

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente como ley penal más favorable a contar de su plena vigencia.*

Jaime Pacheco Quezada

Profesor Titular de Derecho Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

El presente documento tiene por finalidad analizar las posibilidades de aplicación de la Ley N° 20.084 (en adelante LRPA), como ley penal más favorable,¹ a partir de su plena entrada en vigencia, esto es, a contar del 8 junio de 2007.

La renovación de esta discusión resulta relevante, por cuanto, a partir de la fecha indicada, ya no serán obstáculo para su eventual aplicación los argumentos hasta ahora esgrimidos, principalmente por los tribunales superiores de justicia para desestimar tal aplicabilidad, tales como que la vigencia de la ley se encuentra diferida² o que sus sanciones resultan imposibles de aplicar por no contarse con la infraestructura y programas socioeducativos necesarios en su caso,³ de modo entonces que la discusión de fondo acerca de la real o eventual favorabilidad de la LRPA es un debate que está por venir.⁴

* Resumen de la exposición efectuada en las jornadas de capacitación de los defensores penales juveniles, organizada por la Unidad de Defensa Penal Juvenil, de la Defensoría Penal Pública, Santiago, 25 de abril de 2007.

¹ Sobre el concepto, requisitos de procedencia y reconocimiento normativo del principio-garantía de la ley penal más favorable: ver Documento de Trabajo N° 4/2006 "Análisis y Orientaciones sobre la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente como Ley Penal más favorable". Julio 2006, Unidad de Defensa Penal Juvenil. Consulta sobre este documento a: udpj@defensoriapenal.cl.

² Sentencia Corte de Apelaciones de Chillán de 22 de junio de 2006, Rol N° 65-06.

³ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, de 30 de enero de 2006, Rol N° 880-05.

⁴ Según cifras extraoficiales, a la fecha de este trabajo existirían alrededor de 800 adolescentes cumpliendo efectivamente penas privativas de libertad y alrededor de 8.000 causas en actual tramitación, con lo cual la discusión adquiere relevancia también desde un punto de vista cuantitativo.

2. Consideraciones previas

A pesar de ser pacífico el reconocimiento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, pacífico es también el reconocimiento de la dificultad que encierra el poder determinar cuándo nos encontramos ante una ley de estas características, principalmente en la hipótesis de cuando una nueva ley establece un tratamiento punitivo menos riguroso que la anterior.

Por la dificultad denunciada, resulta pertinente efectuar una referencia previa a algunos principios interpretativos que orientan la elección de la ley más benigna y que a la larga pueden operar como criterios delimitadores y fundantes del carácter más favorable de la Ley N° 20.084. En este orden de ideas, tres al menos son los aspectos que deben tenerse en consideración:

- a. Fundamento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.
- b. Alcance del concepto de ley penal para estos efectos.
- c. El principio de alternatividad o prohibición de la *lex tertia*.

2.1. Fundamento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable

Constituyendo la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable una excepción al principio general de irretroactividad de la ley penal, los fundamentos de uno y otro son distintos. Así este último encuentra su razón de ser en la garantía del *nullum crimen nulla poena sine lege previa*, que constituye una manifestación del principio de legalidad y además en el reconocimiento del principio de culpabilidad, entendido como capacidad de motivación, ya que si al momento del hecho no existe la prohibición, mal puede exigírsele al sujeto que se motive por algo que no existe.⁵

En cambio, el principio de la retroactividad de las leyes penales favorables al imputado encuentra su fundamento, en palabras de Silva Sánchez,⁶ en el principio de la prohibición de exceso. En efecto, si un comportamiento ha sido despenalizado, implica necesariamente concluir que la pena anteriormente impuesta ya no cumple fines ni de prevención general ni de prevención especial, con lo cual la pena anterior deviene en innecesaria. Por su parte, si la nueva ley implica una disminución en la reacción penal, quiere decir que se estima

⁵ Hassemer W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona 1984, p. 320.

⁶ Silva Sánchez, J.M., "Legislación Penal Socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables; En el caso de las Leyes Penales en Blanco", en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, 1995, pp. 697 y ss

ahora que la intensidad o medida de la sanción anterior no es la necesaria para asegurar la eficacia preventiva general y especial del sistema y se torna, por tanto, excesiva.

De esta forma el mantenimiento de una pena que ahora se considera innecesaria o excesiva solo puede encontrar justificación en la mera retribución del hecho pasado,⁷ vulnerándose con ello el principio de proporcionalidad, ya que se mantendría un reacción punitiva que no se corresponde con la actual valoración jurídica, que el legislador efectúa respecto del comportamiento que se despenaliza o de la intensidad de la sanción que el mismo merece.

La fundamentación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna, en el sentido propuesto, permite afirmar la favorabilidad de la LRPA, en relación con el sistema punitivo propio de adultos, por cuanto dicha normativa conlleva, ya a nivel de valoración legislativa, la afirmación que la sanción tiene una finalidad específica, que no se observa en la sanción de adultos, el fin resocializador,⁸ el que su vez implica un tratamiento punitivo, cuantitativa y cualitativamente más benigno para el adolescente, por ende ya a este nivel de análisis abstracto el mantenimiento de una pena que no conlleve naturalmente esa finalidad específica importa, por una parte, alejarse o desconocer el mandato del legislador, y por otra, mantener en una situación de desventaja al adolescente al continuar sujeto a una sanción que se ha tornado innecesaria o excesiva.

Continuando con el razonamiento, puede concluirse entonces, y ahora a un nivel de análisis del caso concreto, que un sentenciador que mantenga una sanción propia del sistema penal de adultos, que a partir de la vigencia plena de la LRPA deviene en ineficaz, excesiva e innecesaria para los fines de prevención especial, explícitamente reconocidos por el legislador, está efectuando una modificación legislativa por vía judicial, al impedir que rijan en plenitud la nueva valoración legislativa que se ha efectuado respecto del contenido e intensidad que debe tener la reacción punitiva estatal, frente a los ilícitos cometidos por adolescentes.⁹

⁷ Silva Sánchez, J.M., ob. cit., p. 699.

⁸ Ver art. 20 de la Ley N° 20.084.

⁹ Sobre el particular, la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo de un recurso de nulidad que decía relación con la aplicación de la LRPA como ley más favorable, sostuvo: “ (...) en la conceptualización de la ley más favorable, creemos que debe también considerarse si con la aplicación de la nueva ley se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla...”. Sin embargo, a pesar del considerando expuesto, dicho tribunal no resolvió en consecuencia. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 880-05, de 30 de enero de 2006.

2.2. Alcance del concepto de ley penal

En la aplicación retroactiva de la ley más benigna, existe acuerdo en que ella debe ser entendida en un sentido amplio, referido a todo precepto del cual resulten consecuencias penales o que constituya un presupuesto para la aplicación de la pena. En este sentido nuestra jurisprudencia y doctrina han reconocido la aplicación como ley más favorable de disposiciones de naturaleza civil (ej. rebaja de la mayoría de edad)¹⁰ o de aquellas que dicen relación con la forma de cumplimiento de una pena o su suspensión.¹¹

Particular interés presentan en este punto las normas procesales con una fuerte incidencia en el derecho penal material, respecto de las cuales autores como Cury¹² postulan un tratamiento similar al de las leyes penales sustantivas, dentro los cuales está la posibilidad de su aplicación retroactiva como ley más benigna.

En este sentido, surge la problemática de determinar la naturaleza de instituciones como la sustitución o revisión de condenas a que se refieren los arts. 53 y 55 de la Ley 20.084, o la valoración de la LRPA, en relación con la ley N°18.216, aspectos sobre los cuales volveremos más adelante.

2.3. El principio de alternatividad o prohibición de *lex tertia*

En nuestra doctrina hay consenso en torno a que, en el procedimiento de determinación de la ley más favorable, le está vedado al sentenciador mezclar o considerar fragmentariamente los preceptos de ambas leyes,¹³ considerando de cada una solo aquello que beneficia al imputado, pues con ello el sentenciador estaría creando un tercera ley que nunca ha estado en vigor.¹⁴ Lo que corresponde es comparar la gravedad o intensidad de la reacción penal de la antigua ley, con todas sus circunstancias, con la gravedad de la reacción penal contenida en la nueva ley, considerando también todas sus circunstancias.

Cabe sí indicar que en doctrina comparada se admite la posibilidad de la *lex tertia*, por cuanto se sostiene que en derecho penal hay casos de combinaciones de leyes que se permiten, como por ejemplo las leyes penales en blanco

¹⁰ Corte Suprema, Sentencia de 16 de mayo de 1945, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. VIII, p. 131.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 23 de enero 2007, Rol 4280-06.

¹⁰ Cury, E., *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2005, p. 119.

¹⁰ Cury, op. cit., p. 229. En el mismo sentido Garrido Montt, M., *Derecho Penal, Parte General*, T. I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 109.

¹⁰ Cury, op cit., p. 229.

que exigen su integración con otras disposiciones, en el caso de la *lex tertia* más favorable, también ocurre así, no hay lesión al principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible.¹⁵

La consideración de las legislaciones en disputa con todas sus circunstancias implica que la elección de la ley más favorable ha de determinarse para el caso concreto, siguiendo la tradicional fórmula postulada entre nosotros por Cury,¹⁶ en el sentido de elaborar dos borradores de sentencia, con base en las leyes en conflicto.

Lo relevante de la consideración de este principio, a los efectos que aquí interesa, es que la determinación de la ley penal más favorable va a estar dada exclusivamente a favor de aquella que aplicada íntegramente al caso concreto conlleve en definitiva una situación de mayor ventaja material para el imputado, con independencia de la naturaleza, novedad o denominación de la sanción.

3. Aspectos generales en relación con la favorabilidad de la LRPA

Antes de entrar al análisis en particular de las disposiciones de la LRPA, que puedan dar lugar a una aplicación retroactiva, como ley penal más benigna, resulta pertinente efectuar algunas consideraciones de carácter general, en relación con los argumentos vertidos por alguna doctrina,¹⁷ que sostiene que en determinados supuestos, dicha ley carecería de las características de favorabilidad, que en este trabajo se postula.

Los cuestionamientos que nos interesan dicen relación, en primer término, con la afirmación de que la LRPA no importa una alteración de la extensión temporal de las penas, y en segundo lugar, que su aplicación como ley penal más favorable no es posible respecto a sentencias ejecutoriadas.

3.1. En cuanto a la afirmación que la LRPA no afecta la extensión temporal de las penas

Se sostiene que la LRPA en virtud de lo dispuesto en sus artículos 21 y 22 ha mantenido inalterado todo el sistema de determinación legal de la extensión

¹⁵ Bustos, R. J., y Hormazabal M., Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I., Editorial Trotta. Madrid, 1997, p. 109. En el mismo sentido, Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 125.

¹⁶ Cury, E., op. cit., p. 229.

¹⁷ Matus, Jean P., "Informe sobre la aplicación retroactiva de la Ley N° 20.084", en *Revista de Derecho Penal N° 19*, Ed. Lex Nova, Valladolid, septiembre 2006, pp. 80 y ss.

temporal de la pena que contempla el Código Penal y que las reglas de sustitución de pena a las sanciones que ella establece son parte únicamente del proceso de individualización judicial de las mismas, cuyas reglas prudenciales operan una vez determinada legalmente la pena, y como estas reglas prudenciales tampoco han sido alteradas, no es posible afirmar la existencia de un sistema de determinación de la extensión temporal de la pena que sea más favorable a los adolescentes condenados.

Esta corriente de opinión sostiene además que el art. 18 de la LRPA solo es una aparente excepción, respecto de la alteración de la extensión temporal de las penas, ya que, aun cuando esa norma efectivamente establece un límite temporal, éste es solo aplicable a las sanciones que allí señala, esto es, internación en régimen cerrado o semicerrado, ambas con programas de reinserción social y en ningún caso a las penas privativas de libertad contempladas en el CP o en leyes especiales y que en caso de aplicarse esa limitación a las penas de reclusión o presidio se estaría ante la aplicación de una *lex tertia* o mejor dicho ante la construcción judicial de la pena, sin sometimiento a la legalidad.¹⁸

Al respecto, si bien en un primer momento puede admitirse que no se ha alterado el proceso cronológico de determinación legal de la pena que establece el Código Penal, ello no permite derivar de manera indiscutida las conclusiones referidas.

En primer término, el artículo 21 de la Ley 20.084 al disponer que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley al ilícito correspondiente, está estableciendo una alteración de la extensión del marco penal en abstracto, transformando los delitos (crímenes y simples delitos) en figuras cuya pena en abstracto es una pena de un grado divisible y es solo a partir de ese grado desde donde deberán efectuarse las rebajas o agravaciones pertinentes.¹⁹

Además de lo anterior, la alteración de la extensión e intensidad de las penas, por parte de la LRPA, viene dada por la circunstancia que el artículo 6° de la Ley N° 20.084, al sustituir todo el catálogo de sanciones del CP y de las leyes especiales, por las sanciones que taxativamente indica la escala general contenida en dicha disposición, hace improcedente la aplicación de las penas

¹⁸ Matus, Jean P, op. cit., p. 92.

¹⁹ Estrechamente vinculado al punto es el tema de establecer si el art. 21 de la Ley 20.084, al rebajar la pena en abstracto en un grado, permite sostener que esta normativa ha alterado la calificación de los hechos punibles como crímenes, simples delitos o faltas y la consecuente implicancia que ello tendría en todo el ámbito de aplicación de la Ley 20.084, sin embargo, dicho análisis escapa a los fines de este trabajo, no obstante que la decisión que se adopte al respecto obviamente tendrá incidencia en una eventual aplicación de la LRPA, como ley penal más benigna.

accesorias que el Código Penal señala llevan consigo los crímenes y simples delitos.²⁰ Por último, otra clara alteración de la extensión del marco temporal está dada por la limitación que impone el artículo 22 inciso final, respecto de las penas privativas de libertad, al prescribir que en ningún caso su duración podrá exceder los límites máximos a que se refiere el art.18 de la LRPA.

En cuanto a las reglas prudenciales de determinación judicial de la pena, tratándose de adolescentes, han sufrido una importante modificación, ya que a la tradicional consideración de la entidad y número de la circunstancias agravantes o atenuantes, se incorpora ahora la consideración 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,²¹ consideración que viene a plasmar a nivel judicial la opción legislativa de dotar a las sanciones de la LRPA de un claro contenido preventivo especial.

Esta última exigencia implica entonces una obligación ineludible para el sentenciador, ya que éste carece de potestad para dejar de cumplir la voluntad del legislador, en orden a que todas las sanciones (incluidas las impuestas por sentencia ejecutoriada) deben estar subordinadas a dicha finalidad, de suerte entonces que en la individualización judicial de la sanción la finalidad preventiva especial no opera como fundamento de la misma, sino como un límite de la pretensión punitiva.

Consecuencia de la obligación antes dicha, es que pretender la imposibilidad de aplicar el límite temporal de extensión de las penas privativas de libertad a adolescentes condenados a penas de presidio o reclusión, implica desconocer la nueva valoración que con carácter general ha efectuado el legislador, en el sentido que ningún delito cometido por un adolescente, cualquiera sean las circunstancias que concurran, merece una sanción más severa que la indicada en el art.18, e importa la subsistencia de penas excesivas y carentes de toda finalidad resocializadora.

Por otra parte, el argumento esgrimido resulta excesivamente formal, pues da a entender que las penas de reclusión o presidio son de naturaleza diversa de las penas de internación en régimen cerrado o semicerrado, desconociendo el común contenido material de todas ellas, la privación de libertad que conllevan.²² El reconocimiento de la naturaleza privativa de libertad de las penas de

²⁰ La única pena accesoria que contempla la Escala General de Penas del art. 6° de la Ley 20.084 es la prohibición de conducir vehículos motorizados.

²¹ Art. 24 letra f) Ley 20.084.

²² Al respecto cabe recordar la definición de privación de libertad que se contiene en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad: Regla 11 b): *Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un esta-*

internación, es expreso en la Ley N° 20.084, pues las denomina genéricamente penas privativas de libertad.²³

Que es el contenido material de la sanción lo que determina la naturaleza de la misma se demuestra incluso en la legislación penal de adultos, ya que aun cuando las penas de presidio y reclusión importaban teóricamente un régimen o modalidad diferente de cumplimiento, no por ello dejaban ambas de ser reconocidas como penas privativas de libertad, del mismo modo entonces las penas de internación en régimen cerrado o semicerrado no pierden ese carácter por conllevar ambas la implementación de programas de reinserción social.

Desde otro orden de ideas, tampoco puede desestimarse la aplicación del límite temporal en la extensión de las penas privativas de libertad que contempla el art. 18 de la Ley 20.084, por una infracción al principio de legalidad que se derivaría de una supuesta construcción judicial de la sanción, por cuanto, el principio de alternatividad al que hacíamos alusión implica que el carácter de ley penal más favorable está dado exclusivamente por la circunstancia de resultar una pena conforme a la nueva legislación más benigna, ocurrido lo cual no puede dejar de ser aplicada en razón de su reciente incorporación al catálogo de sanciones.²⁴

Finalmente la tesis que se comenta pareciera asumir como una circunstancia inamovible la extensión temporal fijada en la sentencia primitiva. Ello no es así, ya que lo que queda inamovible son los hechos, y son esos hechos los que son objeto de una nueva valoración, conforme a la reciente legislación, lo cual obviamente puede llevar a una alteración de la extensión temporal de la condena previamente impuesta. Pensemos, por ejemplo, en un adolescente condenado conforme a la legislación penal de adultos, por robo calificado, concurriendo además dos circunstancias agravantes, a una pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio; valorado ese mismo hecho y esas mismas circunstancias conforme a la LRPA, la sanción máxima sería de diez años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

3.2. Supuesta inaplicabilidad de la Ley 20.084 respecto de las sentencias condenatorias ejecutoriadas

Para sostener esta afirmación, se parte de la base que el propósito del legislador al establecer el art. 18 del CP no ha sido el que se permita la revisión de los

blecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

²³ Art. 15 Ley 20.084

²⁴ En el mismo sentido: Bascuñán, A., "La ley penal", en *Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1, 2004. p. 219.

hechos establecidos por un fallo anterior, ni siquiera para determinar la posible existencia de los hechos constitutivos de una nueva atenuante, sino permitir una modificación de la sentencia, siempre que se tratara de una simple aplicación del nuevo texto legal a los hechos establecidos en el fallo.

En consecuencia, se estima, que solo sería posible modificar sentencias ejecutoriadas para aplicar alguna de las penas sustitutivas del art. 6° de la Ley N° 20.084, si los fundamentos de hecho, para decidir sobre su necesidad y especialmente sobre su capacidad para cumplir las finalidades que establece el art. 20, pueden extraerse de los hechos establecidos en el fallo.²⁵

Sin embargo, se agrega que ello no es posible, ya que si bien podría argumentarse que la aplicación de las reglas de sustitución y la correspondiente tabla demostrativa del art 23 no supone otro ejercicio que la determinación de la extensión de la pena aplicable y que tal extensión se encuentra determinada en la sentencia firme, el Tribunal debe tomar una decisión sobre cuál es la naturaleza de la sanción a imponer y para ello, de acuerdo al art. 24 de la LRPA, deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, entre otros factores, a 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, antecedentes que las partes no habrán aportado y por ende no se encontrarán en la sentencia que se revisa.²⁶

Al respecto, se debe destacar que se reconoce la posibilidad de revisar las condenas anteriores cuando éstas contengan los hechos que permitan al tribunal establecer la idoneidad de la naturaleza de la sanción, razón por la cual no se pretende una inaplicabilidad absoluta de la LRPA respecto de condenas ejecutoriadas. Al respecto cabe hacer presente que tratándose de adolescentes condenados a penas privativas de libertad, por lo general existirá un informe presentencial del cual pueden desprenderse tales hechos.

Pero en el supuesto de admitirse que la sentencia que se revisa no contenga tales hechos, cabe preguntarse ¿la idoneidad de la sanción para cumplir con los fines de la LRPA está determinada exclusivamente por un fundamento fáctico?

Estimamos que al menos tratándose de penas privativas de libertad, que indudablemente será el supuesto donde tendrá mayor incidencia esta discusión, dar una respuesta afirmativa a la interrogante planteada no es posible de un modo categórico. Por el contrario, ha sido el propio legislador quien ha es-

²⁵ Matus, J. P., op.cit. p. 93.

²⁶ Matus, J. P., op.cit. p. 94.

tablecido una valoración normativa de carácter negativo de la pena privativa de libertad, en orden a su idoneidad para alcanzar el fin resocializador. Esta valoración negativa se contiene en el art. 26, que establece claramente que la privación de libertad se utilizará como medida de último recurso, y en el art. 18 al limitar su duración.²⁷ Del mismo modo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece esa misma valoración en su art. 37 letra b) y art. 40.4. Precisamente por la consideración de esta valoración normativa negativa de la sanción privativa de libertad, es que una de las características distintivas de los sistemas de responsabilidad penal juvenil viene dada por la alteración de la regla general en materia de respuesta punitiva, pasando la pena privativa a ser la excepción y la regla general, un catálogo diverso de sanciones no privativas de libertad.²⁸

De esta forma, frente a la disyuntiva de aplicar una pena privativa de libertad versus una no privativa, esta última aparece siempre normativamente más idónea para alcanzar el fin resocializador. En un sentido más amplio, no es impropio afirmar que, dado que la LRPA establece un sistema de responsabilidad penal especial y diferenciado para adolescentes, naturalmente sus sanciones tienen una naturaleza más benigna y por ende resultan más idóneas para alcanzar el fin resocializador, que las penas propias del sistema penal de adultos, las cuales incluso pueden responder a fines meramente retributivos.²⁹

En definitiva, ante un adolescente condenado por sentencia ejecutoriada a una pena cuya extensión es superior o igual al primer tramo del art. 23 de la Ley N° 20.084, estimamos que respecto de la primera situación ineludiblemente procede ajustar dicha sanción a la extensión máxima que contempla el art. 18 de la LRPA y que además en ese evento y en el segundo caso, cualquiera de las penas que contempla el numeral 1° del art. 23 resulta más idónea que una pena de presidio mayor en su grado mínimo, que no contiene un componente resocializador, teniendo presente además que aun cuando se imponga la más gravosa del tramo, se puede efectuar con posterioridad su revisión, por la vía de la sustitución o remisión de condena.

4. Aspectos particulares de la favorabilidad de la Ley 20.084

Ahora sí, nos referiremos a algunos aspectos puntuales en los cuales la LRPA se presenta como una ley penal más favorable y por ende se puede impulsar su aplicación retroactiva.

²⁷ En el mismo orden de ideas: los arts, 32, 35, 41, 53 y 54 de la Ley 20.084

²⁸ Ver art. 6° LRPA.

²⁹ Será entonces de cargo del ente persecutor desvirtuar este indicio normativo de idoneidad de la sanción.

4.1. Favorabilidad por despenalización

i) Las faltas.

De conformidad con lo previsto en el inc. 3° del art. 1° de la Ley 20.084, solo serán responsables en el caso de faltas los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente por las faltas consistentes en consumo personal de sustancias estupefacientes o psicotrópicas de la Ley 20.000; la de desórdenes públicos (art. 491 N° 1); la de amenazar con armas blancas o de fuego (art. 494 N° 4); las lesiones leves (art. 491 N° 5); el incendio de cosas de menos de una unidad tributaria mensual (art. 494 N° 19 en relación con el art. 477); el hurto falta (art. 494 bis); la falta de daños de menos de una unidad tributaria mensual (art. 495 N° 21); el ocultamiento de la propia identidad (art. 496 N° 5), y la falta de arrojar piedras en parajes públicos o hacia casas o edificios (art. 496 N° 26).

La consecuencia de carácter general que se desprende de la disposición transcrita es que con ella se consagra la despenalización de las faltas cometidas por adolescentes que no se encuentren comprendidas en la enumeración a que alude el artículo 1° de la LRPA, cualquiera sea la edad de éstos.

Sin embargo, si bien pareciera consagrarse una despenalización general en materia de faltas tratándose de adolescentes menores de 16 años y una despenalización parcial para los mayores de esa edad, no se debe olvidar que conforme al art. 102 M de la LRPA, en caso de incumplimiento de la sanción impuesta por el Tribunal de Familia, éste remitirá los antecedentes al Ministerio Público, para los efectos previstos en el inc. 2° del art. 240 del CPC, con lo cual la despenalización de las faltas se relativiza.

Respecto de las faltas comprendidas en el artículo 1° inc. final de la LRPA. y que fueran cometidas por adolescentes (mayores de 16 menores de 18 años), se debe tener presente, que de acuerdo al art. 6° de la LRPA, las penas de las faltas sólo son: la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del daño causado, multa y amonestación. De esta forma el art. 6° de la LRPA viene a establecer un nuevo marco punitivo para las faltas cometidas por adolescentes, constituyendo claramente una ley penal más favorable, al menos respecto de la amonestación; así ocurre, por ejemplo, claramente respecto de la actual sanción del hurto falta.

Tratándose de la pena de multa, el art. 9° de la LRPA establece que ella será conmutable, a solicitud del infractor, por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres UTM. Se debe destacar que de la redacción de la disposición se desprende que la conmutación no es

una facultad privativa del tribunal, por cuanto utiliza la expresión imperativa “será conmutable, a solicitud del infractor”, en consecuencia, y tal cual lo ha reconocido algún sector de la doctrina, estableciendo la ley antigua y la nueva sanciones de diferente naturaleza, para determinar cuál es más favorable, un criterio es atender a la opinión del imputado;³⁰ en consecuencia, si éste estima que le resulta más favorable la prestación de servicios en favor de la comunidad que la multa, puede solicitarse su aplicación.

A su turno, el art. 9° de la LRPA dispone que el juez podrá imponer a beneficio fiscal una multa que no exceda de diez UTM. Se debe llamar la atención en cuanto a que con ello se supera la cuantía establecida para las faltas en el artículo 25 del CP (hasta 4 UTM), colocando con ello al adolescente en una situación más gravosa respecto de la que tendría un adulto en la misma situación, razón por la cual no cabe sino ajustar la cuantía de la multa al límite máximo contenido en el art. 25 del CP y concluir que la eventual conmutación de la multa por servicios en beneficio de la comunidad solo podría tener como máximo una extensión de 40 horas.

ii) En materia de delitos sexuales.

El art. 4° de la LRPA establece una regla especial para delitos sexuales, al establecer que “no podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del CP., cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concorra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 del CP, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

Con independencia de la naturaleza jurídica que se le asigna a esta disposición,³¹ concurriendo los presupuestos que la norma indica, diferencia de edad y ausencia de las circunstancias de los art. 361 y 363 del CP, no corresponde proceder criminalmente, con lo cual la disposición deviene claramente en más favorable.

iii) En materia de prescripción.

De acuerdo al art. 5° de la LRPA, la prescripción de la acción penal y de la pena

³⁰ Alternativa que encuentra su respaldo en el derecho a ser oído, reconocido en el art. 12 CDN.

³¹ Para algunos se trata de una excusa legal absolutoria, ver; Matus, Jean P., op. cit., p. 88. En el mismo sentido, Oficio del Fiscal Nacional N° 76, Santiago, diciembre de 2005. Para otros, constituye una causal de atipicidad por falta de lesividad de la conducta.

será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, de seis meses.

De esta forma la LRPA establece nuevos plazos de prescripción para los delitos cometidos por adolescentes, los cuales son más favorables que los anteriores, a saber:

- a. Crímenes, sin distinción, 5 años.
- b. Simples delitos, 2 años.
- c. Faltas, 6 meses.

En consecuencia, todo crimen cometido por un adolescente mayor de dieciséis y menor de dieciocho años con anterioridad al 8 de junio de 2002 estaría prescrito, como también todo simple delito cometido con anterioridad al 8 de junio de 2005.

Respecto de este punto, estimamos procedente la aplicación de la media prescripción,³² ya que no estamos frente a supuestos de prescripción de corto tiempo, toda vez que, al constituir la LRPA un estatuto jurídico especial y diferenciado para los adolescentes, estamos frente al régimen general de prescripción aplicable a las personas menores de 18 años.³³

iv). Respecto de cuasidelitos.

Conforme al art.1° de la LRPA, tiene por finalidad regular la responsabilidad penal de los adolescentes por los "delitos" que cometan. A su turno el inciso 2° del art. 1° dispone que serán aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas en el Código Penal y en leyes penales especiales.

Como la LRPA no contiene una referencia expresa a lo que ha de entenderse por delito, debemos estarnos a lo que por tal se entiende en el Código Penal, y conforme a tal normativa (arts. 1° y 2°) la expresión delito está referida a los tipos dolosos, toda vez que tratándose de los tipos imprudentes, el CP los denomina expresamente cuasidelitos.

Refuerza la exclusión de los tipos imprudentes del catálogo de ilícitos por los cuales han de responder penalmente los adolescentes, el carácter excepcional que reviste la punibilidad de este tipo de infracciones, a los casos expresamente previstos por la ley,³⁴ como asimismo la propia naturaleza del injusto impruden-

³² Ver art. 103 CP.

³³ En sentido contrario: Matus, Jean P., op. cit., p. 88.

³⁴ Art. 10 N° 13 Código Penal.

te, que tiene su esencia en la falta del debido cuidado, la cual aparece como propia o inherente al comportamiento de una persona en pleno proceso de desarrollo y formación.³⁵ No altera esta conclusión la circunstancia que el inc. 3° del art. 1° de la LRPA contemple entre las faltas punibles la falta de daños (495 N° 21), figura que contempla una hipótesis imprudente, por cuanto, ya tratándose de adultos, la doctrina ha denunciado la incoherencia de dicha disposición,³⁶ por lo que mal puede estimarse que una disposición cuya coherencia sistemática es dudosa sea la base sobre la que descansa la justificación de la inclusión de los tipos imprudentes en el catálogo de delitos respecto de los cuales han de responder penalmente los adolescentes.

Con esta interpretación se concreta la aspiración contenida en los instrumentos internacionales³⁷ y sostenida por la doctrina,³⁸ en orden a que el catálogo de los delitos por los que han de ser responsables los adolescentes debe ser menor que el de los adultos.

2. Favorabilidad por tratamiento más benigno

i) En relación con condenas impuestas o a imponer.

Sobre el análisis particularizado de este punto nos remitimos al trabajo efectuado por la Unidad de Defensa Penal Juvenil,³⁹ limitándonos a indicar las conclusiones generales a que arriba dicho estudio.

1. Con respecto a una pena privativa de libertad propia del sistema de adultos, siempre aparecen como más favorables las penas de la Ley 20.084, cualquiera sea la naturaleza de éstas.

De esta forma, aun cuando se trate de sustituir una pena privativa de libertad del sistema de adultos por una internación en régimen cerrado, de igual duración, esta última aparece como más favorable, por los lugares y condiciones de cumplimiento.⁴⁰

En caso de encontrarse actualmente un adolescente cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, no superior a tres años y un día, corresponde

³⁵ En el mismo sentido Bustos, J. *El Delito Culposo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 102.

³⁶ Bustos, J., op. cit., p. 19. En el mismo sentido: Garrido M., Mario, *Derecho Penal* T. IV. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, septiembre 2000, p. 429.

³⁷ Art. 40 inc.3° b) del CDN; Directrices de Riad, directriz 5.

³⁸ Belloff, M., "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta trasgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", en *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF N° 3, Buenos Aires, diciembre 2001, p. 22.

³⁹ Unidad de Defensa Penal Juvenil, op. cit., pp. 14 y ss.

⁴⁰ Ver arts. 42 y ss. de la Ley 20.084.

al menos su reemplazo por una pena de internación en régimen semicerrado (tramos 3 y 4 del art. 23).

2. El punto de discusión dice relación con el carácter más favorable o no de las sanciones no privativas de libertad, en relación con los beneficios contenidos en la Ley N° 18.216.

Un primer aspecto a resolver es el de la subsistencia de la aplicabilidad de la normativa contenida en la Ley N° 18.216, respecto de los adolescentes.

No obstante no existir una exclusión expresa de dicha normativa por parte de la Ley 20.084, razones tanto sistemáticas, como de orden práctico, nos llevan a sostener su inaplicabilidad cuando se trata de adolescentes.

En un primer orden de ideas, la subsistencia de la normativa contenida en la Ley N° 18.216 pareciera contradecir el carácter especializado y diferenciado del sistema punitivo que representa la LRPA, la cual no solo altera la regla tradicional, en cuanto al tipo de reacción penal, dejando a la pena privativa de libertad como último recurso, estableciendo un catálogo amplio y como primer recurso, de penas no privativas de libertad, sino que además contempla sus propios y especiales mecanismos alternativos o sustitutivos de la penas privativas de libertad.

La Ley 18.216 no recoge ese tratamiento o consideración especial de la calidad de adolescente y se estructura en torno a las necesidades de un adulto y como exclusiva alternativa a una pena privativa de libertad, cuyo contenido y finalidad, como se ha puesto en evidencia en este trabajo, son diametralmente opuestos al contenido y finalidad de la sanción juvenil.⁴¹

Además de lo anterior, el impacto real de la inaplicabilidad de los beneficios de la Ley 18.216 es menor, por cuanto, en la mayoría de los tramos en que sería dable su aplicación, es posible la aplicación de un instituto propio de la Ley 20.084, de carácter más favorable, tal vez, el único tramo en que quedaría un margen para la aplicación sería el comprendido entre 541 días a 3 años.

Sin embargo, en caso de estimarse que resulta procedente la aplicación de la

⁴¹ La incompatibilidad que se denuncia se pone de manifiesto si se piensa que la revocación de algunos de los beneficios de la Ley 18.218 conlleva por regla general el cumplimiento efectivo de la sanción inicialmente impuesta, la que necesariamente debe ser una privativa de libertad propia del sistema de adultos, ya que solo respecto de ellas operan los beneficios de la Ley 18.216, lo que implica admitir la posibilidad de haber aplicado estas sanciones, en lugar de las especiales contempladas en la LRPA, alternativa que en este trabajo no se comparte.

Ley N° 18.216,⁴² como regla general, podemos decir que las sanciones de reparación del daño causado y servicios en beneficio de la comunidad aparecen como más favorables, dada su naturaleza y duración.

Pero ¿qué sucede con los beneficios de Ley 18.216 y las sanciones de internación en régimen semicerrado y las de libertad asistida, en cualquiera de sus formas? Una vez más, acudimos a las conclusiones generales que se desprenden del estudio sobre el tema efectuado por la Unidad de Defensa Penal Juvenil.

En relación con la remisión condicional:

1. Es menos gravosa que la internación en régimen semicerrado.
2. Es menos gravosa que la libertad asistida especial.
3. Es menos gravosa que la libertad asistida simple.

Como bien advierte el documento de trabajo de la Unidad de Defensa Penal Juvenil,⁴³ esta favorabilidad de la remisión condicional de la pena se relativiza al tener presente las consecuencias de un eventual quebrantamiento de la medida, la posibilidad respecto de las penas privativas o restrictivas de libertad igual o inferior a 540 días de operar a su respecto la suspensión de la condena,⁴⁴ o bien la posibilidad de sustitución o remisión de las sanciones de la Ley 20.084.

En relación con la reclusión nocturna:

1. Aparece como equiparable a la internación en régimen semicerrado.⁴⁵
2. Es más gravosa que el resto de las sanciones.

En relación con la libertad vigilada:

1. Es menos gravosa que la internación en régimen cerrado o semicerrado.
2. En atención a que está pensada y diseñada para adultos, aparece como menos conveniente que la libertad asistida en cualquiera de sus formas.

ii). Sustitución y remisión de condena.

El punto de partida a analizar es la naturaleza jurídica que se atribuye a estas disposiciones, en el sentido de determinar si constituyen una de esas institucio-

⁴² Así lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia Rol N° 88-06, 27 de marzo de 2006.

⁴³ Unidad de Defensa Penal Juvenil, op. cit., p. 20.

⁴⁴ Art. 41 Ley N° 20.084.

⁴⁵ Sin embargo, creemos que ello no es indiscutido, toda vez que de la sola lectura del art. 16 de la Ley 20.084 se desprende que somete al condenado a un régimen mucho más intrusivo que la reclusión nocturna.

nes procesales penales inextricablemente ligadas a la ley penal sustantiva más favorable, de tal manera que no fuese posible aplicar ésta sin aquéllas.⁴⁶

Sin perjuicio de la interrogante planteada, estimamos que en forma previa a la aplicación de estas instituciones se debe plantear la aplicación de la Ley 20.084 como ley penal más favorable, por cuanto, de la lectura de los arts. 53, 54 y 55 de la Ley 20.084 se desprende que ellas operan respecto de las sanciones previstas en esa ley, de forma tal que se requiere como paso previo el reemplazo de la sanción propia del sistema de adultos por algunas de las previstas en el art. 6° y de acuerdo a los tramos contemplados en el art. 23.⁴⁷

Este planteamiento presenta la ventaja, por una parte, de “limpiar el debate”, ya que obviamente las líneas y contenidos argumentales en uno y otro caso son distintos, así respecto de la eventual aplicación de la ley penal más favorable el debate es estrictamente de derecho, en cambio, la sustitución y remisión supone la revisión y ponderación de las actuales circunstancias y por ende un debate de preeminente contenido fáctico y por otra parte evita la discusión en torno a que tribunal es competente para emitir un pronunciamiento, ya que de acuerdo al art. 18 del CP, es competente para aplicar la ley penal más favorable aquel que hubiese dictado la sentencia, en cambio es competente para conocer de la solicitud de sustitución y remisión, el juez de control de ejecución, que de conformidad al art. 50 de la Ley 20.084, es el juez de garantía del lugar donde esta se cumple.

iii). Aplicación del art. 450 inc. 1° del Código Penal

La tesis que sustentamos es que a contar del 8 de junio de 2007 no resulta procedente la aplicación de la regla del art. 450 inc. 1° CP, que adelanta la punición en carácter de consumado para etapas imperfectas de ejecución de ciertos delitos.⁴⁸⁻⁴⁹

Punto de partida es el reconocimiento que la LRPA tiene por finalidad regular la responsabilidad de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedi-

⁴⁶ Unidad de Defensa Penal Juvenil, op.cit., p. 12.

⁴⁷ Cabe hacer presente que en el Documento referido en la nota anterior se atribuye a estas instituciones una naturaleza mixta, al contener normas sustantivas y procesales y por ende se sostiene la factibilidad de que adolescentes que estén cumpliendo condenas puedan derechamente solicitar su sustitución o remisión como ley penal más favorable.

⁴⁸ Argumentación que es extensiva a otras disposiciones penales que contemplan idéntico adelantamiento sancionatorio.

⁴⁹ Cabe hacer presente que la argumentación que se expone lo es teniendo presente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, en el sentido que el art. 450 inc. 1° del CP constituye una norma de determinación de pena.

miento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.⁵⁰

En consecuencia, la LRPA constituye un cuerpo normativo propio, especial y diferenciado para las personas menores de dieciocho años, cuyo ámbito de regulación es la totalidad de los presupuestos que determinan la comisión de un delito por un adolescente, como asimismo, las consecuencias jurídicas que de ello derivan.⁵¹ Solo en lo no expresamente previsto por la LRPA serán aplicables las disposiciones del Código Penal y leyes especiales.

Esta especialidad de la LRPA tiene una de sus mayores manifestaciones en el catálogo de sanciones y en el procedimiento de determinación de las mismas.

En materia de sanciones la LRPA expresamente prescribe en su art. 6° que “en **sustitución de las penas** contempladas en el CP y en leyes complementarias, las sanciones que se aplicarán a los adolescentes serán las de la siguiente Escala General:...”.

Ahora bien, de acuerdo al diccionario de la RAE, sustitución es la *acción o efecto de sustituir*, y sustituir significa: “*poner a alguna persona o algo en lugar de otra persona o cosa*”. De esta forma, el artículo 6° de la LRPA, respecto de los delitos cometidos por adolescentes, ha puesto las penas que dicha disposición contempla en lugar de las penas que se contemplan en los tipos penales del Código Penal y en leyes especiales, conservándose de dichos cuerpos normativos exclusivamente la descripción de la conducta prohibida.

Esta derogación total de las penas del sistema penal de adultos respecto de los adolescentes, que consagra el art. 6°, encuentra respaldo en la historia del establecimiento de la ley, por cuanto se sostuvo que la instauración de un sistema de penas diverso al consagrado para adultos podía lograrse estableciendo un catálogo sustitutivo de sanciones, diverso del ya considerado en el Código Penal.⁵²

En lo que respecta al proceso de determinación de la sanción, los arts. 21 y 22 de la Ley 20.084 disponen que la pena asignada a los delitos cometidos por

⁵⁰ Art. 1° Ley 20.084.

⁵¹ En el Mensaje de la Ley 20.084 se reconoce expresamente la característica de especialidad de este sistema: “*El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revistan carácter de crimen o simple delito cuando ellos sean cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años*”.

⁵² Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín N° 3021-07, p. 80.

adolescentes es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito respectivo y que a partir de ese marco abstracto, se debe determinar la duración de la sanción, aplicando las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP, con la sola excepción de lo dispuesto en el art. 69 de dicho código.

Estas normas al imponer al juez, en carácter imperativo, la aplicación de las reglas contenidas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP, con la sola excepción del art. 69 del CP, consagran sin exclusión alguna la plena vigencia, respecto de los adolescentes, de las reglas generales relativas a la sanción de las etapas imperfectas de desarrollo del delito contenidas en los artículos 51 y siguientes del CP., como uno de los factores a considerar en la determinación del quantum de la pena.

No altera lo concluido lo previsto en el artículo 55 del CP, al indicar que la rebaja de sanción prevista para las etapas imperfectas de desarrollo en los arts. 51 y 52 no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado y la tentativa se hallan especialmente penados por la ley, por cuanto no puede entenderse que la referencia a los casos especialmente penados por la ley a que alude el referido artículo 55 alcance al artículo 450 inc 1°, ya que esta última disposición es considerada una regla de determinación de pena y no una norma que tipifica y sanciona en forma autónoma la etapas imperfectas, que son los casos a que alude el mencionado artículo 55, y al ser una regla de determinación de pena no expresamente comprendida en el nuevo mecanismo de determinación de sanciones contenido en la Ley 20.084, no puede entonces recibir aplicación.

A mayor abundamiento, la letra b) del art. 24 de la LRPA obliga al juez, para determinar la naturaleza de la sanción, atender al grado de ejecución de la infracción.

En suma, a contar del 8 de junio de 2007, las disposiciones transcritas impiden la aplicación del art. 450 inc. 1° del CP., en razón de la primacía del principio de especialidad que reviste todo el contenido normativo de la Ley N° 20.084.⁵³

⁵³ Cabe indicar que la inaplicabilidad del art 450 inc 1° del CP ha sido recogida por alguna jurisprudencia, así: TOP Concepción, Rit 266-05; TOP Talca Rit 123-05; y voto disidente Corte Apelaciones de Valparaíso, Rol 164-06.