

EL DELITO COMETIDO POR MENORES DE EDAD Y LA REINCIDENCIA.  
COMENTARIO A UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA\*

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA\*\*  
*Universidad de Valparaíso*

Como antecedente de una hipotética reincidencia, el delito cometido por un menor de edad plantea tres problemas que no son propiamente dogmáticos, sino de Filosofía del Derecho. Sin embargo, de su solución se desprenden significativas consecuencias prácticas, principalmente para la persona que deberá sufrir la nueva condena, sea todavía como adolescente, sea tras alcanzar la edad adulta.

Primero, la cuestión de la reincidencia en general, según su fundamento, naturaleza y legitimidad en un ordenamiento respetuoso de la personalidad de la responsabilidad criminal. Luego, la naturaleza jurídica de las disposiciones que establecieron en 2005 un sistema penal para los adolescentes. Por último, las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional a propósito de los dos puntos precedentes, o sea, el menor ante la justicia penal y la recidiva.

De ellos discurrimos a continuación al hilo del desarrollo que recibieron en un fallo de la Corte Suprema que rechazó, el 17 de septiembre de 2013, el recurso de nulidad presentado por la defensa de Max Alexander Oñate Salas contra la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal de Valdivia. Éste lo había condenado a satisfacer la pena principal de doce años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado medio, como reo del delito de robo con intimidación.

1. LA REINCIDENCIA NO ES CONCEPTO PROPIO DE UN DERECHO PENAL  
INSPIRADO POR EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS

En el Derecho en general la responsabilidad se funda en la realización de un acto antijurídico y culpable. Sin embargo, con estos tres componentes contrasta la reincidencia. Ésta consiste en responsabilizar a un sujeto, no por acciones u omisiones concretas, sino por su existencia, por lo que él es, la forma en que organizó su vida, tónica que se desprende de la repetición de conductas. La reincidencia

---

\* Reconstrucción anotada de la exposición del autor en las IX Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, realizadas en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso los días 27 y 28 de noviembre de 2014. La exposición fue la tarde del día 27, en la sección “Panorama jurisprudencial”, a cargo del Instituto de Ciencias Penales.

\*\* Profesor titular de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral en la Universidad de Valparaíso. Miembro del Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile.

viola el principio de actividad. Tampoco se concilia con el principio de ofensividad. El injusto practicado por el reincidente no es más grave por ser él quien es; basta pensar que los bienes de una persona están tan protegidos frente al individuo sin antecedentes penales como ante a otro con un nutrido prontuario de procesos y condenas. Y la reincidencia infringe asimismo la personalidad de las penas. El principio respectivo excluye la responsabilidad por actos ajenos al sujeto, prohíbe que la pena lo trascienda jurídicamente, embistiendo a otras personas, y exige culpabilidad en el acto sancionado<sup>1</sup>. A su vez, la reincidencia es más congruente con una culpabilidad por el carácter o la conducción de la vida que con la culpabilidad de un Estado de Derecho. De concederle éste algún valor dogmático, debiera ser un factor de templanza en la formulación del juicio de culpabilidad, o sea, exactamente lo opuesto de la odiosa agravante. En efecto, si se asume que la imputabilidad integra el juicio de reproche, resulta que la reincidencia, en la medida que revele una especial dificultad del acusado para determinar su conducta con arreglo al deber jurídico —deterioro volitivo que puede establecerse merced al examen psicológico de los golpes dados y, sobre todo, recibidos<sup>2</sup>—, reduce las posibilidades reactivo-afectivas y, con ello, disminuye la culpabilidad<sup>3</sup>. La operación para reflejar en la pena el defecto de imputabilidad pudiera tener sede en los artículos 11, circunstancia 1ª, 69 y 73 del Código Penal, si el joven es juzgado como adulto, y, de serlo todavía como adolescente, el artículo 24 de la Ley número 20.084, en la parte que subordina la concreción judicial de la pena juvenil al estudio de la idoneidad de la sanción para fortalecer en el condenado el respeto por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, nada de lo cual se consigue machacando una cabeza ya endurecida por faltas y penas precedentes.

---

<sup>1</sup> De la ingente bibliografía sobre el particular, nos permitimos remitir a GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (Santiago de Chile, 2008), pp. 42 y ss.

<sup>2</sup> De la familia, la sociedad o el Estado. O los tres. Este dato es importantísimo en los menores, especialmente cuando la justicia penal los trata como si fuesen adultos, no importa si en cárceles, reformatorios, centros de internación, etc. Los juristas parecemos ciegos a esta abrumadora realidad, que no escapa a la perspicacia del artista. Recuérdese el largometraje *Les quatre cents coups*, del cineasta François Truffaut.

<sup>3</sup> Resumimos aquí los conceptos que vertimos en el capítulo *Especies y efectos penales de la reincidencia*, del folleto *Agenda corta antidelincuencia*, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública (colección “Extensión”), Santiago de Chile, número 3, mayo de 2010, pp. 35-45. En contra, PEÑA, Silvia, *Modificaciones penales introducidas por la Ley N° 20.253*, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 36 (2008), pp. 11-21 y 13 y 14, donde la brillante colega defiende la mayor antijuridicidad y culpabilidad de la *reincidencia*, por tanto, no de los hechos en sí, sino de su autor. Los mismo términos que emplea allí para legitimarla (“grado de especialización en el delito”, “mayor eficiencia criminal”, “actitud de contumacia y desprecio frente al Derecho”), evocan *malgré elle* el concepto de peligrosidad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las relaciones de que trata la Ley N° 20.084 y, con ello, la clase de *ius puniendi* regulado por ella, partimos del presupuesto que la índole del sujeto al que afectan es incapaz de generar una diferencia cualitativa de las relaciones jurídicas y constituir una nueva rama del ordenamiento. Para las divisiones del Derecho positivo cuenta únicamente la materia que disciplina cada una, que a su vez viene determinada por el respectivo aspecto de la vida social<sup>4</sup>. Por ende, hay que resolver si las reglas de la ley penal juvenil chilena son objetivamente Derecho Penal sin más, sólo que previstas en una ley especial, o bien algo diferente, un ordenamiento inédito, separado del Derecho Penal y distinto también de los Derechos civil y administrativo<sup>5</sup>. Pensamos que la propia ley entrega varios argumentos para concluir que el suyo no es más que Derecho Penal no codificado, la regulación de un sector acotado de un orden más amplio de la sociedad realizada con una finalidad parcial. Uno de los argumentos aparece precisamente en el problema de la reincidencia.

Las relaciones de Derecho interno y Derecho internacional interesan aquí por el valor en Chile de la Convención sobre los derechos del niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). El valor puede consistir en que tales normas son fuente directa de Derecho en el país o bien –suponiendo que alguno de dichos documentos no tuviese el carácter de fuente al estar todavía ayuno de ratificación nacional– elemento externo de interpretación de la ley penal chilena.

2. ANIMADO DEL PROPÓSITO DE UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA Y BRINDAR CERTEZA A LOS JUSTICIABLES ACERCA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE INCIDEN EN LA GRADUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL, EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA SE HACE CARGO DE DOS INTERROGANTES QUE PROPONEN LA REINCIDENCIA EN EL HECHO DELICTIVO DE UN ADOLESCENTE

La primera es si la pena juvenil podría agravar otra enlistada en el artículo 6 de la Ley N° 20.084, reincidencia que llamaremos interna al subsistema; la segunda, si la pena juvenil posee o no la virtud de exasperar las penas del artículo 21 del Código penal, la reincidencia externa. El máximo tribunal rechaza que se dé por buena la reincidencia interna mas no la externa, porque esto implicaría que la ley estableció “un régimen más gravoso para el adolescente que para el adulto”

<sup>4</sup> Esclarecedor al respecto, RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *División y fuentes del Derecho positivo* (Valparaíso, 1968), p. 41.

<sup>5</sup> El emplazamiento legal del asunto es irrelevante. Pudo incluso haber sido un Código, como los de la infancia y la juventud que existen en Perú y otros países; pero el hecho histórico y de técnica legislativa de la codificación no crea una diferencia ontológica en las normas.

(considerando 5°), en flagrante contradicción con un modelo de justicia penal que no contempla delitos o faltas exclusivos de los jóvenes<sup>6</sup>.

La reincidencia interna no merece simpatía al fallo. Para apartarla de la consideración judicial, la Corte esgrime varias razones. Una de ellas es que la Ley N° 20.084 habría instituido un sistema penal diferenciado, distinto del sistema penal de adultos. Su individualidad provendría del fin de la pena juvenil, una prevención especial positiva que mira allende el objetivo de evitar nuevos delitos en el muchacho, busca integrarlo socialmente<sup>7</sup>. Desde esta perspectiva, esto es, que estamos ante un Derecho Penal juvenil, no un Derecho Penal especial, interpreta la Corte el párrafo segundo del artículo 1° de la Ley N° 20.084. En su carácter supletorio, el Código penal y las leyes penales especiales no deben ser aplicados “mecánica e irreflexivamente” a todas las materias no previstas por aquélla, sino que adquieren vigencia sólo cuando el complemento sea indicado a la luz de los principios del sistema penal juvenil y la salvaguarda de los derechos de los jóvenes infractores garantizados por la Constitución política, las leyes, la Convención de los derechos del niño y “los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” (considerando 7°), caso en el cual, como se sabe, no versan las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. La reincidencia interna “colisiona abierta y frontalmente con los principios, fines y propósitos de dicho sistema” (considerando 8°), porque se inspira en

---

<sup>6</sup> Los delitos propios de menores existen en algunos países, por ejemplo, los Estados Unidos, donde reciben el nombre de *status offences*. En los antípodas, la Ley N° 20.084 prohíbe imponer al joven una pena privativa de la libertad si un adulto, condenado por el mismo hecho, no debiese cumplir una sanción de esta naturaleza (artículo 26). Sin embargo, el artículo 1° se cobra revancha haciendo responsables a los menores de todo crimen o simple delito común, en circunstancias que no pocos de éstos sólo pueden perpetrarlos adultos –ya por requisitos típicos especiales del sujeto activo, como los delitos de funcionarios o profesionales, ya porque el menor carece todavía de la capacidad de comprender la antijuridicidad del hecho, como los que ofenden la seguridad del Estado–, pero también de faltas tan comunes y explicables en la adolescencia (desórdenes en espectáculos públicos, hurtos de bagatela, daños en bienes públicos, tirar piedras u otros objetos arrojadizos), que una política criminal psicológica y sociológicamente fundada las hubiera confiado al foro civil en asuntos de familia, en vez de asegurarse de que la justicia penal convierta al rapazuelo en delincuente sin remedio. Acerca del ámbito objetivo del Derecho Penal juvenil y la imperiosa necesidad de restringirlo, GARCÍA, Octavio, Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (1999), pp. 33-76. Sobre la rigidez cognitiva y el pensamiento concreto, que dificultan la comprensión valorativa en los menores, VÁZQUEZ, Carlos, Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas (Madrid, 2003), pp. 125 y 127.

<sup>7</sup> Sobre este y otros aspectos peculiares del sistema, se extiende Jaime Couso en su completo artículo La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo, en *Revista de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, número XXXVIII (2012), pp. (267-322) 290-291 y 292.

una concepción peligrosista del delincuente que riñe con la expectativa legal de confianza depositada en su recuperación e inserción social y anula radicalmente los propósitos de la pena juvenil, amén de agravarla con circunstancias ajenas a lo injusto de la conducta.

La Corte Suprema muestra en esto una comprensión exacta del problema jurídico de la reincidencia. En cambio, no es tan feliz la perspectiva que deja entrever de las relaciones del Derecho Penal en el ordenamiento chileno y con el Derecho internacional. En cuanto a esto último, si el *quid* de la reincidencia es la peligrosidad, entonces el tribunal capitalino debió considerar la incompatibilidad del trasnochado concepto positivista con la Convención americana sobre derechos humanos, así como la constató la Corte interamericana en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala, cuyo fallo declara la oposición absoluta entre la peligrosidad y los principios penales de legalidad y actividad<sup>8</sup>. La jurisprudencia es fuente del Derecho internacional y norma vinculante para el Derecho nacional que haya reconocido la autoridad del tribunal supraestatal que la emite. De haberlo tenido presente, la Corte Suprema no hubiese incurrido en el error de conceder un valor residual a la recidiva en el Derecho Penal juvenil, como veremos. Pero, por otra parte, ¿existe realmente el Derecho Penal juvenil? ¿No será acaso Derecho Penal especial? Conviene recordar que la Ley N° 20.084 siguió un criterio subjetivo, no otro objetivo para delimitar la esfera de sus disposiciones, que en cuanto a los delitos –el campo objetivo– es la misma del Código penal. Su especialidad yace en las penas, su sistema, aplicación, ejecución y extinción, nada más. ¡Incluso la imputabilidad de los jóvenes adultos se presume, como la de los adultos! La propia Ley N° 20.084, a propósito del delito cometido durante o después de una condena, avala lo que acabamos de sugerir y, de pasada, liquida el galimatías de la reincidencia juvenil. El artículo 22, uno de los dos preceptos medulares de la adaptación legal de la penalidad o, en la metáfora alemana, la transformación del “marco” penal abstracto en otro concreto, ordena ajustar la pena inferior en un grado al mínimo de los conminados por la ley para el delito, según las reglas del párrafo 4, título III,

---

<sup>8</sup> Las consecuencias del fallo de la Corte interamericana para el Derecho Penal del continente, por ejemplo, la ilegitimidad de la prisión preventiva autorizada so pretexto de ser la libertad del inculcado peligrosa para la seguridad de la sociedad, las enunciamos en nuestro trabajo GUZMÁN DALBORA, José Luis, Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal, en Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal internacional II, AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER (Edit.) (Montevideo, 2011), pp. 335-370. Es lamentable que la Corte interamericana haya sido inconsecuente al no extraer aquel corolario en su sentencia sobre el fondo, las reparaciones y costas del caso Norín Catrimán y otros contra Chile, de 29 de mayo de 2014 (fundamentos 361 a 364).

del libro I del Código, salvo el artículo 69<sup>9</sup>. Pues bien, entre tales reglas no figuran los artículos 91 y 92, en los que el cuerpo punitivo fija los efectos de la reincidencia. Estos artículos están en el título IV, libro I<sup>10</sup>.

3. EL FALLO EN COMENTARIO DESCARTA TAMBIÉN LA REINCIDENCIA EXTERNA AL SUBSISTEMA PENAL DE MENORES. DE NUEVO LA CORTE ARGUMENTA CORRECTAMENTE. Y OTRA VEZ MÁS SE QUEDA ALICORTA EN EL RAZONAMIENTO, DEFECTO QUE DA PIE A CONSECUENCIAS POCO DESEABLES

La finalidad de la pena conforme al artículo 20 de la Ley N° 20.084 es hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos que perpetren –en una palabra, la retribución–, y ninguna otra, sea dentro o fuera del subsistema. En consecuencia, agravar la responsabilidad del adulto por penas que lo embistieron cuando niño, significaría atribuirles un fin extraño al que les imprimió la ley y violar la garantía constitucional de legalidad (fundamento 11<sup>o</sup>). No obstante, la pena juvenil persigue un segundo objetivo, la plena integración social del menor. Pasemos por alto la contradicción de este argumento con el precedente, lo mismo que el aserto, que se lee en el mismo fundamento undécimo, de que valerse de la pena juvenil para incrementar la prisión del adulto, encierro asocial y antipersonal por antonomasia, desdice la apetecida integración del condenado (como si no fuese antisocial e inhumana la pena de internación, que pudo extenderse a cinco, incluso diez años, llegando así de facto a la perpetuidad<sup>11</sup>). Lo importante llega con el tercer argumento, que invoca el artículo 10, número 2<sup>o</sup>, del Código penal. Si el menor de dieciocho años es irresponsable de cara al Código, sería “patente antinomia” que pudiera responder como adulto a raíz de condenas sufridas en la adolescencia. Una parte de la doctrina chilena coincide con esta interpretación. El artículo en palabra excluiría absolutamente la aplicación a los menores del régimen del Código, de suerte que ninguna de sus disposiciones es directamente pertinente en el subsistema especial. Al contrario, una eventual

<sup>9</sup> La exclusión se explica porque la concreción judicial de la pena así adaptada legalmente tiene un régimen especial en el artículo 24 de la Ley N° 20.084.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, MALDONADO, Francisco, Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes, en *Estudios de Derecho Penal juvenil editados por el Centro de Documentación Jurídica de la Defensoría Penal Pública* (Santiago de Chile, 2013), pp. (169-212) y 178.

<sup>11</sup> La *percepción* del tiempo en niños y jóvenes es una, y otra la *apercepción* del tiempo de adultos y ancianos. Para los primeros pasa más lento, parece una unidad insensible, mientras que recién en la edad adulta se cobra cabal conciencia del concepto. Si a ello sumamos que entre los dieciséis y los veintiocho años de edad las personas completan su educación, empiezan a trabajar, tienen hijos, etc., es fácil comprender que permanecer presos en esta etapa de la vida equivale a obturar para siempre condiciones básicas de la existencia. Análogo, COUSO, Jaime, ob. cit., p. 280.

aplicación “emana del reenvío que establece el ya mencionado inciso final del art. 1° de la Ley N° 20.084 [...], lo que obliga a darles lectura desde el punto de vista que es propio a dicho cuerpo especial”<sup>12</sup>.

En el fondo de estas consideraciones se oculta el problema de la naturaleza y posición sistemática de la imputabilidad, asunto batallón como pocos en la Dogmática penalista. ¿Pertenece a la teoría del reo y, por ende, es una condición de la aptitud del sujeto para ser destinatario de las normas jurídicas, como sostuvo antaño la doctrina italiana? ¿O forma parte de la teoría del delito, en cuyo caso habría que decidir si es capacidad de acción, de infringir deberes, de culpabilidad o, en fin, capacidad de pena? Curiosamente, la postura de la Corte Suprema evoca otra solución a la incógnita de la imputabilidad, esa que adelantó el ingenio filosófico de Feuerbach a principios del siglo XIX. Para el jurista bávaro, la imputabilidad es fundamento subjetivo de la aplicación de la ley penal. Traza una línea divisoria entre dos mundos que no se tocan ni debieran entrecruzarse jamás, uno del imputable y otro del inimputable<sup>13</sup>.

Pues bien, si la ley punitiva no rige para estas personas, entonces el delito del adolescente no puede tener influjo alguno en las penas que él recibirá siendo mayor de edad, sea como elemento que permita tenerlo por reincidente, sea como antecedente con que descartar su conducta irreprochable, sea para marginarlo de las penas substitutivas de la Ley número 18.216. Pero la Corte Suprema es infiel a su argumento central, titubea ante corolarios que se derivan naturalmente de él y acaba desmintiéndose a sí misma. El fallo recela de reemplazar la pena privativa de la libertad del adulto y, por otra parte, otorga a la condena previa el papel de factor de concreción de la pena del joven, extrañísima resurrección de la reincidencia interna que, según la Corte, estaría amparada por la letra “f” del artículo 24 de la Ley N° 20.084, esto es, “la idoneidad de la sanción para el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social” (considerando 13°)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> MALDONADO, Francisco, Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del registro de huella genética de los condenados, en *Revista de Estudios de la Justicia N° 19* (2003), pp. (175-191) 178, nota 10.

<sup>13</sup> FEUERBACH, Ludwig, Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer (Buenos Aires, 1989), p. 99. Hemos defendido la misma idea a propósito de la posición de los indígenas ante la ley penal del Estado. Véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, Derecho Penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, en *Revista de Derecho Penal y Criminología N° 7 Año III* (2013), pp. 243-257, y en el volumen Derecho Penal y Constitución, compilado por VELÁSQUEZ, Fernando y VARGAS, Renato, Derecho Penal y Constitución (Bogotá, 2014), pp. 131-155.

<sup>14</sup> Es llamativo que comparta este parecer MALDONADO, Francisco, Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes, ob. cit., pp. 181 y 204.

En verdad, la reincidencia es inconciliable con todos los factores enumerados en dicho artículo, especialmente las letras “c”, porque ella no tiene plaza entre las agravantes del subsistema, y “f”, que tampoco describe un factor real, sino uno de esos que en Alemania llaman “factores finalistas de medición de la pena”<sup>15</sup>. Por lo demás, si la reincidencia interna “colisiona abierta y frontalmente con los principios, fines y propósitos” del subsistema penal juvenil, ¿qué milagro la haría armónica con las posibilidades de integración social y el desarrollo de muchachos y muchachas? La Criminología de la juventud, el carácter ubicuo y episódico de sus faltas, que remiten espontáneamente al alcanzar la madurez, el mayúsculo contrasentido de que la Justicia penal los trate como “extraviados”, “delincuentes” o con otros estigmas que “que contribuyen a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”, según rezan las Directrices de Riad, directrices que hay que emplear en función de elemento externo de interpretación de la ley chilena<sup>16</sup>, todo ello abona el rechazo completo de la reincidencia en el subsistema penal juvenil.

Lo mismo vale para el sistema de adultos, por cierto. Sin embargo, el fallo proclama que la reincidencia del otrora joven penado es extraña al ámbito del artículo 69 del Código penal, sólo a título de saludo ceremonial. Como la aplicación errónea de la agravante no influyó substancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida, porque de todas maneras podía el tribunal recorrer en toda su extensión la penalidad del robo, entonces los doce años y ciento ochenta y cuatro días que deberá pasar encerrado un jovenzuelo que poco antes había adquirido la mayoría de edad, han de estarle bien (considerando 16°). Los juristas podemos sentirnos reconfortados con el voto disidente del ministro Haroldo Brito Cruz, quien hizo ver cómo el tribunal sentenciador sí tomó en cuenta la reincidencia para determinar “la pena justa” de Max Oñate Salas conforme al artículo 69 del Código, ocurrido lo cual la agravante influyó decisivamente en la resolución. Pero el alivio de la victoria pírrica es sólo para nosotros. Quien no hallará consuelo es el protagonista de la tragedia judicial, el condenado.

---

<sup>15</sup> SPENDEL, Günter, Zur Lehre vom Strafmass, Vittorio Klostermann (Frankfurt am Main, s/f.), pp. 191 y ss., y BRUNS, Hans-Jürgen, Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung, Carl Heymanns Verlag (Köln-Berlin-Bonn-München, 1974), pp. 52 y 53.

<sup>16</sup> Como hace la Corte Suprema con las Reglas de Beijing en el mismo fundamento 13°. Dicho sea por inciso, los elementos de la interpretación de la ley son datos que se manejan para captar su contenido. Pueden pertenecer a la ley misma, o sea, hallarse en su interior, o bien encontrarse fuera de su texto. Estos últimos son los elementos externos, como el medio social y jurídico en que la ley se gestó (*occasio legis*), los trabajos preparatorios, la exposición de motivos, la comparación con otras extranjeras o internacionales, etc. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho civil de España. Parte general, tomo I, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1955), pp. 520-527.

BIBLIOGRAFÍA

- BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, Carl Heymanns Verlag (Köln-Berlin-Bonn-München, 1974).
- COUSO, Jaime, La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal sustantivo, en *Revista de Derecho, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, número XXXVIII (2012).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos (Madrid, 1955).
- FEUERBACH, Ludwig, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer) (Buenos Aires, 1989).
- GARCÍA, Octavio, Los actuales principios rectores del Derecho Penal juvenil: un análisis crítico, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3 (1999).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (Santiago de Chile, 2008).
- . Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho Penal internacional II*, AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y ELSNER (Edit.) (Montevideo, 2011).
- . Derecho Penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, en *Revista de Derecho Penal y Criminología N° 7 Año III* (2013).
- MALDONADO, Francisco, *Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes*, en los *Estudios de Derecho Penal juvenil* editados por el Centro de Documentación Jurídica de la Defensoría Penal Pública (Santiago de Chile, 2013).
- . Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del registro de huella genética de los condenados, en *Revista de Estudios de la Justicia N° 19* (2003).
- PEÑA, Silvia, Modificaciones penales introducidas por la Ley N° 20.253, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 36 (2008).
- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, *División y fuentes del Derecho positivo* (Valparaíso, 1968).
- SPENDEL, Günter, *Zur Lehre vom Strafmass*, Vittorio Klostermann (Frankfurt am Main, s/f.).
- VÁZQUEZ, Carlos, *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas* (Madrid, 2003).
- VELÁSQUEZ, Fernando y VARGAS, Renato, *Derecho Penal y Constitución* (Bogotá, 2014).

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *4419-2013, de 17 de septiembre de 2013*

PARTES: *“Ministerio Público con Max Alexander Oñate Salas”*

MINISTROS: *Milton Juica A., Gloria Ana Chevesich R., Haroldo Brito y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Ricardo Peralta.*

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, condenó a Max Alexander Oñate Salas a la pena de doce años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado medio, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más las costas del procedimiento, en calidad de autor del delito consumado de robo con intimidación, ilícito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso primero en relación a los artículos 432 y 439, todas normas del Código Penal, cometido el 25 de junio de 2012, en la localidad de Niebla.

Contra este pronunciamiento, la defensa del acusado Oñate Salas interpuso recurso de nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de fs. 116, fijándose la audiencia del día 29 de agosto pasado para su conocimiento, a la que concurrieron los representantes de las partes según se advierte del acta.

CONSIDERANDO:

1º) Que por el recurso deducido se invocó como causal la de la letra b) del artículo 373, en relación al inciso tercero del artículo 376, ambos del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación

del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en una materia en que existen diversas interpretaciones manifestadas por tribunales superiores de justicia.

Explicando el motivo de su disconformidad, el recurrente sostiene que en la sentencia del grado se acogieron las agravantes de los ordinales 14 y 16 del artículo 12 del Código Penal, a base de condenas dictadas contra el imputado bajo la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, las que, argumenta, no debieron ser consideradas para dichos efectos, pues los delitos cometidos en edad adolescente asumen una etapa distinta de la vida, y de ahí los diversos estatutos y la especialidad del sistema juvenil. Añade que lo anterior es coincidente con la regla 21.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocida como Reglas de Beijing, que señala “que los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”. Asimismo, el artículo 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que impone a los Estados partes el deber de orientar el sistema de justicia juvenil hacia la integración social del joven para que

éste asuma una función constructiva en la sociedad, apoya la tesis de la no consideración de antecedentes penales juveniles en las causas posteriores de adultos.

En el recurso se hace ver el desacuerdo en la jurisprudencia sobre el asunto planteado; de esa forma menciona y acompaña cinco sentencias de diferentes Cortes de Apelaciones del país, en que se ha resuelto que las condenas impuestas a adolescentes son útiles para configurar la agravante de reincidencia, y otras cinco en que se ha decidido lo contrario.

Reclama finalmente que de haberse aplicado correctamente el derecho, y conforme a los artículos 68, 69 y 436, inciso primero, del Código Penal, no concurriendo agravantes, y siendo consecuentes con la menor extensión del mal causado, se habría condenado a su representado a la pena cuya imposición luego solicita, a saber, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, o la que esta Corte estime pertinente.

2º) Que no se ha controvertido por las partes que el encartado fue condenado con fecha 18 de mayo de 2011, en los antecedentes RIT N° 32-2011, RUC N° 1001141082-6, del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, a la pena de dos años de internación en régimen cerrado, con programa de reinserción social, como autor del delito de robo con intimidación cometido el 8 de diciembre de 2010, y también en la causa RIT N° 77-2010, RUC N° 0901250368-4, dictada por el mismo Tribunal Oral, el 20 de julio de 2010, a la pena de tres años de libertad

asistida especial, con programa de reinserción social, por su responsabilidad como autor del delito de robo con violencia, ocurrido el 31 de diciembre de 2009.

Valiéndose de estos dictámenes, los sentenciadores estimaron concurrentes las agravantes de los N° 14 y 16 del artículo 12 del Código Penal, por cometerse el delito de estos autos durante el permiso de salida concedido mientras cumplía la primera sanción arriba aludida y al haber sido condenado anteriormente por los delitos de robo con intimidación y robo con violencia en las causas mencionadas en el párrafo que antecede, respectivamente.

En la determinación de la pena aplicable al enjuiciado como responsable del delito de robo con intimidación objeto de la acusación, se ponderó por los jueces la inconcurrencia de minorantes y el concurso de dos agravantes; de éstas, sin embargo, el Tribunal no se sirve para elevar el grado de la pena, sino sólo para desechar aplicar la sanción en su grado mínimo, fijándose dentro de su grado medio en doce años y ciento ochenta y cuatro días de presidio.

3º) Que sin perjuicio de lo que más adelante se dirá y resolverá en definitiva, siendo la materia traída al conocimiento de esta Corte objeto de permanente debate en estrados y en las aulas, cuestión que la propia divergencia de la jurisprudencia que dio competencia a este Tribunal para la decisión de este asunto demuestra, resulta aconsejable efectuar algunas aclaraciones en el tema en discordia, sobre todo si, fielmente ejercido, debiera animar a este arbitrio

de nulidad un propósito que excede los individuales intereses del agraviado con el yerro denunciado, esto es, hacer menos incierto para todos los ciudadanos la anticipación de las circunstancias modificativas que podrían incidir en la determinación judicial de las sanciones con que se reprimen criminalmente las conductas tipificadas en la ley.

4º) Que en ese orden de ideas y motivaciones, y aun cuando lo discutido radica en la aplicación de la agravante de reincidencia respecto de la responsabilidad de un imputado adulto, fundamentando principalmente el Tribunal recurrido su decisión de valerse de estas agravantes, en los artículos 1º, 21 y 24 de la Ley N° 20.084, que rigen la determinación de la responsabilidad de los adolescentes infractores, será menester revisar en general la posibilidad de fundar alguna modalidad de reincidencia prevista en nuestro Código Punitivo sobre la base de condenas dictadas siendo el reincidente menor de edad, sea que el segundo o posterior ilícito se perpetre en la adolescencia o en la adultez, comenzando desde luego nuestro análisis por la primera cuestión.

Esta forma de abordar el problema en comento evitará arribar a conclusiones contradictorias, como lo sería propugnar que la agravante de reincidencia fundada en una condena dictada siendo el autor menor de edad, sólo puede configurarse ante un segundo delito regido por la Ley N° 20.084, y no frente a uno posterior ejecutado siendo adulto el imputado. Es decir, estableciendo un régimen más gravoso para el adolescente que para el adulto.

5º) Que entonces, en un primer término debe atenderse que, como lo anuncia el propio *nomen iuris* de la Ley N° 20.084, ella establece un “sistema” de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal y, en concordancia con este rótulo, el inciso 1º de su artículo primero, dispone que mediante este cuerpo normativo se regulará la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas. La creación de este “sistema de responsabilidad penal especial”, fue por lo demás la intención claramente manifestada por el Ejecutivo en el Mensaje 68-347, de 2 de agosto de 2002, con que se acompaña el proyecto de la Ley N° 20.084 al enviarla a la Cámara de Diputados, en respuesta a los mandatos contenidos en el artículo 40 N° 3 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Más allá de lo inacabada y lagunar de esta regulación legal –desde luego la ausencia de un catálogo propio de delitos y de un procedimiento autónomo de enjuiciamiento, obliga a acudir a otros cuerpos normativos– lo primordial es que, satisfactoriamente o no, se consagra un sistema o régimen que busca abarcar todos los aspectos –o al menos todos los trascendentales y distintivos– relativos a la respuesta del Estado frente al delito cometido por un adolescente (sobre la falta de completa adecuación de la Ley N° 20.084 a la Convención de los Derechos del Niño, v. Berríos G. “La

ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”. *Polít. crim.* vol. 6, N° 11, Jun. 2011, Art. 6, p. 169, respaldado por autores que cita en n. 21).

Prueba de esta aspiración del legislador de la Ley N° 20.084, es que su artículo 60 letra a) sustituye el texto del N° 2 del artículo 10 del Código Penal, para declarar en el nuevo precepto exento de responsabilidad criminal al menor de dieciocho años, y someter la regulación de su responsabilidad a lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil, develando con nitidez una clara intención de separar el régimen punitivo de los adolescentes respecto del de los adultos y diseñar un sistema o régimen de responsabilidad especial y diferenciado.

Este aserto es compartido por nuestra cátedra con mayor o menor entusiasmo, la que ha sostenido que aunque la Ley N° 20.084 no estableció un Derecho Penal del adolescente autónomo del de adultos, sin embargo las sanciones que contempla y su forma de ejecución, muestran que se diferencia claramente del Derecho Penal de los mayores de edad, en cuanto lo perseguido con la pena no es la retribución, sino la integración social del adolescente (Bustos J. *El Derecho Penal del Niño-Adolescente*. Stgo., Ed. Jdca. de Stgo., la ed., 2007, p. 26). Otros autores, de manera más categórica han identificado como el efecto más relevante de la Ley N° 20.084, la consagración de un “genuino Derecho Penal para adolescentes”, un “régimen penal diferenciado” tanto en sus aspectos sustantivos como procesales,

no restringido a aquellas cuestiones de responsabilidad penal abordadas explícitamente por la ley, y que por tanto, obliga al intérprete a una lectura diferenciada de las reglas generales sobre la materia cuando éstas deben ser aplicadas a infractores adolescentes (Hernández H. “El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. *Revista de Derecho*, vol. XX, N° 2, dic. 2007, pp. 196, 198 y 215). Reforzando esto último se ha comentado que, sin perjuicio de la insuficiencia de reglas especiales explícitas en ciertas materias, de los principios básicos formulados por los instrumentos internacionales se desprenden, en todas ellas, algunos estándares de juzgamiento diferenciado que, sea por la jerarquía de aquellos instrumentos (como la Convención sobre los Derechos del Niño), sea como resultado de una interpretación sistemática de la Ley N° 20.084, a partir de las reglas especiales que expresamente contempla, se deben entender también vigentes para nuestro derecho (Couso J. “Los adolescentes ante el Derecho Penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”. *Revista de Derecho*, vol. XXV, N° 1, jul. 2012, p. 150. Sobre la existencia de estándares especiales para el juzgamiento de niños y adolescentes por infracciones penales en este nuevo sistema para adolescentes, v. Duce M. “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”. *Polít. crim.* vol. 5, N° 10, Dic. 2010, Art. 1, pp. 280-340).

6º) Que este nuevo sistema o régimen de responsabilidad, se cimentó en torno a principios que hoy son bien conocidos y suficientemente tratados por la doctrina nacional, y sobre los cuales esta Corte ya se ha extendido bastante en decisiones anteriores, por lo que sólo cabe traer a colación para lo que aquí interesa, que este sistema, en obediencia al artículo 40 N° 1 de la Convención sobre Derechos del Niño (Berríos, *ob. cit.*, pp. 165-166, identifica el proceso de adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, como el factor predominante, tanto en el proceso pre-legislativo, como en el proceso propiamente parlamentario de elaboración de la nueva legislación), debe tratar a los niños infractores de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, objetivo para el cual —según prescribe el artículo 2º de la Ley N° 20.084—, en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior de éstos, expresado en el reconocimiento y respeto de sus derechos (v. SCS Rol N° 2995-12 de 18.04.2012, Rol N° 5012-12 de 04.07.2012, Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012, y Rol N° 7670-12 de 13.12.2012).

7º) Que por tanto, la Ley N° 20.084 viene a consagrar una categoría más sofisticada que un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y

enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos.

La conclusión anterior plantea el desafío de dilucidar entonces, cómo se concilia este sistema o régimen especial, con lo prescrito en el inciso 2º del artículo 1º de la Ley N° 20.084, cuando dispone que “en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”.

La lectura de esta última norma permite asentar en un primer paso, que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “supletorio” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084, es decir, cumplen o integran lo que falta en esta ley, o remedian sus carencias (si se sigue como es usual, la definición que respecto del término “suplir” nos entrega la Academia especializada). Por tanto, deberá acudirse a las disposiciones del Código Penal o de otras leyes especiales sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contrarie no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2º del artículo 2º de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infrac-

tores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

De esa manera, será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente, ya sea que se hallen en la propia Ley N° 20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional. Tal ejercicio hermenéutico podrá llevar a decidir que determinadas instituciones, pese a no ser expresamente desarrolladas ni proscribas por la Ley N° 20.084, no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma dubitada le es asistemática.

Las reflexiones de la doctrina autorizada van en el mismo camino, al explicar que no resulta aceptable el argumento en cuanto a que el legislador, al no prever modificaciones, adoptó la decisión soberana de aplicar el mismo régimen de presupuestos de la responsabilidad penal que rige para los adultos también a los adolescentes. Más bien al contrario, no habiendo declaración expresa de parte del legislador en orden a consagrar

un régimen difícilmente conciliable con el ordenamiento constitucional e internacional, se impone por fuerza la conclusión de que el legislador ha preferido dejar en manos del intérprete el desarrollo de las matizaciones requeridas por las reglas generales para llegar a un sistema efectivamente diferenciado de responsabilidad penal para adolescentes (Hernández, *ob. cit.*, p. 199).

8°) Que lo hasta ahora razonado debe proyectarse también a la interpretación, en el seno del Derecho Penal de adolescentes, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal (como también propugna Hernández, *ob. cit.*, p. 213), ejercicio del cual resultará de claridad meridiana que el fundamento que se halla detrás de las agravantes de reincidencia contempladas en los ordinales 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal –si logra descubrirse alguno–, no puede suplir o complementar el sistema de responsabilidad penal adolescente consagrado en la Ley N° 20.084, por cuanto colisiona abierta y frontalmente con los principios, fines y propósitos de dicho sistema, razón por la que no puede considerarse dentro de aquellas normas a las que genéricamente se remiten los artículos 1°, inciso 2°, 21 y 24 letra c) de dicha Ley, como arguye el fallo recurrido.

En efecto, la reincidencia como causal de agravación de responsabilidad penal, es hoy decididamente resistida por la mejor doctrina, al no encontrarse un fundamento acorde a un Estado de Derecho que justifique su conservación en los Códigos Penales modernos. Buena parte de nuestros autores también

insta por su eliminación del catálogo de causales de agravación de la pena, por estimar que es en el ámbito de las necesidades de tratamiento preventivo —medidas de seguridad y corrección— donde es preferible ubicar la problemática de la reincidencia (por todos, Künsemüller C. “Artículos 12 y 13”. En: Politoff S. y Ortiz L. (dir.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Stgo., Ed. Jdca., 2009, p. 215). En esa línea se ha sostenido que la llamada “culpabilidad de carácter” o la “culpabilidad por la conducta de la vida”, que tratan de responsabilizar al autor de un delito, no sólo por la culpabilidad del hecho cometido, sino también por su conducta anterior —es decir, por su forma de ser peligrosa para la sociedad— no es compatible con la culpabilidad por el hecho. Empero, el Derecho Penal moderno a la vez que afirma el principio de culpabilidad por el hecho, no quiere desentenderse del problema de la peligrosidad del autor por su tendencia a la vulneración delictiva de bienes jurídicos y precisamente para ello se ha edificado el llamado sistema de doble vía, que procura responder con la pena a los hechos culpables y cubrir con las medidas de seguridad, de fuerte acento pedagógico y resocializador, las necesidades de prevención especial que la pena, proporcionada a la culpabilidad, no pueda cumplir por sus limitaciones frente al reincidente (Bacigalupo E. *Derecho Penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2a ed., 1999, pp. 624-627, quien revisa además la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo español en torno a esta agravante aún vigente en

el Código Penal ibérico. Igualmente críticos Bustos J. y Hormazábal H., *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, Trotta, 1999, v. II, p. 412, y Cury E., *Derecho Penal*, Stgo., Ed. UC, 10ª ed., 2011, pp. 505 y 507).

Así las cosas, el efecto agravatorio de la reincidencia, que radica en una concepción peligrosista del recidivista, conflictúa en un sistema que confía en las posibilidades de inserción y rehabilitación del joven convicto —como da cuenta el artículo 20 de la Ley N° 20.084, al disponer que la sanción debe orientarse a la plena integración social del adolescente—, y que es más, fue pensado precisamente para alcanzar dicho objeto (Berríos, *ob. cit.*, p. 172, declara como uno de los objetivos de la justicia juvenil, el de favorecer la conducta conforme a derecho, promover la integración social de los adolescentes y evitar la reincidencia delictiva). Súmese a lo anterior que, como ha reconocido algún autor, el aumento de pena que supone la imposición de una agravante, ya es atentatorio en sí contra los fines socioeducativos que se persiguen a través del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil (Carnevali R. y Källman 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”. *Polít. crim.* N° 4, 2007. D1, pp. 20-21), lo que demuestra que cualquier agravamiento de la pena asignada abstractamente en la ley para el delito cometido, en base a circunstancias anexas o totalmente disociadas del injusto de la conducta ilícita —como lo

es la reincidencia— ya deben constituir una alerta para el intérprete al momento de examinar su procedencia dentro de este régimen penal diferenciado.

9º) Que los autores, a su turno, coinciden en reconocer que el silencio de la Ley N° 20.084 no supone una puerta abierta para la aplicación indiferenciada de todo el catálogo de circunstancias agravantes del sistema penal de adultos a los adolescentes infractores y, en ese sentido, por ejemplo, se ha puesto en duda la agravación de la responsabilidad de los adolescentes en los delitos de robo y hurto, por la pluralidad de hechos, del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, al considerarse inherente al comportamiento de aquéllos, quienes normalmente viven y se desenvuelven en grupos de pares (Carnevali, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.). Igualmente, se ha defendido que no deben surtir efecto las agravantes que supongan una determinada percepción y valoración frecuentemente ausente en los adolescentes, producto de una socialización deficiente, tal sería el caso, *v. gr.*, de las circunstancias de los numerales 9º, 13, 17, y 18 del artículo 12 del Código Penal (Hernández, *ob. cit.*, pp. 214-215).

10º) Que este ideario ya ha impregnado decisiones pasadas de esta Corte, por ejemplo, al desestimar someter a menores de edad a las medidas de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, aun cuando este punto no haya sido tratado, ni expresamente descartada su aplicación por el articulado de la Ley N° 20.084, ya que “no obstante que su texto [Ley N° 19.970] no distingue entre adultos y

adolescentes (...) la ley particular [Ley N° 20.084] opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente” (SSCS, Rol N° 2995-12 de 18.04.2012, Rol N° 5012-12 de 04.07.2012 y Rol N° 4760-2012 de 31.07.2012).

11º) Que este agotador pero necesario prelude, sirve ahora para pronunciarse sobre el dilema planteado en el recurso, esto es, si aquella condena pretérita del adolescente puede servir de apoyo para configurar alguna de las agravantes de reincidencia, e incrementar la sanción final, conforme a los artículos 67 o 68 del mismo Código, por la comisión de hechos perpetrados durante la adultez.

La respuesta aquí también debe ser negativa y por razones no muy alejadas de las ya reseñadas.

Como primera cuestión, las sanciones de la Ley N° 20.084 tienen un fin expresamente previsto en su artículo 20, esto es, hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de modo que no puede atribuirseles otros fines diversos, ni dentro de su propio sistema de responsabilidad penal, ni mucho menos fuera de éste, como lo sería utilizar esa sanción no ya para hacer efectiva la responsabilidad penal del menor, sino para agravar la responsabilidad por los ilícitos cometidos siendo adulto. Esto último pugna formalmente con el texto del artículo 20 ya citado, ya que el Estado —sea como acusador o juzgador— se valdría de las sanciones que establece la

Ley N° 20.084 para fines ajenos a los que esta misma declara deben perseguirse, en irrefragable violación del principio constitucional de legalidad o reserva en materia penal.

Empero, no sólo hay una contravención formal al usar las sanciones de la Ley N° 20.084 para un objetivo distinto al de hacer efectiva la responsabilidad penal del adolescente, sino también una colisión material, pues esa pena adjudicada siendo adolescente, nuevamente por mandato expreso del citado artículo 20 –y del artículo 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue su fuente informadora– debe orientarse a su “plena integración social” y nada más contrario y alejado a dicha directriz que luego valerse de esa sanción precisamente para incrementar las penas privativas de libertad –cuyo efecto desocializador y despersonalizante no requiere prueba– que el sistema penal de adultos prevé para la generalidad de los delitos.

Remitámonos también aquí a lo dicho en el motivo 8°) *ut supra*, respecto de la disparidad de fundamentos que hay detrás de las sanciones impuestas en el contexto de la Ley N° 20.084 y la agravante de reincidencia en sus distintas modalidades.

Y, por último, tan manifiesto resulta que en un proceso seguido contra un adulto, la reincidencia del artículo 12 del Código Penal no puede apoyarse en los ilícitos cometidos por éste siendo adolescente, es que el mismo Código, en su artículo 10 N° 2 declara expresamente, sin ambages, exento de responsabilidad criminal al menor de dieciocho

años y mayor de 14 años. Más allá de la imprecisión en los términos usados por el legislador, este precepto permite ilustrar que no pudo el codificador, sin caer en una patente antinomia, aludir en la reincidencia contemplada en el artículo 12 –que en todas sus modalidades exige una condena anterior–, a ilícitos respecto de los cuales explícitamente declara la irresponsabilidad de su autor– al menos conforme al sistema de responsabilidad penal de adultos–.

12°) Que lo recién explicado, se aviene al artículo 21.2 de las Reglas de Beijing (Asamblea General Naciones Unidas, Resolución 40-33 de 23 de noviembre de 1985) el que señala que: “Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”, directrices y normas programáticas que no es posible ignorar aunque éstas no hayan sido incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico chileno, no al menos sin dejar de lado el elemento histórico de interpretación contenido en el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil, desde que constituyó uno de los instrumentos internacionales informadores del proyecto de la Ley N° 20.084, según se lee en su Mensaje, así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como consta en su Preámbulo, texto que a su vez, debe ser revisado por las autoridades cuando aplican la Ley N° 20.084, por expreso mandato del inciso segundo de su artículo segundo.

13°) Que conviene prevenir que lo postulado no asume ni propone que la

comisión previa de un delito por un adolescente, no tenga ninguna incidencia o repercusión en la determinación de una eventual sanción posterior, sea que ésta se sufra siendo el autor aún adolescente o ya adulto, pues pese a no configurarse en los particulares supuestos aquí examinados, alguna agravante de reincidencia del artículo 12 del Código Penal, el autor sí es reincidente, pues carga con una condena pretérita por un delito.

Así, en el primer supuesto –segunda o posterior condena siendo todavía adolescente–, la sanción pretérita no puede sino ser incluida entre los factores que genéricamente recoge la letra f) del artículo 24 de la Ley N° 20.084– “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”– al decidir la naturaleza de la pena que se impondrá dentro de las diversas alternativas que para cada grado de penalidad ofrece el legislador, así como al fijar su concreta cuantía dentro del marco legalmente determinado, según el tipo de sanción.

Y en el segundo supuesto –última condena siendo ya adulto–, debe ésta ser ponderada por el Tribunal al momento de fijar la naturaleza de la sanción a imponer, en particular para decidir la concesión o denegación de alguna de las penas sustitutivas que contempla la actual Ley N° 18.216, luego de sus modificaciones por la Ley N° 20.603.

14°) Que a lo planteado por esta Corte no se opone el artículo 2° del D.L. N° 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas –modificado

por el artículo 59 de la Ley N° 20.084–, cuando prescribe que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados, entre otros fines, para su comunicación al Ministerio Público y a los tribunales con competencia en lo criminal, para comprobar la reincidencia de los imputados.

Como es bien sabido, la ley penal no se sirve de la expresión “reincidencia” o “reincidente” sólo para aludir a la agravante del artículo 12 N° 14, 15 o 16 del Código Penal, cuestión que una somera revisión de la preceptiva del Código punitivo como de otras leyes especiales demostrará. Por lo que, respecto de adolescentes o adultos reincidentes por delitos pretéritos cometidos siendo menores de edad, este registro no servirá para fundar la agravante de reincidencia, sino para los efectos explicados en el basamento anterior.

15°) Que entonces, y volviendo al caso objeto del presente recurso, los sentenciadores se equivocan al estimar concurrentes las agravantes del artículo 12 N° 14 y 16 del Código Penal, a base de dos condenas dictadas contra el imputado bajo el régimen de la Ley N° 20.084, pues tales sanciones se impusieron, conforme al artículo 20 de la misma Ley, para hacer efectiva su responsabilidad penal por los ilícitos cometidos siendo adolescente y no pueden ser utilizadas –sin contravención al citado precepto– para otros fines como los que ha declarado la sentencia recurrida. Tal actuación de los decisores infringe formal y materialmente la norma antedicha, así como el sistema

diferenciado de responsabilidad penal establecido con la Ley N° 20.084 y constituye una errónea aplicación de la ley y del derecho.

16°) Que, sin embargo, los errores advertidos en la aplicación del derecho, en el caso de autos no han ocasionado el perjuicio imprescindible para configurar la causal alegada de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la que demanda un yerro de derecho sustancial, con un efecto trascendente y concreto, de suerte que su constatación implique una real variación entre lo que racional y jurídicamente debería decidirse y lo que efectivamente se resolvió en la sentencia impugnada.

En efecto, aun en el evento de suprimirse hipotéticamente las dos agravantes de reincidencia declaradas en la sentencia, esto es, la de los ordinales 14 y 16 del artículo 12 del Código Penal, seguirían facultados los sentenciadores, conforme al artículo 68 inciso primero del mismo texto, para recorrer la pena señalada por la ley al delito en toda su extensión, que para el injusto de robo con intimidación objeto de esta litis, es de cinco años y un día a veinte años de presidio, márgenes que fueron respetados por la sanción finalmente impuesta, siendo facultad privativa de los jueces del fondo establecer su *quantum* exacto.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 360, 373, 375, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se resuelve que SE RECHAZA el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado Max Alexander Oñate Salas contra la sentencia de veintiuno de junio de

dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo, en el proceso RIT N° 38-2013, RUC N° 1200640896-4, del Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, la que en consecuencia, no es nula.

La Ministra Sra. Chevesich fue de opinión de desestimar el recurso, por las siguientes consideraciones:

1° Que la controversia que se plantea es determinar si corresponde aplicar las circunstancias agravantes que contemplan los números 14 y 16 del artículo 12 del Código Penal, que los jueces del fondo estimaron concurrentes por haberse acreditado que el ahora condenado fue también sancionado a cumplir dos penas por hechos ilícitos que cometió cuando era adolescente, y, en razón de lo anterior, aumentar la sanción que corresponde imponerle conforme lo disponen los artículos 67 o 68 del Código Penal;

2° Que, en forma previa, resulta útil tener presente que el fin que debe perseguir la sanción que debe imponerse a un adolescente que ha cometido un hecho ilícito es obtener su plena integración social, por ende, debe formar parte de una intervención socioeducativa. Así lo señala el artículo 20 de la Ley N° 20.084, norma que recoge diversas disposiciones que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, aquella establecida en su artículo 40 número 4, que, al efecto, establece: “*Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los*

*programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*”; como también las reglas signadas con los números 38, 39 y 42 de la denominada Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, que imponen a los Estados Partes la necesidad que asuman el compromiso de educar a los menores infractores, único medio que permite que se integren a la sociedad; pues la educación es la acción que ejercen las generaciones de adultos sobre las que todavía no están maduras para la vida social, y tiene por objeto suscitar y desarrollar en el niño, niña y en los adolescentes, cierto número de estados físicos, intelectuales y morales, que de ellos exige la sociedad política en su conjunto y el medio social al que están particularmente destinados. (Durkeim, Émile, *Educación y Sociología*, México, Ed. Colofón, 3ª Edición, 1991, p. 70);

3º Que, en ese contexto, no resulta posible atribuir una finalidad diversa al catálogo de sanciones que establece el artículo 6 de la Ley N° 20.084, lo que se pretende en la sentencia que se impugna, en la medida que se estaría agravando la responsabilidad penal de un imputado, ahora adulto, por sanciones impuestas por hechos ilícitos que cometió cuando era adolescente, y que perseguían su plena integración a la sociedad a la que pertenece;

4º Que, abona la conclusión anterior, lo que prescribe el artículo 21.2 de las denominadas “Reglas de Beijing”, en la medida que establece, lo siguiente: “Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”.

Dicho instrumento internacional si bien no ha sido ratificado por Chile fue el que inspiró al legislador de la Ley N° 20.084, según se lee en su Mensaje, y, además, se constituyó en informador de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme se lee en su Preámbulo; y, como de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2 de la referida ley, para la aplicación de sus disposiciones, las autoridades deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores de la ley penal en la Constitución, en las leyes y en la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un antecedente importante que debe orientar las decisiones que se adoptan en sede judicial;

5º Que, en razón de lo anterior, no corresponde estimar que, en el caso de autos, concurren las circunstancias agravantes de responsabilidad penal consagradas en los números 14 y 16 del artículo 12 del Código Penal, que se consideran conformadas en base a dos condenas impuestas al recurrente bajo el régimen contemplado en la Ley N° 20.084;

6º Que, sin embargo, como el error de derecho denunciado no ha provocado en el condenado el perjuicio que permita hacer lugar a la causal de nulidad

contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, dado que aun en el evento que se eliminen las dos agravantes de responsabilidad penal mencionadas, los sentenciadores del fondo se encuentran facultados, de acuerdo a lo que dispone el artículo 68, inciso primero, del Código Penal, para recorrer en toda su extensión la pena asignada por la ley al delito, que, tratándose del robo con intimidación, es de cinco años y un día a veinte años de presidio, se debe concluir que la errónea aplicación del derecho denunciado no tiene influencia en lo dispositivo de la sentencia que se impugna, por lo que el recurso que se examina debe ser desestimado.

Los abogados integrantes Sres. Peralta y Baraona, concurren al rechazo del recurso exclusivamente por carecer la errónea aplicación del derecho denunciada de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo atacado, como se ha explicado en el motivo 16º), sin compartir lo fundamentado en esta sentencia respecto de la improcedencia de las agravantes cuestionadas en los basamentos 3º) a 15º).

Acordado el rechazo del recurso de nulidad contra el voto del Ministro Sr. Brito, quien, compartiendo las razones ya expuestas en las consideraciones 3º) a 15º) acerca de la improcedencia de las modificatorias, considera que la declaración de esas agravantes habría influido en lo resolutivo, pues no obstante ser cierto que aun sin ellas el tribunal

podía recorrer toda la extensión de la pena en abstracto –por no concurrir atenuantes–, también lo es que la sanción de 12 años y 184 días de presidio mayor en su grado medio impuesta en la especie ha sido justificada en el motivo 13º) del fallo impugnado al señalar “que la pena justa a aplicar, es la de doce años, ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado medio, sólo por la concurrencia de las agravantes que militan con contra (sic.) del encartado”, luego de lo cual declara que la extensión del mal causado “no excedió más allá del propio delito”.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del abogado integrante Sr. Ricardo Peralta V., y de las prevenciones y disidencia, sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Milton Juica A., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Sr. Haroldo Brito C. y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Ricardo Peralta V. No firman el Ministro Sr. Brito y el abogado integrante Sr. Peralta, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a diecisiete de septiembre de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 4419-13.