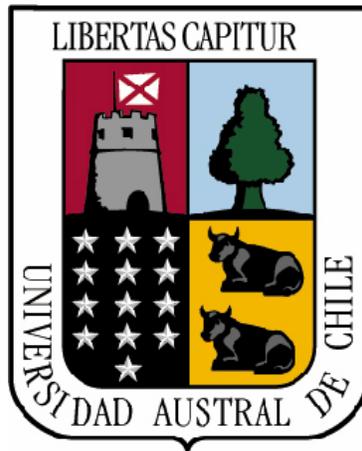


UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA  
LEY PENAL. ANALISIS DOGMATICO A TRAVES DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS  
TRIBUNALES ORAL EN LO PENAL DE LAS CIUDADES DE VALDIVIA, OSORNO Y  
PUERTO MONTT (SENTENCIAS DE JUNIO A DICIEMBRE DEL 2007)

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO  
DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Profesor patrocinante: José Angel Fernández Cruz  
Alumna: Gabriela Mabel Montecinos González

FEBRERO 2008

Señor  
Juan Carlos Ferrada Bórquez  
Profesora responsable  
Seminario de Investigación Jurídica  
Presente

De mi consideración,

Por medio de la presente, vengo a informar a Ud. de la memoria de prueba realizada por la alumna Dña. **Gabriela Mabel Montecinos González** que lleva el título: *Ley de responsabilidad por adolescentes por infracciones a la ley penal. Análisis dogmático a través de la jurisprudencia de los tribunales orales de lo penal de las ciudades de Valdivia, Osorno y Puerto Montt (Sentencias de junio a diciembre de 2007)*.

La reciente Ley 20.084 ha supuesto unos de los cambios más trascendentales en nuestro Sistema Penal. En primer lugar, y como ha venido denunciando la doctrina y los operadores jurídicos, sustituyó el vetusto sistema tutelar que supuso en la práctica una imposición arbitraria de *penas* privativas de libertad carente de las más elementales garantías procesales y *penitenciarias*. Y en segundo lugar, la citada ley permitirá aplicar una parte importante de los mandatos derivados de un *Derecho penal de alternativas a la pena de prisión*, modelo penal que postulamos para todo el Sistema Penal. Ahora bien, el modelo penal de seguridad ciudadana ejerció y continúa ejerciendo una presión en las fases de incriminación primaria, secundaria y terciaria para que esta ley vuelva al *redil* del *derecho penal clásico*: retribución, penas privativas de libertad y exclusión. El Derecho penal comparado da habida cuenta de esta evolución.

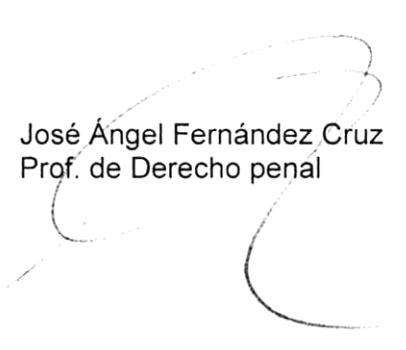
La presente Memoria aborda el estudio la Ley 20.084 desde la propuesta político criminales y dogmática del profesor Juan Bustos que posteriormente la aplica en un interesante estudio sobre la jurisprudencia emanada de de los tribunales orales de Valdivia, Osorno y Puerto Monnt. De esta manera, la presente investigación se encuadra en el conjunto de anteriores memorias que, con una clara vocación de servicio a nuestra comunidad, se centran en aquellos aspectos más problemáticos y debatidos en la práctica forense de nuestra región

Respecto a la bibliografía utilizada resulta adecuada a la naturaleza y fines de la investigación realizada.

Como conclusión de este informe, el profesor que suscribe autoriza su *empaste* y propone que la alumna **Gabriela Mabel Montecinos González** obtenga la calificación de cinco punto cero (5.0).

Le saluda atentamente,

José Ángel Fernández Cruz  
Prof. de Derecho penal



## Capítulo I. Introducción

El día ocho de junio del año 2007, nuestro país sufrió un vuelco legislativo en lo que a materia de delincuencia penal juvenil se refiere. Las políticas en materia de menores habían tenido asidero en la doctrina de la situación irregular, que imperó a comienzos del siglo XIX<sup>1</sup> hasta el siglo XX, siendo finalmente sustituida por la doctrina de la responsabilidad, la que produjo un profundo cambio de paradigma respecto a la concepción del adolescente, reconociendo su calidad de sujeto de derechos y garantías penales y procesales.

La doctrina de la situación irregular logró imponerse en Chile en un período de crisis económica y transformaciones sociales y legislativas. Sus postulados radicaban en considerar al adolescente como un ser irresponsable e incapaz de convertirse en sujeto de derechos, quedando bajo la tutela de entes responsables y capaces. Su surgimiento se ve influenciado por el positivismo criminológico y la doctrina de la defensa social, las que aludían a la idea de salvar a los menores de su condición infrahumana y que por propia naturaleza eran sujetos necesitados de protección. También fue marcada por la fuerte influencia de la escuela positivista naturalista italiana, que consideraba a los menores como seres peligrosos, objetos de compasión y represión por parte del Estado. Finalmente, estas ideas terminaron por plasmarse en la legislación de la época, y permitieron la construcción de un sistema institucional con un rol específico de socialización y control de los adolescentes. Debido a esto, el menor fue mantenido fuera del ámbito penal y a su vez de todas las garantías establecidas las leyes y en la CPE. A modo de compensar esta marginalidad, fue creada en nuestro país la primera Ley de Menores N° 4447 de 1928<sup>2</sup>. Posteriormente con la dictación de la Ley 16.618 de 1967<sup>3</sup>, se fijó su texto definitivo y se le otorgó a las normas jurídicas el carácter de supletoriedad frente a su ausencia de políticas sociales básicas adecuadas para el fenómeno, a largo plazo, la falta de recursos y decisiones políticas efectivas, llevaron a la judicialización del problema de los menores.

La regulación que se adoptó para el problema y tratamiento de la delincuencia juvenil, distinguía dos grandes aspectos basados en la incapacidad de culpabilidad del sujeto responsable<sup>4</sup>. En primer lugar una ficción de inimputabilidad para el menor de 16 años, donde se asume una incapacidad de culpabilidad, en la forma presunción de derecho *in boanm partem*<sup>5</sup>, dándose por supuesta la ausencia de suficiente discernimiento, como lo señala el artículo 10 N° 2 CP anterior a la Ley 20.084, según el cual se exime de responsabilidad criminal al menor de 16 años, en forma absoluta e incondicional. En segundo lugar, de acuerdo al artículo 10 N° 3 CP

---

<sup>1</sup> El primer tribunal de menores en Chile fue creado en 1889.

<sup>2</sup> Ley N° 2675 de 1912 y Ley N° 4447 de 1928

<sup>3</sup> Las medidas expresadas por el artículo 29 de la Ley de Menores dan cuenta de este híbrido de protección-represión-control, del que la práctica ofrece testimonios más evidentes. COUSO J., “Alternativas a la pena en el Derecho Penal de adolescentes. Panorama de la política criminal comparada”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 93

<sup>4</sup> Politoff S., Matus J., Ramírez M., Lecciones de derecho penal chileno, Pág. 317 señalan que la doctrina mayoritaria nacional se inclina por el criterio de incapacidad de culpabilidad, para fundamentar esta excepción.

<sup>5</sup> Politoff S., Matus J., Ramírez. M, Lecciones de derecho penal chileno, Pág. 316- 317 / en el mismo sentido Cury E., Derecho penal parte general, Pág. 55

anterior a la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (en adelante LRPA), los menores que podían ser imputables, estaban condicionados sólo para el mayor de 16 años y menor de 18 años, a no ser que constara que había obrado con discernimiento<sup>6</sup>. La declaración sobre el discernimiento correspondía al Tribunal de Menores respectivo, el cual debía hacerla previamente para que el menor pudiese ser procesado<sup>7</sup>. Si la sentencia declaraba que el menor obró con discernimiento, se comunicaba al Juzgado del Crimen para que continuara conociendo de la causa y el juzgamiento se regía en adelante por las reglas generales para el mayor de 18 años<sup>8</sup>.

La necesidad de reformar esta legislación se fundamentó, tanto en doctrina nacional como comparada<sup>9</sup>, en razones de política criminal, determinadas por el incremento de la delincuencia juvenil, por los mediocres resultados obtenidos en la tarea de readaptar socialmente a los menores delincuentes<sup>10</sup>, en el acrecentamiento de la delincuencia debido principalmente a la discrecionalidad de la legislación y a la falta de un sistema de juzgamiento garantista de responsabilidad de los adolescentes. En la práctica era poco posible que el juez pudiera resolver con una razonable seguridad jurídica sobre la capacidad de culpabilidad de los adolescentes entendida como desarrollo de juicio moral, por lo que el discernimiento resultaba ser un concepto de difusa determinación, clasificatorio y estigmatizante<sup>11</sup>. Pero sin duda, el principal motivo se debió a la abierta pugna que sostenía nuestro país con la normativa jurídica internacional. En el año 1989 se celebró la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN)<sup>12</sup>, donde Chile participó y ratificó sus postulados, pero al mismo tiempo mantuvo vigentes dos leyes antagónicas en el tema de la legislación de menores. La convención ha sido el más importante paso en materia de derechos de menores a nivel mundial, por su carácter integral de reconocimiento de los derechos del niño y su rechazo de plano de la ideología de la situación

---

<sup>6</sup> El CP no definió el concepto de discernimiento, por lo que su significado se infiere de orientaciones teóricas y antecedentes legislativos. Cillero M., Artículo 10 N° 2 y 3 en Politoff S., Ortiz L., Texto y Comentario del Código penal chileno, Pág. 109

<sup>7</sup> El juez de letras de menores debía solicitar al Consejo Técnico de la Casa de menores o a alguno de sus miembros, en ausencia de esta debería oír al funcionario que el Consejo de menores designe para el efecto; Politoff S., Derecho Penal Tomo I, Págs. 533- 534. En el caso de que el menor era declarado sin discernimiento y el hecho que se le imputara contuviera una pena aflictiva, se elevaba una resolución en consulta a la Corte de Apelaciones, quedando el menor a disposición del Juez de Menores para que conozca del asunto y aplique las medidas tutelares correspondientes.

<sup>8</sup> El concepto de discernimiento se introdujo en nuestra legislación desde el Código francés de 1810 y luego al Código español, inclusive se le atribuye un lejano origen con el derecho romano: *dolis capacitas casu quo rei intellectus*, igualmente Pacheco lo definió como la inteligencia del bien y del mal; Politoff S., Derecho Penal Tomo I, año 1997, Pág. 535.

<sup>9</sup> García Méndez E., La legislación de menores en América Latina: La doctrina de la situación irregular, en [http://www.iin.oea.org/La\\_legislacion\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf).

<sup>10</sup> Labatut G., / Zenteno J., Derecho Penal parte general, Pág. 145, en el mismo sentido Cury E., Derecho penal parte general, Tomo II, año 1992, Pág. 55- 60, Couso J., “Alternativas a la pena en el Derecho Penal de adolescentes. Panorama de la política criminal comparada”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 91

<sup>11</sup> Cillero M., Artículo 10 N° 2 y 3 en Texto y comentario del Código Penal chileno, Pág. 123

<sup>12</sup> La cual entró en vigencia para el derecho internacional el dos de septiembre de 1990, de acuerdo al procedimiento establecido en su artículo 49, Durandean M., “Resolución alternativa de conflictos a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 77

irregular, marcando un profundo cambio de paradigma respecto a la consideración del menor, de un objeto de derecho a un sujeto de derechos, asentada en la doctrina de la responsabilidad<sup>13</sup>.

Visto lo anterior, la presente investigación consistirá en un análisis dogmático a través de la Jurisprudencia de los Tribunales Oral en lo Penal de las ciudades de Valdivia, Osorno y Puerto Montt, sentencias del 08 de junio a 08 de diciembre del 2007. Se consideraron estas ciudades por estimarse representativas de la realidad delictiva de nuestro país y además por ser geográficamente de fácil acceso en términos de costo y tiempo para el desarrollo de la presente investigación. Se determinó apropiado este período de tiempo, en consideración a su fin, de modo que de las primeras sentencias emanadas de la LRPA se extraiga un campo de análisis suficiente para determinar los lineamientos dogmáticos empleados en su primera etapa de aplicación.

El problema a investigar consiste en el vuelco legislativo que aborda nuestro sistema penal en este tema, cuestión que insta una justicia especializada y restaurativa para los menores de entre 14 y 18 años de edad, proponiendo nuevos postulados político criminales en los cuales deberán basarse los Tribunales a la hora de fundamentar sus fallos. Todas estas reformulaciones traen consigo una serie de principios que los jueces deben tener en cuenta en el juzgamiento del menor, además de un amplio grupo de cuestiones que no han sido abordadas explícitamente por la ley y respecto de las cuales debería regir un tratamiento diferenciado del sistema adulto. De lo contrario no sólo se estaría dejando sin cumplimiento una obligación internacional, sino que además se vulneraría el Principio de Igualdad ante la ley, señalado en el artículo 19 N° 2 CPE. Por tanto, no existiendo una declaración expresa por parte del Legislador en orden a consagrar un régimen difícilmente conciliable con el ordenamiento constitucional e internacional, se impone que el Legislador ha querido dejar en manos del intérprete todo lo correspondiente al desarrollo de las matizaciones requeridas por las reglas generales para desarrollar un verdadero sistema diferenciado<sup>14</sup>.

La hipótesis de la investigación sostiene que el sistema de justicia penal para adolescentes de acuerdo a la aplicación que resuelvan los Tribunales de Justicia significará una dogmática especial, distinta de la dogmática jurídico penal general<sup>15</sup>. El objetivo general de la misma consiste en determinar si los presupuestos de la dogmática jurídico penal general son los utilizados en los fallos de los Tribunales de Justicia al aplicar la LRPA. Los objetivos específicos son: desarrollar una breve referencia sobre la dogmática penal general, luego sobre el régimen penal de adolescentes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.084 y los lineamientos dogmáticos desarrollados por los autores más relevantes sobre la Teoría del delito, la Teoría de la Responsabilidad y la Teoría de la Pena para un derecho penal de adolescentes. Finalmente, realizar el análisis de sentencias, en el cual se pretende determinar el razonamiento empleado por

---

<sup>13</sup> Bustos R., Hormázabal H., Derecho penal del Niño Adolescente, Pág. 14

<sup>14</sup> Hernández H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág.200 - 205

<sup>15</sup> Para Juan Bustos la aplicación por parte de la LRPA debería significar una dogmática especial, distinta de la dogmática general utilizada en el derecho penal de adultos, en este mismo sentido Hernández H.

el Tribunal en la aplicación de las tres categorías recién mencionadas e identificar los problemas dogmáticos que se presenten en cada uno de los fallos.

La metodología a emplear consistirá en una revisión bibliográfica de la doctrina más relevante de los lineamientos generales de la dogmática jurídico penal, basada principalmente en la Teoría Penal de carácter Político Criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>16</sup>. Luego, se realizará una revisión de doctrina comparada de los países de Costa Rica, Perú, España y de la doctrina nacional, sobre el régimen penal adolescente, sus antecedentes históricos y legislativos y el establecimiento de sus postulados político criminales, para luego profundizar en la recopilación de fallos jurisprudenciales, con el fin de reconocer en cada uno de ellos el razonamiento empleado por el Tribunal respecto de la Teoría del Delito, la Teoría de la Responsabilidad y Teoría de la Pena. En la Teoría del delito se revisará tanto la tipicidad objetiva como subjetiva y la antijuricidad, dentro de ésta a las causales de justificación. Respecto de la teoría del sujeto responsable, las categorías de exigibilidad sistemática, de conocimiento del injusto y de la conducta y en la teoría de determinación de la pena, los criterios para determinar la naturaleza de las penas y su duración. Finalmente, se realizará un análisis de los datos extraídos, a fin de determinar la configuración dogmática y los postulados político criminales utilizados por los Tribunales, además de los problemas dogmáticos que presente cada fallo en particular.

---

<sup>16</sup> Específicamente en la construcción metodológica de Juan Bustos y Hernán Hormázabal, Nuevo Sistema de Derecho penal, Pág. 6-20

## Capítulo II. Referencia a los lineamientos de la dogmática jurídico penal general

La dogmática jurídica o también llamada ciencia del derecho, es aquella ciencia que en términos generales se dedica a la interpretación y sistematización de las normas jurídicas en un ordenamiento jurídico determinado. La dogmática jurídica actual es heredera de una corriente de pensamiento jurídico que se inició y mantuvo durante la mayor parte del siglo XIX, donde gran parte de los juristas abandonaron la fundamentación teológica del derecho natural para adoptar una concepción racionalista, originando el enfoque de concebir disposiciones como dogmas que debían ser aceptados acríticamente como premisas en cualquier justificación de soluciones jurídicas<sup>17</sup>.

La dogmática jurídico penal se ha considerado como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo de Derecho penal<sup>18</sup>, haciendo posible una aplicación segura y calculable del derecho penal, sustrayéndolo de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación. Cuanto más pobre sea el desarrollo de la dogmática, tanto más imprevisibles serán las decisiones de los tribunales<sup>19</sup>.

### 1. Teoría del Delito

La teoría del delito tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario, constituye una elaboración sistémica de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquel efectúa de éste.<sup>20</sup>

Las nuevas Constituciones, posteriores a la Segunda Guerra Mundial y la reformulación de un Estado de derecho en uno social y democrático, hicieron renacer con fuerza los planteamientos de la política criminal, rechazándose los que llevaran a crear un sistema cerrado de derecho penal, que no permite modificaciones y se basta a sí mismo. Dentro de los planteamientos político criminales<sup>21</sup>, producidos en la década de los 70, encontramos a la “Teoría Penal de carácter Político Criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho”<sup>22</sup>, la cual plantea que los fines perseguidos por una teoría del delito y la del sujeto responsable son esencialmente prácticos, ofrecen al jurista y al operador jurídico una propuesta metodológica que sirva para establecer si la realización de un hecho concreto acarrea una responsabilidad penal para sus autores, de este modo, por medio de la ley, la dogmática a ordenado y sistematizado

---

<sup>17</sup> Esta doctrina tuvo su mayor representación en la escuela del exégesis, los que tenían como axiomas básicos la absoluta preeminencia otorgada a la ley como fuente del derecho y la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley, Nino C., Los límites de la responsabilidad penal, Pág. 68

<sup>18</sup> Roxin C., Derecho Penal Parte General Tomo I, Pág. 192

<sup>19</sup> Ibídem, Pág. 207

<sup>20</sup> Mir Puig E., Derecho penal Parte General, Pág. 139

<sup>21</sup> Representantes significativos están Ancel, Roxin, Bricola y Baratta, se sostiene que el punto de partida es el fin de la pena, donde encontramos el planteamiento preventivo general, la posiciones radicales y las posiciones moderadas y los planteamientos político criminales críticos, tanto el abolicionismo como las posturas moderadas.

<sup>22</sup> Teoría en la que se encuentra basada la presente investigación., desarrollada por Bustos y Hormázabal.

bajo las categorías tipicidad, antijuricidad y sujeto responsable todas las reglas jurídicas que condicionan la responsabilidad penal con un acentuado carácter garantista<sup>23</sup>.

### 1.1 Tipicidad Objetiva/Subjetiva

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del *nullum crimen sine lege*. Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito, si al mismo tiempo no es típico o mejor dicho no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.<sup>24</sup>

Para los planteamientos de la Teoría penal de carácter político criminal de un Estado social y democrático de derecho, al determinar el contenido de la tipicidad debe hacerse desde un principio que sea su fundamento, en este caso el principio del bien jurídico, donde el bien jurídico debe encontrarse en la base de la teoría del delito y no de la acción<sup>25</sup>. Por tanto, la tipicidad es el resultado de un proceso valorativo de atribución de un ámbito situacional concreto a un tipo legal genérico y abstracto<sup>26</sup>. Sin embargo, la concurrencia formal de estas exigencias no es suficiente para poder establecer la tipicidad, será necesario además valorar que la situación social concreta significó un riesgo para el bien jurídico protegido, mediante un juicio valorativo de atribución de la situación concreta. A efectos de tipicidad, el interprete sólo ha de comprobar si el sujeto objetivamente sabía lo que estaba haciendo y quería hacerlo, y si lo que finalmente hizo, la situación social que provocó es atribuible con lo que expresa el tipo penal<sup>27</sup>.

### 1.2 Antijuricidad/ Causales de Justificación

La antijuricidad implica dos procesos, en primer lugar determinar si ese ámbito situacional típico efectivamente ha producido una afectación a un bien jurídico y en segundo lugar debe considerarse su aspecto negativo, que no existan causas de justificación, que en el propio ordenamiento jurídico no se den normas permisivas en relación a esa afectación al bien jurídico.<sup>28</sup> La tipicidad es considerada sólo *ratio cognoscendi* de la antijuricidad, es decir, sólo una presunción *iuris tantum* de ella, la antijuricidad tiene plena autonomía en la configuración de la teoría del delito y se le debe definir desde una perspectiva material y formal. En su ámbito material, como afección al bien jurídico y en el formal como una determinada contravención del ordenamiento jurídico. Todas las causas de justificación tienen una misma estructura, una determinada situación en la cual surge el reconocimiento de un derecho a la persona y una acción de ejercicio de dicho derecho que implica elementos subjetivos de conocimiento de la situación e intención de llevar a cabo dicha acción que ejercita su derecho<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> Op.Cit., Pág. 128

<sup>24</sup> Muñoz Conde F., Teoría general del delito , Pág. 47

<sup>25</sup> En este mismo sentido Von Litz y Bustos J., Op.Cit, Pág. 62-63 / Bustos J., Hormázabal H., Nuevo sistema de derecho penal, Pág. 73

<sup>26</sup> Bustos J., Hormázabal H., Lecciones de derecho penal, Pág. 138-139

<sup>27</sup> Bustos J., Hormázabal H., Nuevo sistema de derecho penal ., Pág. 73-74

<sup>28</sup> Op.Cit., Pág. 139

<sup>29</sup> Op.Cit., Pág. 93

## 2. Teoría de la Responsabilidad o del Sujeto Responsable

La teoría del sujeto responsable trata de definir la responsabilidad de una persona cuya posición frente al Estado parte del reconocimiento de su dignidad y autonomía ética cumpliendo una función garantista que se formula como principio de culpabilidad por el hecho, conforme al cual, el autor no puede responder más allá de su mundo interior que se ha plasmado en el hecho cometido, o sea, sólo a aquello que le puede ser atribuido por dolo o culpa. La discusión de responsabilidad debe hacerse desde una persona determinada en un marco social concreto, en este caso del estado social y democrático de derecho, que es el de aquella forma de Estado que parte del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades sociales y económicas y en un deber de nivelar las desigualdades, asume jurídica y políticamente la obligación de intervenir en procesos sociales<sup>30</sup>.

Como elementos determinantes de la responsabilidad encontramos: *exigibilidad sistémica*, *exigibilidad de la conciencia del injusto* y *exigibilidad de una conducta distinta*. La exigibilidad sistémica o imputabilidad, guarda relación con la incompatibilidad o compatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico, al sujeto se le podrá exigir responsabilidad en cuanto la conciencia social del sujeto convertida en acto sea incompatible con el ordenamiento, es decir, que afecte los valores aceptados hegemónicamente por la sociedad y que forman parte de la conciencia social del sujeto, de esta manera y al contrario, la inimputabilidad surgirá de la compatibilidad de la conciencia social del sujeto expresada en acto frente al ordenamiento, porque es él mismo el que acepta su diversidad y le brinda un trato desigual exento de responsabilidad criminal, subyaciendo en él el principio de igualdad. Al quedar afirmada la imputabilidad, la exigibilidad de la conciencia del injusto se tratará de que en el caso concreto sea posible exigirle la conciencia de los valores que configuren el injusto concreto, sólo se podrá plantear respecto de un sujeto concreto que haya internalizado los valores del sistema o haya tenido la posibilidad de internalizarlos. Una vez afirmada la imputabilidad y la conciencia del injusto concreto queda examinar si este sujeto social concreto está en situación de responder de sus actos en contra del derecho considerando las circunstancias concretas que lo llevaron a actuar<sup>31</sup>.

## 3. Teoría de la Determinación de la Pena

En la teoría de la determinación de la pena se trata de decidir el *quantum* de la pena según sea la función que se le asigne o que se crea debe perseguir, para lo cual resulta básico el sentido y fin de la pena y los momentos en que la filosofía penal del Estado se manifiesta.

Para Bustos y Hormázabal, el principio garantista de la indemnidad de la persona resulta fundamental, ya que la pena nunca puede implicar la supresión de un derecho de la persona. Respecto a la necesidad de la pena, sería adecuado establecer el máximo y no el mínimo de ésta,

---

<sup>30</sup>Bustos J., Nuevo sistema de derecho penal, Pág. 125 -126

<sup>31</sup> Ibídem, Pág. 126-131

el juez debería tener un conjunto de penas para poder aplicar, utilizando aquella más idónea para el caso concreto. En cuanto a la pena privativa de libertad, por las medidas negativas que acarrea para las personas, se debe disponer siempre de penas alternativas o sustitutivas de ellas, e igualmente ésta debe ser revisable de modo que en cualquier momento pueda aplicarse una alternativa o sustitutiva<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibíd*em, Pág. 130-136

### Capítulo III. Régimen penal de los adolescentes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.084

#### 1. Antecedentes legislativos e históricos de la reforma establecida en la Ley 20.084

El ordenamiento jurídico vigente en nuestro país no satisfacía el modelo de justicia que el propio Estado se impuso al ratificar la CIDN, cuyo fin era adecuar el estatuto jurídico, la institucionalidad y las políticas públicas del país a los derechos, principios y líneas de acción emanados de este instrumento internacional<sup>33</sup>. Al no asumir su compromiso internacional, en la práctica se desarrolló la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultaban de naturaleza antagónica: por un lado, la CIDN y, por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular.<sup>34</sup> La inercia político cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal determinó que, en el plano judicial se continuara con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la CIDN se convertía en un hecho excepcional y fragmentario<sup>35</sup>. En el mismo sentido el Presidente de la República en el Mensaje del Proyecto de LRPA, señala que el sistema chileno es atípico en el derecho comparado, híbrido en relación a su orientación teórica e ineficaz desde el punto de vista de los objetivos de prevención que persigue el sistema de justicia penal<sup>36</sup>. El Gobierno se propuso el desafío de llevar a cabo la completa reformulación de leyes y políticas a la infancia y adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos sociales y jurídicos del país y en especial a los principios y directrices contenidos en la CPE, la CIDN y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile<sup>37</sup>. La reforma anunciada a mediados del año 2000, involucró el envío del Proyecto, que ingresó a tramitación legislativa en agosto del año 2002, y que en poco más de tres años el Congreso despachó<sup>38</sup>. El Proyecto buscó establecer un sistema de responsabilidad penal especial para aquellos jóvenes mayores de 14 y menores de 18 que hubiesen cometido un ilícito penal. Las disposiciones propuestas en él, recogen las innovaciones legislativas de otros países<sup>39</sup>. Sus características fundamentales fueron la creación de un sistema de justicia especializado, que asegurara la aplicación de principios jurídicos de

---

<sup>33</sup> Cerda M., Cerda R., Sistema de responsabilidad penal de adolescentes, Pág. 25

<sup>34</sup> Cuestión que no sólo ocurrió en países como el nuestro, sino que también en otros de Latinoamérica como Argentina, el único país que se adelantó a la CIDN en cuanto a políticas legislativas respecto de los menores fue Brasil, Baratta A. en [http://www.iin.oea.org/La\\_situacion\\_de\\_la\\_proteccion\\_del\\_nino.pdf](http://www.iin.oea.org/La_situacion_de_la_proteccion_del_nino.pdf)

<sup>35</sup> Geisse F., Bases y límites para la responsabilidad penal del adolescente en [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso)

<sup>36</sup> Fecha dos de agosto del año dos mil dos, mensaje n° 68-347, Cerda M., Cerda R., Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Pág. 235 y ss.

<sup>37</sup> Op.Cit, Pág. 235 y ss.

<sup>38</sup> Cerda M., Cerda R., Sistema de responsabilidad penal de adolescentes, Págs. 25 y 26

<sup>39</sup> La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España y la experiencia de la aplicación de leyes similares en el contexto de América Latina, especialmente la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica de 1996 y el Estatuto del Niño y Adolescente de 1990 en Brasil, considerando además las normas de la CIDN, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil Fecha dos de agosto del año dos mil dos, mensaje n° 68-347, Cerda M., Cerda R., Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Pág. 235 y ss.

debido proceso y proporcionalidad en las sanciones, tanto como diversidad en las medidas que podrán ser aplicadas<sup>40</sup>.

Respecto a los tipos penales, en primera instancia se estableció una categoría taxativa y expresa de delitos, inferior al general del sistema penal chileno, que serían las únicas a las cuales se podría aplicar, una sanción privativa de libertad, contemplándose en el Proyecto un catálogo de delitos considerados infracciones graves<sup>41</sup>. Recogió todas las garantías penales y procesales propias de los adultos, agregó garantías específicas para los adolescentes, un criterio flexible a favor de ellos en la adjudicación de las sanciones y en las facultades de control jurisdiccional de la ejecución, que aseguren los derechos del condenado y el cumplimiento efectivo de las mismas, con un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento<sup>42</sup>.

En general, los desacuerdos en el Congreso principalmente recayeron en la imposición de las sanciones, debido a que para algunos parlamentarios existía un margen muy amplio de discrecionalidad al juez, la falta de financiamiento para la reinserción y rehabilitación de los menores, por la especialización de fiscales y defensores públicos y respecto de la imposición de penas privativas de libertad y su cuantía<sup>43</sup>. Finalmente, se suprimió la categoría taxativa de infracciones de carácter grave, estableciendo el carácter subsidiario del CP, se empeoró la situación de los menores respecto de las reglas de determinación de las penas y se establecieron penas de internamiento en régimen cerrado de cinco años para los menores de entre 14 y 16 años y de hasta diez años para los menores de hasta 18 años, adoptando un modelo punitivo más amplio, como el español, que remite expresamente al CP y las leyes penales especiales<sup>44</sup>. Por estos motivos nuestra legislación ha sido declarada abiertamente en pugna con lo establecido en la CIDN, según la cual la medida de privación de libertad debe ser utilizada como último recurso, cuestión que diferencia a Chile de todos los sistemas penales de adolescentes, para los cuales se contempla una única sanción para este tramo. Además, porque se le debieron reconocer a los niños todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios penales según los instrumentos internacionales pertinentes, más la garantía específica principalmente de ser juzgado por tribunales específicos<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Whert F., Sepúlveda M., Delincuencia juvenil en Chile: Tendencias y desafíos, en [www.pazciudadana.cl/documentos/delincuenciajuvenil.PDF](http://www.pazciudadana.cl/documentos/delincuenciajuvenil.PDF)

<sup>41</sup> En el Mensaje N° 68 – 347 remitido a la cámara de diputados el 02 de agosto del 2002 se señalaba que respecto a los tipos penales se excluye a la mayoría de las faltas de la responsabilidad y sanciones contenidas en esta ley y se establece una categoría taxativa de infracciones de carácter grave que serán las únicas a las cuales se podrá aplicar, como último recurso, una sanción privativa de libertad.

<sup>42</sup> Echeverría G, Geisse F., [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso) y Primer y Segundo trámite constitucional Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

<sup>43</sup> *Ibidem*, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>

<sup>44</sup> Horvitz M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 99

<sup>45</sup> Echeverría G, Geisse F., [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso)

## 2. Orientación político criminal

### 2.1 Principio de Especialidad

Dentro de los principios garantistas que informan el derecho de menores, encontramos el Principio de Autonomía o Especialidad<sup>46</sup>. El derecho penal del adolescente posee sus propias características, conformando un subsistema especial que encierra tanto los derechos como los principios garantistas materiales y formales desarrollados para el derecho penal; el fundamento de esta autonomía se encuentra en el hecho de que el Estado tiene un deber especial de protección del niño, en relación a su desarrollo integral como persona en las áreas de educación, salud, capacitación y en todas aquellas que le permitan una adecuada integración social<sup>47</sup>.

### 2.2. Principio del Interés Superior del Niño

Es uno de los principios más importantes en materia de delincuencia juvenil, tanto para la doctrina comparada como nacional<sup>48</sup>. Este principio implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños, donde la que no es sólo tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de la comunidad internacional<sup>49</sup>.

Pero no todos los autores están de acuerdo en cuanto a su contenido, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no

---

<sup>46</sup>En este sentido, Cillero M., *Nulla poena sine culpa*, en [http://www.iin.oea.org/nulla\\_poena\\_sine\\_culpa\\_M.\\_Cillero.PDF](http://www.iin.oea.org/nulla_poena_sine_culpa_M._Cillero.PDF), Bustos J. y Hormázabal H., Derecho penal del niño-adolescente, Pág. 15- 17, Tiffer C., De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/ garantista, en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/tiffer13.htm>, Conde M., en El nuevo sistema penal juvenil en España, en [http://www.iin.oea.org/el\\_nuevo\\_sistema\\_M.\\_Jesus\\_Conde.PDF/](http://www.iin.oea.org/el_nuevo_sistema_M._Jesus_Conde.PDF/) Carmona C., Algunas reflexiones personales sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000 en [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-03.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html), Bernuz M., Justicia de menores española nuevas tendencias en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>, Tinedo G., La política criminal en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Política Criminal de Menores, en [www](http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art_03.pdf) [http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art\\_03.pdf](http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art_03.pdf). / Aguirre R., El nuevo modelo de justicia penal en Nicaragua, en [www.dii.uchile.cl/~webmgpp/estudiosCaso/CASO53.pdf](http://www.dii.uchile.cl/~webmgpp/estudiosCaso/CASO53.pdf)

<sup>47</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho Penal del Niño Adolescente, Pág. 15, así también lo señala la CIDN en su artículo 37 número 3 y 4/ Durandean M., “Resolución Alternativa de Conflictos a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de Conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 82, 83.

<sup>48</sup> De este modo la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores en España, señala como gran principio respecto de la naturaleza penal de la ley al superior interés del menor como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, en este mismo sentido la Ley del Menor Infractor de El Salvador incorporándolo como garantía específica del menor infractor, Giménez y Salinas E., Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado, Pág. 19, 130 y 131 / Baratta A., Infancia y Democracia, en [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Infancia\\_democracia\\_A.\\_Baratta.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_democracia_A._Baratta.pdf) / Horvitz M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 97 / Conde M., El nuevo sistema de justicia juvenil en España, en [http://www.iin.oea.org/el\\_nuevo\\_sistema\\_M.\\_Jesus\\_Conde.PDF/](http://www.iin.oea.org/el_nuevo_sistema_M._Jesus_Conde.PDF/) Cillero M., El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf) / Garay A., Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en [http://www.pj.gob.pe/CIJ/del\\_mod\\_tutelar\\_a\\_mod\\_responsabilidad%20C%204.%2011.pdf](http://www.pj.gob.pe/CIJ/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad%20C%204.%2011.pdf) / García Pérez O., “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores”, en *Estudios jurídicos Ministerio Fiscal N° I*, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, año 2002, Pág. 715- 722

<sup>49</sup> De este modo lo entiende la CIDN en su artículo 3.1 y Cillero M., El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf)

satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica<sup>50</sup>. Hay quienes estiman que se refiere a la satisfacción integral de sus derechos, teniendo como características el ser una garantía de gran amplitud, como norma de interpretación o resolución de conflictos y además orientador respecto de las políticas públicas de la infancia<sup>51</sup>. Para otros tendría una validez *prima facie* reforzada, a los intereses del menor se encuentran dotados de especial peso y significación por el solo hecho de tratarse de niños<sup>52</sup>. Para Baratta, sigue teniendo una perspectiva amplia, como un principio de relevancia universal del interés del niño<sup>53</sup>. Bustos y Hormázabal, indican que no bastaría con una garantía general de promoción o derechos del niño, para convertirse en tal, debe ser preciso en su contenido sino carecería de todo sentido, frente al interés de la autoridad o del Legislador prima en forma absoluta el interés del niño, como garantía de sus derechos, como reconocimiento de su estatus, primando su interés sin lugar a ningún tipo de relativiza, donde este principio representa mucho más que el respeto y reconocimiento propio de toda persona en general, señalan que se trata de una garantía como complemento reforzador de todos los demás principios garantistas, lo que implica que la restricción de los derechos ha de ser limitada y de manera excepcional<sup>54</sup>.

## 2.3 Principios garantistas materiales y formales

### 2.3.1 Principios garantistas materiales

#### 2.3.1.1 Necesidad de la Pena y Principio de Autonomía progresiva del niño/niña

Respecto al tema de si es necesario o no un derecho penal de adolescentes, existen autores que disienten respecto de su existencia, ya que sería político criminalmente incorrecto, toda vez que se vería perjudicado el desarrollo del adolescente y la mejor política criminal sería una respuesta exclusivamente educativa<sup>55</sup>. El debate en diferentes países radica en que la labor del Estado no puede verse agotada en la sanción de conductas delictivas, sino que debe hacerse cargo más bien, de los problemas integrales del adolescente, y si estas pretensiones pueden realmente desarrollarse en el seno del sistema de justicia juvenil,

---

<sup>50</sup> Cillero M., El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf) /

<sup>51</sup> Es así para el jurista Cillero M., El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf) , en el mismo sentido Zermatten J., El interés superior del niño, del análisis literal a un alcance filosófico, en [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf) / Horvitz M., „Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 97

<sup>52</sup> Le otorga este contenido Jaime Couso, Bustos J., Hormázabal H., Derecho Penal del Niño Adolescente, Pág. 18

<sup>53</sup> Así lo señala Alessandro Baratta, *Ibidem*, Pág. 18 / Baratta A. , *Infancia y Democracia* , en [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Infancia\\_democracia\\_A\\_Baratta.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_democracia_A_Baratta.pdf)

<sup>54</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho penal del niño adolescente , Pág.21y 22

<sup>55</sup> *Ibidem*, Pág. 22 / Durandeu M., “Resolución alternativa de conflictos a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 86, en el mismo sentido García Méndez E. citado por Couso J., en “Alternativas a la pena en el derecho penal de adolescente. Panorama de una política criminal comparada”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 100

donde algunos admiten una solución separada de la acción de la justicia<sup>56</sup>. Para otros, el problema la alternativa a seguir en el caso de encontrarnos ante adolescentes que cometen delitos graves, es asumir esta realidad penal y delimitar la etapa del niño en que se va a aplicar<sup>57</sup>.

Desde otro punto de vista, el Principio de la Autonomía Progresiva del niño hace necesario un derecho penal del adolescente diferente al de los adultos, ya que si bien el niño es persona, el ejercicio de sus derechos es progresivo, sus necesidades e intereses son por consecuencias diferentes, por lo que debe constituir un derecho autónomo. La LRPA hace directamente aplicables las reglas de determinación de la pena de los adultos a los adolescentes, el Legislador ha sido inconsecuente con el principio del interés superior del niño, lo que refleja poco entendimiento por parte del Legislador respecto del significado propio de éste derecho.

Los principios fundamentales que diferencian al sistema de responsabilidad penal adolescente son: la descriminalización, la desinstitucionalización, la desjudicialización ciertamente de las conductas penales pero igualmente de las cuestiones relacionadas a la falta de recursos materiales<sup>58</sup> y la diversión. La LRPA al incluir todos los delitos del sistema penal adulto, no cumple con el principio de descriminalización ni la desinstitucionalización. En cuanto a la desjudicialización, tampoco se observa, toda vez que no se introdujo la mediación ni el sistema reparatorio como soluciones del conflicto y el principio de oportunidad sólo de manera muy tímida, tampoco se consideró a la diversión<sup>59</sup>. Del principio de necesidad de la pena surgen una serie de subprincipios: extrema ratio, proporcionalidad, la consideración del derecho penal desde las consecuencias y la alternatividad interna como externa.

---

<sup>56</sup> Couso J., en “Alternativas a la pena en el derecho penal de adolescente. Panorama de una política criminal comparada”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág.95, 96,98, 106. En el debate pre legislativo español de una ley de justicia juvenil se postuló el establecimiento de un sistema específico cuyos objetivos fueran la búsqueda de sistemas compensatorios de la vulnerabilidad de los menores y apoyos a los procesos de socialización todo dentro de un Tribunal Civil con un procedimiento no penal, una justicia que apuntara al equilibrio de desigualdades y restañamientos de asimetrías personales.

<sup>57</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho penal del niño adolescente , Pág. 23

<sup>58</sup> La CIDN abarca desde la desjudicialización de ciertas conductas de tipo penal en su artículo 37 n° 3, Durandean M., “Resolución alternativa de conflictos a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 79, 82 / García Pérez O., “Los actores públicos del proceso penal de menores, el inicio de éste y las vías desjudicializadoras” en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, edición Fernando Pérez A., Pág. 754-756

<sup>59</sup> Op.Cit, Pág. 25 y 26

### 2.3.1.2 Subprincipios

#### 2.3.1.2.1 Extrema ratio

El carácter de extrema ratio del control penal, dado por el interés superior del niño, se encuentra establecido en la CIDN, señalando que las sanciones privativas de libertad se utilizaran como medida de último recurso y durante el período más breve posible<sup>60</sup>. Todo esto hacía indispensable una valoración de muchas instituciones del derecho penal de adultos. La aplicación en forma supletoria del CP no lo ha hecho posible, con lo que se ha pervertido el significado del derecho penal de adolescentes<sup>61</sup>.

#### 2.3.1.2.2. Proporcionalidad

Este principio es muy importante en cuanto a la aplicación de las penas. Para algunos autores, es criticable que se haya establecido en el artículo 18 de la LRPA una pena de diez años para los adolescentes entre 16 y 18 años, mientras que a aquellos entre 14 y 16 años, de cinco. No se aprecia la razón de la diferencia, si se parte de la consideración que los tiempos para un adolescente son totalmente distintos que para un adulto y por otra parte, que el objetivo es la integración social del adolescente y por consiguiente, una pena privativa de libertad de larga duración necesariamente va contra ese objetivo<sup>62</sup>.

#### 2.3.1.2.3 Consideración del derecho penal desde las consecuencias

La consideración del derecho penal desde las consecuencias, es decir, la posibilidad de considerar si la sanción impuesta al menor es más perjudicial para el menor infractor, resulta contradicha con una pena de hasta diez años de privación de libertad, señalada en el artículo 18 de la LRPA<sup>63</sup>.

#### 2.3.1.2.4 Alternatividad tanto externa como interna

En relación a la alternatividad interna, se refiere a la posibilidad de que el Tribunal cuente con diferentes opciones simultáneas para sancionar un determinado hecho. Al tomarse como punto de partida el sistema de penas privativas de libertad del CP, es decir, una escala rígida ajena al sentido de un control penal para el adolescente, ello necesariamente impide una mayor amplitud en la alternatividad de las sanciones<sup>64</sup>.

Respecto de la alternatividad externa, esto es que se prefiera suspender el procedimiento penal, aun ya a nivel de la policía sin intervención alguna, o bien, con alguna intervención de carácter social ambulatorio, no se contempla dentro de la ley y lo único que puede estimarse semejante es la disposición sobre aplicación del principio de oportunidad<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Artículo 37 letra b) CIDN

<sup>61</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho penal del niño adolescente, Pág. 26

<sup>62</sup> *Ibidem*, Pág. 26 y 27

<sup>63</sup> *Ibidem*, Pág. 27 / Tinedo G., La política criminal en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Política Criminal de Menores, en [http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art\\_03.pdf](http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art_03.pdf).

<sup>64</sup> Como surge del artículo 23 de la LRPA.

<sup>65</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho Penal del Niño Adolescente, Pág. 27 / Artículo 35 LRPA

### 2.3.1.3 Bien jurídico

La cuestión sobre este principio radica en si el Estado puede intervenir respecto de los adolescentes en la protección de los mismos bienes jurídicos que se consideran en el derecho penal de adultos. Si se estima que no hay diferencia ambos, como pareciera ser la tendencia de nuestra ley, evidentemente la respuesta sería afirmativa y es por ello que, en principio, cualquier delito del CP de adultos puede ser cometido por un adolescente y por consiguiente afectar un bien jurídico. Pero si consideramos que las necesidades de los adolescentes son diferentes, la respuesta tendría que ser negativa<sup>66</sup>. Bienes jurídicos como el sistema de ingresos y egresos del Estado, el sistema crediticio, la libre y limpia competencia, entre otros, no surgen en las relaciones sociales de los adolescentes, por tanto serán normas totalmente vacías y sin aplicación práctica. Si se considera la autonomía del derecho penal de adolescentes, debe tomarse como punto de partida los bienes jurídicos correspondientes: vida, salud individual, libertad, patrimonio, seguridad pública y salud pública, especificando los delitos que quedan comprendidos<sup>67</sup>.

### 2.3.1.4 Dignidad de la persona

La dignidad de la persona implica autonomía e indemnidad personal. Desde el momento que reconocemos que el adolescente y el niño es persona, reconocemos también su autonomía ética y por consiguiente un ser responsable, el derecho a la igualdad ante la ley, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad y que esa responsabilidad es progresiva, elemento que es presupuesto fundamental para la intervención penal<sup>68</sup>. El principio de indemnidad es el fundamento para la teoría de la determinación de la pena, donde la indemnidad personal implica que el niño no puede ser sometido a sanciones que signifiquen una degradación de su persona, que eliminen sus derechos o impidan su ejercicio<sup>69</sup>.

### 2.3.1.5 Finalidad de las sanciones

La finalidad de las sanciones consiste en ampliar las opciones de la persona de modo que frente a un conflicto tenga la posibilidad de un amplio abanico de alternativas y no sólo el de la situación delictiva. La LRPA apunta en esa dirección en cuanto el objetivo de las sanciones es la plena integración social del delincuente<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Diversos autores entienden que la respuesta es negativa, tales como Hernández H., Horvitz M., Couso J., Bustos y Hormázabal H.

<sup>67</sup> Op.Cit, Pág.28, en el mismo sentido Hernández H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág.198, 199

<sup>68</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho Penal del Niño Adolescente, Pág. 28 / Tinedo G., La política criminal en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Política Criminal de Menores, en [http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art\\_03.pdf](http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art_03.pdf).

<sup>69</sup> Es claro en este sentido el artículo 26 número 26 de la CPE y el artículo 37 de la CIDN.

<sup>70</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho Penal del Niño Adolescente, Pág.42y 44, la LRPA lo establece expresamente en su artículo en su artículo 20.

### 2.3.2 Principios garantistas formales

El principio de legalidad de los delitos y las penas, tanto en su expresión en el derecho penal como en el proceso, tiene plena aplicación y sólo habría que entenderlo reforzado por el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Establecidos en el artículo 3.1 y 12 de la CIDN / Maxera R., La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales:El caso de Costa Rica, en [www.  
http://www.iin.oea.org/La legislacion penal R. %20Maxera.pdf](http://www.iin.oea.org/La_legislacion_penal_R._%20Maxera.pdf)

## Capítulo IV. Lineamientos dogmáticos para un derecho penal de adolescentes

### 1. Teoría del delito

El CP tiene carácter de supletoriedad en la LRPA, por tanto, se entiende que tiene plena, en todos los conceptos que determinan la calificación jurídica del delito. En cuanto a la división de los delitos por su gravedad, se distingue entre crímenes, simples delitos y faltas. Aunque aparentemente a los adolescentes no se les apliquen las faltas, surge un *fraude de etiquetas*, ya que en los artículos 102 A y siguientes de la LRPA se establece un procedimiento con sanciones para todas las faltas establecidas en el CP, pero además el inciso tercero agrega que a los mayores de 16 años se les aplicarán sólo las faltas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19 en relación con el artículo 477, 494 *bis*, 495 N° 21, 496 números 5 y 26 del CP, las tipificadas en la Ley 20.000 y que en los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968 de Tribunales de Familia<sup>72</sup>. La regulación incluida en la LRPA, no da cuenta de los aportes y restricciones que la legislación comparada ha ido incorporando en el ámbito sancionatorio juvenil, en el que el proceso de desarrollo del joven demanda al Estado no sólo reacciones diferenciadas a las previstas para los adultos, sino también un menor catálogo de conductas punibles, es decir, un derecho penal mínimo y menos severo tanto en la tipificación de los delitos cuanto en la calidad y cantidad de las sanciones, se aprecia a esto como defecto legislativo, diferenciando al sistema en el nivel de las sanciones y no en el de la tipificación normativa<sup>73</sup>.

En cuanto a la prescripción de la acción penal y la pena, se establece una regla especial, respecto de los crímenes una prescripción de cinco años, para los simples delitos, de dos años y para las faltas de seis meses. En cuanto a las demás reglas sobre prescripción hay que estarse al CP<sup>74</sup>. Para algunos autores, empleando una interpretación *in bonem partem* propia de un derecho penal mínimo de adolescentes, la regla especial de prescripción establecida en el artículo quinto de la Ley 20.084, debe hacerse extensiva a los plazos de prescripción de la reincidencia contemplados en el artículo 104 CP. También podría afirmarse que para la consideración del hecho en crimen o simple delito se debe aplicar previamente la norma del artículo 21 de la LRPA, por ser ella la que proporciona la pena asignada al delito. La misma interpretación debería hacerse al artículo 103 del CP, en virtud del cual si el imputado se presenta o es habido antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad, el Tribunal debería considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante sea en la imposición de la pena o para disminuir la ya impuesta. Para los mismos, la regla de exclusión del inciso final del artículo 103 CP no afecta a las prescripciones del artículo quinto de la LRPA, por no tener la naturaleza de prescripciones especiales de corto tiempo<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho Penal del niño adolescente, Pág. 31.

<sup>73</sup> Horvitz M., "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 98- 99

<sup>74</sup> Op.Cit, Pág. 33 y 34

<sup>75</sup> Cerda R., Cerda M., Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Pág.127

Existe un amplio grupo de cuestiones esenciales en materia de responsabilidad penal que no han sido abordadas explícitamente por la ley, y respecto de las cuales debería existir un tratamiento diferenciado, especialmente en el caso de la teoría del delito del derecho penal de adolescentes, quedando el intérprete obligado a una lectura diferenciada de las reglas generales sobre la materia cuando éstas sean aplicadas a los adolescentes<sup>76</sup>. Se sostiene que las deficiencias de la ley no pueden subsanarse vía interpretativa, por lo que sólo quedaría impugnar su legitimidad, instando por su inaplicabilidad e inconstitucionalidad, lo que no aparece necesario toda vez que la vía interpretativa ofrece una solución satisfactoria, específicamente en el ámbito de jurisdicción, el deber de todo juez de preferir dentro de las posibilidades que admite la letra de la ley, aquellas lecturas que sean compatibles con el texto constitucional<sup>77</sup>.

### 1.1 Tipicidad Objetiva /Subjetiva

El concepto de bien jurídico, como garantía, debe ser tomado en cuenta a la hora de fundamentar la categoría de tipicidad en la aplicación de la LRPA, pero junto al mismo los jueces deben considerar el interés superior del niño, y tener en cuenta por ejemplo, la necesidad del adolescente de probar la norma, lo cual lo puede llevar a la comisión de determinados delitos de poca monta y en que correspondería aplicar el principio de oportunidad<sup>78</sup>. Ello significa comprender la delincuencia juvenil más como un problema social antes que criminal, que, en lo posible, debe ser enfrentado primordialmente con políticas de asistencia o con medios extrapenales de conciliación de los conflictos, antes que con estériles medidas represivas<sup>79</sup>. De este modo lo establecen los instrumentos internacionales, a través de vías desjudicializadoras, tal es el caso de España, a través de la decisión de renunciar a un proceso iniciado o ponerle fin mediante una medida alternativa, donde la comisión del hecho trae igualmente consecuencias al menor, como el enfrentamiento con la policía y la administración de justicia, la incertidumbre de la investigación, la reacción familiar y social, entre otras<sup>80</sup>

Respecto a la aplicabilidad de ciertas descripciones típicas, a pesar de que la LRPA no establece un catálogo de conductas punibles separado del CP, no significa que no puedan hacerse matizaciones tratándose de hechos cuya criminalización al ser cometidos por menores de edad, no sólo parece irracional sino además manifiestamente no responde a los propósitos legislativos. Resulta evidente que al formular el tipo penal el Legislador ha tenido en mente sólo la comisión por parte de un adulto debido a que el tipo objetivo de los delitos exige la diferencia de edad, de este modo la edad del agente es un aspecto central para la configuración típica de

---

<sup>76</sup> Hernández H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág.198

<sup>77</sup> *Ibidem*, Pág.200

<sup>78</sup> Bustos J., Hormázabal H. , *Derecho Penal del niño adolescente*, Pág. 34

<sup>79</sup> Horvitz M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 98

<sup>80</sup>García Pérez O., “Los actores públicos del proceso penal de menores, el inicio de éste y las vías desjudicializadoras” en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, edición Fernando Pérez A., Pág. 758

algunos delitos<sup>81</sup>. Además debe considerarse que durante la adolescencia es natural que las percepciones sean diferentes de las que rigen los adultos lo que tiene directa influencia en la cognición y asimilación de los conceptos que se construyen en forma social, los cuales estructuran a los tipos penales. Puede producirse un desfase entre la percepción del adolescente respecto del significado del entorno y de sus propios actos y la que el resto de la población puede tener, desfase que debiera ser reconocido y valorado por el sistema jurídico penal<sup>82</sup>.

Respecto del tipo subjetivo, concretamente a través del error de tipo, sería posible considerar la diferente percepción de una divergencia de valoración con el sistema jurídico y además un déficit cognitivo que afecte la comprensión de las circunstancias que rodean la propia conducta<sup>83</sup>.

### 1.2 Antijuricidad. Causales de Justificación

En la determinación de las causas de justificación, el principio de interés superior del niño toma una especial relevancia, en cuanto en estas hay reconocimiento de derechos y por consiguiente existe una situación de conflicto. Bustos y Hormázabal señalan que respecto de las circunstancias de esa situación de conflicto, el interés superior del niño ha de tener una importancia específica. Por ejemplo, al estimarse su apreciación desde la racionalidad del adolescente y no desde un adulto, con lo cual su derecho a defensa se ha de apreciar reforzado<sup>84</sup>. En este sentido Hernández señala que en materia de antijuricidad, se imponen adecuaciones en razón de la edad del imputado, especialmente en la interpretación diferenciada de los requisitos de las causas de justificación principales como la legítima defensa y el estado de necesidad<sup>85</sup>.

## 2. Teoría de la Responsabilidad o del Sujeto Responsable

La problemática del menor no se puede reducir a estos términos de conocimiento y voluntad, sino que se trata en su caso de una consideración global de su situación dentro del sistema social. Se trata de una consideración fundamentalmente político criminal y no por tanto psicologista. Al sancionarlo por su hecho injusto, resulta indispensable la consideración de una capacidad de respuesta, interferida por los obstáculos a la satisfacción de sus necesidades, en virtud de su especial situación dentro del sistema social y de las garantías correspondientes, que surgen justamente de la especialidad de esas necesidades y de los obstáculos a su satisfacción<sup>86</sup>. Por tanto corresponde evaluar que tipo de respuestas son exigibles conforme al desarrollo y formación del menor, teniendo especial relevancia para el caso de los adolescentes el interés superior del niño. Tendrá que considerarse si el Estado cumplió con el desarrollo de las

---

<sup>81</sup>Op.Cit., Pág. 202-204, por ejemplo, los delitos en los cuales sólo puede ser un niño o adolescente, como en el delito de violación impropia del artículo 362 CP o los abusos sexuales impropios del artículo 366 bis CP.

<sup>82</sup> Hernández H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág. 205-206

<sup>83</sup>El error de tipo por inmadurez o experiencia del adolescente se reconoce en otros ordenamientos jurídicos, como en el derecho alemán.

<sup>84</sup>Bustos J., Hormázabal H., *El Derecho Penal del Niño Adolescente*, Pág. 34

<sup>85</sup>Hernández H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág. 207-208

<sup>86</sup>Bustos J., La imputabilidad y la edad penal, en [www.iin.oea.org/imputabilidad\\_y\\_edad\\_penal.pdf](http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf)

necesidades del niño y habrá que tener en cuenta si la respuesta determinada que exige el Estado se corresponde con las necesidades del adolescente.<sup>87</sup>

Horvitz señala que el joven no debe responder penalmente por los mismos comportamientos que resultan reprochables en un adulto, pues aquél todavía se halla en medio del proceso de internalización y asunción de los mandatos y prohibiciones que constituyen la base de las infracciones penales y, por otro lado, no parece razonable hacer exigibles bajo amenaza penal ciertas conductas que presuponen la calidad de ser portador competente de roles en el tráfico jurídico social y económico cuando el propio derecho no considera a los jóvenes plenamente capaces de desempeñarse en ellos<sup>88</sup>

En materia de inimputabilidad, Hernández considera que debe hacerse una revisión profunda de la exclusión de responsabilidad por enfermedad mental, debiendo establecerse un análisis de la singularidad del estado en cuestión de un individuo adolescente. La inmadurez y labilidad del sujeto, su relativa inestabilidad emocional y la posibilidad de reacciones irracionales propias de una etapa de transición vital, obliga a atribuirle un peso mayor a las alteraciones mentales. Esto no sería discutible toda vez que se desprende de la propia legislación, respecto de la especial consideración que merecen las anomalías que sufren los adolescentes en el delito de estupro, en el artículo 361 N°1 del CP, al establecer que tal anomalía no tiene la entidad suficiente como para constituir enajenación o trastorno, por tanto, la minoría de edad como factor adicional concomitante a la anomalía o perturbación, hace de ésta un estado relativamente equivalente al de enajenación o trastorno tratándose de adultos<sup>89</sup>. Por tanto, las perturbaciones mentales tienen en nuestro derecho una relevancia mayor cuando afectan a los adolescentes, lo que necesariamente debe expresarse en la aplicación e interpretación del artículo 10 N°1 CP<sup>90</sup>.

## 2.1 Exigibilidad sistémica

La exigibilidad sistémica implica tener en cuenta diversas situaciones de desigualdad, que sin ser anómalas no implica que tales personas no tengan capacidad de entender y querer normativamente, sólo que el sistema tiene que asumir la pluralidad y las diferencias existentes y no puede imponer la visión de la mayoría. El problema radica en la capacidad del sistema para elegir una respuesta determinada por parte del joven infractor, lo que significa tener en cuenta las limitaciones del sistema, no debiendo actuar de manera discriminatoria, ya que dentro del sistema existen adolescentes con una racionalidad diferente, respecto de los cuales no hay capacidad de comunicación, por lo que el sistema debe respetarlas, como el caso de las enfermedades mentales o las culturas indígenas<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Op.Cit, Pág. 36y 37

<sup>88</sup> Horvitz M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 98

<sup>89</sup> Hernández H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág.208 y209

<sup>90</sup> El autor señala que el acceso carnal a personas mayores de 14 años mediante abuso de su enajenación o trastorno mental constituye siempre delito de violación del artículo 361 N°3 CP, en tanto que el abuso de una simple anomalía o perturbación mental, no tendría la entidad suficiente como para constituir enajenación o trastorno, por lo tanto solo tendría relevancia penal en casos excepcionales cuando la víctima es adolescente. *Ibíd*em, Pág.208-210

<sup>91</sup> Bustos J., Hormázabal H., *El Derecho Penal del Niño Adolescente*, Pág. 38

## 2.2 Exigibilidad del conocimiento del injusto

Se debe determinar en el caso concreto la posibilidad de exigirle al acusado la conciencia de valores que configuren el injusto, es decir, si el adolescente está en condiciones de afectar un bien jurídico y si estos eran considerados por él como un bien a proteger normativamente. La exigibilidad resulta sólo de que el sujeto en concreto haya internalizado los valores del sistema o por lo menos haya tenido la posibilidad de hacerlo, un proceso complejo en que se requiere la internalización de aspectos más sutiles de carácter cultural, lo que se pretende indagar es si lo prohibido es parte del proceso de elaboración interna del adolescente.<sup>92</sup>

A juicio de Hernández, al examen propio de la dogmática general debe agregársele la consideración del componente etario. La capacidad de internalización está condicionada por los avances en el proceso de socialización y en último término, por el desarrollo del sujeto. Asimismo, cuando la diferencia implica un déficit cognitivo en cuanto al significado objetivo del propio comportamiento, es posible capturar estos casos por vía del error de prohibición, afirmando que por una diferente percepción del significado social del hecho, en términos de valoración social del mismo, el adolescente no ha podido razonablemente conocer el carácter del injusto de su conducta ni consecuentemente enderezarla de acuerdo a derecho<sup>93</sup>.

## 2.3 Exigibilidad de una conducta distinta

En este apartado se debe determinar si el sujeto concretamente se encuentra en situación de responder de sus actos en contra del derecho considerando las circunstancias concretas que lo llevaron a actuar. El sistema exige un comportamiento determinado del adolescente, es decir, que conforme a la situación en que se encuentra la persona, el sistema pueda exigirle que su comportamiento se adecue a su conciencia de lo prohibido.

Respecto de las causas que eximen de responsabilidad, el Legislador debió haber considerado la introducción de una cláusula de analogía, considerando el principio de interés superior del niño, de modo que de esa manera el juez pudiese considerar sin mayor esfuerzo interpretativo otras causales.<sup>94</sup> La circunstancia eximente de responsabilidad de fuerza irresistible o miedo insuperable, supondría considerar no sólo el carácter extraordinario de las circunstancias concomitantes, sino también evaluar el efecto de las mismas desde la perspectiva de las circunstancias personales de quien se ve enfrentado a ellas. La única importancia que tendría enfatizar la peculiaridad de los adolescentes radicaría en que se asegure un examen diferenciado para ellos, atento al factor etario. Se debe establecer si el carácter irresistible o insuperable de la fuerza o miedo al menos a partir de la idea de un adolescente medio, que en razón de su menor desarrollo y madurez posee en general un potencial menor de exigibilidad<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> *Ibíd.*, Pág. 39

<sup>93</sup> Hernández H., “Nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág. 212-213

<sup>94</sup> Bustos J., Hormázabal H., *El Derecho Penal del Niño Adolescente*, Pág. 40

<sup>95</sup> *Op.Cit.*, Pág.211-212

### 3. Teoría de la Determinación de la Pena

#### 3.1 Criterio de determinación de la naturaleza de las penas. Criterios cualitativos

Se encuentra determinado por la entidad del delito cometido, los grados de participación y desarrollo del delito, grado de desarrollo del injusto y la responsabilidad, circunstancias modificatorias del injusto y de la responsabilidad y el concurso de delito, el acento en relación a la determinación de la pena está en el carácter preventivo especial de ésta<sup>96</sup>. En el proceso de individualización de la pena el juez debe aplicar los criterios establecidos en la ley para cuya interpretación será de importante auxilio la función atribuida a la pena, juega como criterio general de determinación punitiva la privación de libertad como último recurso, basado en consideraciones preventivo especiales a los que da forma el principio del interés superior del niño, si bien las sanciones tienen componentes tanto retributivos como preventivo especiales, posee mayor finalidad la dimensión asistencial en el proceso de reinserción social del niño, circunstancia que juega un papel preponderante al seleccionar la naturaleza y extensión de la sanción aplicable<sup>97</sup>.

El fundamento principal en esta categoría es el principio de indemnidad, el que resulta más amplio en el caso del adolescente, pues el juez debe considerar en cada caso particular en que medida afecta su desarrollo y sus necesidades. Además el juez debe tener en cuenta el interés superior del niño, el que orientará en el sentido de hacer preferible una pena que implique menor afección a la promoción y fortalecimiento de los derechos del niño y la necesidad de la pena, principio que se convertiría en un criterio para excluir de pena hechos de poca significación y además para optar por una pena menos gravosa para el desarrollo y necesidades del adolescente<sup>98</sup>. Cerda y Cerda, señalan que en razón del interés superior del niño, deben primar los criterios de prevención especial positiva e integración social del adolescente, por sobre la inocuización aún tratándose de delitos graves y de autores reincidentes<sup>99</sup>.

Hernández indica que señalan que la determinación de los alcances de las circunstancias atenuantes y agravantes tiene una importante aplicación práctica, donde la inmadurez del adolescente condiciona la aparición de reacciones irracionales, algunas veces violentas, que no pueden entenderse sin consideración a su situación etaria, debiendo hacerse un análisis diferente en razón del principio de proporcionalidad. En cuanto a las circunstancias agravantes la singularidad de la situación del agente debe realizarse una revisión cuidadosa de los presupuestos bajo los cuales se aplica la LRPA, debiendo tener presente la diferente percepción y valoración que respecto de diversas situaciones puede tener una persona con una

---

<sup>96</sup> Op.Cit., Pág.56-59

<sup>97</sup> Horvitz M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 100-101

<sup>98</sup> Bustos J., Hormázabal H., *El Derecho Penal del Niño Adolescente*, Pág. 56-60

<sup>99</sup> Cerda M., Cerda R., *Sistema de Responsabilidad Penal de adolescentes*, Pág. 43, en el mismo sentido García Pérez O., “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, N° I, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, año 2002, Pág. 715- 716

socialización deficiente<sup>100</sup>. En lo que respecta al concurso de delitos, en nuestra legislación de la aplicación del CP con su carácter subsidiario, se estima que la imposición de penas mediante este sistema podrían considerarse inhumanas y contraria a los fines preventivos, ya que si es necesario en el sistema adulto limitar a la pena en el concurso de delitos, más necesario será aún en el caso de los menores, teniendo en cuenta sus finalidades y el interés del menor, dejando de lado el principio de proporcionalidad, como por ejemplo en el caso español donde la propia ley establece reglas específicas de determinación de las medidas en el caso de concurso ideal, real y medial<sup>101</sup>, aunque en la práctica el juez debe atender igualmente a otros criterios como al edad del infractor, circunstancias familiares y sociales, la personalidad, su contenido educativo y rehabilitador y la finalidad de prevención especial<sup>102</sup>.

Cabe señalar que además de los criterios cualitativos que tiene en cuenta el juez para determinar las reglas de extensión de las penas establecida en el artículo 21 LRPA y su artículo 24 el cual señala reglas especiales para la determinación de la sanción concreta. Bustos y Hormázabal dicen que no resulta aplicable el artículo 24, ya que repite lo indicado en el artículo 21<sup>103</sup>. Sin embargo, una interpretación sobre la base de los principios de necesidad de la pena y alternatividad de las sanciones haría aplicable ambos catálogos. Lo discutible respecto de la disposición, lo encontraríamos en las letras b) y c) del mismo artículo<sup>104</sup>, las cuales trasgreden el<sup>105</sup> principio *non bis in idem*, ya que se estaría valorando una circunstancia dos veces. Sin embargo, un argumento a favor sería que existiría una mayor protección de los derechos, pero de todas formas seguiría existiendo una transgresión grave en el caso de considerar como fundamento de la sanción a las circunstancias agravantes, pues ellas ya determinaron al extensión de la pena y por tanto no podrían ser fundamento para determinar la sanción, la valoración hecha por el juez como por la ley tendrían el mismo fundamento circunstancial. En este mismo sentido, Horvitz señala el caso de las circunstancias modificatorias, que podrían determinar *prima facie* una doble consideración del mismo hecho o circunstancia para la cuantificación de la sanción, procedimiento que va en contra del principio *non is in idem*, ocurriendo lo mismo respecto de la letra d) del artículo 24, donde este criterio ya tendría importancia para determinar el límite máximo de las penas privativas de libertad, lo que podría agravar la situación del menor, por

---

<sup>100</sup> Hernández H., “Nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág.213-215. Por ejemplo, las que señala el artículo 12 N°9 CP, 12 N°3 CP, 12 N°7 CP y 12 N°18 CP

<sup>101</sup> La ley orgánica que regula la responsabilidad penal de los menores lo establece en su artículo 11 y 12.

<sup>102</sup> Serrano M., “El concurso de delitos en la ley penal del menor y en el proyecto de reforma”, en Guzmán J., Serrano A., *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, Pág. 1103-1110

<sup>103</sup> La Ley 20.191 modificó el artículo 22 el cual fue reemplazado en su contenido, las reglas sobre extensión de las penas a las cuales se refieren los autores al mencionar el artículo 22 en su libro, actualmente se encuentran en el artículo 21 de la Ley 20.084. / Bustos J., Hormázabal H., *El Derecho Penal del Niño Adolescente*, Pág. 64

<sup>104</sup> Se repiten las valoraciones respecto b) participación en el hecho y grado de ejecución y c) concurrencia de circunstancias atenuantes.

<sup>105</sup> Referida a la edad del adolescente infractor

tanto sólo debería interpretarse en un sentido favorable al mismo, mientras más joven debe optarse por penas menos aflictivas y menos desocializadoras<sup>106</sup>.

### 3.2 Duración de las Penas. Criterios cuantitativos

La regla fundamental de carácter cuantitativo señala que la imposición de la pena en ningún caso puede superar los máximos de cinco años para los adolescentes de hasta 16 años y 10 años para los de hasta 18 años<sup>107</sup>. Algunos autores disienten respecto al límite de su duración, indicando que el límite máximo debería ser cinco años en el caso de crimen, ya que en diez años es muy difícil ejercer el efecto resocializador, si se quiere conseguir como finalidad la integración del adolescente, de modo de evitar el contacto criminógeno y el riesgo de profesionalización de la carrera de criminal del adolescente, sólo la reinserción o por lo menos la no desocialización permitirá evitar el riesgo de las reincidencias delictivas<sup>108</sup>.

El tratamiento punitivo más benigno se dispensa a quien, por su edad, esta en una situación de menor desarrollo cognitivo y de personalidad, lo que le impide aprehender cabalmente las normas y adecuar su comportamiento a ellas, la finalidad especial del derecho penal juvenil determina la imposición de sanciones más blandas en cuanto a duración y naturaleza, a fin de favorecer y fortalecer el respeto de las normas y suplir las necesidades de desarrollo e integración social del adolescente<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Horvitz M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7, Universidad de Chile, año 2006, Pág. 103 y 114

<sup>107</sup> Artículo 18 LRPA

<sup>108</sup> Cerda R., Cerda M., Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes, Pág.61 / Bustos J., Hormázabal H., Derecho penal del Niño Adolescente, Pág. 44- 46

<sup>109</sup> Op.Cit, Pág. 109/ García Pérez O., “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores”, en *Estudios jurídicos Ministerio Fiscal N° I*, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, año 2002, Pág. 715

## Capítulo V. Estudio dogmático a través de la jurisprudencia

### 1. Determinación de los lineamientos dogmáticos utilizados por los Tribunales a la luz de la dogmática jurídico penal general y de la orientación político criminal de la Ley 20.084

Del análisis de la totalidad de sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia se determina una absoluta adhesión por parte de los jueces a la dogmática general en lo que respecta a la Teoría del delito y la Teoría de la Responsabilidad. Respecto de la Teoría del delito y específicamente en la tipicidad objetiva y subjetiva, la calificación jurídica del hecho no hace referencia a la incorporación de postulados político criminales atendiendo a la condición etaria del menor, lo mismo ocurre con la categoría de antijuricidad, en ninguno de los casos se establecieron causales de justificación ni algún tipo de razonamiento inspirado en la LRPA ni en la CIDN. En la Teoría de la Responsabilidad, el juez fundamenta el establecimiento de ella basándose exclusivamente en construcciones de la dogmática general y específicamente en la declaración de discernimiento, toda vez que el delito fue cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la LRPA y a pesar de haber establecido expresamente en la sentencia la aplicación de la Ley 20.084, como ley más favorable al acusado. En la exigibilidad sistémica, no se mencionan los principios político criminales rectores de la nueva legislación ni se toman en cuenta antecedentes de modo de apreciar el mundo propio del adolescente y su manera de percibir la realidad. Respecto de la exigibilidad del conocimiento del injusto, si bien se consideran las capacidades volitivas y cognitivas del menor, éstas no se refieren a la indagación de internalización de valores por parte del menor ni a otro tipo de antecedentes que determinen si lo prohibido es parte del proceso de elaboración interna del adolescente. En la exigibilidad de una conducta distinta no se distinguen criterios de determinación desde la conciencia prohibido de lo prohibido del menor ni fundamentos que se deduzca una orientación al establecimiento de una dogmática especial en este apartado. Por consiguiente, el estudio se centró principalmente en la Teoría de la determinación de la pena, debido a que sólo en este aspecto se configuró una dogmática especial por parte del juez.

#### 1.1 Tribunal Oral de Osorno, en sentencia de siete de agosto de 2007, que incide en causa RIT 26-2007, RUC 0500218361-9.

Hechos: “En la madrugada del día 04 de junio de 2005, en circunstancias que la víctima XXX<sup>110</sup>, de 14 años de edad, se encontraba en una fiesta en el sector rural “Los Arados”, en los momentos en que salía al baño, el cual se encontraba fuera de la casa, los acusados YYY<sup>111</sup> (16 años) y Alex Liborio Gallardo Vidal procedieron mediante fuerza a llevar a la víctima hasta una leñera ubicada en el lugar, en donde procedieron a golpearla con golpes de pies

<sup>110</sup> Persona víctima del hecho delictivo.

<sup>111</sup> Menor de edad acusado de la comisión del ilícito.

y puño, para luego proceder a despojarla de sus pantalones, procediendo a penetrarla vaginal y analmente en contra de su voluntad”.

#### 1.1.1 Teoría de la determinación de la pena

##### 1.1.2.1 Criterio de determinación de la naturaleza de las penas

Se reconoce la circunstancia atenuante, descrita en el artículo 11 número 6 del CP. El Tribunal considera el grado de participación del acusado y el grado de desarrollo del delito, así como la necesidad de la pena. Se ve ampliado el principio de indemnidad, al evaluar en forma exhaustiva la manera en que el menor infractor se verá afectado con la medida impuesta, tanto en su desarrollo y como en sus necesidades. En esta categoría se reconoce una dogmática especial, principalmente por el esfuerzo realizado por el juez hace por extender el principio de indemnidad, estimando a la necesidad de la pena como principio político criminal orientador y además analizando las condiciones más beneficiosas de integración social del acusado.

##### 1.1.2.2 Duración de la pena

La sentencia considera principalmente que el joven carece de apoyo familiar y la intervención de un delegado pudiera transformarse en un esfuerzo injustificado. Por lo tanto, se fija la pena en su rango superior, aplicando la medida de internación en régimen semicerrado por cuatro años, por entender que dicha figura permite un estricto control del menor, necesario en la especie al tenor de las carencias familiares que presenta; y a la vez potencia un contacto positivo con la sociedad que facilite su reinserción, sin los efectos desadaptativos de la privación plena de libertad.

De acuerdo a lo visto, el juez toma en consideración de que modo afectaría al menor la pena impuesta, en su desarrollo y sus necesidades, teniendo en cuenta para el caso particular lo dispuesto en la Ley 20.084, en lo referido al principio de reinserción, el de la necesidad de la pena, el de extrema ratio. De este modo, se separa de los lineamientos de la dogmática general en esta categoría, estableciendo una dogmática especial.

#### 1.1.3 Problemas dogmáticos

El fallo manifiesta expresamente la existencia de controversias respecto de la forma de determinación de la sanción aplicable, debido fundamentalmente a las particularidades ofrecidas por la nueva ley de responsabilidad penal adolescente, lo que nos indica la falta de preparación de los distintos operadores jurídicos en su implementación, en condición de que de ellos dependerá la construcción de una dogmática especial que se atenga a los requerimientos establecidos en la CIDN y en los fundamentos rectores de la LRPA.

Lo señalado anteriormente por el juez, se relaciona a su vez con la aplicación de la ley más favorable al acusado, como lo señala el artículo 18 LRPA. En el fallo se identifica, por un lado, la aplicación del régimen anterior a la Ley 20.084, en lo que se refiere al trámite de

discernimiento y posteriormente a la Ley 20.084 para determinar la sanción aplicable. Todo esto tiene importancia, ya que debe examinar cual de las dos legislaciones será más favorable aplicar al menor. La doctrina dominante rechaza la posibilidad de tomar partes de una y de otra ley para establecer lo más favorable para el afectado, pero la práctica jurisprudencial reciente ha admitido aplicar disposiciones de una y otra ley, si las mismas produce un efecto más beneficioso para el condenado. Por lo tanto, el Tribunal en todo caso, debería examinar detenidamente que régimen aplicar de manera de sostener fundadamente que los resultados sean más favorables a los intereses del acusado y/o a las finalidades buscadas por el legislador<sup>112</sup>.

Surge otro problema, ante la solicitud de la defensa de que se aplique la media prescripción de la acción penal, considerando que el hecho objeto del juicio, habría ocurrido el 04 de junio de 2005 y que la formalización de la investigación se efectuó el día 09 de noviembre de 2006. La pena asignada al delito sería la de presidio menor en grado máximo, sin perjuicio de las modificatorias que pudieren concurrir. De acuerdo a ello, considerando que la citada pena es aplicable a los simples delitos y atendiendo el término de prescripción de la acción penal del artículo 5 de la Ley 20.084, resulta el plazo de dos años para declarar prescrita la presente acción, de manera tal que habiendo transcurrido más de la mitad de dicho lapso entre la comisión del hecho punible y la formalización de la investigación, correspondería la rebaja dispuesta por el artículo 103 del CP.

La sentencia estima que tales artículos no transformarían a aquello que se define como crimen en un simple delito, no alterarían la esencia del delito, deduciendo que el delito de violación aún en el evento de ser cometido por un menor de edad y pese al especial sistema sancionatorio previsto por la ley, sigue teniendo carácter de crimen. Por lo tanto, se concluye que el plazo de prescripción sea de 10 años, al tenor del artículo 103 del CP, no cumpliéndose en la especie con el supuesto temporal necesario para rebajar la pena.

La resolución del Tribunal revela un esfuerzo interpretativo por parte del juez con el fin de adecuar la nueva legislación de menores a la aplicación subsidiaria de las instituciones establecidas en el CP. En consecuencia, en esta materia se observa una decisión poco congruente con el principio garantista de derecho penal mínimo que ha inspirado a la reforma legal, al ampliar el plazo de prescripción de la acción penal, de cinco a diez años en el caso de crímenes. Si bien es discutible transformar la esencia del delito de crimen a simple delito, el juez podría haber indicado una interpretación más acorde con la Ley 20.084, estableciendo que no se cumplen los requisitos para declarar la media prescripción, debido a que la acción penal prescribe en cinco años y por tanto, no se cumpliría los requerimientos temporales para declararla. Ahora bien, respecto a la determinación de la esencia del delito, existen autores que señalan que la consideración de un hecho delictivo como crimen o simple delito, debe quedar

---

<sup>112</sup> Couso J., Informe en derecho aplicación de la ley penal más favorable en la ley de responsabilidad penal de adolescentes, en [http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho\\_Jaime%20Couso.pdf](http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho_Jaime%20Couso.pdf)

determinado previamente en base al artículo 21 de la Ley 20.084<sup>113</sup>, realizando una interpretación *in bonam parte* acorde con los principios orientadores del derecho penal de adolescentes, deducen que el Tribunal deber basar su clasificación de la pena una vez aplicadas las reglas de extensión de la misma.

1.2 Tribunal Oral de Osorno, en sentencia 23 de noviembre de 2007, que incide en causa RIT 51 2007, R.U.C. N° 0700040154-9.

Hechos: “ El día 14 de enero del año 2007 aproximadamente a las 01:42 horas de la madrugada y en circunstancias que las víctimas XXX y XXX1 se desplazaban por calle Buschmann hacia el centro de la ciudad de Río Negro fueron interceptados en el sector de las línea férrea por los acusados YYY (18 años) y Angelo Sebastian Criste Mansilla quienes en compañía de otros dos sujetos procedieron a amenazarlos con armas blancas, intimidándolos a viva voz para que entregaran el dinero que portaban, procediendo en ese momento los acusados, a tomarlos de los brazos y arrojarlos al suelo, sustrayendo desde las ropas de XXX la suma de \$ 160.000 pesos en dinero efectivo y un celular gris de la empresa ENTEL PCS N° 09-94540XX, en tanto a la victima XXX1 le sustrajeron un Discman color gris, marca Marte G, un celular ENTEL PCS color gris N° 09-94109XX y un par de gafas modelo Italia , marca lee; especies todas que fueron valuadas por las víctimas en la suma total de \$ 500.000 pesos”.

#### 1.2.1 Teoría de la determinación de la pena

##### 1.2.1.1 Criterio de determinación de la naturaleza de la pena.

El Tribunal para el caso particular, impone la sanción de libertad asistida especial, fundándose en el fin perseguido por la Ley N° 20.084, señala que es necesario permitir una efectiva resocialización de éste, para lo cual debe considerarse los medios y mecanismos técnicos más adecuados a dichos fines, como también el interés superior del niño. En tal sentido, la sanción impuesta permite mantener contacto con su grupo familiar, situación que objetivamente siempre resulta positiva como apoyo a un proceso de intervención social. Considera la minorante descrita por el artículo 11 número 6 del CP y la agravante del artículo 456 bis N° 3 del CP, las que se ven compensadas racionalmente. En esta categoría, distinguimos una dogmática especial, el juez menciona expresamente la consideración del interés superior del niño y el principio de reinserción del adolescente en el fundamento de la pena aplicable, todo lo cual determina una incorporación de los criterios político criminales introducidos con la Ley 20.084y además el juez amplía el principio de indemnidad al atender al desarrollo y las necesidades del adolescente.

##### 1.2.1.2 Duración de la pena

La sanción más apropiada para desincentivarlo a repetir aquellas conductas que implican infracción a las normas penales, resulta ser una sanción no privativa de libertad, en la

---

<sup>113</sup> Cerda R., Cerda M., Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Pág.127

especie, de tres años de libertad asistida especial. El Tribunal configura una dogmática especial en este apartado.

### 1.2.3 Problemas dogmáticos

Un asunto a considerar, es la total simetría de los tipos penales de adultos y adolescentes en las conductas típicas, sería conveniente analizar desde un punto de vista valorativo y desde una perspectiva preventiva si es legítimo mantener esta identidad, sin tener en consideración la edad del agente autor del delito. Como se observa en el caso particular, donde el menor actúa conjuntamente con un adulto, el juez no realiza una interpretación que atienda al factor etario, ni identifica un comportamiento con el significado propio del respectivo título delictivo, ni analiza si se encuentra condicionado por el grado de inmadurez e inestabilidad emocional del menor, ni si existe una posible diferencia de percepción y asimilación de los conceptos que estructuran el tipo.

Respecto a los grados de participación delictiva, se podría presentar el problema de que, al ser frecuente que el menor coautor del hecho punible actúe con un adulto, se produzca una afectación al principio de especialización, establecido en el artículo 29 LRPA<sup>114</sup>, lo que acarrearía una vulneración a los principios garantistas reconocidos en favor de los menores y al principio de igualdad ante la ley, del artículo 19 N°2 de CPE.

Otro asunto importante en cuanto a la dogmática, se refiere a la aplicación por parte del Tribunal de la circunstancia agravante contenida en el artículo 456 *bis* número 3 del CP. Hay autores que plantean que uno de los rasgos más frecuentes de la actuación juvenil es la especial relevancia que tiene, tanto en la etapa de la niñez como en la adolescencia, la conformación y participación en los llamados grupos de pares. Esto debe ser considerado a la hora de precisar si se estructura esta agravante. El juzgador debe prestar especial atención a las modalidades que adoptan las conductas juveniles, no pudiendo darles el mismo sentido y alcance que si éstas mismas fueran realizadas por un adulto, ya que se estaría frente a un injusto penal menor. Esta conclusión se fundamenta en el principio de inherencia<sup>115</sup>, y mas específicamente en el principio de inherencia tácita concreta, donde si bien, la doble valoración no se halla implícita en el tipo penal, se desprende de las propias circunstancias del delito al identificar cuan normal, trascendente y determinante puede ser para el menor su participación dentro de un grupo de pares. Al acreditarse que lo determinante para la actuación del joven ha sido la ejecución del delito en grupo, no puede valorarse esta pluralidad como una circunstancia externa al delito. Otro principio que debe tenerse en cuenta, según estos autores, son los fines socioeducativos, la aplicación de la agravante puede exponerlos de manera adicional a influencias más perjudiciales, se ha descubierto que al imponer sentencias menos severas se ve disminuida la tasa de reincidencia que en aquellos casos donde hay mayor represión. Finalmente es cuestionable su

---

<sup>114</sup> Bustos J., Hormázabal H., Derecho penal del Niño Adolescente, Pág. 60

<sup>115</sup> Prohibición de la doble valoración supone impedir atribuir dos veces, respecto de un mismo sujeto, un suceso que ha sido valorado *unitariamente* desde una perspectiva normativa.

aplicación atendiendo al principio de proporcionalidad, imponiendo a los jueces que sólo se apliquen las sentencias más graves sólo en el caso que las menos graves no resulten apropiadas para lograr los fines socioeducativo, si la aplicación de la agravante lleva a un aumento significativo de la sanción, caben serias dudas respecto a la eficacia de ésta, pues constituye un factor de relevancia en el fomento de la reincidencia y desfavorecería la reintegración del joven en la sociedad, por tanto, la relación entre medida y fin conforme al principio de proporcionalidad podría verse cuestionado<sup>116</sup>.

De lo expuesto se puede inferir otro problema dogmático a dilucidar, queda claro que no sería aplicable la agravante en el caso de que el menor actúe conjuntamente con un grupo de pares y que se acredite que individualmente no habría realizado la conducta típica, pero en el mismo supuesto de hecho y acreditándose las mismas circunstancias en la relación grupal, surge la interrogante sobre si se podrían utilizar los mismos argumentos, en el caso de que el ilícito sea cometido por un menor de edad y un adulto en su conjunto el cual también es visto por el menor como uno de sus pares.

### 1.3 Tribunal Oral Valdivia, siete de septiembre de 2007, que incide en causa RIT N°50-2007, R.U.C. N°0700242807-4.

Hechos: “El día 03 de abril de 2007, alrededor de las 16:00 horas Víctor Oróstica e YYY(16 años), junto al menor de 14 años YYY1<sup>117</sup>, con la finalidad de apropiarse de especies, se dirigieron al inmueble ubicado en calle Bueras de esta ciudad, de propiedad de don XXX, quien no se encontraba en el lugar. Los acusados procedieron a forzar y descerrajar la puerta principal de acceso al inmueble, a la altura de la chapa, pateando la puerta hasta que se abrió. Una vez en el interior, procedieron a registrar el inmueble apropiándose de las siguientes especies: un televisor marca Sony, modelo Triniton Mega, color gris; un DVD marca RCA, color gris, con sus respectivos cables; tres camisas de diferentes marcas, siete CD de diferentes películas; tres controles remotos; un cable de conexión de TV video; un cortaúñas, y un bolso marca Head. Los acusados guardaron las especies señaladas en un bolso, con excepción del televisor el cual guardaron dentro de la caja original que se encontraba en el dormitorio. Posteriormente salieron del inmueble, abordando un radio taxi en la misma calle Bueras, guardando las cosas en el interior del vehículo, siendo sorprendidos por personal de Carabineros, quienes fueron alertados por un testigo que observó a los tres sujetos con las especies en su poder. Huyendo los sujetos siendo detenidos por personal de Carabineros, quienes recuperaron las especies apropiadas”.

---

<sup>116</sup> Carnevali R., Kallman E., “La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal”, en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_1\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf)

<sup>117</sup> Menor respecto del cual no se formalizó investigación, por lo que no forma parte de la acusación presentada por la Fiscalía. El análisis del fallo sólo se refiere a lo dictado por el Tribunal en cuanto al menor de edad YYY.

### 1.3.1 Teoría de la determinación de la pena.

#### 1.3.1.1 Criterio de determinación de las penas

El Tribunal estimó la concurrencia de la agravante prevista en el artículo 456 *bis* N°3 del CP, se le reconoce la atenuante de irreprochable conducta anterior, favoreciéndole de esta manera una atenuante y le perjudica una agravante, las que se compensan racionalmente. La idoneidad de la sanción debe ser examinada desde dos perspectivas, una dice relación con el fortalecimiento en el adolescente del respeto de los derechos y libertades de las personas y otro, se asocia a sus necesidades de integración social. Antecedentes demuestran que la conducta pasada del acusado se ha desarrollado de manera inadecuada, en múltiples ocasiones ha sido sometido a medidas de protección por hechos contrarios a la normativa vigente y a las diversas oportunidades a las que ha sido sometido a tratamientos por consumo abusivo de drogas y alcohol, sin que esos instrumentos hubieren sido adecuados para lograr su comprensión de los valores que la sociedad espera sean respetados por todos los ciudadanos. De ello se infiere, que su carácter refractario a las medidas aplicadas, como de los tratamientos a los que ha sido sometido, considerando sus propias necesidades en cuanto a incorporar dentro de su conciencia moral, el respeto de los derechos de los demás y los propios, hace menester una intervención intensa.

De acuerdo a lo anterior, se estima que el Tribunal establece una dogmática especial, teniendo en cuenta las necesidades del adolescente, el principio de interés superior del niño, el principio de reinserción del adolescente, ampliando el principio de indemnidad al analizar la manera en que afectaría al menor la medida adoptada y de que manera le es beneficiosa para su desarrollo y el cumplimiento de los principios rectores de la LRPA.

#### 1.3.1.2 Duración de la pena

El menor acusado es condenado a la pena de tres años y un día de internación en un régimen cerrado con programa de reinserción social. El fallo se adecua más bien a la configuración de la dogmática general, esto debido a que se aleja de los principios orientadores de la ley 20.084, donde la privación de libertad es señalada como último recurso, adoptando una posición paternalista frente al menor más adecuada a la doctrina de la situación irregular que a la doctrina de la responsabilidad.

### 1.3.2 Problemas dogmáticos

Se consideró necesario dilucidar la aplicación de la ley más favorable, en razón que los hechos que motivan la acusación de la causa tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la LRPA. El Tribunal, atendiendo al artículo 18 del CP y al artículo 19 N° 3 inciso 7 de la CPE, señala que el nuevo sistema tiene una finalidad más amplia e integral que el sistema punitivo del CP, aún considerando los beneficios punitivos de la Ley 18.216, sin considerar la duración de las penas, sino la finalidad de las mismas, los medios para alcanzarlos y la potencial efectividad de los mecanismos contemplados al efecto.

Se plantea un voto disidente, el que postula condenar al acusado a la libertad asistida especial, fundamentado principalmente, en el artículo 21 y 23 de la Ley 20.084 y artículo 440 n°1 del CP. A criterio del magistrado, cabe reflexionar sobre la conveniencia o no de la aplicación de la Ley 20.084, ya que atendiendo al CP y la Ley 18.216, el menor podría ser condenado a presidio menor en su grado máximo, es decir entre tres años y un día a cinco años. Pero también podría ser acreedor de la libertad vigilada, pues no cuenta con antecedentes penales. En consecuencia, en el anterior sistema penal para los menores, éste podría ser condenado a una pena privativa de libertad de entre tres años y un día a cinco años, pero suspendida mediante un régimen de libertad vigilada. De acuerdo a la Ley 20.084 se advierten dos penas que implican privación de libertad, pero estas sanciones no pueden ser consideradas como más favorables para el menor, pues implican privación de libertad, considerada como sanción de último recurso por la CIDN, y en la propia Ley 20.084, por lo tanto, resulta más favorable al menor aplicar el régimen antiguo, es decir presidio suspendido con medida de libertad vigilada. Sin embargo, a juicio del magistrado, existe una última comparación, la imposición del presidio suspendido con medida de libertad vigilada o la libertad asistida especial. Ambas sanciones se cumplen en libertad, pero en atención a la forma en que están diseñadas, tanto en su contenido como control fuerza a concluir que la aplicación de la Ley 20.084 solo es más favorable al menor, en esta causa, si se considera como sanción la libertad asistida especial.

Sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Couso<sup>118</sup> plantea si corresponde en todo evento sustituir las penas, por las sanciones contempladas en la LRPA. Pues esta medida, exigida por la garantía de la retroactividad penal favorable, podría, sin embargo, ser considerada por el afectado como perjudicial para sus intereses. Se plantea la cuestión de si el afectado puede, para oponerse al traslado, amparado por el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal desfavorable y si su perspectiva personal es la que debe primar a la hora de decidir si la LRPA es para él más desfavorable que la ley vigente al tiempo de cometer el delito. En Chile, señala el autor, aunque la doctrina dominante rechaza la posibilidad de tomar partes de una y de otra ley para establecer lo más favorable para el afectado, considerando que ello constituye una tercera ley, la práctica jurisprudencial reciente ha admitido aplicar disposiciones de una y otra ley, pero a su juicio no se observa claramente la racionalidad de esa solución, más allá de un indiscriminado propósito de beneficiar al condenado; es decir, la aplicación de las disposiciones nuevas más favorables no parece ser una exigencia de la justicia o del principio de proporcionalidad, pues, por una parte, la necesidad de aplicar consistentemente uno de los dos estatutos legales es una exigencia para el logro de la finalidad preventiva buscada en diversos tiempos por cada uno de ellos, y, por otra parte, el merecimiento de la pena contemplada bajo el estatuto anterior permanece intacto, si, por lo demás, globalmente considerada esta pena no es más severa para el afectado.

---

<sup>118</sup> Couso J., Informe en derecho aplicación de la ley penal más favorable en la ley de responsabilidad penal de adolescentes, en [http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho\\_Jaime%20Couso.pdf](http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho_Jaime%20Couso.pdf)

Podría argumentarse que para el problema en cuestión, referido a personas condenadas a penas privativas de libertad cumplidas efectivamente y no mediante medidas alternativas de la Ley N° 18.216, las condiciones de ejecución de las sanciones privativas de libertad de la LRPA siempre serán más favorables, porque van asociadas a la vigencia de todos los derechos especiales que la CIDN y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aseguran a todos los niños y adolescentes. Pero, a criterio del autor, todavía podría ocurrir que el tratamiento penal especial desarrollado por la LRPA, orientado a la reintegración social, en concreto sea menos favorable para el afectado, desde el punto de vista de su interés en la libertad. En conclusión, ésta sería una definición que sólo podría adoptarse en el caso concreto, lo que según Couso se asocia a una serie de variables orientadoras de la búsqueda de una solución en el caso concreto: En principio la LRPA debiera ser la ley más favorable en todos aquellos casos en que, aplicando el artículo 26 de la Ley 20.084, conjuntamente con las reglas del artículo 24, a un tramo del artículo 23, las circunstancias del caso determinarán, la selección de una sanción no privativa de libertad, independientemente de la duración de cada pena, ello es más favorable que seguir privado de libertad. También será más favorable la LRPA en los casos en que se decide entre dos modalidades de privación de libertad, determinan como sanción a imponer una de internamiento en régimen semicerrado. En caso de que de la comparación de ambos estatutos legales resulte, en todo caso, una pena privativa de libertad en régimen cerrado, para definir cuál es más favorable, una primera aproximación podría consistir en suponer que la LRPA, con sus normas especiales de ejecución, más favorables para la libertad, es justamente la ley más favorable<sup>119</sup>.

Todo lo expresado con anterioridad pone en evidencia la importancia de la labor interpretativa del juez a la hora de aplicar la nueva legislación y la importancia de los criterios utilizados en el razonamiento del fallo, la necesidad de aprehensión de los principios orientadores de la LRPA por parte del Tribunal y de todos los agentes involucrados, para no crear paradojas en torno a las ideas rectoras que inspiraron la reforma legislativa y que en la práctica su aplicación no traiga de vuelta a la doctrina de la situación irregular.

1.4. Tribunal Oral Valdivia, trece de agosto de 2007, que incide en causa RIT N°45-2007, R.U.C. N°0700075003-9

Hechos: “El día 29 de enero del año 2007, siendo las 02:50 horas aproximadamente, el acusado Abraham Isaac Melo Erices junto al menor YYY (16 años), interceptaron a XXX, menor de edad, quien transitaba en esos momentos en dirección a su domicilio por calle Arturo Prat frente al número 1182, de la ciudad de La Unión.

Acto seguido, ambos acusados, con la finalidad de sustraer especies, procedieron a golpear a XXX, exigiéndole la entrega del dinero y especies que portaba, registrando sus vestimentas y

---

<sup>119</sup> Couso J., Informe en derecho aplicación de la ley penal más favorable en la ley de responsabilidad penal de adolescentes, en <http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho%20Jaime%20Couso.pdf>

apropiándose contra la voluntad de la víctima de la suma de \$1.000 en dinero efectivo y un pendrive lector MP3, sin marca , de color morado con sus respectivos audífonos, siendo sorprendidos los acusados por Carabineros en los instantes que se desplazaban por calle Arturo Prat con la víctima, quien pidió auxilio, procediendo los funcionarios policiales a la detención flagrante de ambos acusados.

Producto de la violencia ejercida, la víctima resultó con lesiones de carácter leve consistentes en una contusión malar izquierda”.

#### 1.4.1 Teoría de la determinación de la pena.

##### 1.4.1.1 Criterio de determinación de las penas

El Tribunal estima concurrente la atenuante del artículo 11 N° 6 del CP y le perjudica la circunstancia agravante específica de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 456 *bis* N° 3 del CP. Por tanto, al acusado lo beneficia una circunstancia atenuante y le perjudica una agravante, por lo que se procede a su compensación racional. A fin de establecer los antecedentes personales, familiares y sociales del acusado, se tuvo en consideración la declaración de la asistente social, quien señaló que el menor acusado forma parte de un grupo familiar uniparental, la que tiene una disfuncionalidad provocada por la violencia intrafamiliar del padre, antecedente que ocasionó una baja autoestima y carencias paternas en el joven, situación que lo llevó a relacionarse con pares inadecuados y al consumo de drogas. No obstante ello el vínculo con la madre es permanente de protección, cariño y apoyo. El acusado tiene, además, vínculos con los estamentos sociales, por lo que concluyó que posee arraigo familiar y social, lo que hace recomendable la imposición de la medida de libertad asistida especial para lograr su reinserción integral. También se tuvo en cuenta la declaración del psicólogo quien señaló que presenta un nivel intelectual normal lento, una alta ansiedad y deteriorada autoestima, con establecimiento de relaciones superficiales. Su inestabilidad esta dada por su adolescencia y situación familiar. Un programa de libertad asistida especial le ayudaría en el proceso de construcción de su personalidad y comportamiento, moderando sus impulsos. El joven no presenta psicopatías siquiátricas ni posee un perfil delictivo. Se consideró la declaración de la madre del acusado menor, quien indicó que su hijo estudió hasta sexto básico y tenía un buen comportamiento. Por lo anterior, considerando las condiciones actuales del acusado, su etapa de desarrollo, la relación que mantiene con su actual núcleo familiar y el fuerte vínculo con su madre, lo que torna desaconsejable apartarlo de la misma para lograr su reinserción integral, una medida no privativa de libertad aparece como la más idónea para el cumplimiento de dichos fines.

El juez ve motivada su decisión expresamente en el principio de interés superior del niño y el principio de reinserción social, ampliando a su vez el principio de indemnidad para adecuarse a las exigencias político criminales de la entrada en vigencia de la ley y teniendo en cuenta antecedentes que acreditan de que manera afectaría al desarrollo del menor

la sanción impuesta. De este modo, se configura una dogmática especial en el razonamiento empleado por el Tribunal.

#### 1.4.3.2 Duración de la pena

El fallo deja constancia que considerado que las sanciones privativas de libertad son de última ratio, se le impondrá la medida de libertad asistida especial. El Tribunal fundamenta la imposición de la sanción en el principio de extrema ratio, los fines socio educativos y antecedentes que fundamentan su decisión desde el punto de vista de beneficiar el desarrollo del menor, por lo cual, se deduce la configuración de una dogmática especial por parte del Tribunal.

#### 1.4.2 Problemas dogmáticos

Se presenta la aplicación por parte del Tribunal de dos estatutos jurídicos distintos, el anterior contenido en el CP al incorporar el trámite de discernimiento y la nueva ley LRPA al momento de determinar las sanciones, teniendo en cuenta que se acordó la aplicación de las normas sustantivas de la Ley 20.084 por estimarse la ley más favorable para el imputado. La doctrina mayoritaria, la ley más favorable se aplica completa al caso, no siendo posible tomar simultáneamente elementos de una y otra ley. Muñoz Conde y García Arán, citados por Couso, se oponen a ello pues el Tribunal estaría creando una norma nueva<sup>120</sup> y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen. Varios autores alemanes sostienen que en caso de leyes que contemplan diversas penas, es posible y debido aplicar la nueva pena principal, si es más favorable que la de la ley anterior, y simultáneamente dejar sin aplicación la pena accesoria que acompaña a esa nueva pena principal, si aquella no está considerada en la ley anterior, pues señalan que debe partirse de que cada reacción penal tiene su propio peso y, especialmente en relación con las penas principales y accesorias, su propia definición de objetivo, por ello lo correcto es que debe establecerse en forma separada para cada reacción penal en particular, si acaso el derecho viejo o el derecho nuevo es el más favorable<sup>121</sup>.

La aplicabilidad simultánea, junto con el estatuto penal anterior más favorable, también de ciertos elementos favorables del estatuto penal nuevo, podría plantearse como una consecuencia del derecho, reconocido por el Art. 40 de la CIDN, de que la respuesta penal sea, una respuesta especial en la que la orientación a la reintegración social tenga un especial énfasis, lo que precisamente vendrían a buscar los beneficios del régimen de ejecución de la nueva LRPA y su Reglamento. Pero para el autor sigue siendo problemático en este caso, la diferencia de trato entre estos condenados y los que, acaso en el mismo centro, sólo se diferencian de ellos en el hecho de que delinquieron una vez entrada en vigencia la LRPA, que vendría siendo, en la

---

<sup>120</sup> Denominada *lex tertia*

<sup>121</sup> Couso J., Informe en derecho aplicación de la ley penal más favorable en la ley de responsabilidad penal de adolescentes, en <http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho%20Jaime%20Couso.pdf>

práctica, más severa para ellos; para el autor resulta una interrogante a dilucidar si es suficiente la garantía de la irretroactividad penal desfavorable para justificar esta diferencia.

1.5 Tribunal Oral Valdivia, treinta y uno de julio de 2007, que incide en causa RIT N°39-2007, R.U.C. N°0700188907-3

Hechos: “ En Valdivia, el día 12 de marzo del año 2007, alrededor de las 09:00 horas y en circunstancias que la casa habitación ubicada en Población Valparaíso, calle Hernando de Magallanes se encontraba momentáneamente sin sus moradores, los acusados en compañía de un tercer sujeto no identificado, forzaron mediante patadas la puerta principal por donde entraron, registrando las dependencias y sustrayendo desde el comedor un DVD marca Daewoo y un bolso rojo marca Saxoline, huyendo del lugar con éstas. Concretamente el acusado YYY<sup>122</sup> junto a un tercero, fueron quienes ingresaron al inmueble, mientras que el acusado Navarro Guerra vigilaba en la parte exterior de la casa.

Momentos después, ambos acusados fueron detenidos conjuntamente por personal de Carabineros de Chile, quienes concurren al lugar, alertados por testigos, mientras que el tercer partícipe se dio a la fuga con las especies”.

1.5.1 Teoría de la determinación de la pena

1.5.1.1 Criterios de determinación de la pena

El Tribunal acoge a favor del acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal del artículo 11 N° 9 del CP, la atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N° 7 y estima que perjudica a ambos acusados la circunstancia agravante del artículo 456 *bis* N° 3 del CP. De los antecedentes expuestos en juicio, el Tribunal concluyó, que el acusado ha tenido una conducta anterior que lo ha puesto en conflicto con la ley penal, y ha sido intervenido por las redes SENAME<sup>123</sup> en dos oportunidades, en las que se logró la finalización de su educación básica, no obstante haberse constatado la comisión de nuevos ilícitos, lo que está asociado al consumo de drogas e influencia de sus pares. Sin perjuicio de ellos, atendidas las condiciones actuales que presenta su desarrollo, los cambios que se han notado en su conducta y su especial disposición a colaborar con los tratamientos y que desde una perspectiva encaminada a lograr el desarrollo integral del joven, de la que dieron cuenta los profesionales especialistas, una medida de libertad asistida es suficiente para dicho objetivo. Sin embargo, y tal como se puede extraer de sus antecedentes personales, los mayores logros concretos en cuanto a su escolaridad los obtuvo cuando se encontraba interno en el COD

---

<sup>122</sup> Actualmente de 18 años de edad y menor de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos.

<sup>123</sup> Servicio Nacional del Menor, órgano administrativo encargado de implementar y dar cumplimiento a las medidas judiciales para menores, el que ha enriquecido a través de su red de colaboradores el catálogo de medidas aplicables, desarrollando actividades y programas destinados a superar aquellas situaciones de que son víctimas los niños, promoviendo aunque tímidamente la permanencia del niño en su familia de origen. Couso J., en “*Alternativas a la pena en el derecho penal de adolescente. Panorama de una política criminal comparada*”, en Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 94

CERECO<sup>124</sup>, lo que parece indicar que con una medida de mayor intensidad, al inicio de la sanción, se logra una mayor contención y compromiso del joven, considerando, además, que los roles parentales requieren un refuerzo a efectos de ejercer un mayor control, pudiendo la misma ser luego moderada para obtener los fines de socialización, integración y habilitación.

Respecto al criterio de determinación de la pena y de los antecedentes que tuvo en cuenta el Tribunal, si bien no es explícita una fundamentación basada en los principios que inspiran la aplicación de la LRPA, el juzgador intenta poner énfasis en atender a consideraciones que indiquen el desarrollo y necesidad del adolescente para el logro de su integración socio educativa. Por lo que se estima que en este apartado se configura una dogmática especial para el tratamiento penal del menor.

#### 1.5.2.2 Duración de la pena

Se optó por una sanción mixta de régimen cerrado con programa de reinserción social, complementada con la medida de libertad asistida especial, por el lapso total de cuatro años, debiendo cumplir un año de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social y a continuación tres años de libertad asistida especial de acuerdo con lo señalado en el artículo 19 de la Ley 20.084, por estimarse de mayor idoneidad, atendidas las necesidades personales del acusado y sus circunstancias familiares.

De la condena de una sanción mixta, fórmula que se señala como alternativa a una pena privativa de libertad, y que cumple con el principio de que la pena privativa de libertad debe restringirse al máximo posible en el derecho penal adolescente, lo que en consecuencia trae aparejada la configuración de una dogmática especial del Tribunal.

#### 1.5.3 Problemas dogmáticos

Se presenta un problema análogo a los casos anteriores, correspondiente a la aplicación de dos estatutos jurídicos distintos, por lo que existiendo las mismas circunstancias a analizar se tiene lo establecido en los apartados precedentes. También en lo que respecta a la circunstancia agravante del artículo 456 *bis* N° 3 CP acogida por el Tribunal.

### 1.6 Tribunal Oral Puerto Montt, veinticinco de octubre de 2007, que incide en causa RIT N°39-2007, R.U.C. N°0700371749-0

Hechos: “El día 17 de mayo de 2007, aproximadamente a las 23:50 horas, y mientras don XXX, transitaba por Avenida Diego Portales de esta ciudad, al llegar a calle Videla, fue abordado por los imputados Juan Enrique Mansilla Toro e YYY(17 años), quienes con el ánimo de sustraerle especies lo agredieron con golpes de pies y puños, botándolo al suelo, procediendo

---

<sup>124</sup> Centro de Orientación y Diagnóstico y Centro de Rehabilitación Conductual, que yendo más allá de su encargo legal relativo a la observación, diagnóstico y derivación, han comenzado a hacerse cargo directamente de gestionar para el niño y su familia el acceso a recursos comunitarios, comprometiéndose en el intento de resolver algunos problemas básicos que están en la base del conflicto evidenciado en el niño. Couso J., en “Alternativas a la pena en el derecho penal de adolescente. Panorama de una política criminal comparada”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000, Pág. 94

a registrarle sus ropas y sustraerle desde los bolsillos de su pantalón un teléfono celular marca "Nokia" N°0823759XX color gris y la suma de \$7.100, más una billetera con documentos personales del afectado. A raíz de la agresión sufrida XXX, resultó con lesiones consistentes en una contusión malar izquierda y una contusión de glúteo derecho de carácter leves”.

#### 1.6.1 Teoría de la determinación de la pena

##### 1.6.1.1 Criterio de determinación de las penas

Favorece al acusado la atenuante de responsabilidad penal del número 6 del artículo 11 del CP. Se acoge para ambos acusados la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 *bis* N° 3 del CP, al beneficiarle una circunstancia atenuante y perjudicarle una agravante, las que son compensadas racionalmente. De los antecedentes conductuales del menor en régimen de libertad, se ha vuelto a ver involucrado en situaciones de la misma naturaleza, se concluye que debe fortalecerse el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, por lo que lo más adecuado es optar por una sanción mixta. Se concluye de lo expuesto, que el juez configura una dogmática especial en este apartado, al basar su razonamiento en los principios contenidos en la LRPA y además al optar por una sanción mixta como alternativa a una pena privativa de libertad.

##### 1.6.2.1 Duración de la pena

Se condena al acusado a cumplir la pena mixta de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el lapso de dos años, complementada, con la de libertad asistida especial por el término de un año y un día. El Tribunal configura una dogmática especial.

#### 1.6.3 Problemas dogmáticos

La decisión respecto de la determinación de la pena para este caso, se realizó contando con un voto disidente, el cual señala que teniendo en cuenta las circunstancias modificatorias que se le reconocen al imputado, el artículo 23, 20 y 24 de la LRPA, la sanción más apropiada a los fines de la ley, es la libertad asistida especial, ya que se trata de un menor que no presenta mayor contagio criminógeno, y existe la esperanza que pueda enmendar su conducta para lograr su inserción en la sociedad, teniendo presente que la privación de libertad se utilizará como medida de último recurso y que en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad al menor si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza. En relación a esto, el parámetro de comparación es un adulto, que puesto en la situación del menor hubiese cumplido la pena bajo una medida alternativa de la ley 18.216, en cuyo caso no es posible imponer al menor una sanción que implique privación de libertad. Se reconoce el problema de la aplicación de la ley más favorable bajo argumentaciones

similares establecidas con anterioridad, por lo que cabe lo dicho y analizado en los casos precedentes. Asimismo, cabe lo dicho anteriormente sobre la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 456 bis N°3 CP, caso de los adolescentes que actúan entre dos o más pares en la comisión del ilícito.

## Capítulo VI. Conclusiones

1. Se hace necesaria y urgente una revisión de la teoría del delito y la teoría del sujeto responsable en la aplicación de la LRPA, con el fin de adecuar el razonamiento de los Tribunales de Justicia a los principios político criminales y los principios garantistas derivados de la LRPA y de la CIDN, para que de este modo el derecho penal de adolescentes no se transforme en un paradigma sin aplicación en la práctica jurisprudencial y se convierta en una ley de carácter de simbólico.

2. Respecto a la total simetría de los tipos penales de adultos y adolescentes en las conductas típicas, sería conveniente analizar desde un punto de vista valorativo y desde una perspectiva preventiva si es legítimo mantener esta identidad, sin tener en consideración la edad del agente autor del delito, teniendo en cuenta que la idea principal del sistema de responsabilidad penal adolescente es reducir al máximo la intervención penal. En este mismo sentido, Hernández, Bustos y Hormázabal, señalan una necesaria revisión al carácter de subsidiariedad del CP respecto a las conductas típicas, además de una reducción teleológica de modo de otorgarle un carácter coherente con los tipos penales. Debería comprobarse por parte del Tribunal que en el caso concreto, se identifique una conducta con el significado propio del respectivo título delictivo, la cual se encuentra etariamente condicionada por el grado de inmadurez e inestabilidad emocional del menor, debido a la natural diferencia de percepción y asimilación de los conceptos que estructuran los tipos penales por parte del mismo.

3. Respecto a la teoría de la determinación de la pena, se reconoce por parte de los Tribunales de Justicia una mayor aprehensión de los postulados establecidos en la LRPA, en un intento por adecuar su razonamiento a la doctrina de la responsabilidad en el establecimiento de la naturaleza de las penas y su duración, configurando una dogmática especial que difiere sustancialmente de la dogmática general que se utiliza para juzgar a los adultos.

4. El problema principal que se presenta en esta primera etapa de aplicación de la Ley 20.084, recae en que el hecho delictivo en todos los casos revisados, se comete con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, cuestión que trae consigo problemas de interpretación judicial a la hora de establecer la aplicación de ley más favorable al acusado. A pesar de lo dispuesto por la doctrina dominante respecto a que debe aplicarse sólo uno de los estatutos jurídicos, la práctica jurisprudencial se inclina por aplicar ambos estatutos: respecto de la teoría del delito y la teoría del sujeto responsable se inclina por aplicar la ley anterior, y respecto a la teoría de la determinación de la pena, la ley nueva al efecto.

5. La determinación de la ley penal más favorable en el caso de los adolescentes, se debe establecer caso a caso por el Tribunal; sin embargo, como señala Couso, se debe atender a orientaciones de carácter general para su aplicación. En principio la LRPA debiera ser la ley más favorable, en todos aquellos casos en que aplicando el artículo 26 de la Ley 20.084, conjuntamente con las reglas del artículo 24, a un tramo del artículo 23, las circunstancias del caso determinarán, la selección de una sanción no privativa de libertad, que deberá sustituir a la pena efectiva que el afectado ya se encuentra cumpliendo. Independientemente de la duración de cada pena, ello es más favorable que seguir privado de libertad. También será más favorable la LRPA en los casos en que se decide entre dos modalidades de privación de libertad, se determine como sanción a imponer una de internamiento en régimen semicerrado. En caso de que de la comparación de ambos estatutos legales resulte, en todo caso, una pena privativa de libertad en régimen cerrado, para definir cuál es más favorable, una primera aproximación podría consistir en suponer que la LRPA, con sus normas especiales de ejecución, más favorables para la libertad, es justamente la ley más favorable<sup>125</sup>.

6. En los delitos cometidos por adolescentes, es un factor común en todas las sentencias analizadas, la actuación del menor dentro de un grupo de pares a la hora de comisión del hecho delictivo, cuestión que a juicio de los Tribunales se circunscribe a la circunstancia agravante establecida en el artículo 456 *bis* N° 3 CP. Se hace necesaria una revisión de la concurrencia de tal circunstancia y de los elementos que la determinan en el caso de los adolescentes, de manera de adecuar el razonamiento de su interposición a los principios inspiradores de la Ley 20.084 y a las formas conductuales de cometer el ilícito propias de la edad del agente, las que debido a su estado de desarrollo difieren de las de un adulto, siendo necesaria la incorporación de otros requisitos, como la comprobación de que el menor no hubiese cometido el delito de manera individual.

7. Si bien el Legislador inspiró la reforma legislativa en materia juvenil en los postulados establecidos en la CIDN, existen disposiciones que atentan contra los principios allí establecidos, como los referidos a la determinación de las penas, de los artículos 23 N°1 y 25 LRPA, así como existe un amplio grupo de cuestiones esenciales en materia de responsabilidad penal que no han sido abordadas explícitamente por la ley, como el conjunto de presupuestos de la responsabilidad penal y las causas de exención de la misma, quedando obligado el intérprete a una lectura diferenciada de las reglas generales, de modo de adecuar la legislación a los compromisos internacionales adquiridos por Chile, obligación que se encuentra contemplada en el principio constitucional establecido en el artículo 5 inciso segundo de la CPE. Hernández señala que no sólo se deja de incumplir una obligación internacional, sino además se estaría vulnerando al

---

<sup>125</sup> Couso J., Informe en derecho aplicación de la ley penal más favorable en la ley de responsabilidad penal de adolescentes, en [http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho\\_Jaime%20Couso.pdf](http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho_Jaime%20Couso.pdf)

menos la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la CPE, al consagrar un sistema desigual, desproporcionado e injusto. Se concluye, por tanto, que el Legislador ha querido dejar en manos del intérprete el desarrollo de las matizaciones requeridas, para llegar a un sistema efectivamente diferenciado de responsabilidad penal adolescente<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> Hernández H., “*El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del Delito”*”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen XX N°2, diciembre 2007, Pág. 198- 202.

## Capítulo VII. Bibliografía

- AGUIRRE R., El nuevo modelo de justicia penal en Nicaragua, en [www.dii.uchile.cl/~webmgpp/estudiosCaso/CASO53.pdf](http://www.dii.uchile.cl/~webmgpp/estudiosCaso/CASO53.pdf)
- BARATTA A., “Infancia y Democracia” en [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/Infancia\\_democracia\\_A\\_Baratta.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Infancia_democracia_A_Baratta.pdf)
- BERMUZ M., Justicia de menores española nuevas tendencias en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-12.pdf>
- BUSTOS J., La imputabilidad y la edad penal, en [www.iin.oea.org/imputabilidad\\_y\\_edad\\_penal.pdf](http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf)
- BUSTOS J., Nuevo sistema de derecho penal, Editorial Trotta, año 2004.
- BUSTOS J., HORMAZABAL H., Lecciones de derecho penal, Editorial Trotta, año 1997
- BUSTOS J., HORMAZABAL H., Derecho penal del niño- adolescente, Editorial Jurídica de Santiago, año 2007.
- CARNEVALI R., KALLAMAN E., “La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal”, en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_04/d\\_1\\_4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf)
- CERDA M., CERDA R., Sistema de responsabilidad penal de adolescentes, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2006
- CILLERO M., El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en [www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf)
- CILLERO M., “Artículos 10 N° 2° y 3°”, en Politoff S., Ortiz I., *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Santiago, año 2002
- CILLERO M., *Nulla poena sine culpa*. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes en [www.iin.oea.org/nulla poena sine culpa M. Cillero.PDF](http://www.iin.oea.org/nulla_poena_sine_culpa_M_Cillero.PDF)
- CONDE M., El nuevo sistema de justicia juvenil en España, en [http://www.iin.oea.org/el\\_nuevo\\_sistema M. Jesus Conde.PDF](http://www.iin.oea.org/el_nuevo_sistema_M_Jesus_Conde.PDF)
- COUSO J., “Alternativas a la pena en el Derecho Penal de adolescentes. Panorama de la política criminal comparada”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos CREA*, N°1, Universidad Católica de Temuco, año 2000
- COUSO J., Informe en derecho aplicación de la ley penal más favorable en la ley de responsabilidad penal de adolescentes, en [http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho\\_Jaime%20Couso.pdf](http://cejamericas.org/doc/documentos/Informe%20en%20Derecho_Jaime%20Couso.pdf)
- CURY URZUA, E., Derecho Penal. Parte General, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1992.

- DURANDEAU M., “Resolución alternativa de conflictos a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Centro de Resolución Alternativa de conflictos* CREA, Nº1, Universidad Católica de Temuco, año 2000
- GARAY A., Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en [http://www.pj.gob.pe/CIJ/del\\_mod\\_tutelar\\_a\\_mod\\_responsabilidad%20C%204.%2011.pdf](http://www.pj.gob.pe/CIJ/del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad%20C%204.%2011.pdf)
- GARCIA MENDEZ E., La legislación de menores en América Latina: La doctrina de la situación irregular, en [http://www.iin.oea.org/La\\_legislacion\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf)
- GARCIA MENDEZ E. y CARRAZA E., *El Derecho de menores como derecho mayor*, en [http://www.iin.oea.org/El\\_derecho\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/El_derecho_de_menores.pdf)
- GARCÍA PÉREZ O., “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores”, en *Estudios jurídicos Ministerio Fiscal*, Nº I, Centro de Estudios jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, año 2002.
- GARCIA PEREZ O., “Los actores públicos del proceso penal de menores, el inicio de éste y las vías desjudicializadoras” en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, edición Fernando Pérez A.
- GEISSE F., ECHEVERRIA G., Bases y límites para la responsabilidad penal del adolescente, en [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100006&lng=es&nrm=iso)
- GIMÉNEZ SALINAS E., *Legislación de menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*, año 1999
- HERNÁNDEZ H., “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su Teoría del Delito”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, volumen XX Nº2, año 2007
- HORVITZ M., “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº7, Universidad de Chile, año 2006
- LABATUT G., ZENTENO J., *Derecho Penal parte general*, Editorial Jurídica, año 2000
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Tecfoto, Barcelona, año 1996.
- MAXERA R., La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: El caso de Costa Rica, en [http://www.iin.oea.org/La\\_legislacion\\_penal\\_R.\\_%20Maxera.pdf](http://www.iin.oea.org/La_legislacion_penal_R._%20Maxera.pdf)
- MUÑOZ CONDE F., GARCIA ARAN M., *Derecho penal Parte General*, Editorial Valencia, año 2002.
- NINO C., *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Editorial Jurídica, año 1997.
- POLITOFF, S., *Derecho Penal*, t. I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, año 1997.
- POLITOFF S., MATUS J., RAMIREZ M., *Lecciones de Derecho Penal chileno*, año 2003

- ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, t. I, Editorial Civitas, Madrid, año 1997.
- SERRANO M., “El concurso de delitos en la ley penal del menor y en el proyecto de reforma”, en Guzmán J., Serrano A., *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal*, Editorial Dykinson, año 2006
- TINEDO G., La política criminal en la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente. Política Criminal de Menores, en [http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art\\_03.pdf](http://www.serbi.luz.edu.ve/pdf/cc/v33n2/art_03.pdf).
- TIFFER C., De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/ garantista, en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/tiffer13.htm>
- WHERT F., SEPÚLVEDA M., Delincuencia juvenil en Chile: Tendencias y desafíos, en [www.pazciudadana.cl/documentos/delincuenciajuvenil.PDF](http://www.pazciudadana.cl/documentos/delincuenciajuvenil.PDF)
- ZERMATTEN J., El interés superior del niño, del análisis literal a un alcance filosófico, en [http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf)

INDICE	Página
<b>Capítulo I Introducción</b>	2
<b>Capítulo II Referencia a los lineamientos de la dogmática jurídico penal general</b>	6
1. Teoría del delito	6
1.1 Tipicidad Objetiva / Subjetiva	6
1.2 Antijuricidad. Causales de Justificación	6
2. Teoría de la Responsabilidad o del Sujeto Responsable	6
3. Teoría de la Determinación de la Pena	8
<b>Capítulo III Régimen penal de los adolescentes a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.084</b>	9
1. Antecedentes legislativos e históricos de la reforma de la Ley 20.084	9
2. Orientación político criminal	10
2.1 Principio de Especialidad	10
2.2 Principio del Interés Superior del Niño	11
2.3 Principios garantista materiales y formales	12
2.3.1 Principios garantistas materiales	12
2.3.1.1 Necesidad de la pena y Principio de Autonomía progresiva del niño/niña	12
2.3.1.2 Subprincipios	13
2.3.1.2.1 Extrema ratio	13
2.3.1.2.2 Proporcionalidad	13
2.3.1.2.3 Consideración del derecho penal desde las consecuencias	13
2.3.1.2.4 Alternatividad tanto externa como interna	13
2.3.1.3 Bien jurídico	14
2.3.1.4 Dignidad de la persona	14
2.3.1.5 Finalidad de las sanciones	14
2.3.2 Principio garantistas formales	15
<b>Capítulo IV Lineamientos dogmáticos para un derecho penal de adolescentes</b>	16
1. Teoría del delito	16
1.1 Tipicidad Objetiva / Subjetiva	17
1.2 Antijuricidad. Causales de Justificación	18
2. Teoría de la Responsabilidad o del Sujeto Responsable	18
2.1 Exigibilidad sistémica	19
2.2 Exigibilidad del conocimiento del injusto	19
2.3 Exigibilidad de otra conducta	20
3. Teoría de la Determinación de la Pena	20
3.1 Criterio de determinación de la naturaleza de las penas. Criterios cualitativos	20
3.2 Duración de las Penas. Criterios cuantitativos	22
<b>Capítulo V Estudio dogmático a través de la jurisprudencia</b>	23
1. Determinación de los lineamientos dogmáticos utilizados por los tribunales a la luz de la Dogmática Jurídico Penal General y de la Orientación político criminal de la Ley 20084	23
1.1 Tribunal oral de Osorno , en sentencia de 07 de agosto de 2007 , que incide en causa RIT26- 2007, RUC N° 0500218361-9	23
1.2 Tribunal Oral de Osorno , en sentencia de 23 de noviembre de 2007 , que incide en causa RIT51- 2007, RUC N° 0700040154-9	25
1.3 Tribunal Oral de Valdivia , en sentencia de 07 de septiembre de 2007 , que incide en causa RIT50- 2007, RUC N° 0700242807-4	27
1.4 Tribunal Oral de Valdivia , en sentencia de 13 de agosto de 2007 , que incide en causa RIT45- 2007, RUC N° 0700075003-9	31
1.5 Tribunal Oral de Valdivia , en sentencia de 31 de Julio de 2007 , que incide en causa RIT39- 2007, RUC N° 0700188907 – 3	33
1.6 Tribunal Oral de Puerto Montt , en sentencia de 25 de octubre de 2007 , que incide en causa RIT39- 2007, RUC N° 0700371749-0	34

	INDICE	Página
<b>Capitulo VI Conclusiones</b>		36
<b>Capitulo VII Bibliografía</b>		38