



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°4/2006

**Análisis y Orientaciones sobre la Ley de
Responsabilidad Penal del Adolescente
como Ley Penal más Favorable**

Julio 2006

Consulta sobre este documento a:
udpj@defensoriapenal.cl

Unidad de Defensa Penal Juvenil

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene por objetivo analizar las posibilidades de aplicación de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (en adelante, también, LRPA), antes de que transcurra el plazo que prorroga su vigencia. El fundamento de tal aplicación "anticipada" consiste en que se trata de una ley promulgada que pudiera ser más favorable que las normas penales vigentes, en el caso de un adolescente a cuyo respecto se ha declarado que obró con discernimiento en el ilícito que se le imputa y se le ha condenado o se desarrolla un proceso que puede traducirse en una sentencia condenatoria.

Esta discusión se ha promovido por algunos defensores, lo que se ha traducido en sentencias que han acogido tales planteamientos¹, aunque también hay jurisprudencia en el sentido contrario².

¹ Véase, por ejemplo:

- Sentencia en Caso contra E.P.M.V., RIT N° 266-2005, TOP Concepción, 7 de diciembre de 2005;
- Sentencia en Caso contra L.E.A.A., RIT N° 305-2005, TOP Concepción, 7 de febrero de 2006;
- Sentencia en Caso contra M.E.G.B., RIT N° 3203-2006, TG Talca, 6 de abril de 2006;
- Sentencia en Caso contra C.A.B.V., RIT N° 4948-2005, TG Curicó, 6 de junio de 2006;
- Sentencia en Caso contra J.P.D.A., RIT N° 4020-2005, TG Puerto Montt, 8 de junio de 2006;
- Sentencia en Caso contra S.E.C.S., RIT N° 106-2006, TOP Arica, 17 de julio de 2006;
- Sentencia en Caso contra F.J.M.M. y S.D.N.N., RIT N° 1405-2005, TG Castro, 7 de abril de 2006, que aplica la Ley 20.084 respecto del segundo de los imputados y no la aplica respecto del primero porque, en concreto, considera que, para él, no sería ley más favorable.

² Véase, por ejemplo:

- Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, Ingreso N° 880-2005, Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de enero de 2006 (este fallo anula la sentencia y el juicio, en el caso RIT 266-2005 citado en la nota anterior);
- Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, Ingreso 164-2006, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de marzo de 2006;
- Sentencia en Caso contra H.R.P.Ñ., RIT N° 5-2006, TOP Osorno, 24 de marzo de 2006.
- Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, Ingreso 88-2006, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2006 (anula la sentencia y el juicio, en el caso RIT 305-2005, citado en la nota anterior);
- Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, Ingreso 65-2006, Corte de Apelaciones de Chillán, 22 de junio de 2006;
- Sentencia en Caso contra P.F.S.B., RIT N° 46-2006, TOP Valdivia, 10 de julio de 2006;
- Como se señaló en la nota anterior, la Sentencia en Caso contra F.J.M.M. y S.D.N.N., RIT N° 1405-2005, TG Castro, 7 de abril de 2006, aplica la Ley 20.084 respecto del segundo de los imputados y no la aplica respecto del primero porque, en concreto, considera que, para él, no sería ley más favorable.

Con el objeto de contribuir a la labor de los defensores y sin la pretensión de agotar la cuestión debatida, el documento hace, en primer lugar, una síntesis de la cuestión sobre la ley penal más favorable, en seguida, propone algunas consideraciones de carácter procesal, para finalizar, analizando la conveniencia de la LRPA según la condena previamente impuesta o a imponer, de acuerdo a la normativa vigente que se puede estimar menos favorable que la Ley N° 20.084.

II. LEY PENAL MÁS FAVORABLE

1. Retroactividad de la ley penal más favorable

La aplicación de la ley penal más favorable es una excepción al principio y garantía constitucional de irretroactividad de la ley penal, consagrada en el Art. 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República (CPR), que señala: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*.

El principio/garantía de la ley penal más favorable se encuentra, asimismo, establecido en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes y, por tanto, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través del Art. 5 inciso 2° de la CPR.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone: *“Art. 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra esta garantía de manera similar: *“Art. 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*

El Art. 19 N° 3 inciso 7° CPR, en conjunto con el Art. 15 del PIDCP y Art. 9 de la CADH, establecen un mandato al legislador y a los jueces de retroactividad

de la ley penal, si ésta es más favorable al reo. En consecuencia, el legislador no podría promulgar una ley penal más favorable y excluir de sus beneficios a los que estén siendo juzgados o hayan sido condenados bajo la ley anterior.

El Art. 18 del Código Penal (CP), por su parte, complementa aún más la garantía constitucional, al hacer aplicable la ley penal más favorable que se promulgue **después** de cometido el delito y **antes de dictada sentencia de término**, así como también, la que se promulgue **después** de ejecutoriada e, incluso, cumplida la sentencia definitiva³. Se sacrifica, así, el valor de cosa juzgada de las sentencias en pro de la justicia material implícita en el principio de la ley penal más favorable, privilegiando los derechos de las personas por sobre bienes o valores de carácter institucional.

Sobre la naturaleza de garantía constitucional y derecho fundamental de la ley penal más favorable, así como su alcance, la Corte Suprema, en sentencia de 22 de junio de 1998, Rol 1463, ha señalado⁴:

Considerando 13º.- "Que los actuales artículos 6º y 7º del Código Civil disponen que la ley sólo obliga una vez promulgada por el Presidente de la República de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política de la República y publicada en el Diario Oficial, no obstante que cualquier ley puede establecer reglas especiales sobre su vigencia o sobre la fecha en que debe entrar a regir; preceptos generales que el propio legislador se ha encargado de precisar o restringir, en este sentido se encuadra la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de Las Leyes y la disposición del artículo 3º del Código Tributario. Sin embargo, ha sido el Constituyente, en el artículo 19, Nº 3, inciso séptimo de la Ley Fundamental, quien consagra la garantía fundamental de la irretroactividad de la ley penal, como también desarrolla la excepción cuando la nueva ley sea favorable al inculcado; excepción que se ha establecido en términos generales y sin limitaciones. El legislador, en el artículo 18 del Código Penal, desarrolló esta garantía efectuando referencias a situaciones específicas.

La garantía constitucional exige para sancionar a una persona como responsable de un delito, que la ley que lo contempla debe estar promulgada con anterioridad al hecho ilícito. La propia Carta Fundamental otorga la garantía fundamental a toda persona que al ser sindicada como responsable de un hecho ilícito, los tribunales considerarán preferentemente la ley posterior más benigna, ya sea que derogue el delito, establezca circunstancias modificatorias que le eximan o atenúen su responsabilidad o disponga una penal menos rigurosa; derecho fundamental que complementa ordenando aplicar la norma

³ La Ley N° 17.727 de 1972 modificó el Art. 18 CP, incorporando, así, la posibilidad de modificar sentencias firmes en aras de aplicar la ley penal más favorable.

⁴ Fallo de la Corte Suprema, 22 de junio de 1998, rol 1463.

legal menos rigurosa, también, desde su promulgación. Deben destacarse los términos generales de la excepción, la que no hace referencia al evento que la ley se dicte durante la secuela del juicio o una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria. Se consagra, en definitiva, una limitación al legislador, el que respecto de normas penales más favorables a los imputados no podrá disponer su entrada en vigencia luego de su promulgación, pues con ello queda formada la voluntad legislativa; hecho del que se toma conocimiento por la publicación de la misma; por ello la Ley Fundamental cobra aplicación directa en este aspecto."

Además, la Corte Suprema ha admitido que la nueva ley que favorece al reo puede ser de naturaleza penal o bien tener otro carácter⁵, como sería el caso de una ley civil que rebajara la mayoría de edad, favoreciendo a quienes hubieran incurrido en la conducta sancionada en el Art. 367 del Código Penal⁶.

El contenido de justicia material que subyace a la garantía constitucional de ley penal más favorable está dado por la aplicación del principio de proporcionalidad material – y no formal- de la reacción punitiva judicial con la medida legal de merecimiento y necesidad de pena. Esto es, en la promulgación de la nueva ley, el legislador ha realizado una "*revaloración del hecho*, que ha conducido a desincriminarlo o tratarlo de forma más benigna, a causa de que su reprobabilidad social ya no se juzga tan intensa"^{7 8}.

⁵ Fallo de la Corte Suprema de 16 de mayo de 1945, en Revista de Ciencias Penales, vol. VIII, p. 131.

⁶ Ver: ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 143.

⁷ CURY, E., *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 233.

⁸ Por ello, la situación de la "ley intermedia", que es también un problema que se resuelve bajo el principio de la ley penal más favorable, difiere de la "ley temporal". La ley intermedia es aquella que se ha promulgado después de ejecutado el hecho y cesado de regir antes de que se pronuncie la sentencia de término (CURY, op.cit., p.231). Ley temporal, en cambio, es aquella que es dictada para que rija durante un periodo de tiempo predeterminado en ella misma, o mientras subsistan unas circunstancias que son las que determinan su promulgación (por ej., durante el período de epidemia) (CURY, E. op.cit., p. 232). La ley intermedia debe ser aplicada si es más favorable al reo, en tanto, la ley temporal debe ser aplicada siempre, aunque una ley posterior sea más favorable. Ello, porque el fundamento de la ley temporal es la consideración de *determinadas circunstancias* en las cuales se ejecutó la conducta y que aumentan su disvalor, y el hecho de que la norma haya cesado de regir se debe a una modificación de tales circunstancias, y no a una revaloración del hecho que se perpetró cuando ellas todavía persistían (que sí sucede tratándose de la ley penal más favorable y de la ley intermedia). Si se admitiera la aplicación de la ley posterior más favorable, la ley temporal no tendría efecto preventivo general, ni tendría aplicación práctica, toda vez que aquel que ejecutare el hecho incriminado en ella, sabría que podrá solicitar que se le aplique la sanción más benigna, o que se modifique la sanción ya ejecutada, con arreglo a la ley posterior más favorable, una vez que la ley temporal deje de regir.

Tanto el Art. 19 N° 3 inciso 7° CPR, como el Art. 18 CP, utilizan el concepto de “ley promulgada”. La doctrina está, mayoritariamente, de acuerdo en cuanto al hecho de que basta **la promulgación** de la ley penal más favorable, aún cuando su vigencia esté diferida en el tiempo, para que sea aplicable⁹. Ello, tanto por las razones de justicia material antes reseñadas (lo importante es el nuevo disvalor expresado por el legislador en la ley promulgada, y no si ésta está o no vigente), como por lo establecido en el inciso final del Art. 18 CP. Como bien señala Cury, “puesto que la nueva ley tendrá que ser aplicada tarde o temprano..., parece indudable que, al menos en esta parte, la suspensión de vigencia no surtirá efecto”¹⁰.

Bascuñán, en cambio, señala que **la vigencia** de la ley más favorable es un presupuesto de su aplicación¹¹. Este último autor sostiene que, en el contexto del Código Penal, con la palabra “promulgación” se hace referencia indistintamente a la promulgación y publicación de la ley. No obstante, el mismo autor reconoce que en la Constitución de 1980 se distingue entre promulgación y publicación, y existen antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del Art. 19 N° 3 que permiten sostener que en su redacción se hizo uso deliberadamente del término “promulgación”. En realidad, Bascuñán se esfuerza por justificar la necesidad de la vigencia para la aplicación de la ley más favorable, pues lo que intenta es evitar la aplicación de la ley intermedia, que es aquella que se promulga después de la comisión del delito, pero ya no está vigente cuando se dicta la sentencia. Resulta claro que la LRPA no es una ley intermedia.

Acerca del problema específico de aplicar una ley penal más favorable promulgada pero cuya vigencia está diferida en el tiempo, la Corte Suprema, históricamente, ha sostenido la tesis de aplicación de ley penal más favorable. En tres fallos dictados en 1953¹², la Corte Suprema sostuvo que la norma de la ley penal más favorable que establece un plazo posterior a su promulgación y publicación para su entrada en vigencia, tiene valor respecto de las normas más gravosas y demás materias que trata la respectiva ley, pero no en cuanto a las disposiciones más favorables. Señala la Corte que en estos casos no está en juego el principio de legalidad de los delitos y de las penas, sino que se produce un concurso temporal de leyes: una vigente al ocurrir los hechos y otra

⁹ CURY, E., op.cit., p. 230-32; GARRIDO MONTT, M., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p.130.; ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Santiago, 2004, p. 144.

¹⁰ CURY, op.cit, p.230.

¹¹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., *La ley penal*, en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1, 2004, p.213 y ss.

¹² Sentencias de la Corte Suprema (1953), contra Manuel Gutiérrez Quiroz; contra Héctor Bórquez Herrera; y contra Augusto Rivera Véliz, citadas en ETCHEBERRY, A., *El Derecho Penal ante la Jurisprudencia*, tomo I, Parte General, pp.93-94.

publicada antes de la sentencia de término. Si existiera contraposición entre el principio de legalidad y el de la retroactividad benigna, este último debe prevalecer. Resulta interesante destacar que estos fallos fueron dictados bajo la vigencia de la Constitución Política de 1925, cuyo artículo 11 regulaba el principio de irretroactividad de la ley penal, pero no establecía expresamente el principio de la ley penal más favorable al reo, como sí lo hace el actual Art. 19 N° 3 de la Constitución Política de 1980. Sólo se pronunciaba en este sentido el Art. 18 CP en sus actuales incisos 1° y 2° (antes de la modificación de la ley N° 17.727 de 1972). Hoy día existe un precepto constitucional que refuerza aún más la tesis sostenida ya en esa fecha por la Corte Suprema, además del Art. 18 CP que, producto de la reforma de la ley 17.727, extendió aún más los alcances de la ley penal más favorable.

En consonancia con esta jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Concepción, pronunciándose acerca de la aplicabilidad de la LRPA, advierte que para aplicarla, en el evento de que fuera más favorable, sólo basta su promulgación. La Corte, en todo caso, termina por no hacerlo porque considera que en el caso concreto no es ley más favorable. Sostiene la Corte: *“Que para dilucidar la aplicación temporal de la ley n° 20.084, en sus efectos penales sustantivos, debe dejarse claramente asentado, que desde que la nueva ley se encuentra promulgada, en el evento de ser más favorable al afectado, corresponde aplicarla, aunque su vigencia se encuentre diferida en el tiempo, pues desde esa fase de tramitación de la ley, por mandato constitucional y legal, incorpora tales beneficios al patrimonio del imputado, sin necesidad de otros requisitos, como lo sostiene el profesor Alfredo Etcheberry, en su obra Derecho Penal, T-I, pág. 144, al indicar que no existen mayores exigencias en cuanto a su duración o plazo de vigencia”*¹³.

La norma constitucional del Art. 19 N° 3 inciso 7° establece un deber al juez de aplicar la ley posterior más favorable, independiente de que esté o no vigente. Así, la circunstancia de que el Art. 1 transitorio de la Ley N° 20.084 (reformado por el Art. 1 de la Ley N° 20.110) haya postergado su vigencia para 18 meses después de su publicación, no libera al tribunal de su deber de aplicarla al caso concreto, si ésta es más favorable. El deber de aplicar la norma más favorable, es tal, que incluso el inciso final del Art. 18 CP obliga al tribunal que pronunció la sentencia que se encuentra ejecutoriada, sea que se haya cumplido o no la pena impuesta, a modificarla **de oficio o a petición de parte**¹⁴. Resulta decidir, al respecto, que casi todas las sentencias de las Cortes de Apelaciones

¹³ Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, Ingreso 88-2006, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2006, considerando 3°.

¹⁴ La doctrina, en general, comparte la tesis de Etcheberry en cuanto a que, por razones de economía procesal, el deber de modificación de oficio sólo se aplica a aquellos casos en que la sentencia ejecutoriada esté produciendo algún efecto (ETCHEBERRY, op. cit. pp. 145-146).

que, a la fecha, se han pronunciado en recursos de nulidad acerca de la aplicación actual de la LRPA¹⁵, y que han resuelto no aplicarla, no lo hayan hecho basado en que la ley no es aplicable por estar su vigencia diferida, sino por otros argumentos, tales como que, luego de analizado el caso concreto, se ha concluido que la Ley N° 20.084 no era la ley penal más favorable. La única excepción es un fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán¹⁶, que expresamente declara no aplicable la LRPA por encontrarse diferida su vigencia en virtud de la prórroga dispuesta por la Ley N° 20.110. También comparte este criterio que exige la vigencia para aplicar la ley penal más favorable, una sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno¹⁷.

2. Procedimiento de determinación de ley penal más favorable

No siempre es sencillo determinar cuál es la ley penal más favorable para el imputado, pues son varios los elementos que pueden ser considerados e influir en la decisión. El propio Art. 18 CP señala dos situaciones distintas: a) cuando la nueva ley exime al hecho de toda pena, y b) cuando le aplica una menos rigurosa.

Es precisamente el segundo de estos criterios el que ofrece dificultades (es evidente que la primera situación es más favorable al imputado), debido a que, como señala Cury, "puede ocurrir, por ejemplo, que la ley antigua contemple un marco penal cuyo extremo superior es más alto que el conminado por la nueva, pero que sea más bajo el extremo inferior. ¿Cuál de ellas resulta más favorable para el reo? Dificultades semejantes se presentan cuando una de las leyes impone penas más altas, pero reduce el plazo de prescripción; cuando, en el mismo caso, considera atenuantes que la otra no consagra; cuando la ley que amenaza penas aparentemente más benévolas introduce al mismo tiempo agravantes no consideradas por la otra, cuando las penas establecidas por ambas leyes son de distinta naturaleza (por ejemplo, privativas de libertad en una restrictivas en la otra), etc."¹⁸ El autor sostiene que "en la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y sean relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencias – uno sobre la base de cada ley -, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría

¹⁵ Véase Nota N° 2, en que se identifican estas sentencias.

¹⁶ Sentencia de Corte de Apelaciones de Chillán de 22 de junio de 2006, rol 65-2006.

¹⁷ Sentencia en Caso contra H.R.P.Ñ., RIT N° 5-2006, TOP Osorno, 24 de marzo de 2006.

¹⁸ CURY, op. cit., p.228-229.

entregarle la facultad de construir una tercera ley que nunca ha estado en vigor”¹⁹.

Puede afirmarse que el procedimiento de determinación de la ley más favorable abarca dos niveles: uno abstracto, que consiste en considerar todos los factores sobre determinación de sanciones, naturaleza de las mismas, atenuantes, agravantes, plazos de prescripción, etc., y uno concreto, que consiste en analizar todos los factores que inciden en el caso concreto, debiéndose incluso, elaborar dos borradores de sentencia.

A modo de ilustración, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 27 de marzo de 2006, rol 88-2006²⁰, concluyó, en el nivel de análisis abstracto, que la Ley N° 20.084 no era más favorable, por cuanto penalizaba las conductas de jóvenes mayores de 14 años y menores de 18, en tanto que con la ley actualmente vigente, los menores de 18 años no eran imputables, salvo que los mayores de 16 y menores de 18 hubiesen obrado con discernimiento. En el nivel de análisis del caso concreto, la misma Corte concluyó que la nueva ley tampoco era más favorable, por cuanto al condenado le correspondía una pena que iba de 541 días a tres años de presidio menor en su grado medio, con lo cual podía acceder a los beneficios de la remisión condicional de la pena, en tanto que la sanción que se le había aplicado conforme a la LRPA era de tres años de libertad asistida. La Corte razonó, en su considerando 8°, de esta manera: *“De lo anterior cabe concluir que también es más beneficiosa al menor la normativa vigente, porque, con la medida alternativa no cumple la pena, se le suspende, de manera que dicha condena no se toma en cuenta para la reincidencia específica. Asimismo, las obligaciones impuestas para gozar de la remisión condicional son menores que las indicadas en la nueva legislación, que lo hace cumplir con los programas socioeducativos que considera la libertad asistida, bajo sanción de sustituírsela por una de mayor gravedad.”*

La doctrina señala que la determinación de la ley más favorable constituye el ejercicio de una facultad de orden público, que compete al juez, y no al condenado²¹, sin perjuicio de que algunos autores sostienen que se puede oír su opinión²². Sin embargo, la situación jurídica de los jóvenes plantea ciertas distinciones frente a los adultos que es preciso considerar, a propósito de lo establecido en el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN),

¹⁹ CURY, op.cit., p.229. Este planteamiento fue asumido totalmente por la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 30 de enero de 2006 (referida en la nota N° 2 de este trabajo), que en su considerando 9°, cita, textualmente, al autor.

²⁰ Identificada en la nota N° 2.

²¹ V.gr. Cury, op. cit., p. 229.

²² COUSIÑO, L., *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I, Santiago, 1992, p. 129, nota 219.

que consagra para las personas menores de 18 años de edad el “derecho a ser oído” en todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten. Así, en un caso en que pudiera ser discutible cuál es la ley más favorable, la opinión del adolescente podría inclinar la balanza en uno u otro sentido. Por ejemplo, cuando un joven es sancionado o puede ser sancionado con una pena de presidio mayor en su grado mínimo, quedando en el rango de la regla primera del Art. 23 de la Ley N° 20.084, y que, por lo tanto, no aparecen, en principio, diferencias entre las penas de la ley de adultos y las de la LRPA (por cuanto ambas consistirían en penas privativas de libertad), el abogado defensor podría plantear que esta última ley es más favorable dado que existen diferencias entre cumplir la sanción en una cárcel de adultos que en un centro del SENAME. Esta afirmación se vería fortalecida ante el tribunal si éste escucha la opinión del adolescente, siempre que quiera dar su opinión (el Art. 12 CDN establece un derecho, y como tal, no está obligado su titular a ejercerlo). Este deber de oír al joven pesaría también sobre el abogado defensor al momento de planear su estrategia defensiva. Es preciso señalar, además, que el derecho a ser oído impone un deber no sólo de escuchar al joven, sino que además, de tomar en consideración dicha opinión²³.

III. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER PROCESAL

1. Ley procesal penal

Respecto de sentencias ejecutoriadas, uno de los problemas que se presentan es el de determinar bajo qué ley procesal penal solicitar su modificación.

Ello, porque, por una parte, el Art. 18 CP establece que el tribunal competente para aplicar la ley penal más favorable promulgada después de ejecutoriada la sentencia, sea que se esté o no cumpliendo condena o que ésta se haya cumplido, es **el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia**. Este tribunal deberá modificarla de oficio o a petición de parte. Así, en los casos de revisión de sentencias ejecutoriadas, se podrá plantear la solicitud ante el juez de garantía o ante el tribunal de juicio oral que dictó la sentencia respectiva²⁴.

²³ Baratta señala que toda vez que el niño tiene derecho a ser oído, y que la Convención establece como principio fundamental el “interés superior del niño”, la voz del niño y su interés superior deben ser interpretados armoniosamente y siempre con el fin de la máxima satisfacción de todos sus derechos. La voluntad del niño-ciudadano no es meramente escuchada, sino que debe ser efectivizada (Baratta, A. *“Infancia y democracia”* en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., comps., *Infancia, Ley y Democracia*, Ed. Temis – De Palma, Bogotá – Buenos Aires, 1998, p. 31 y ss.).

²⁴ Con respecto a los condenados en el antiguo sistema procesal penal, debiera revisarse la sanción por el juez del crimen correspondiente, lo que puede generar dudas sobre la competencia de los defensores penales públicos (al menos los institucionales), sin perjuicio de que, cuando la LRPA entre en vigencia, sí se podrían revisar conforme a los Arts. 53, 54 ó 55 de dicha ley.

Ahora bien, con respecto de los nuevos mecanismos de revisión de sanciones a que se refieren los Arts. 53, 54 y 55 de la Ley N° 20.084, es necesario hacer una reflexión. Se podría plantear la factibilidad de utilizar dichas audiencias para solicitar el cambio de sanción. El problema de seguir esta vía, es que el juez competente es el juez de control de ejecución que, conforme lo dispone el Art. 50 de la Ley N° 20.084, **es el juez de garantía del lugar donde la pena deba cumplirse**. Este juez, cuya competencia le ha sido entregada en virtud de los Arts. 50 y 65 de la LRPA (este último artículo modifica el Art. 14 del Código Orgánico de Tribunales, sobre competencia de los juzgados de garantía), aún no entraría en funciones, por cuanto las normas que le otorgan competencia son normas procesales penales que rigen *in actum*, esto es, desde que la ley entre en vigencia el 8 de junio de 2007. En síntesis, estimamos que no hay órgano jurisdiccional para hacer peticiones de sustitución de sanciones conforme a los Arts. 53, 54 y 55 de la Ley N° 20.084.

Sin embargo, el principio de que las leyes procesales penales rigen *in actum*, debe matizarse con el hecho de que existen ciertas normas procesales penales que están de tal manera unidas a la ley penal más favorable, que no es posible escindirlas y a las que, por lo tanto, podría aplicarse el principio/garantía de la retroactividad de la ley penal más favorable. Cury explora esta idea por la vía de analizar las relaciones existentes entre el derecho penal y el procesal penal: "Existen también algunas instituciones y principios que indudablemente, pertenecen al campo del procedimiento, pero cuyas consecuencias sobre el derecho penal material pueden llegar a ser tan inmediatas y decisivas, que no es posible descartar su tratamiento desde la perspectiva de este último"²⁵. Da como ejemplo de estas instituciones el principio de *nulla poena sine iudicio* y señala que a esta institución, se le pueden aplicar las garantías y limitaciones propias del derecho penal: "En consideración a todo esto, convendría repensar hasta qué punto es deseable aplicar a las normas en que se materializa el principio *nulla poena sine iudicio* algunas de las limitaciones garantizadoras que rodean la interpretación y aplicación de las leyes penales sustantivas. Por ejemplo, convendría prohibir, haciendo excepción a las reglas generales sobre la materia, toda aplicación retroactiva de aquellas disposiciones procesales que modifican la naturaleza y composición del tribunal llamado a conocer de un hecho punible²⁶, como asimismo de las que importan una *restricción del derecho a defensa* o signifiquen disminuir, en cualquier forma, la *posibilidad de probar los descargos*. En efecto, la práctica ha demostrado que, en materias de esta clase, el dogma según el cual las leyes procesales rigen *in actum* puede determinar un debilitamiento del *nullum crimen, nulla poena sine lege*"²⁷. Continuando en la línea de su razonamiento, habría también que pensar la

²⁵ CURY, op. cit., p. 118.

²⁶ El subrayado es nuestro.

²⁷ Idem., p. 119-20.

posibilidad de aplicación de la garantía de ley penal más favorable para estas instituciones. Volviendo al caso que nos ocupa, sería preciso analizar si las normas de los Arts. 53, 54 y 55 de la Ley N° 20.084, constituyen una de esas instituciones procesales penales inextricablemente ligadas a la ley penal sustantiva más favorable, de tal manera que no fuese posible aplicar ésta sin aquéllas.

Pero aún si se admitiera sin mayor debate lo anterior y que las normas de los Arts. 50 y 65 de la LRPA son aplicables inmediatamente como norma más favorable, sería preciso hacerse cargo del siguiente problema: Antes de solicitar la sustitución o remisión de sanciones contemplada en los Arts. 53, 54 y 55 de la LRPA, es necesario pedir la aplicación de la ley penal más favorable, y dicha competencia está entregada por el Art. 18 CP al juez que hubiere pronunciado la sentencia, quien no sólo debe pronunciarse sobre la aplicabilidad de la nueva ley, sino que además, debe él mismo modificarla. Es decir, se suscita un eventual conflicto de competencias entre el juez de determinación de la ley penal más favorable y el juez de ejecución de sanciones de la Ley N° 20.084²⁸.

En atención a las actuales dificultades para solicitar una revisión conforme a las normas de los Arts. 53, 54 y 55 de la Ley N° 20.084, parece conveniente que, por ahora y conforme al Art. 18 CP, los defensores hagan uso sólo de ésta última vía ante el tribunal que dictó la sentencia que se pretende modificar.

Lo anterior es relevante, pues como lo veremos más adelante, lo que se argumenta al tribunal por el abogado defensor es de naturaleza distinta si lo que se pide es la aplicación de la ley penal más favorable o si lo que se pide es la sustitución o remisión de condena. En el primer caso, se trata de argumentos de derecho, que abarcan un análisis en abstracto y en concreto de la pena que en derecho corresponde, y a su evaluación de cuál es más favorable, es decir, el defensor le plantea al tribunal que si la LRPA hubiera estado vigente al momento de cometerse el hecho punible o de dictarse la sentencia, la pena que se propone es la que se habría aplicado; los informes o antecedentes sobre la situación actual del adolescente pueden dar más fuerza a la solicitud, pero ellos no son lo central. En el segundo caso, en cambio, la información o antecedentes respecto de la situación actual del joven (informes emanados del

²⁸ Es posible sostener que este problema se suscitara especialmente hoy por la postergación de vigencia de la Ley N° 20.084, pues a partir del 8 de junio de 2007, todos los casos anteriores de jóvenes condenados que estén cumpliendo condena, podrían derechamente solicitar sustitución o remisión de la misma, conforme a las normas de los Arts. 53, 54 y 55 de la misma ley, ya vigente. Esta posición tendría sustento, en el hecho de que estas normas poseen una naturaleza mixta, al contener normas sustantivas y procesales, con lo cual, se aplicaría el principio de que las leyes procesales penales rigen *in actum*.

programa que ejecuta la sanción, informes del SENAME, informes periciales, etc.), son fundamentales, pues lo que se sostiene ante el tribunal es que, precisamente dicha situación actual, es la que aconseja sustituir la pena o remitirla.

2. Recursos

Es necesario determinar cuáles son los recursos que se pueden interponer en contra de la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de aplicación de la ley penal más favorable.

En esta materia, es preciso distinguir la situación de petición de aplicación del Art. 18 CP dentro del marco de un juicio que se está actualmente desarrollando, en la audiencia de determinación de penas del Art. 343 CPP, de la situación de solicitud de revisión de sanciones impuestas por sentencias ya ejecutoriadas (hipótesis contemplada en el Art. 18 inciso final CP).

Respecto de la primera de las hipótesis mencionadas, al ser la sentencia definitiva la que se pronuncie por la aplicación o no de la Ley N°20.084, procederán los recursos de apelación o nulidad, según cuál sea el procedimiento aplicado.

En cuanto a la segunda hipótesis, nos remitiremos al análisis efectuado por el Departamento de Estudios con ocasión de otras reformas legales²⁹.

En síntesis, conforme a dicho análisis, la naturaleza jurídica de la resolución que aplica el Art. 18 CP no correspondería ni a una sentencia definitiva que cierra la instancia y dirime el objeto del juicio, ni a una interlocutoria, que se pronuncia durante el desarrollo de un juicio, ni un auto, decreto o proveído. Se trataría de una resolución inclasificable en los términos del Art. 158 del Código de Procedimiento Civil, que aplica en forma directa un derecho fundamental por parte del Tribunal, dictada en una audiencia que no constituye una instancia de un juicio y que no lo reabre. Como tal, la única vía de impugnación de esta resolución sería el recurso de amparo (Art. 21 CPR), tanto si el tribunal que dicta la resolución es el tribunal de juicio oral en lo penal, como si es el juez de garantía.

El hecho que el único medio de impugnación sea el recurso de amparo implica que sólo el condenado podría recurrir de una decisión desfavorable y, por tanto, no podría el Ministerio Público recurrir si el tribunal estimara aplicable la LRPA. Dado que hasta la fecha, la posición de la defensa ha sido más exitosa

²⁹ Minuta "Art. 18 del Código Penal en relación al Art. 4 de la Ley 20.000", Departamento de Estudios, Defensoría Nacional, Agosto de 2005.

en los tribunales orales en lo penal y de garantía que en las Cortes de Apelaciones, esta tesis es claramente estratégica a favor de la defensa.

Así, si el Ministerio Público deduce recurso de nulidad o de apelación, corresponderá plantear las incidencias de inadmisibilidad (Arts. 380-383 CPP) o los recursos de hecho (Art. 369 CPP) que correspondan, respectivamente.

IV. CONVENIENCIA DE LA LEY N° 20.084 SEGÚN LA CONDENA PREVIAMENTE IMPUESTA O A IMPONER

1. Condena impuesta o a imponer de más de 10 años de privación de libertad

Esta hipótesis resulta altamente atractiva para solicitar la aplicación de la Ley N° 20.084, como ley más favorable, toda vez que su Art. 18 establece que el límite máximo de las penas privativas de libertad es de 10 años, si el adolescente tuviere más de 16 años. Es evidente, entonces, que se puede instar por la rebaja de la pena previamente impuesta o que aquella que se va a imponer se sujete al límite establecido en el mencionado Art. 18.

En el caso de una pena ya impuesta, cabe preguntarse si vale la pena hacer esta solicitud en un momento en que no está claro en la jurisprudencia la procedencia de aplicar la LRPA antes de que se cumpla el plazo que prorrogó su vigencia, tomando en consideración que el 8 de junio de 2007, el adolescente condenado va a continuar privado de libertad y, a partir de dicha fecha, se puede solicitar aplicar la ley más favorable sin que el debate sobre su vigencia se constituya en un obstáculo para entrar al fondo de la discusión. La posición que se adopte no es irrelevante, pues en caso de obtener un resultado negativo, se ayuda a consolidar la tesis del Ministerio Público contraria a la aplicación de la Ley N° 20.084. En definitiva, no parece razonable intentar revisiones de máximo de penas durante este período por las razones señaladas.

En la hipótesis analizada (pena impuesta o probable de más de diez años), no sólo se puede pedir que la pena se ajuste al límite del Art. 18 de la LRPA, sino que también se podría argumentar como más favorable el que la pena se haga efectiva en un centro especializado de privación de libertad de acuerdo al Art. 43 de la nueva ley, es decir, en un recinto administrado directamente por el Servicio Nacional de Menores (SENAME). Tomando en consideración que uno de los criterios que la jurisprudencia ha tenido para rechazar la aplicación "anticipada" de la Ley N° 20.084, es la inexistencia de las sanciones previstas en la ley, un elemento que probablemente resultaría relevante en la decisión jurisdiccional sería la acreditación ante el tribunal que los centros ya existen y que las Orientaciones Técnicas para los mismos también. Será necesario

argumentar que, a pesar de que el Reglamento de la LRPA no se ha dictado, la existencia del centro y de las orientaciones técnicas respectivas es, ciertamente, desde el punto de vista material más cercano al cumplimiento de los fines de la ley que un recinto penitenciario administrado por Gendarmería de Chile (GENCHI)³⁰.

Surge el problema con aquellos jóvenes que, imputados o condenados por delitos cometidos siendo menores de edad, ya han cumplido los 18 años de edad. A dichos casos se aplicaría el Art. 56 de la LRPA, que hace alusión al juez de control de ejecución y a la necesidad de que el SENAME evacue un informe fundado respecto del recinto en que se solicite continúe cumpliendo la pena (SENAME o GENCHI), lo que complica aún más el análisis y las posibilidades de que la solicitud sea acogida³¹. Parece que a lo más se puede solicitar en estos casos que el cumplimiento en el recinto de GENCHI se lleve a efecto en forma separada de los condenados como adultos (Art. 56 inciso final de la Ley N° 20.084)³².

Una petición aún más compleja sería que la pena se cumpliera bajo la forma de “internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social” (Art. 23 N° 1 LRPA). Nos parece que la plausibilidad de esta petición es bastante dudosa, siendo el punto de partida la existencia del centro en la respectiva región y del programa de reinserción social respectivo. No tiene sentido, a nuestro juicio, intentar que se imponga una pena que no se pueda cumplir, cuando éste ha sido uno de los motivos para fundar la jurisprudencia contraria a la aplicación de la Ley N° 20.084³³.

³⁰ En todo caso, de acuerdo al Art. 58 de la Ley N° 16.618 (de Menores), la pena privativa de libertad que se aplique al menor declarado con discernimiento debe cumplirse en un Centro de Rehabilitación Conductual, que es uno de los tipos de Casas de Menores establecidos por el Art. 51 de la Ley de Menores.

³¹ Estamos en un caso que debe haber sido resuelto por un tribunal oral en lo penal, por lo que la solicitud de modificación de la pena, por aplicación de la Ley N° 20.084 como ley más favorable, se hará ante ese mismo tribunal, distinto, obviamente, al juez de control de ejecución (juez de garantía), problema que ya analizamos en las “Consideraciones de Carácter Procesal” de este documento.

³² Recuérdese que el Art. 87 del Código Penal establece: *“Los menores de veintiún años y las mujeres cumplirán sus condenas en establecimientos especiales. En los lugares donde éstos no existan, permanecerán en los establecimientos carcelarios comunes, convenientemente separados de los condenados adultos y varones, respectivamente”.*

³³ La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de 30 de enero de 2006 recaída en recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, rol 880-2005, en su considerando 10° fue enfática: *“Que en la conceptualización de la ley más favorable, creemos que debe también considerarse si con aplicación de la nueva ley se cumplen o no los fines tenidos en cuenta por el legislador al dictarla, para lo cual se requiere esencialmente el cumplimiento efectivo de la pena en la forma dispuesta por el texto legal, ya que, de no darse este requisito sine qua non, no puede estimarse que vaya a ser más favorable. Dicho de otro modo, frente a la imposibilidad de concretar la sanción en la forma prescrita por la nueva ley, y, por ende, prescindir desde un comienzo con el objetivo*

En todo caso, si se estima que están dadas - y se pueden acreditar - las condiciones para el cumplimiento de dicha pena, es menester precisar el sentido de la argumentación ante el tribunal. Respecto de sentencias condenatorias firmes que se pretendan modificar, la línea central de argumentación debería tender a convencer al tribunal que en el caso ya fallado, si hubiera estado vigente la LRPA, se debería haber impuesto la sanción de internación en régimen semicerrado. A lo anterior puede ser conveniente sumar algún antecedente que apoye tal petición, como un informe social u otra pericia que lo recomiende, pero no se debe olvidar que el argumento principal no es que AHORA el joven está en condiciones de responder en una pena menos gravosa, sino que esa pena (internación en régimen cerrado) era la que se debería haber aplicado. Recuérdese que no estamos pidiendo la sustitución de una pena en conformidad al Art. 53 ó 54 de la Ley N° 20.084, puesto que dicha petición debe hacerse al tribunal encargado del control de la ejecución de la sanción (juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse).

Además de lo expresado, hay que tener presente el Art. 19 letra a) de la LRPA, en cuya virtud, cuando fuere procedente la internación en cualquiera de sus formas, el tribunal puede imponer complementariamente una sanción de libertad asistida con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad, siempre y cuando en total no se supere la duración máxima de ésta. Por lo que también es argumentable que la sanción que en derecho corresponde aplicar es esta sanción mixta. Parece recomendable a este respecto hacer una propuesta concreta al tribunal, explicando de qué manera dicha propuesta es la mejor para el logro de la finalidad de las sanciones a que se refiere el Art. 20 de la Ley N° 20.084. Reiteramos lo sostenido en relación con las penas previamente impuestas, en el sentido de que el argumento central consiste en que la pena que correspondería en derecho aplicar si hubiera estado vigente la LRPA al momento de dictar la sentencia, sería esta sanción mixta. Sin perjuicio de lo anterior, se puede apoyar tal argumentación con nuevos antecedentes.

Ahora bien, para evitar la discusión respecto de si están operativos o no los programas de libertad asistida, se puede proponer que el comienzo de esta modalidad de sanción comience cuando ya haya entrado en vigencia la Ley N° 20.084. De todas maneras, al hacernos cargo de la sanción de libertad asistida propiamente tal, expondremos argumentos para defender su aplicabilidad actual.

legislativo, creemos que bajo tal circunstancia no puede concluirse en el carácter más favorable de la ley posterior". Aunque también hay que tener presente que el Juzgado de Garantía de Castro, RIT N° 1405-2005 de 7 de abril de 2006, aplicó efectivamente esta pena.

2. Condena impuesta o a imponer de 5 años y 1 día a 10 años de privación de libertad

Según el Art. 23 N° 1 de la LRPA, ante esta extensión de pena, el tribunal debe aplicar la pena de internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social. De acuerdo a lo ya expresado, se debe entender que también procede la sanción mixta del Art. 19 letra a) de la ley. Salvo lo relativo al límite máximo del Art. 18 de la LRPA, las consideraciones efectuadas en el punto anterior, son válidas en cuanto a las penas probables, recintos de cumplimiento, línea argumental central, etc.

3. Condena impuesta o a imponer de 3 años y 1 día a 5 años de privación de libertad

En relación con esta hipótesis, de acuerdo al Art. 23 N° 2 de la Ley N° 20.084 las penas probables son la internación en régimen cerrado, internación en régimen semicerrado o la libertad asistida especial. Procede también la sanción mixta del Art. 19 letra a) de la mencionada ley.

Las consideraciones ya efectuadas respecto de las penas privativas de libertad y la sanción mixta, se extienden a este punto. Lo novedoso en esta hipótesis, es la posibilidad de solicitar al tribunal que dictó o dictará la sentencia, la imposición de la libertad asistida especial. Su preferencia a las penas privativas de libertad se funda, además del mejor cumplimiento de los fines de la sanción para un adolescente, en el principio de excepcionalidad de la privación de libertad consagrado en el Art. 37 letra b) de la CDN y en el Art. 26 de la Ley N° 20.084

Para solicitar esta pena habrá que hacerse cargo del argumento consistente en que si no se puede hacer efectiva la pena en la forma prevista en la LRPA, no se puede aplicar "anticipadamente". Creemos que existen argumentos fácticos muy poderosos para sostener que la libertad asistida en cualquiera de sus formas sí se puede aplicar en la forma prevista en la Ley N° 20.084. Los actuales Programas de Intervención Ambulatoria (PIA) se vienen preparando hace más de tres años para transformarse en los encargados de ejecutar las sanciones de libertad asistida en el nuevo sistema penal de adolescentes. De hecho, ya sea que se les derive a los jóvenes desde la justicia de familia (antes, de menores), o bien, desde la justicia criminal como medida cautelar o condición de una suspensión del procedimiento, en la práctica han incorporado en sus planes de intervención los fines de control, responsabilización e integración social que, en definitiva, les exige la LRPA. Con respecto a estos programas, puede visitarse la página web http://www.sename.cl/interior/responsabilidad/mapas_y_catastro_enero_2006.

[xls](#)³⁴, donde el SENAME publica un catastro identificando, región por región, la dirección, el teléfono, el correo electrónico y la institución colaboradora encargada de la ejecución de los programas que denomina, precisamente, "Libertad Asistida". A mayor abundamiento, las Orientaciones Técnicas para estos programas ya están elaboradas y pueden ser conocidas por el tribunal y el fiscal.

Es preciso recordar que la libertad asistida en cualquiera de sus formas no puede exceder de 3 años, según lo disponen los respectivos incisos finales de los Arts. 13 y 14 de la Ley N° 20.084.

4. Condena impuesta o a imponer de 541 días a 3 años de privación de libertad

Si la pena se extiende entre los 541 días y los 3 años de privación de libertad, el Art. 23 N° 3 de la LRPA dispone que el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Procede también la sanción mixta del Art. 19 letra a). Frente a una pena de privación de libertad del sistema penal de adultos, cualquiera de estas penas resulta menos gravosa.

Obviamente, lo señalado respecto de las penas privativas de libertad y la libertad asistida se entiende reproducido en este punto, así como lo planteado en relación con consideraciones estratégicas y línea de argumentación central. También debe tenerse presente el principio de excepcionalidad de la privación de libertad para argumentar la preferencia por sanciones no privativas de libertad.

La novedad en este tramo es la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Es menester señalar que el SENAME tiene programas operativos en todas las regiones del país para hacerse cargo del cumplimiento de esta pena, llamados precisamente Programas de Servicio en Beneficio de la Comunidad y Reparación del Daño causado, y cuyas orientaciones técnicas también ya han sido elaborados.

Otro aspecto relevante es que, de acuerdo al Art. 25 de la Ley N° 20.084, el tribunal puede imponer conjuntamente dos de las penas señaladas, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo y ello tienda a la mejor satisfacción de las finalidades a que se refiere el Art. 20 de la ley.

³⁴ Última visita efectuada el 19 de julio de 2006.

5. Condena impuesta o a imponer de 61 a 540 días de privación de libertad

En este tramo, de acuerdo al Art. 23 N° 4 de la LRPA, el tribunal puede imponer las penas de internación en régimen semicerrado, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado, siendo esta última sanción, novedad respecto del tramo anterior. En este tramo procede la sanción mixta del ya mencionado Art. 19 letra a), pero también la sanción mixta de la letra b) del mismo artículo, en cuya virtud el tribunal puede imponer complementariamente a la sanción privativa de libertad una sanción de libertad asistida en forma previa a su ejecución, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal. En este caso la pena privativa de libertad queda en suspenso y en carácter condicional, para ejecutarse en caso de incumplimiento de la libertad asistida.

Con respecto a la pena de reparación del daño, los programas a que nos referimos en el punto anterior, también tienen la misión de coordinar el cumplimiento de esta sanción³⁵.

Es aplicable, también, el Art. 25 de la LRPA que permite al tribunal imponer de manera conjunta dos penas, siempre que su naturaleza permita su cumplimiento simultáneo y se favorezca de mejor manera alcanzar las finalidades a que se refiere el Art. 20 de la ley.

Por último, en este tramo y en el siguiente se puede recurrir al Art. 41 de la Ley N° 20.084, en virtud del cual, si concurrieren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable la imposición de la pena, el juez puede dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. Transcurrido este plazo sin que el adolescente imputado sea objeto de nuevo requerimiento o formalización, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y dictará el sobreseimiento definitivo de la causa.

6. Condena impuesta o a imponer de 1 a 60 días de privación de libertad

Si la sanción es igual o inferior a 60 días, el tribunal puede imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación (Art. 23 N° 5 LRPA). Este tramo resulta atractivo especialmente para jóvenes reincidentes que arriesgan una pena de prisión en el sistema penal de adultos.

³⁵ Ibid.

Al igual que en el tramo anterior, en éste se puede suspender la imposición de la condena conforme al Art. 41 de la Ley N° 20.084.

7. Análisis frente al beneficio de la remisión condicional de la pena de la Ley N° 18.216

Ante una sentencia condenatoria que otorga el beneficio de la remisión condicional de la pena o ante la posibilidad de obtenerlo en una sentencia próxima a pronunciarse, no siempre es claro que la LRPA sea la más favorable para el adolescente. Nos parece que no se puede dar una respuesta general, sino que ella se obtendrá del análisis de cada situación particular. No obstante, en los párrafos que siguen se realizarán algunas consideraciones que pueden ser útiles para efectuar el análisis del caso.

La remisión condicional de la pena procede, entre otros requisitos, si la pena privativa o restrictiva de libertad que se imponga no excede de tres años y si el adolescente no ha sido condenado por crimen o simple delito³⁶. Se trata de hipótesis cubiertas por los tramos 3, 4 ó 5 del Art. 23 de la Ley N° 20.084.

La remisión condicional resulta claramente menos gravosa que la internación en régimen semicerrado. Ahora bien, el quebrantamiento de las condiciones de la remisión condicional de la pena puede dar lugar a que el juez disponga el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna (Art. 6 de la Ley N° 18.216). Por su parte, el incumplimiento de la internación en régimen semicerrado puede sancionarse con la internación en un centro cerrado por un período no superior a los noventa días, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta por el tiempo restante y, en caso de reiteración de la misma conducta, podrá aplicarse la sustitución en forma definitiva, por un período a fijar prudencialmente por el tribunal, que no puede superar el tiempo de la condena inicialmente impuesta (Art. 52 N° 6 de la LRPA). Como se ve, si incluimos el tema de las consecuencias del quebrantamiento podría relativizarse la conveniencia planteada respecto de la remisión condicional de la pena, pero la intensidad de la pena de internación en régimen semicerrado, nos permite sostener, de todas maneras, que no corresponde intentar una internación en régimen semicerrado en contraposición a una pena con el beneficio de la remisión condicional de la pena.

La libertad asistida especial es más gravosa que la remisión condicional puesto que el control del delegado, a que se refiere el Art. 14 de la Ley N° 20.084, es claramente más exigente que las condiciones de la remisión condicional

³⁶ En todo caso, hay que tener presente que respecto de las faltas rige la suspensión de la imposición de la condena a que se refiere el Art. 398 del Código Procesal Penal.

contempladas en el Art. 5° de la Ley N° 18.216. Ahora bien, es posible estimar que las consecuencias del quebrantamiento de la libertad asistida especial son un poco menores que en el caso de la remisión condicional: en el primer caso, es sustitución de la sanción por internación en régimen semicerrado, por un período equivalente al número de días que faltaren por cumplir (Art. 52 N° 5 LRPA); en el segundo caso, es cumplimiento de la pena originalmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna (Art. 6 Ley N° 18.216). Aún considerando las consecuencias del incumplimiento, de todas maneras nos parece más gravosa la libertad asistida especial que la remisión condicional de la pena.

La libertad asistida simple también parece más gravosa que la remisión condicional de la pena, puesto que el control del delegado a que se refiere el Art. 13 de la LRPA, también es más exigente que las condiciones de la remisión condicional contempladas en el Art. 5 de la Ley N° 18.216. Así lo entendió la Corte de Apelaciones de Concepción el 27 de marzo de 2006, señalando: *“De lo anterior cabe concluir que también es más beneficiosa al menor la normativa vigente, porque, con la medida alternativa no cumple la pena, se le suspende, de manera que dicha condena no se toma en cuenta para la reincidencia específica. Asimismo, las obligaciones impuestas para gozar de la remisión condicional son menores que las indicadas en la nueva legislación, que lo hace cumplir con los programas socioeducativos que considera la libertad asistida, bajo sanción de sustituirse por una de mayor gravedad”*.³⁷

Por otro lado, las consecuencias del quebrantamiento de la sanción de libertad asistida son menos intensas que las consecuencias del incumplimiento de las condiciones de la remisión condicional de la pena³⁸. Y para complejizar más la discusión, es bueno recordar que respecto de sanciones privativas y restrictivas de libertad igual o inferior a 540 días, puede operar la suspensión de la imposición de la condena del Art. 41 de la Ley N° 20.084.

Como se ve, no es sencillo determinar si la libertad asistida es más favorable para el adolescente imputado que la remisión condicional. En estos casos será

³⁷ Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, Ingreso 88-2006, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2006, parte final de su considerando 8°.

³⁸ El incumplimiento de la libertad asistida se sanciona con libertad asistida especial o con internación en régimen semicerrado, con una duración máxima de 60 días, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta. Sólo en caso de incumplimiento reiterado se puede llegar a sustituir la libertad asistida por internación en régimen semicerrado (Art. 52 N° 4 LRPA). En cambio, el incumplimiento de las condiciones de la remisión condicional de la pena puede dar lugar a que el juez disponga el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta o su conversión en reclusión nocturna (Art. 6 de la Ley N° 18.216).

fundamental la opinión y voluntad del imputado, pero será necesaria una adecuada información al mismo por parte del defensor³⁹.

Es necesario tener presente que el incumplimiento de la libertad asistida en cualquiera de sus formas que se imponga en virtud del Art. 19 de la LRPA (sanción mixta), faculta al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado por el tiempo que resta de la condena. Resulta evidente que en este caso, la remisión condicional de la pena es más favorable para el adolescente.

Nos parece, en cambio, que las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y de reparación del daño son más favorables que la remisión condicional de la pena, porque el tiempo de la condena es mucho menor y las consecuencias del quebrantamiento son también menos intensas.

En efecto, los servicios en beneficio de la comunidad tienen una extensión máxima de 120 horas (Art. 11 LRPA). De la misma manera, la reparación del daño la mayoría de las veces será de cumplimiento inmediato o muy próximo en el tiempo o, a lo más, en un tiempo similar a la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Por su parte, según el Art. 5 de la Ley N° 18.216, el plazo de observación que debe fijar el tribunal al conceder el beneficio de la remisión condicional de la pena, es un de un año como mínimo y de tres años como máximo. Sin embargo, debe tenerse presente que, en el caso de una eventual segunda condena, si la remisión condicional de la pena ha sido satisfactoriamente cumplida, la primera no sería considerada a efectos de la agravante de "reincidencia", según la asentada jurisprudencia existente en la materia.

El quebrantamiento de los servicios en beneficio de la comunidad y de la reparación del daño, da lugar a la libertad asistida en cualquiera de sus formas (Art. 52 N° 3 LRPA), que claramente es más conveniente que una privación de libertad, aunque se bajo la forma de reclusión nocturna.

A mayor abundamiento existe la posibilidad de suspender la imposición de la condena, de acuerdo al Art. 41 de la Ley N° 20.084.

³⁹ Puede ser interesante intentar prever o evaluar las posibilidades del adolescente en su vida futura, en cuanto a oportunidades de inserción social. El defensor puede contar para esto con la ayuda del asistente social de apoyo a la defensa penal juvenil o de los profesionales de las Unidades de Atención de Testigos e Imputados (UATI). En algunos casos, para contribuir a la inserción social del adolescente quizás sea mejor derechamente optar por una libertad asistida que desarrollará un plan trabajo adecuado para el adolescente que, además, puede ser beneficioso para él desde la perspectiva de la satisfacción de ciertas necesidades y derechos.

En fin, la amonestación y la multa, ciertamente resultan más conveniente que la remisión condicional de la pena.

8. Análisis frente al beneficio de la reclusión nocturna de la Ley N° 18.216

La reclusión nocturna procede, entre otras condiciones, si la pena privativa o restrictiva de libertad que se imponga no excede de 3 años y si el adolescente no ha sido condenado por crimen o simple delito o lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no exceda de 2 años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite (Art. 8 de la Ley N° 18.216). También nos encontramos en los tramos indicados con los números 3, 4 y 5 LRPA.

En términos de gravedad de la intervención punitiva, parece ser que sólo la internación en régimen semicerrado es equiparable a la reclusión nocturna. Todas las otras penas aparecen como más favorables para el adolescente; incluso tomando en consideración los quebrantamientos que, a lo más, traen un consecuencia similar que el quebrantamiento de las condiciones de la reclusión nocturna (Art. 52 LRPA y Art. 11 de la Ley N°18.216).

Si bien, el quebrantamiento de la pena de internación en régimen semicerrado trae, en principio, consecuencias inmediatas un poco menos severas que el incumplimiento de las condiciones de la reclusión nocturna, parece que no es suficiente esta mínima diferencia para justificar una actividad defensiva que inste por la imposición de una internación en régimen semicerrado frente a una sentencia que conceda el beneficio de la reclusión nocturna. Si se va a hacer un esfuerzo por lograr la aplicación de la Ley N° 20.084, lo lógico sería instar por la imposición de aquellas sanciones claramente más provechosas y distintivas. Obviamente si las características del caso y/o del adolescente permiten prever que no hay otra posibilidad, la balanza se inclina por la sanción de internación en régimen semicerrado, pero teniendo en cuenta lo ya expresado respecto de la conveniencia que el centro de internación en régimen semicerrado exista efectivamente en la región.

9. Análisis frente al beneficio de la libertad vigilada de la Ley N° 18.216

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 15 de la Ley N°18.216, la libertad vigilada puede decretarse si la pena privativa o restrictiva de libertad que se imponga es superior a dos años y no excede de cinco, si el adolescente no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y, si hay informes favorables en los términos señalados en la letra c) del aludido 15. Se trata de

casos cubiertos, total o parcialmente, por los tramos 2 y 3 del Art. 23 de la Ley N° 20.084.

Parece evidente que este beneficio es más favorable para un adolescente que ser condenado a internación en régimen cerrado o semicerrado, independiente de las normas relativas al quebrantamiento. Por el contrario, por la intensidad de la intervención punitiva y las consecuencias del incumplimiento, los servicios en beneficio de la comunidad son claramente más convenientes para el adolescente que el beneficio de la libertad vigilada.

Lo que resta dilucidar dice relación con la libertad asistida y con la libertad asistida especial, puesto que parecen ser de similar intensidad aunque existen diferencias prácticas y de enfoque que pueden ser relevantes. Nos parece, en principio, que de todas maneras es conveniente instar por la libertad asistida en cualquiera de sus formas frente a la libertad vigilada, pues esta última es una medida alternativa a la privación de libertad, pero pensada y diseñada para los adultos, lo que puede explicar en parte por qué hay muchos informes presentenciales que no recomiendan el beneficio a los adolescentes imputados. La libertad asistida en cambio, está concebida para trabajar con adolescentes y los equipos de profesionales de estos programas tienen, en general una interesante experiencia al respecto. Lo anterior permite, incluso, argumentar en contra de los informes presentenciales negativos, en el sentido de que ellos, que pueden ser atingentes para la libertad vigilada de adultos, no lo son para la libertad asistida en cualquiera de sus formas.

En relación a lo anterior, resulta interesante el siguiente considerando del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valdivia que, si bien deniega la aplicación de la libertad asistida, sí concede la libertad vigilada rechazando el contenido del informe presentencial por haberse practicado con criterios "adultistas": *"En la especie tal informe concluye que el menor no es recomendado para otorgarle tal beneficio. Sin embargo, las observaciones formuladas son consideradas, por la mayoría del Tribunal, como insuficientes para privarlo de este sistema de cumplimiento de pena, pues dicen relación con situaciones o condiciones que no han podido ser controladas por el menor como son las carencias económicas y afectivas (disfuncionalidad familiar, extrema pobreza), que derivan en un deficiente desarrollo emocional y social. Al efecto cabe tener presente que conforme los cánones que se han tenido a la vista tal informe se ha desarrollado teniendo en consideración la evaluación de un adulto, sin que conste que se hayan contemplado las diversas circunstancias particulares de los niños o adolescentes"*⁴⁰.

⁴⁰ Sentencia en Caso contra P.F.S.B., RIT N° 46-2006, TOP Valdivia, 10 de julio de 2006.

Además, hay que considerar las consecuencias del quebrantamiento, que en el caso de la libertad asistida a lo más da lugar a la internación en régimen semicerrado (Art. 52 N° 4 y 5 LRPA), mientras que el incumplimiento de las condiciones de la libertad vigilada implica el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna (Art. 19 Ley N° 18.216).

10. Antecedentes relativos a condenas de adolescentes

Un elemento relevante a considerar respecto de todas las hipótesis analizadas anteriormente, dice relación con las consecuencias que en materia de registro de antecedentes se generan para los adolescentes, dependiendo de si la condena es impuesta conforme a la Ley N° 20.084 o si es impuesta de acuerdo a la normativa de adultos.

El Art. 59 de la LRPA, modifica el Decreto Ley N° 645 de 1925, que crea el Registro Nacional de Condena, agregando el siguiente inciso final a su Art. 2: *“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”.*

Lo anterior implica que los antecedentes originados en las condenas que se impongan en virtud la Ley N° 20.084 son menos perjudiciales para los adolescentes, que aquellos que se originan en condenas impuestas conforme a la ley de adultos, pues su influencia está reducida sólo a ciertos ámbitos. En efecto, sólo pueden ser consignados en los certificados necesarios para ingresar a las instituciones indicadas y en los datos que el Servicio de Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, para comprobar la reincidencia de los imputados⁴¹.

⁴¹ Un problema a dilucidar consiste en determinar si las condenas registradas como adolescentes se consideran o no para los efectos de la reincidencia de adultos. Sólo insinuaremos un argumento que beneficie a los adolescentes: Se puede sostener que las condenas que como adolescente tuvo una persona no deberían ser consideradas para configurar su reincidencia como adulto, ya que se trata de un sistema de responsabilidad penal especial, diferenciado, y que el objetivo del Art. 2 inciso final del DL 645 es referirse a los antecedentes que se pueden solicitar en un proceso penal juvenil, para computar la reincidencia en procesos tramitados bajo esa normativa especial, pero no para influir en la responsabilidad en procesos penales de adultos. De hecho, el Art. 10 N° 2 del CP exime de responsabilidad penal al menor de 18 años, en consecuencia, las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes y las condenas impuestas consecuencialmente, no son propiamente “delitos” y “condenas” de la ley penal de adultos, por lo que no habilitan para configurar las circunstancias 14, 15 y 16 del Art. 12 CP.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como ya se ha indicado, la jurisprudencia existente en la materia que nos convoca no ha sido uniforme. De hecho, los fallos que ha habido de Cortes de Apelaciones se han planteado derechamente por la no aplicación de la Ley N° 20.084. Nos parece, entonces, que hay que hacerse cargo, de una manera estratégica, de los motivos que las Cortes han tenido para rechazar la aplicación “anticipada” de la LRPA.

En realidad, la jurisprudencia contraria a la aplicación de la Ley N° 20.084, en general no lo ha sido por cuestionar la opinión dominante consistente en que para aplicar la ley penal más favorable sólo basta su promulgación, salvo los ya mencionados fallos de la Corte de Apelaciones de Chillán⁴² y del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Osorno⁴³, que dan a entender que se requiere su vigencia para su aplicación. El principal argumento para la no aplicación de la Ley N° 20.084, lo podemos sintetizar de la siguiente manera: la inexistencia de los programas especializados para adolescentes y consecuentemente la imposibilidad de aplicar la Ley N° 20.084. Así lo demuestran los siguientes pasajes de los fallos aludidos:

“... frente a la imposibilidad de concretar la sanción en la forma prescrita por la nueva ley, y, por ende, prescindir desde un comienzo con el objetivo legislativo, creemos que bajo tal circunstancia no puede concluirse en el carácter más favorable de la ley posterior”⁴⁴.

“...el Art. 42 de la ley n° 20.084 entrega al SENAME la administración de las medidas no privativas de libertad, quien deberá asegurar la existencia en las distintas regiones del país los programas necesarios para la ejecución y control de las medidas a que se refiere la presente ley, las que serán ejecutadas por los colaboradores acreditados que hayan celebrado los convenios respectivos con dicha institución, lo que aún no se encuentra implementado”⁴⁵.

“Cabe hacer presente además, que actualmente se carece de programas dirigidos a la rehabilitación y tratamientos de los menores juveniles o adolescentes infractores de Ley, que material ni físicamente existe una dotación de infraestructura para tal efecto. Y, además tampoco

⁴² Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, Ingreso 65-2006, Corte de Apelaciones de Chillán, 22 de junio de 2006.

⁴³ Sentencia en Caso contra H.R.P.Ñ., RIT N° 5-2006, TOP Osorno, 24 de marzo de 2006.

⁴⁴ Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, Ingreso N° 880-2005, Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de enero de 2006, considerando N° 10.

⁴⁵ Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público, Ingreso 88-2006, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de marzo de 2006, considerando N° 9.

*se ha dictado un reglamento al efecto, entre otras medidas que deben culminarse*⁴⁶.

En relación con este argumento, ya hemos hecho algunas consideraciones al respecto. Principalmente nos parece que resulta estratégicamente adecuado, solicitar la aplicación de aquellas penas de la Ley N° 20.084 ya existentes en la respectiva región o ciudad en que se desarrolla el juicio, procurando acreditar dicha existencia, su experiencia y las Orientaciones Técnicas respectivas del SENAME. Sin embargo, también nos parece que no puede exigirse al órgano ejecutor el cumplimiento de los estándares de intervención propios de la LRPA. La ejecución de las sanciones juveniles impuestas por considerarse como manifestación de una ley penal más favorable, debiera ajustarse a las actuales condiciones que puede proveer el sistema que, sin ser todas las previstas y garantizadas por la LRPA, de todas maneras serán –generalmente– más favorables y más propicias para la integración social del adolescente que las condiciones presentes en el sistema penal de adultos.

Asimismo, es importante tener en cuenta que la Ley N° 20.084, no es “todo lo buena” que quisiéramos, pues tiene algunos elementos que la acercan bastante a un sistema penal atenuado y, a la vez, disposiciones que permitirían construir una interpretación y aplicación más cercana a un sistema penal juvenil adecuado a la CDN. Esto obliga a examinar cada caso de manera muy rigurosa, pues no siempre la LRPA será más favorable para el adolescente imputado o condenado.

Por último, la Corte de Apelaciones de Valparaíso⁴⁷, se pronunció respecto de uno de los temas que ya se avizoran como polémicos en la interpretación y aplicación de la LRPA, que podemos identificar como la eventual derogación tácita del Art. 450 del Código Penal en la determinación de la pena para un adolescente, de acuerdo a las normas de la Ley N° 20.084. Se trata de algo ciertamente no pacífico, lo que se demuestra con el hecho de que la Corte rechazó esta “derogación tácita”, pero en fallo dividido. Este trabajo no se ha extendido respecto de este tema, pero ciertamente se trata de algo muy relevante que requerirá de posteriores estudios.

⁴⁶ Sentencia en Caso contra P.F.S.B., RIT N° 46-2006, TOP Valdivia, 10 de julio de 2006.

⁴⁷ Fallo del Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa, Ingreso 164-2006, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de marzo de 2006.