Octubre de 2008

**PRIMERA PARTE:
Preguntas.**

1. Refiérase a los fundamentos constitucionales y legales del Principio de Reserva de la ley penal, en el ordenamiento jurídico chileno.

RESPUESTA:

Los fundamentos constitucionales están en los arts. 19 N°3 inc. VII y VIII; los legales en los arts.18, 79 y 80 del Código Penal.

2. Refiérase a la noción, justificación y constitucionalidad de las denominadas “leyes penales en blanco”.

RESPUESTA:

Las leyes penales en blanco son leyes penales en las que la conducta punible queda entregada de manera total o parcial a la reglamentación de otra norma de igual o inferior jerarquía. Se justifican en razón de la celeridad de los cambios sociales y tecnológicos que no se ajustan a la lentitud de la tramitación legal, requiriendo de una regulación más rápida como la administrativa o reglamentaria. Son constitucionales en la medida en que la conducta punible la establezca enteramente otra ley (problema de técnica legislativa) o aparezca establecida la conducta básica (verbo rector) por parte de la ley, quedando entregada la especificación más adjetiva a la norma de inferior jerarquía (reglamento, decreto).

3. Explique las excepciones a la aplicación igualitaria del Derecho penal en el Derecho Público interno chileno.

RESPUESTA:

Las excepciones pueden ser de Derecho Público Interno (Inviolabilidad Parlamentaria y Extensión de responsabilidad de los Ministros de la Corte Suprema) o Derecho Internacional Público (Jefes de Estado que delinquen en país extranjero y agentes diplomáticos y consulares que gozan de inmunidad de jurisdicción).

4. Refiérase a la analogía y la interpretación analógica en el Derecho penal contemporáneo.

RESPUESTA:

La analogía es una forma de integración de la ley y en materia penal, en razón del Principio de Reserva no existen lagunas legales que integrar por la vía de la analogía. Se le ha aceptado, por razones humanitarias, cuando favorece al procesado (analogía in bonam partem). La interpretación analógica es una forma de interpretación de la ley, que utiliza el elemento sistemático.

5. Señale y explique cuáles son los efectos del proceso de interpretación de la ley penal.

RESPUESTA:

El resultado del proceso interpretativo puede determinar que las palabras de la ley resultan insuficientes para graficar lo que la ley pretende señalar; luego, la interpretación de la ley será extensiva. Si, por el contrario, las palabras de la ley sobrepasan el sentido y alcance de la norma interpretada, corresponderá hacer una interpretación restrictiva. Finalmente, existe la interpretación progresiva, caracterizada por la adecuación de la norma a los usos y costumbres de la sociedad, percibidos por parte del Juez, quien actúa como intérprete del sentir social.

6. Refiérase a las fuentes constitucionales y legales del concepto sustancial de pena en el Derecho penal chileno.

RESPUESTA:

Las fuentes constitucionales están en el art.19 N°3, inc.V, VII y VIII de la Constitución Política. Las fuentes legales, en los arts.1, 18, 79 y 80.

7. Explique el fundamento (principio en torno al cual gira) y principales características de los sistemas penitenciarios denominados "Pennsilvánico", "Auburniano" y "Progresivo", así como su importancia en la legislación penal chilena.

RESPUESTA:

El fundamento del sistema Pennsilvánico radica en el arrepentimiento que alcanza el condenado en virtud de su aproximación al mundo espiritual; el fundamento del sistema Auburniano se encuentra en el provecho económico que puede obtenerse del trabajo maquina de los condenados; en lo relativo al sistema Progresivo, este se funda en la idea de rehabilitar y reinsertar al condenado a través de un programa que se desarrolla en el tiempo y que culmina con la posibilidad que el condenado cumpla parte de su condena en el medio libre. Lo que caracteriza a los sistemas Pennsilvánico y Auburniano es el aislamiento, silencio y despersonalización de los condenados, el que se quiebra en el segundo de estos sistemas con la posibilidad de trabajar en grupos, aunque manteniendo el silencio. El sistema progresivo puede tener elementos propios de los sistemas anteriores (Reglamento Carcelario de 1928, Primera y Segunda Etapas), pero luego se independiza en sus objetivos (reinserción social) y medios (educación, formación de cara a la libertad). Tal es el caso del Reglamento Carcelario de 2005.

SEGUNDA PARTE: **Casos prácticos.**

- **CASO N°1.**

Willy Czyrek, ciudadano alemán, y Julia, ciudadana chilena, se encuentran de vacaciones en Chile. Durante su estadía al gobierno de Chile se le pide la entrega de Willy por medio de una solicitud de extradición proveniente de la República Centroamericana de Banana (RCB) por una serie de delitos en los que Willy habría participado.

Se le acusa de un asesinato en contra de Jorge, ciudadano de RCB, el cual tiene aparejada la pena de presidio perpetuo.

Se le acusa, además, por un delito de secuestro y existe una condena pendiente por otro delito de secuestro. En ambos delitos le habría cabido participación en calidad de cómplice. La pena para el autor es de 1 año y 6 meses de presidio y para el cómplice de 360 días de presidio.

Asimismo, se le acusa de intentar matar al Primer Ministro de Banana por medio de un disparo desde el techo de un edificio. En dicho hecho el Primer Ministro contaba con chaleco antibalas, razón por la cual no se verificó la muerte; sin embargo, el revuelo público provocado por el atentado dio la oportunidad precisa a la oposición de Banana para, a través de un Golpe de Estado, llegar al poder días después.

Por último, existe una condena en su contra por un delito de robo (delito común que tiene asignada una pena de dos años de presidio) de explosivos. En la sentencia que lo condena se probó que dichos explosivos tenían por fin dinamitar la Casa de Elecciones de RCB el día de la elección de parlamentarios, para evitar su realización. En este delito también fue condenada Julia, a la que le fue impuesta una pena de dos años de presidio. Por este delito también se pide la extradición de Julia.

Willy es detenido y señala que en el primer delito que se le imputa actuó en legítima defensa por lo cual estaría exento de responsabilidad penal.

En Chile el homicidio, el secuestro y el robo tienen una pena superior a 1 año de privación de libertad.

Chile y la República Centroamericana de Banana han ratificado el Código de Bustamante y el Tratado sobre Extradición de Montevideo, de 1932.

- Señale y fundamente cuál debería ser la actitud del gobierno de Chile frente a la solicitud de extradición de Willy y Julia.

RESPUESTA:

Para responder el caso hay que hacer una precisión: el hecho que Willy sea alemán no cambia de ninguna forma la posibilidad de extradición. La nacionalidad sólo es importante cuando el Estado requerido niega la solicitud de un nacional, en tal caso opera uno de los últimos vestigios del principio de nacionalidad, el Estado está obligado a juzgar a su nacional (Art. 345 CB). Lo cual es importante en el caso de Julia.

Luego hay que hacer un análisis delito por delito para ver si cumplen los requisitos materiales de toda extradición (no hay ningún problema de índole procesal).

Primer delito. Aún cuando sea nominalmente un “asesinato”, palabra no utilizada en nuestro ordenamiento, lo que importa es que materialmente el hecho sea constitutivo de delito para cumplir con el principio de Doble Incriminación. Pero existía un problema aparente, la doble incriminación requiere una evaluación en *abstracto* no le corresponde al Estado requerido la apreciación de posibles causales de antijuridicidad o exculpación. Así, es intrascendente que exista legítima defensa que es asunto del tribunal del Estado Requiriente. Por tanto es procedente la Extradición.

En los casos de secuestro hay un problema de la gravedad del hecho. El criterio utilizado para determinarlo es que en ambos países el delito tenga una pena de 1 año por lo menos (descartando el sistema de enumeración de delitos extraditables). Al igual que en el caso de la doble incriminación al Estado Requerido no le corresponde determinar gravedad de la pena en concreto (tomando en consideración atenuantes, agravantes, participación criminal ni grado de desarrollo del delito), pero esto es sólo aplicable para la extradición que quiera perseguir un delito (donde se reclama juzgar a una persona), pero no así cuando existe en el Estado Requirente sentencia condenatoria, en tal caso la pena debe ser determinada en concreto. La resolución del caso ameritaba esa distinción que lleva a que el delito de secuestro por el que se le acusa sea extraditable (más de 1 año de pena) y aquel en el cual ya exista condena no lo sea (menos de un año).

En el caso del homicidio frustrado al Primer Ministro. Dichos delitos son considerados Delitos Políticos Complejos o Relativos (aquellos donde hay involucrado un bien jurídico de carácter común, v.gr. vida), dichos delitos son considerados Comunes por lo tanto procede la extradición. La situación del Golpe de Estado, no lo convierte en un Delito Político.

El delito de Robo, aun cuando su naturaleza sea común, es entendido como un delito político conexo, esto es, considerado como un todo respecto del delito político del cual es instrumento. Así no es extraditable. Pero en el caso de Julia el Estado Chileno puede tomar la determinación de entregarla o no (en este caso no la entrega por ser delito político), pero al ser Julia chilena el Estado de Chile se encuentra en la obligación de juzgarla (Art. 345 CB).

- **CASO N°2**

El 24 de Marzo de 2008 en Madrid, España, el individuo de siglas F.C.R, de nacionalidad peruana, interpuso ante el Juzgado de guardia de la Audiencia Nacional (Juzgado de Garantía) una denuncia en la cual se narraban diversos hechos que el denunciante calificaba como posibles delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal, presuntamente perpetrados en Perú entre los años 1980 y 1990 por una diversidad de personas que ejercieron en dicho período funciones públicas de carácter civil y militar. Calculó que las muertes de nacionales peruanos ascendían a más de 955 personas.

Entre los hechos relatados en la denuncia se incluía el asalto de la Embajada de España en Perú en 1986, en el que fallecieron 37 personas, así como la muerte de 4 sacerdotes peruanos. El denunciante, consideraba competente para conocer de tales hechos a la Audiencia Nacional española.

El Juez de Guardia de la Audiencia Nacional admitió a trámite las querellas, asumiendo la competencia del caso y ordenando la práctica de varias diligencias, en contra del criterio de la Audiencia Nacional (Corte de Apelaciones), quien argüía que es preciso determinar que el principio de subsidiariedad supone la abstención del ejercicio de la Jurisdicción de otro Estado cuando los hechos están siendo enjuiciados en aquel en el que ocurrieron los hechos o en un Tribunal penal internacional; pues, no se ha constatado la inactividad de la jurisdicción peruana, pues, en primer lugar, no existe una legislación que impida actuar a los Jueces locales y; en segundo lugar, en la justicia peruana, no resulta de manifiesto que hoy se niegue a actuar si la acción penal se ejercita ante ella, sin que quepa deducir su supuesta inactividad del mero paso del tiempo.

Considere la siguiente normativa:

Interna: Artículo 23.4 de la **Ley orgánica del Poder Judicial Español**:

“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos”:

A- Genocidio.

B- Terrorismo.

Internacional: Artículo VI del **Convenio sobre genocidio (ratificado por España)**: “Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”.

Considere además la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**.

Preguntas:

1.- Tomando en consideración los principios aplicables a la ley penal, ¿es constitucional la normativa española en el caso en comento?. Argumente. (Puede aludir para responder la CPR chilena)

2.- ¿Cual (es) sería la jurisdicción penal competente para resolver este caso?. Explique.

3.- ¿Cambiaría en algo sus respuestas, en el caso de que en virtud de una declaración de inconstitucionalidad del artículo 23.4 de la *Ley orgánica del Poder Judicial Español* por parte del TC español, se aprobara por ambas cámaras, a la fecha de dictación del fallo del Juzgado oral en lo penal, una ley que prohíbe la jurisdicción universal de los tribunales españoles?

RESPUESTA:

1.-Aquí existía un problema que identificar:

Por un lado sí sería constitucional si tomamos en consideración el principio de universalidad en cuanto a los efectos de la ley penal en el territorio.

La ley como una manifestación de la voluntad soberana solo rige en el territorio dentro del cual se ejerce esta soberanía, principios que descansan en el artículo 5 y 6 del Código penal, así como también en el artículo 14 del CC, pero a pesar de ello, se reconocen excepciones a este principio de la territorialidad, entre ellos el de *universalidad*, principio que se desprende de este artículo 23.4 de la ley orgánica del poder judicial, que otorga a España Jurisdicción universal para conocer todo tipo de crímenes que según el Código penal español, puedan ser calificados como genocidas, a pesar de que dichos hechos no se produzcan dentro del territorio español (excepción al principio de territorialidad).

En este caso es posible considerar constitucional la normativa, ya que es una disposición acorde a la norma penal y a la CPR, reconociendo el principio de reserva, tanto en su aspecto de legalidad como en el de tipicidad.

Por otra parte y considerando ahora los tratados internacionales, tanto el de genocidio que expresamente señala que la jurisdicción corresponderá o al Estado en donde ocurrieron los hechos o a una Corte penal internacional que haya sido reconocida por las partes, así como la Convención de Viena en donde en su artículo 27 señala que los estados se comprometen a respetar los tratados que hayan ratificado y a adecuar sus legislaciones internas a fin de hacerlos aplicables, podría considerarse que es inconstitucional, ya que reconocería una jurisdicción desligada de cualquier “vinculo de conexión” con el hecho típico (principio de nacionalidad/ personalidad, territorio, interés nacional o principio real o de defensa), amparándose sólo en su legislación interna, desconociendo lo que el mismo ratificó.

Su aplicación entonces sería inconstitucional toda vez que se estarían violando los principios que garantiza la Constitución en virtud del cual se entrega la competencia a determinados tribunales para conocer de crímenes acaecidos dentro del territorio (territorialidad) o derivado de otros vínculos de conexión, así como también una vulneración expresa de los tratados suscritos que en virtud del artículo 5 de la CPR pasan a formar parte de la misma, por lo que su desconocimiento y no adecuación interna a lo dispuesto en ellos, sería calificable como inconstitucional.

2.- La jurisdicción en este caso sería la siguiente

La peruana, ya que fue el territorio en donde acaecieron los hechos (en virtud del principio de territorialidad)

La Corte penal internacional, suponiendo que este país se ha adherido y ratificado dicho tratado.(en virtud del principio de Jurisdicción internacional)

España, en atención a dos principios; el de personalidad pasiva y al de territorialidad entendido en su vertiente de territorio ficto.

Primeramente sería competente para conocer aquellos delitos, en que las víctimas de los mismos resultaran ser nacionales (personalidad o nacionalidad pasiva), esto ocurriría en el caso de las personas españolas que resultaron muertas en el asalto a la embajada; y en segundo lugar, aunque ya no se reconoce a las embajadas como un territorio ficto, hay lugares en que aún se considera así, España es uno de ellos, por lo

que visto desde este punto de vista, sí sería competente para conocer de aquellas muertes de españoles ocurridas en su embajada en Perú.

En el caso entonces de los muertos en Perú y que no corresponden a las víctimas de la embajada, de todas maneras la competencia le correspondería a Perú.

3.- La respuesta no cambiaría, toda vez que ya antes de la derogación del precepto, en su gran mayoría la competencia le correspondería al Perú, por lo que sería irrelevante su derogación.

Aunque sí podría darse la situación que se hubiese establecido que en algunos casos específicos de víctimas, por ejemplo el caso de los sacerdotes españoles o los muertos en la embajada (si se considera como territorio ficto) sí tuviese competencia el Estado Español, por lo que ante esta derogación podría haberse afectado en algo la respuesta, pero esta posibilidad desaparece toda vez que la nueva ley, que es más beneficiosa (pro reo) necesita estar promulgada, es decir publicada en el Diario oficial para que ésta surta todos los efectos que la ley le reconoce, por lo que incluso, habiéndole reconocido en algún caso competencia, esta sola aprobación por ambas cámaras, no habría cambiado la respuesta, ya que una virtual derogación, en virtud de una ley promulgada y publicada, se habría dado una vez ejecutoriado el fallo.

CASO N° 3

Juan y Maria mantienen una relación afectiva desde hace 2 años, tienen planes de vivir juntos y contraer matrimonio próximamente.

El día 14 de octubre de 2008 se publica en el Diario Oficial la nueva Ley N° 30.000 que tipifica el delito de femicidio, modificando el artículo 390 del Código Penal.

El día 17 de octubre de 2008, Juan desea darle una sorpresa a María y llega sin previo aviso su casa. Ingresa al inmueble y se dirige silenciosamente a su pieza, abre la puerta y la encuentra en pleno acto sexual con Pedro, su mejor amigo.

Juan, en estado de shock y sin hacer ningún ruido, va a la cocina y toma un cuchillo. Alcanza a darle tres puñaladas por la espalda a María antes de ser reducido por Pedro. A las pocas horas Juan es detenido y formalizado, quedando en prisión preventiva.

Producto de las heridas María sufre una hemorragia y queda en estado de coma, falleciendo el día 12 de diciembre de 2008.

El mismo día en que María fallece se promulga y publica en el Diario Oficial la Ley N° 30.055 que introduce nuevas modificaciones al Código Penal.

El día 30 de diciembre de 2008 se promulga, aun cuando no ha sido publicada en el Diario Oficial, la Ley N° 30.088.

El día 31 de diciembre de 2008 tiene lugar el Juicio Oral contra Juan.

- Suponiendo que usted es juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y debe dictar sentencia condenatoria contra Juan, considerando la normativa adjunta a continuación, señale y fundamente:

¿Qué ley debe aplicarse, bajo qué título podría imputársele responsabilidad y cuál debería ser la penalidad aplicable?

Normativa:

- **Femicidio:**

- **Ley N° 30.000 – Modifica el Código Penal para sancionar el femicidio.** (D. O. 14.10.2008)

Artículo único: Modifíquese el Código Penal de la siguiente forma:

1) Reemplácese el artículo 390 por el siguiente:

“Artículo 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o la que de muerte al varón con que esté o haya estado ligada como cónyuge, conviviente o a través de otra relación afectiva, incurrirá en el delito de parricidio y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Asimismo, con la misma pena será sancionado, como femicida, el que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a la mujer con la que esté o haya estado ligado como cónyuge, conviviente o a través de cualquiera otra relación afectiva.”

Para los efectos del presente artículo se entenderá por cónyuge a aquellas personas que se encuentren actualmente unidas por el vínculo del matrimonio de acuerdo a las reglas de la ley N° 19.947 y por conviviente a cada una de las personas con quienes comúnmente se vive.

- **Ley N° 30.055 - Introduce modificaciones que indica a Código Penal.** (D. O. 12.12.2008)

Artículo 1° Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 390 del Código Penal:

1) Sustitúyase en el inciso primero la frase “cónyuge, conviviente o a través de otra relación afectiva” por “cónyuge o conviviente”.

2) Sustitúyase en el inciso segundo la frase “cónyuge, conviviente o a través de cualquiera otra relación afectiva” por “cónyuge o conviviente”.

Artículo 2º Esta ley entrará en vigencia después de sesenta días de publicada en el Diario Oficial.

- **Ley Nº 30.088 – Introduce modificaciones que indica a Código Penal.** (D. O. 30.12.2008)

Artículo 1º Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 390 del Código Penal:

1) Sustitúyase en el inciso primero la frase “cónyuge o conviviente” por “cónyuge, conviviente o a través de otra relación afectiva”.

2) Sustitúyase en el inciso primero la expresión “presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado” por “presidio mayor en su grado medio a máximo”.

3) Sustitúyase en el inciso segundo la frase “cónyuge o conviviente” por “cónyuge, conviviente o a través de cualquiera otra relación afectiva”.

- **Parricidio (redacción original):**

- **Artículo 390 Código Penal.** El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

- **Homicidio calificado (Art. 391 Nº 1 CP) y homicidio simple (Art. 391 Nº 2 CP):**

- **Artículo 391 Código Penal.** El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

1º Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Con alevosía.

Segunda. Por premio o promesa remuneratoria.

Tercera. Por medio de veneno.

Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta. Con premeditación conocida.

2º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso.

- **Artículo 18 Código Penal.**

- **Artículo 18 Código Penal.** Ningún delito se castigará con otra pena que la que le 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.

RESPUESTA:

1) Ley A (Ley N° 30.000):

La ley vigente al momento de la comisión del delito es la **Ley A** (ley N° 30.000), que tipifica la conducta como **femicidio** y la castiga con **presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado**. En principio, es la ley aplicable al caso.

2) Ley B (Ley N° 30.055):

Durante el proceso seguido contra Juan, se promulga la **Ley B** (ley N° 30.055) que modifica el precepto que tipifica el femicidio, excluyendo de éste el supuesto de estar ligado a través de “cualquier otra relación afectiva” que no sea la de cónyuge o conviviente.

En consecuencia, la conducta de Juan (dado que no es ni cónyuge ni conviviente de María) deja de ser punible como femicidio, siendo susceptible de inculparse sólo como **homicidio calificado** con una pena de **presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo** (artículo 391 N° 1 Código Penal) o como **homicidio simple** con una pena de **presidio mayor en su grado mínimo a medio** (artículo 391 N° 2 Código Penal), según si se considera o no que concurren las circunstancias establecidas en el tipo penal.

La Ley B establece un periodo de vacancia de 60 días, es decir, sólo entraría en vigencia transcurrido dicho plazo desde su publicación en el Diario Oficial (artículo 2 Ley N° 30.055).

3) Ley C (Ley N° 30.088):

Previo a dictarse la sentencia y antes de entrar en vigencia la ley que modifica el femicidio excluyendo de éste tipo penal la conducta de Juan (Ley B), es promulgada la **Ley C** (ley N° 30.088) que modifica al artículo 390 del Código Penal volviendo a incluir “cualquier otra relación afectiva” como supuesto para imputación a título de femicidio (con lo que tácitamente deroga lo dispuesto por la Ley B en la materia), asignando a los delitos de parricidio y **femicidio** la pena de **presidio mayor en su grado medio a máximo**.

La Ley C, habiendo sido promulgada, aun no ha sido publicada en el Diario Oficial.

SOLUCIÓN 1. Posición cátedra.

1.1 Homicidio simple.

La ley penal más favorable es la **Ley B** dado que desincrimina como femicidio (Ley A) la conducta de Juan, siendo susceptible de subsumirse sólo a título de **homicidio simple**.

Es una ley de vigencia diferida al establecer un periodo de vacancia legal.

Es una ley penal intermedia ya que, al momento de la sentencia -y no habiendo aún entrado en vigencia-, es parcial y tácitamente derogada por una ley posterior (Ley C).

Sin embargo, **su aplicatoriedad es obligatoria desde el momento de su promulgación, no de su entrada en vigencia, por lo tanto SI es aplicable:**

“[L]a aplicación de la *ley penal más favorable* queda sujeta a que se haya *promulgado*; por consiguiente, no ofrece mayor interés la fecha de su *vigencia*. Aunque

no esté vigente, si está *promulgada*, se aplicará en beneficio del procesado cuando le es más favorable.”¹

En consecuencia, dado que su conducta fue desincriminada (como femicidio) en el transcurso del proceso por la Ley B, ésta sería la ley intermedia aplicable debido a su carácter más favorable (no obstante no haber entrado en vigencia y haber sido derogada por una ley posterior (Ley C)).

Por tanto, la **ley aplicable** es, retroactivamente, la **Ley B (Ley N° 30.055)** y Juan sería castigado por **homicidio simple** con **presidio mayor en su grado mínimo a medio**.

1.2 Homicidio calificado

*No obstante **no** concurrir en el presente caso -a nuestro juicio- ninguna de las circunstancias que señala el N° 1 del artículo 390 del Código Penal para tipificar el delito como homicidio calificado, se considerará -para efectos de la evaluación-corrección la respuesta que afirme la concurrencia de alevosía o premeditación, dado que se trata de materia propia del curso de Derecho Penal Parte Especial y no de la Parte General.*

En consecuencia, la siguiente respuesta será considerada correcta si y sólo si se sostiene la concurrencia de las circunstancias del homicidio calificado. En caso contrario la respuesta se considerará incorrecta.

Si se entiende que concurren en la conducta de Juan alguna de las circunstancias que establece el N° 1 del artículo 390 del Código Penal, esta sería punible a título de **homicidio calificado**. Las circunstancias que podrían concurrir son la primera y la quinta, esto es, **alevosía** o **premeditación**.²

En caso de considerar que se presenta alguna de las anteriores circunstancias, la Ley B que desincrimina la conducta de Juan como femicida, tendría por efecto la incriminación de ésta a título de **homicidio calificado** (artículo 390 N° 1 del Código Penal), con una pena de **presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo**.

En consecuencia, la ley penal más favorable no sería la Ley B, sino la **Ley C** (Ley N° 30.088) que si bien vuelve a tipificar la conducta de Juan como delito de femicidio, le asigna una pena menor en relación tanto a la ley del momento de la comisión del ilícito (Ley A), como a la ley intermedia (Ley B).

No obsta a lo anterior el hecho de que la ley en cuestión (Ley C) no haya sido promulgada. En este sentido se señala que “el precepto [artículo 18 inciso 2° del Código Penal] emplea la expresión *promulgare*, de suerte que la obligación de aplicar la nueva ley no nace con el acto posterior de *publicación*, sino que ella existe desde el decreto promulgatorio del Presidente de la República o la declaración sustitutiva del Tribunal Constitucional.”³

¹ Garrido Montt, 1997: 116. (Cursiva original) En el mismo sentido: Cury, 1992: 213; Bustos y Hormazabal, 1997:107; y Politoff, Matus y Ramírez, 2004a: 130.

² Por **alevosía** se entiende, de acuerdo al artículo 12 N° 1 del Código Penal, el obrar “a traición o sobre seguro”. Así, actúa con alevosía “quien oculta su intención, aprovechándose de la confianza que tal ocultamiento produce en la víctima (...); o derechamente ocultándose a sí mismo (...) o los medios de que piensa valerse para cometer el delito, de manera que al momento de cometer el hecho el autor se encuentre sin riesgo para sí. En ambos casos lo decisivo es el *aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima*.” (Politoff, Matus y Ramírez, 2004b: 60-61. (Cursiva original))

Existe **premeditación conocida** de parte del autor cuando concurren en su comportamiento los siguientes cuatro requisitos “a) la resolución de cometer el delito; b) un intervalo de tiempo entre tal resolución y la ejecución del hecho; c) persistencia durante dicho intervalo de la voluntad de delinquir; y d) la frialdad y la tranquilidad del ánimo.” (Politoff, Matus y Ramírez, 2004b: 64.)

³ Politoff, Matus y Ramírez, 2004a: 129. (Cursiva original)

Por lo tanto, bajo este supuesto, la ley que debe aplicarse retroactivamente a Juan es la **Ley C**, (**Ley N° 30.088**) y se le imputaría responsabilidad a título de **femicidio** pero con una pena de **presidio mayor en su grado medio a máximo**.

SOLUCIÓN 2.

Posición minoritaria.

2.1 Homicidio simple

La ley penal más favorable es la **Ley B** dado que desincrimina como femicidio (Ley A) la conducta de Juan, siendo susceptible de subsumirse sólo a título de **homicidio simple**.

Es una ley de vigencia diferida al establecer un periodo de vacancia legal.

Es una ley penal intermedia ya que, al momento de la sentencia -y no habiendo aún entrado en vigencia-, es parcial y tácitamente derogada por una ley posterior (Ley C).

En consecuencia, dado que **entre la comisión del hecho y la dictación de la sentencia nunca estuvo vigente, NO es aplicable:**

“[L]a consideración de la ley penal intermedia más favorable como ley de aplicación imperativa parte de la premisa que esa ley tuvo *vigencia* entre la comisión del hecho y la sentencia que la aplica a su juzgamiento.”⁴

Por lo tanto, al ser una ley penal que nunca estuvo vigente – y no obstante ser intermedia y más favorable- no recibe aplicación retroactiva.

La **ley aplicable** es, por lo tanto la **Ley A** (**Ley N° 30.000**) por ser la ley vigente al momento de la comisión del delito y se castiga a Juan por **femicidio** con **presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado**.

2.2 Homicidio calificado

No obstante no concurrir en el presente caso -a nuestro juicio- ninguna de las circunstancias que señala el N° 1 del artículo 390 del Código Penal para tipificar el delito como homicidio calificado, se considerará -para efectos de la evaluación-correcta la respuesta que afirme la concurrencia de alevosía o premeditación, dado que se trata de materia propia del curso de Derecho Penal Parte Especial y no de la Parte General.

En consecuencia, la siguiente respuesta será considerada correcta si y sólo si se sostiene la concurrencia de las circunstancias del homicidio calificado. En caso contrario la respuesta se considerará incorrecta.

Si se entiende que concurren en la conducta de Juan alguna de las circunstancias que establece el N° 1 del artículo 390 del Código Penal sería punible a título de **homicidio calificado**. Las circunstancias que podrían concurrir son la primera y la quinta, esto es, **alevosía** o **premeditación**.

En caso de considerarse que se presenta alguna de las anteriores circunstancias, la Ley B que desincrimina la conducta de Juan como femicida la castigaría como **homicidio calificado**, estableciendo para ello una pena de **presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo**.

En consecuencia, la ley penal más favorable no sería la Ley B, sino la **Ley C** (Ley N° 30.088) que si bien vuelve a tipificar la conducta de Juan como delito de

⁴ Bascuñan Rodríguez, 2001: 19. (Cursiva agregada)

femicidio, le asigna una pena menor en relación a la ley del momento de la comisión del ilícito (Ley A), como a la ley intermedia que conlleva su castigo por homicidio calificado (Ley B).

Sin embargo la ley penal posterior más favorable (Ley C) no se encuentra aún publicada en el Diario Oficial y, por tanto, **no** se puede considerar que haya estado en vigencia en el tiempo intermedio entre la comisión del hecho y la dictación de la sentencia definitiva:

“En un sistema legal que por razones de seguridad jurídica supedita como regla general la obligatoriedad de una ley a su *publicación* (art. 6° del Código Civil), la función garantística del principio de legalidad exige atender a ese momento. La anticipación de la aplicabilidad de la ley a la época determinada por la voluntad del legislador, en perjuicio del destinatario de la norma, simplemente carece de sentido, tanto desde un punto de vista garantista como desde el punto de vista sistémico.”⁵

Así, dado que la ley penal más favorable (Ley C) no ha sido publicada de acuerdo a lo prescrito por las reglas generales, no sería lícito excepcionar la aplicación del principio de irretroactividad y, por ende, la **ley aplicable** sería la **Ley A (Ley N° 30.000)** por ser la ley vigente al momento de la comisión del delito, esto es, se castiga a Juan por **femicidio con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.**

Referencia:

- BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. (2001) *¿Aplicación de Leyes Penales que carecen de vigencia?* En: *Revista del Abogado*, N° 22, Colegio de Abogados de Chile, Santiago. pp. 18-21.
- BUSTOS, J. y HORMAZABAL, H. (1997) *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen 1, Ed. Trotta, Madrid.
- CURY, E. (1992) *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- GARRIDO MONTT, M. (1997) *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, M. C. (2004a) *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.
- POLITOFF, S.; MATUS, J. P. y RAMIREZ, M. C. (2004b) *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago.

⁵ Bascuñan Rodríguez, 2001: 20. (Cursiva agregada)