

Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable

COMENTARIO:

Jaime Pacheco Q.

Asesor Unidad de Estudios

Defensoría Penal Pública

REGIÓN DEL Bío-Bío

Visto:

En esta causa RUC N° 0500306311-0, RIT N° 266-2005 y rol 880-2005 del ingreso de esta Corte, se ha interpuesto recurso de nulidad por el Ministerio Público, a través del Fiscal Adjunto Paolo Muñoz Olguín, en contra de la sentencia definitiva de 7 de diciembre de 2005, dictada por el Tribunal Oral de Concepción, mediante la cual se condena a Elías Patricio Muñoz Villanueva a la pena de 100 días de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, como autor de un delito de tentativa de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, de especies pertenecientes a Ariel Inzunza Díaz, perpetrado el 21 de julio de 2005. El recurso rola a fojas 18 de la carpeta judicial, y fue declarado admisible por esta Corte a fojas 28. A fojas 39 rola el acta sobre vista del recurso el 10 de enero en curso, fijándose para la lectura del fallo el día de hoy, a las 10:30 horas.

Con lo relacionado y considerando:

1. *Que con el recurso en estudio se pretende la nulidad de todo el juicio oral y de la sentencia definitiva, alegándose, en primer lugar, como causal, la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues se ha incurrido en un error de derecho al aplicar la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Juvenil, basándose en el artículo 18 del Código Penal en relación al artículo 19 N° 3 inciso 7 de la Constitución Política de la República, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*

2. Que la ley en cuestión posee una normativa que no es posible aplicar y no es más favorable a los menores, pues al eliminar el trámite del discernimiento, amplió ostensiblemente el ámbito de aplicación de las sanciones penales, ya que antes existía la posibilidad de resolverse la falta de discernimiento y, por ende, la ausencia de responsabilidad penal, mientras que ahora eso no acontece. La nueva ley no puede aplicarse, ya que su vigencia está suspendida por el propio legislador en seis meses desde su publicación, con excepción de lo dispuesto en las letras a) y c) del artículo 68, y no existen las instituciones, infraestructura ni recursos humanos que permitan cumplir con los fines propios de la Ley establecidos en su artículo 20, esto es, que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social.

3. Que la sanción aplicada por la sentencia impugnada, continúa el recurrente, no puede cumplirse en la forma dispuesta en el artículo 16 de la nueva Ley, pues requiere de centros de privación de libertad que no han sido creados, como tampoco existen los programas de reinserción social que deben ser aprobados por el tribunal a proposición del Director del Centro, todo lo cual no puede concretarse ante la inexistencia de esos organismos, aparte de que tampoco se ha dictado el reglamento que regule la organización y funcionamiento de los aludidos recintos, como lo prescribe el artículo 43. Al haberse aplicado la Ley N° 20.084 por el Tribunal Oral, se ha incurrido en un error de derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, ya que la pena no debió ser inferior a 3 años y 1 día de presidio, conforme a la ley penal vigente común, en los artículos 72, 440 N° 1 y 450 del Código Penal.

4. Que, en subsidio, y para el hipotético caso de aplicarse la Ley N° 20.084, el fallo ha incurrido en errónea aplicación de los artículos 21, 22, 23 y 24 de esa Ley, en relación con el artículo 6° del mismo texto legal, y los artículos 440 N° 1 y 450 del Código Penal. En efecto, la sentencia consigna que el artículo 450 del Código Penal está derogado tácitamente, lo que no es efectivo, pues la nueva Ley introduce modificaciones relacionadas básicamente con el régimen de sanciones y con el procedimiento, sin que existan normas especiales en la ley sobre la forma en que se determina la pena, ya que se recurre a las reglas generales. Acatando el artículo 21 de la Ley N° 20.084, resultan aplicables en razón de su especialidad en estos delitos de robo, los artículos 440 N° 1 y 450 del Código Penal, de tal manera que la pena a aplicar es presidio mayor en su grado máximo rebajada en un grado, y como no se procedió así, se ha incurrido en un error que ha influido en lo dispositivo del fallo, al determinarse una sanción menor a la que realmente correspondía.

5. Que, en subsidio, y en el evento de estimarse que es aplicable la Ley N° 20.084, se ha incurrido en el error de derecho de aplicar el artículo 41 de ese texto, suspendiendo por seis meses la pena impuesta, dándole aplicación inmediata, en consecuencia que por tratarse de una norma procesal, conforme al artículo 1° transitorio sólo podía hacerse uso de tal beneficio a la entrada en vigencia de esa

ley, y por aplicación del artículo 11 del Código Procesal Penal. No podían aplicarse los artículos 39, 40 y 41 de la Ley N° 20.084, dada su calidad de normas procesales cuya vigencia está diferida en el tiempo. Como no procedía suspender, también se ha incurrido en un vicio que ha influido en lo dispositivo del fallo.

6. Que, por último, el recurrente invoca la causal del artículo 374 letra e), en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, ya que el fallo carece de los razonamientos necesarios para arribar a la conclusión de que concurre la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, y se ignora cuál fue la información relevante aportada por el sentenciado, lo que era tanto más necesario, habida consideración de los hechos reconocidos por el agente. La errónea aceptación de esa atenuante en la forma consignada ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y en la cuantía de la pena.

7. Que refiriéndonos a la primera causal de nulidad invocada sobre inaplicabilidad de la Ley N° 20.084 al caso de autos, debe previamente consignarse que el delito fue cometido el 21 de julio de 2005, en grado de tentativa, y que la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil fue publicada el 7 de diciembre del año pasado, disponiéndose expresamente en el artículo 1° transitorio, que entrará en vigencia seis meses después de su publicación, con excepción de lo prevenido en las letras a) y c) del artículo 68, vale decir, a partir del 8 de junio del año en curso. Como la sentencia impugnada se dictó el 7 de diciembre de 2005, se ha concluido en dicha resolución que el ilícito cometido por el menor declarado con discernimiento, Elías Patricio Muñoz Villanueva, debe ser juzgado conforme a ella, por aplicación de los artículos 18 del Código Penal en relación al 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, al serle más favorable sus disposiciones, criterio que no es compartido por esta Corte.

8. Que nadie puede desconocer el carácter irretroactivo que tiene la ley penal sustantiva, salvo que se promulgue una nueva ley que favorezca al afectado, como lo asevera el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República y lo explicita el artículo 18 incisos 2° y 3° del Código Penal, no importando que tal nueva ley se dicte antes o después de la sentencia de término del proceso respectivo, de que se haya cumplido o no la condena impuesta.

9. Que no ha merecido solución pacífica el determinar cuándo la nueva ley es más favorable, cuándo es menos rigurosa que la prescrita en el precepto vigente al momento de efectuarse el delito, pero deberá considerarse la cuantía de la pena, o bien cuando siendo más alta la nueva pena, el plazo de prescripción es más breve; las circunstancias agravantes, atenuantes o excluyentes de responsabilidad que una ley contempla y la otra no, como también debe tenerse presente la naturaleza de la pena dispuesta por una y otra, como por ejemplo, presidio y extrañamiento, etcétera. Como dice don Enrique Cury Urzúa, en su obra Derecho Penal, Parte General, páginas 227 y siguientes, edición marzo de 2005, "En la mayor parte de

los casos, para resolver el problema bastará que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y sean relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencias sobre la base de cada ley, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley que nunca ha estado en vigor”.

10. Que en la conceptualización de la ley más favorable, creemos que debe también considerarse si con aplicación de la nueva ley se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla, para lo cual se requiere esencialmente el cumplimiento efectivo de la pena en la forma dispuesta por el texto legal, ya que, de no darse este requisito *sine qua non*, no puede estimarse que vaya a ser más favorable. Dicho de otro modo, frente a la imposibilidad de concretar la sanción en la forma prescrita por la nueva ley, y, por ende, prescindir desde un comienzo del objetivo legislativo, creemos que bajo tal circunstancia no puede concluirse en el carácter más favorable de la ley posterior.

11. Que sobre la base de las pautas mencionadas, y revisando derechamente la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, regulando el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones precedentes con la forma de ejecución de éstas (artículo 1° inciso 1°), y luego de señalar penas en sustitución de las determinadas por el Código Penal, clasificándolas según se trate de delitos o faltas (artículo 6°), en sanciones no privativas de libertad (artículos 8° a 14) y sanciones privativas de libertad (artículos 15 a 18), con la modalidad contemplada en el artículo 19, expresamente dispone en el artículo 20 que “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”, concepto que se repite en el artículo 44 inciso 1°, en cuanto nos dice que “La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración del adolescente al medio libre, para lo cual deberán desarrollarse acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal” (inciso 2°). Por último, citaremos el artículo 53 inciso 1°, que faculta al tribunal encargado de la ejecución de la sanción, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor.

12. *Que las normas referidas revelan, incuestionablemente, la idea del legislador de castigar para lograr la reinserción social del infractor, y con este propósito, en lo referido a las sanciones privativas de libertad, en su artículo 42 ordena que sean cumplidas en Centros de Privación de Libertad, administrados por el SENA-ME, clasificándolos en Centros para la Internación en Régimen Semicerrado (letra a), Centros Cerrados de Privación de Libertad (letra b) y Centros de Internación Provisoria (letra c), cuya organización y funcionamiento serán regulados en un reglamento dictado por Decreto Supremo (inciso final). No tenemos conocimiento que dicho reglamento haya sido dictado, y menos que haya sido construido algún Centro para la Internación en Régimen Semicerrado con Programa de Reinserción Social, que fue la sanción aplicada por la sentencia, impugnada con el recurso de nulidad en estudio.*

13. *Que en lo concerniente a la forma de cumplir la pena antes aludida, el artículo 16 prescribe que consistirá en la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre (inciso 1°), programa personalizado de actividades que será propuesto al tribunal por el Director del Centro designado para el cumplimiento de la sanción, debiendo ser aprobado por éste. Si no existe reglamento ni el Centro establecido en la sentencia, menos va a haber un Director del Centro y un programa personalizado, que vayan a permitir el real y efectivo cumplimiento de la pena en comento, por manera que tal resolución va a revestir el carácter de meramente programática sujeta a la imposibilidad de llevar a cabo la condena por ella impuesta y la reinserción social pretendida.*

14. *Que de lo razonado hasta ahora fluye que esta Corte no ha adquirido la convicción que la Ley N° 20.084 realmente sea más favorable al sentenciado, y, por sobre todo, no se comparte el absurdo jurídico de aplicar una sanción imposible de cumplir, por oponerse a la racionalidad y lógica que debe inspirar toda sentencia definitiva, ya que el criterio sustentado por el Tribunal Oral podría acarrear, por ejemplo, consecuencias impensadas sobre la eliminación inmediata del trámite de discernimiento o bien la revisión de todas las sentencias condenatorias de menores declarados con discernimiento y que actualmente están cumpliendo condena, puesto que el artículo 18 del Código Penal ordena perentoriamente ese estudio, lo que conduciría a un sinnúmero de sentenciados menores de edad que podrían quedar en inmediata libertad en razón de la carencia de los Centros referidos en el artículo 43 precitado. Los Tribunales de Justicia no pueden sustraerse a esta realidad incuestionable y deben resolver en consecuencia.*

15. *Que de todo lo razonado hasta ahora luye que efectivamente está acreditada la primera causal fundante del recurso de nulidad en estudio, al haberse cometido un error de derecho por el Tribunal Oral con la aplicación de la Ley N° 20.084, error que ha influido en lo dispositivo del fallo, al imponerse una pena manifiestamente*

inferior a la que correspondía de acuerdo a la normativa del Código Penal. En cuanto a las causales subsidiarias de nulidad, en razón de su carácter, no se puede emitir pronunciamiento sobre ellas, a lo que debe agregarse respecto del último motivo de nulidad aducido, que es irrelevante resolverlo, dado el acogimiento que se hará de la primera causal hecha valer a fojas 18.

16. Que aun cuando se va a acoger el recurso de nulidad, no corresponde dictar sentencia de reemplazo, puesto que en la especie no se da ninguna de las situaciones expresamente contempladas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, como habilitantes del fallo sustitutivo. En efecto, en la resolución del Tribunal Oral no se calificó de delito un hecho que la ley no considera tal, no impuso una pena superior a la que legalmente correspondía, sino que, todo lo contrario, en la sentencia recurrida se aplicó una pena menor. El carácter taxativamente imperativo de esta norma impide dictar sentencia de reemplazo, no obstante tener que acogerse el recurso anulándose el juicio y la sentencia del Tribunal Oral, tal como lo ha solicitado el Ministerio Público en su escrito de recurso. Al respecto, citamos la opinión manifestada por el profesor de la Universidad del Desarrollo, don Mario Rojas Sepúlveda, en la charla pronunciada el año 2001, en el marco del curso "La Reforma Procesal Penal", organizado por la Universidad de Concepción y el Ministerio Público. Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo prevenido en los artículos 372, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE ACOGE, sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público a fojas 18 de esta carpeta, sólo en cuanto se refiere a la primera causal invocada en el libelo de recurso, y se declara que se anula la sentencia de siete de diciembre de dos mil cinco, escrita de fojas 1 a 17 de estos antecedentes, y todo el juicio oral en que recayó, debiendo procederse a la realización de un nuevo juicio por el Tribunal no inhabilitado que corresponda. Léase en la audiencia del día de hoy. Insértese en el acta correspondiente. Regístrese y devuélvase con el disco compacto acompañado que se guarda en custodia.

Redacción del ministro señor Freddy I. Vásquez Zavala. No firma el ministro señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza, aunque participó en la vista y acuerdo de la causa, por estar con permiso. Rol 880-2005 RPP.

Comentario

La aplicación de la ley penal más favorable constituye una excepción al principio garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal, reconocido en el Art. 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República,¹ según el cual: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*. Por su parte, el Art. 18 del Código Penal hace aplicable la ley penal más favorable, no solo cuando ha sido promulgada después de cometido el delito y antes de dictarse sentencia de término, sino que también cuando ha sido promulgada después de ejecutoriada e incluso cumplida la sentencia definitiva.

En relación con la eventual aplicación de la Ley 20.084,² que establece un sistema de responsabilidad penal de adolescentes por infracciones a la ley penal, como ley penal más favorable antes de que transcurra el plazo que prorroga su vigencia,³ tres son las cuestiones que plantea el fallo y que nos merecen algún comentario, a saber: objetivos político-criminales de la nueva ley de responsabilidad penal adolescente; supeditación de la aplicación de la nueva normativa a un acto reglamentario y verificación en el caso concreto de la ley penal más favorable.

1. Objetivos político-criminales de la Ley 20.084

Según lo resuelto por la sentencia, en la conceptualización de la ley más favorable debe considerarse si con su aplicación se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla, sosteniendo además que es incuestionable que, tratándose de la Ley 20.084, la idea del legislador es la de castigar para lograr la reinserción social, para lo cual se requiere esencialmente el cumplimiento efectivo de la pena en la forma dispuesta por el texto legal (Considerandos 10 y 12).

Tratándose de sistemas de responsabilidad penal juvenil, concuerda la doctrina⁴ que una de sus notas distintivas es que la finalidad de las sanciones tiene un

¹ El principio de la ley penal más favorable se encuentra además reconocido en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, así: Art. 15.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² La Ley 20.084 fue promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de diciembre de 2005.

³ El Art. 1° Transitorio de la Ley 20.084 difería la entrada en vigencia de la ley por el lapso de seis meses a contar de su publicación. A su vez, la Ley N° 20.110, de fecha 26 de mayo de 2006, difiere su entrada en vigencia hasta el 8 de junio 2007.

⁴ Véase, por ejemplo, Beloff, M., “Los derechos del Niño en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 3, Buenos Aires, diciembre 2001, p. 37. En el mismo sentido, Couso, J., “La política criminal para adolescentes y la ley 20.084”, ponencia presentada por el autor en las II Jornadas de Derecho Penal, Santiago de Chile, 24 a 26 de noviembre de 2005, pp. 1 y ss.

destacado componente preventivo especial, el cual además encuentra reconocimiento normativo tanto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), como en la propia Ley 20.084.⁵

Resta por dilucidar si ese objetivo preventivo especial o de resocialización sólo se puede alcanzar a través del castigo efectivo, como sostiene el fallo, o bien su concreción importa otras alternativas y valoraciones.

La política criminal de los sistemas de responsabilidad juvenil en general y por ende de la Ley 20.084 en particular, se inserta en el denominado derecho penal mínimo,⁶ lo que importa, entre otras consecuencias, que el tratamiento penal de los adolescentes infractores a la ley penal requiere de respuestas distintas a la de los adultos, tanto cualitativamente, en el sentido que deben estar orientadas a la integración social, para lo cual se considera en forma amplia la posibilidad de salidas alternativas al proceso y a la sanción;⁷ como cuantitativamente, en el sentido que la intensidad de la respuesta penal ha de ser menos afflictiva, en relación a la que correspondería a un adulto en un situación similar.⁸

Estas notas características de la Ley 20.084 implican dos consecuencias: en primer término, que el fin preventivo especial (resocialización), en la etapa de individualización judicial de la pena, cuyo es el caso que comentamos, no puede servir como fundamento de la sanción (en palabras del fallo, *castigar para reinsertar*), sino que, por el contrario, la prevención especial (resocialización) se convierte en un argumento y un criterio para evitar la imposición de una pena o para sustituir una privativa de libertad por una no privativa de libertad,⁹ es decir, la prevención especial en la individualización judicial de la sanción actúa como un principio límite de la pena y no como su fundamento. Esta finalidad, de principio limitador del fin resocializador, no reviste un carácter programático, ya que expresamente el legislador impone al sentenciador al determinar la naturaleza de la sanción la obligación de dejar constancia en su fallo de la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.¹⁰

⁵ Ver Art. 40.1 de la CDN y Art. 20 de la Ley 20.084.

⁶ Véase Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.

⁷ Ver Art. 40.3. b) de la CDN. Como ejemplo de evitación del proceso penal podemos señalar la despenalización de la mayoría de las faltas tratándose de adolescentes a que se refiere el Art 1º inciso 3º de la Ley 20.084; y como ejemplo de la evitación de la sanción, la ampliación del ámbito de aplicación del principio de oportunidad, no solo en razón de la penalidad establecida en el Art. 21 de la Ley 20.084, sino que especialmente por la especial consideración de la incidencia de esta salida en la vida futura del adolescente, según prescribe el Art. 35 de la Ley 20.084, todo ello sin perjuicio de la aplicación del resto de las salidas alternativas.

⁸ Art. 26 de la Ley 20.084. En el mismo sentido, Art. 37. b) de la CDN.

⁹ Couso, J., ob. cit., p. 8.

¹⁰ Art. 24 letra f) de la Ley 20.084. Teniendo en vista esta disposición, el Tribunal Oral en el caso en cometo dispuso la suspensión de la sanción impuesta.

En segundo lugar, y como una consecuencia de lo anterior, se crea un verdadero orden de prelación de los medios a utilizar para alcanzar el fin resocializador. En efecto, como primera opción,¹¹ se debe procurar evitar intervenir penalmente, la resocialización opera originariamente como un argumento despenalizador; si es inevitable la intervención penal, el eje central de la respuesta punitiva ya no es la privación de libertad, sino un amplio catálogo de sanciones no privativas de libertad,¹² cuya aplicación debe ser *prima ratio* sólo si nada de lo anterior es posible, se debe recurrir a una sanción privativa de libertad, opción en la cual el fin resocializador, lejos de emplearse para justificar la imposición coactiva de un tratamiento a los adolescentes, sirve de fundamento a una ejecución penitenciaria más benigna.¹³

En suma, a diferencia de lo resuelto por el fallo que comentamos, el fin perseguido por el legislador no es el de castigar para resocializar, sino que precisamente lo contrario, se debe alcanzar el fin resocializador evitando el castigo o sanción como primera opción, y cuando éste es inevitable, se debe resocializar sin privar de libertad y solo si esta última no se puede evitar, el fin resocializador actúa como un morigerador de los efectos disociativos que conlleva la privación de libertad. Como dice Baratta, *"la reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella"*.¹⁴

2. Supeditación de la aplicación de la ley a un acto reglamentario

El segundo aspecto a comentar del fallo dice relación con el argumento sostenido en orden a que, si no existe el reglamento¹⁵ ni el Centro establecido en la sentencia, menos va a haber un director del centro y un programa personalizado que vayan a permitir el real y efectivo cumplimiento de la pena, por manera tal que la resolución va a revestir el carácter de meramente programática sujeta a la imposibilidad de llevar a cabo la condena por ella impuesta y la reinserción social pretendida (Considerando 13).

No cabe duda que el catálogo de sanciones y su forma de cumplimiento y de su no cumplimiento, en su caso, contemplado en la Ley 20.084, en atención a

¹¹ Sobre la razonabilidad y legitimidad del uso del ideal (re)socializador en el derecho penal de adolescentes, véase Couso, J., "Principio educativo y (re)socialización en el Derecho Penal Juvenil", en *Justicia y Derechos del Niño*. UNICEF N° 8 Santiago, noviembre 2006, p. 51.

¹² Reconocimiento de esta opción por parte de la Ley 20.084 no es solo el Art 26, sino que resulta ilustrador en este sentido que en cuatro de los cinco tramos de sanciones establecidos en el Art. 23 se contemplan sanciones no privativas de libertad.

¹³ Basado en ese fin, la Ley 20.084 en la fase de ejecución contempla tanto la sustitución de la sanción impuesta por una menos gravosa (Art. 53), como la remisión de la condena (Art. 55) e incluso en algunos casos la suspensión de la condena impuesta (Art. 41).

¹⁴ Baratta, A., "Resocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del Condenado", *No hay Derecho*, N° 3, abril-mayo, 1991, pp. 30 y ss.

¹⁵ El Art. 43 de la Ley 20.084 dispone que la organización y funcionamiento de los centros de privación de libertad se regulará en un reglamento dictado por decreto supremo.

su carácter de normas sustantivas,¹⁶ se constituyen, a partir de la promulgación del referido texto legal, en derechos para el imputado adolescente, cuyo pleno ejercicio no puede quedar supeditado a la dictación de un acto reglamentario posterior, por impedirlo no sólo expresamente la Constitución Política del Estado,¹⁷ sino porque con ello se vulneraría además el principio-garantía del interés superior del niño consagrado en el Art. 3.1 del CDN, que obliga a todos los órganos (incluidos los tribunales) que adoptan medidas concernientes a los niños a tener en consideración primordial el interés superior del niño, lo que implica optar siempre por aquella decisión que conlleve la plena satisfacción y protección de sus derechos y que en materia penal se traduce en que dicho principio opera como un límite a la intervención punitiva estatal.¹⁸

En suma la deficiencia administrativa no puede ser de cargo del imputado adolescente¹⁹ y constituirse en una traba para el pleno goce de sus derechos, ya que siempre la mejor protección de los derechos del niño estará dada por la completa realización de los mismos y no por su limitación.

En segundo lugar, el razonamiento de la Corte no asume el cambio de eje en la respuesta punitiva estatal respecto de los adolescente, ya que lo que debe establecerse, como apuntábamos anteriormente, en primer lugar, es si ese adolescente puede alcanzar el fin resocializador en libertad, y solo en caso de una respuesta negativa entrar a analizar la procedencia de una sanción privativa de libertad. Dicho razonamiento sí se efectuó por el Tribunal Oral en lo Penal,

¹⁶ A pesar de que el fallo no contiene pronunciamiento alguno, resulta conveniente señalar que no obstante que el art. 41 se ubica en el Título II de la Ley 20.084 (arts. 27 a 41), denominado Procedimiento, no puede compartirse el argumento de que se trate de una norma de carácter procesal y por ende regida por el art. 11 del Código Procesal Penal, no siéndole aplicable el art. 18 del Código Penal, que establece la retroactividad de la ley más favorable, toda vez que la determinación del carácter penal de una disposición dice relación con la afectación de la situación jurídico-material del individuo como consecuencia de la infracción de normas y desde ese punto de vista, la modalidad de ejecución de una condena o mejor la no ejecución de la misma incide directamente en dicha situación. En un sentido más amplio, Cury postula incluso que resultaría deseable aplicar a las normas en que se materializa el principio *nulla poena sine indicio* algunas de las limitaciones garantizadoras que rodean la interpretación y aplicación de las leyes penales sustantivas. Ver Cury, E. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pág. 119. En el mismo sentido, M. Cobo del Rosal-T. S. Vives Antón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 207. En este orden de ideas cabe indicar que nuestra jurisprudencia ha entendido que rige el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable en la aplicación de las normas que regulan las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, así Corte Suprema 31.12.96 en Gaceta Jurídica N° 198, pág. 98.

¹⁷ El Art. 19 N° 26 de la CPR.

¹⁸ Al respecto véase Cillero, M., "La Responsabilidad Penal de Adolescentes y el Interés Superior del Niño" en Justicia y Derechos del Niño., UNICEF, N° 7, Asunción Paraguay, 2005, pp. 97 y ss.

¹⁹ No ha sido feliz la experiencia de nuestra infancia, cuando se ha entregado a la Administración la creación de la infraestructura necesaria para el goce de sus derechos, bástenos recordar que la primera Ley de Menores N° 4.447 de 1928, disponía la creación de Casas de Menores en el asiento de cada Juzgado de Menores, destinadas a recibir a éstos cuando eran detenidos o debían comparecer ante el juez, dejando entregadas al reglamento respectivo la regulación y organización de dichas casas de menores; esto se tradujo en la práctica, que la privación de libertad de los niños se efectuó en las cárceles de adultos, situación que solo terminó en el año 1994 con la dictación de la Ley N° 19.343, que erradicó los niños de las cárceles.

al estimar que el fin resocializador se podría alcanzar en un medio libre, razón por la cual suspendió la imposición de la condena.

3. Ley más favorable en el caso concreto

Finalmente nos queda resolver cuál era la ley más favorable en el caso concreto. Luego de analizar las dificultades que implica la determinación de la ley más favorable, el fallo reseña el procedimiento que ha de realizarse para ello, acogiendo la conocida fórmula del profesor Cury,²⁰ de redactar dos borradores de sentencia, concluyendo que al no poder aplicarse la sanción, por las razones ya indicadas, la Ley 20.084 no es más favorable, porque sostener lo contrario implica el absurdo jurídico de aplicar una sanción imposible de cumplir y además por las impensadas consecuencias que ello podría acarrear, como la revisión de sentencias condenatorias, lo que conduciría a un sinnúmero de sentenciados menores de edad que podrían quedar en inmediata libertad en razón de la carencia de los Centros referidos en el art 43 de la Ley 20.084. Los tribunales de Justicia, expresa la sentencia, no pueden sustraerse a esta realidad incuestionable y deben resolver en consecuencia (Considerando 14).

En cuanto al absurdo jurídico que implicaría el dictar una sanción imposible de cumplir, baste señalar que el propio legislador contempla en la Ley 20.084 la posibilidad de que no obstante se hubiese aplicado una pena privativa de libertad, el juez podrá en su sentencia disponer la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses, transcurrido el cual el tribunal dejará sin efecto la sentencia y en su reemplazo decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.²¹ Es decir, es el propio legislador el que insta por el no cumplimiento efectivo de la sanción impuesta, como una forma de alcanzar de mejor modo el fin resocializador.

Por otra parte, si bien el fallo indica cuál es el mecanismo para determinar en el caso concreto qué ley es más favorable (borradores de sentencia), incurre en una contradicción y en una omisión.

Se contradice, ya que no obstante resolver que la Ley 20.084 no es ley más favorable, en su considerando decimoquinto estima que la sentencia recurrida incurre en un error de derecho, por cuanto, con la aplicación de la Ley 20.084, en el caso concreto, se ha impuesto una pena *manifiestamente inferior* a la que correspondía de acuerdo a la normativa del Código Penal, ello a pesar de que dicho código expresamente señala, como uno de los casos de ley penal más favorable, aquel que precisamente lleva a imponer una pena menos rigurosa.²²

²⁰ Cury, E., ob.cit., p. 229.

²¹ Art. 41 de la Ley 20.084.

²² Ver Art. 18 Código Penal.

En cuanto a la omisión, esta consistió en que no obstante indicar el fallo que se debían confeccionar dos borradores de sentencia, para determinar en el caso concreto cuál era la ley más favorable, al parecer solo se quedó ahí, encargando a la realidad la confección, ya no de borradores, sino de sendas sentencias condenatorias, que aplicaron las legislaciones en disputa. El resultado salta a la vista: el primer fallo del Tribunal Oral en lo Penal, que aplicó la Ley 20.084, suspendió la condena;²³ el segundo fallo, que aplicó el Código Penal, condenó a una pena privativa de libertad efectiva de tres años y un día.²⁴

Por último, respecto a la impensada consecuencia que sería el que un sinnúmero de menores quedaran en inmediata libertad, realidad a la que no pueden sustraerse los tribunales de justicia, a que alude la sentencia comentada, no podemos sino discrepar de tal vía argumental, por cuanto, en un Estado Democrático de Derecho, a lo que no pueden sustraerse los tribunales de justicia es a la promoción y cautela de los derechos fundamentales de las personas, en especial, de aquellos más vulnerables, como los adolescentes, más aún si están privados de libertad, ya que como bien señala Antonio Carlos Gomes Da Costa, *“sólo una sociedad que aprende a respetar a los “peores” es capaz de respetar a todas las personas”*.²⁵

²³ Sentencia dictada en causa RIT N° 266-05, de fecha 7 de diciembre de 2005, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, integrada por los Jueces don Hernán Rodríguez Cuevas, doña María Elvira Verdugo Podlech y doña Karina Mihovilovic. La sentencia por mayoría aplicó la Ley 20.084, en contra la magistrado Mihovilovic.

²⁴ Sentencia dictada en causa RIT N° 266-05, de fecha 15 de marzo de 2006, pronunciada por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, integrada por los magistrados doña Carmen Gloria Durán Vergara, Viviana Iza Miranda y Rafael Corvalán Pazols.

²⁵ Citado por Cillero, M., *“Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención Sobre Derechos del Niño”*, en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, N° 2, Buenos Aires, 2000, p. 109.