Revista de Derecho Vol. XXV - N° 1 - Julio 2012 Páginas 149-173

Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva*

*Jaime Couso Salas***

Resumen

El derecho penal de adolescentes, conforme a los principios que lo inspiran, exige un juzgamiento diferenciado, atento a las particularidades de los adolescentes y de sus formas de interacción. El derecho comparado da cuenta del desarrollo de diversos estándares de juzgamiento diferenciado, en materia de derecho penal sustantivo, que dan cumplimiento a esos principios. Si bien la doctrina chilena cada vez se interesa más por el desarrollo de ese tipo de estándares, la práctica judicial chilena parece agotar el juzgamiento diferenciado en el campo de las sanciones y su forma de determinación. Con todo, algunas evidencias, más bien aisladas, dan cuenta de que los tribunales también aprecian las diferencias en ciertos delitos cometidos por adolescentes, que, a veces, valoran a propósito de la determinación de la "gravedad del ilícito", en sede de determinación de sanciones.

Derecho penal de adolescentes – ley de responsabilidad penal de adolescentes chilena – juzgamiento diferenciado

Juveniles under criminal law in Chile. Substantive criminal law standards for a differentiated adjudication and disposition

Abstract

Considering the principles underlying it, juvenile criminal law requires that judicial reasoning takes into account juvenile's special features and forms of interaction. Several substantive criminal law standards for a differentiated adjudication and disposition, based on those principles, can be found in the field of comparative law. Even though Chilean legal scholars are increasingly interested in developing these standards, judicial reasoning seems to accept only those referred to disposition. However, some isolated evidences show that courts, while deciding the "seriousness of the crime" in the phase of disposition, take into account some differences in the crimes committed by juveniles, with adjudication-like reasons.

Juvenile criminal law – chilean juvenile criminal responsibility act – differentiated adjudication and disposition

* Este trabajo fue preparado en el marco del proyecto Fondecyt N° 1080644. "*El Principio de Especialidad en el Derecho Penal y Procesal Penal de Adolescentes. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*", cuyo Investigador Responsable es el autor (coinvestigador: Mauricio Duce). El autor agradece especialmente la valiosa asistencia de la Ayudante de Investigación Andrea Collell, en la observación y análisis de las audiencias y en la recopilación y clasificación de las decisiones judiciales consideradas. También agradece a la Ayudante del Departamento de Derecho Penal y Procesal penal María Fernanda Aguilera, por la revisión editorial de un primer borrador de este trabajo.

** Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Titular, Universidad Diego Portales, República 105, Santiago de Chile. (jaime.couso@mail.udp.cl).

Artículo recibido el 30 de marzo de 2012 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 31 de mayo de 2012.

I. Introducción

La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (Ley N° 20.084, en adelante, LRPA), según el Mensaje con que el Presidente de la República envió el Proyecto de Ley al Congreso ("el Mensaje"), se basa en una "responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo", que fundamenta el establecimiento de "un sistema de justicia especializado en todas las fases del procedimiento, y durante el control de ejecución de la sanción"; esa definición, según el propio Mensaje, responde a "los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República (CPR), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile"[1].

De tales principios y directrices se desprenden, tanto exigencias de una aplicación igualitaria de ciertas garantías penales (por ej., el principio de legalidad de los delitos) y procesales (por ej., el principio de presunción de inocencia), de las que hasta hace pocos años sólo los mayores de edad podían disfrutar, como una serie de estándares diferenciados de juzgamiento de los adolescentes, más favorables que los que se aplican a los mayores de edad, referidos, también, al Derecho penal sustantivo y al Derecho procesal penal, que constituyen el "principio de especialidad" en el Derecho penal y procesal penal de adolescentes[2].

De hecho, en aplicación de este principio –como lo pone en evidencia su Mensaje– la LRPA expresamente estableció algunas reglas especiales, en relación con el tipo de sanciones aplicables, su forma de cumplimiento y de control de su ejecución, así como (en menor medida) en relación con el procedimiento penal y las reglas de determinación de la sanción (campo en el cual algunos de los principios aplicables sólo quedaron esbozados, sin definirse estándares claros; por ej., el estándar del tratamiento punitivo privilegiado o de la excepcionalidad de la privación de libertad). En lo que atañe a los presupuestos de la responsabilidad penal de adolescentes, esto es, los elementos que determinan la existencia de un injusto penal y la responsabilidad (culpabilidad) del autor, prácticamente no hay reglas especiales (salvo la del Art. 4° de la LRPA, en relación con los delitos sexuales impropios, y las que se refieren a las faltas).

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 CDN), sea como resultado de una interpretación sistemática de la LRPA, a partir de las reglas especiales que expresamente contempla, se deben entender también vigentes para nuestro derecho. Para identificar más específicamente el contenido de esos estándares, es especialmente útil atender a su desarrollo en

[1] Historia de la Ley N° 20.084 (disponible en http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf [visitada el 14 de marzo de 2012]), pp. 11, 5.

[2] V., para una primera aproximación global a las implicancias del principio de especialidad, para la legislación chilena, Couso, J., "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena", en *Justicia y Derechos del Niño - Unicef*, 10, 2008, p. 97.

el derecho comparado, sobre todo de las legislaciones que mayor influencia han tenido en nuestro derecho.

La sistematización de esos estándares de juzgamiento diferenciados ya ha sido abordada, en buena medida, por la doctrina[3]. También se ha examinado en qué medida

[3] V., por todos, sobre los principales estándares de juzgamiento diferenciado de los adolescentes en materia procesal penal, Duce, M., "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil", en *Ius et Praxis*, vol. 15, n° 1, 2009, pp. 73-120; y Duce, M., y Couso, J., "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado" (artículo recepcionado en *Política Criminal*, en evaluación); y sobre los principales estándares de juzgamiento diferenciado de los adolescentes en materia de Derecho penal sustantivo, Couso, J., "La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo" (artículo recepcionado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, en evaluación). Una perspectiva relativamente amplia del problema, por lo menos en relación con los presupuestos de la punibilidad, ya se aprecia en Hernández, H., "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 85-110 (previamente publicado en *Rev. de derecho (Valdivia)*, vol. 20, n. 2, 2007, pp. 195-217); v., también, para una visión panorámica sobre diversos estándares de juzgamiento diferenciados, penales y procesal-penales, si bien todavía en términos muy generales, Couso, *Notas*, *ob. cit.* Fuera de esos trabajos, que intentan una sistematización más global de los estándares de juzgamiento diferenciado, puede consultarse una serie de artículos temáticos (especialmente los contenidos en los dos volúmenes de *Estudios de derecho penal juvenil* editados por la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública; v., *infra*, en esta misma nota). La mayor parte de estos trabajos temáticos se concentra en el campo de la determinación de penas; véase, por ejemplo Horvitz, M. I., "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Año 2006; Cillero, M., "Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 137-171; Couso, J., "Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el Art. 26 de la ley de responsabilidad penal del adolescente" en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 173-229; Medina, G., "Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente" en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 231-265; Maldonado, F., "Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084", en AAVV, *Estudios de Derecho Penal Juvenil II*, Vol. 2, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011, pp. 169-237. Un trabajo específico aborda las reglas de prescripción especiales establecidas para los adolescentes: Hernández, H., "La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil II*, Vol. 2, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011, pp. 155-167; otro, ofrece una especial consideración de la agravante de "pluralidad de malhechores", desde la perspectiva de los adolescentes: 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", AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 111-135 (también publicado en *Polít. crim.* N° 4, D.1, 2007, pp. 1-24 [disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf]); otra más, en fin, examina la modificación de la competencia de los tribunales respecto de causas por delitos militares cometidos por adolescentes: Berríos, G., Díaz, A. y Gómez, A., "Justicia militar y adolescentes: un nuevo escenario tras la vigencia de la Ley 20.084", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009, pp. 267-275. Varios otros trabajos se interesan en la política criminal de adolescentes, y si bien extraen algunas consecuencias dogmáticas, no es ése su objetivo, por lo que no se encuentra en ellos una exposición sistemática de criterios y estándares de aplicación especial de las normas penales, que podría derivarse de los objetivos de política criminal de adolescentes: v., por ejemplo, Couso, J., "La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009; Couso, J., "Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil", en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, N° 9, 2007; Valenzuela, J., "La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, Año 2009, pp. 235-261. Por su parte, el valioso balance que, sobre los primeros tres años de aplicación de la LRPA, recientemente ofrece Berríos, G., "La ley de responsabilidad penal del adolescente como

los estándares de juzgamiento diferenciado, en materia procesal penal, han encontrado aplicación efectiva en los primeros años de vigencia de la LRPA[4]. Este trabajo, por su parte, se propone examinar, de manera exploratoria, algunas evidencias disponibles sobre la aplicación efectiva de los estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva –o sobre su falta de aplicación–, por parte de los tribunales chilenos, en los primeros dos años de vigencia de la LRPA, dando cuenta, además, sin pretensiones de exhaustividad, de la recepción que ellos han encontrado en la doctrina nacional. Para ello, fuera de consultar la literatura especializada en el tema, a nivel nacional, se ha analizado la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia[5] y de algunos tribunales de juicio oral en lo penal[6], desde la entrada en vigencia del nuevo sistema hasta el año 2009, y se efectuó una observación de audiencias en juzgados de garantía de la ciudad de Santiago[7]. La información se organiza agrupando los *estándares de juzgamiento diferenciado* en torno a los *principios básicos* de derecho internacional desde los cuales han sido derivados en un trabajo anterior sobre la materia[8].

sistema de justicia: análisis y propuestas", en *Polít. crim.*, Vol. 6, N° 11, 2011, pp. 163-191, examina críticamente el nivel de coherencia del funcionamiento práctico del sistema de justicia penal juvenil con los principios que se supone lo definen como un sistema especial de responsabilidad penal de adolescentes, pero su acento no está en el examen de la interpretación y aplicación judicial de criterios y estándares especiales, sino en el resultado agregado que la práctica judicial y del Ministerio Público producen, en buena medida contraria a algunos de esos principios. En materia de revisión y modificación de sanciones, v. también, recientemente, Estrada, F. J., "La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno", en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 (2011) N° 2, pp. 54-572; y Couso, J., "Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil II*, Vol. 2, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011, pp. 269-355.

[4] Duce, M., "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno", en *Polít. crim*. Vol. 5, N° 10 (diciembre de 2010), pp. 280-340.

[5] La búsqueda y selección de jurisprudencia se hizo a partir de las bases de datos de Legal Publishing y Microjuris entre los meses de agosto y septiembre de 2009, empleando palabras claves relacionadas con la legislación penal de adolescentes, tanto en materias penales sustantivas como procesal penales. Con este método se tuvo acceso a 68 sentencias de Cortes de Apelaciones y 17 sentencias de la Corte Suprema. Dicha búsqueda fue complementada durante el año 2010 con la revisión de publicaciones periódicas especializadas y con algunas otras decisiones remitidas por operadores del sistema de justicia penal de adolescentes, en atención a su aparente interés, desde el punto de vista del principio de especialidad. El valor de esta información no pretende representar estadísticamente la actividad de los tribunales superiores de justicia, sino dar cuenta, de forma más cualitativa, de las tendencias que es posible apreciar en una muestra significativa de fallos y en unas cuantas decisiones seleccionadas y remitidas por informantes clave, por su pertinencia para el objetivo de la investigación en la que se enmarca este artículo.

[6] En este caso se consideró, sobre todo, la selección de fallos ofrecida por Collell, A., "El principio de especialidad en la determinación de la pena juvenil y su aplicación jurisprudencial", Trabajo Final de Titulación presentado para obtener el Grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, inédito, 2011.

[7] Las audiencias fueron observadas durante el mes de enero de 2009 en el Centro de Justicia de Santiago, conformando una muestra relevante de 181 audiencias de control de detención y 29 audiencias programadas. En cada audiencia se tomaron notas en una pauta de recolección de información preparada al efecto, información que luego fue contrastada y completada mediante la escucha directa de los audios de las mismas audiencias. Las audiencias de control de la detención corresponden a todos los Juzgados de Garantía del Centro de Justicia y las audiencias programadas exclusivamente el 13° Juzgado que concentraba en esa época el conocimiento de las materias de la LRPA. Tanto las pautas de recopilación de información como los audios se encuentran a disposición de los investigadores del proyecto.

[8] Couso, J. "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 21 y ss.

II. Aplicación de los estándares de juzgamiento especializado en Chile

1. *Principio de responsabilidad penal especial*

De la exigencia, formulada por el Art. 40.1 de la CDN, de una especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos se deriva el principio de la responsabilidad penal especial del adolescente que, en el campo de la determinación y valoración del injusto penal, y la culpabilidad del adolescente por tal injusto, se traduce en la exigencia de que dicha valoración tenga en cuenta las peculiaridades de la situación del adolescente, en particular las evidencias aportadas por la psicología del desarrollo acerca de su menor capacidad de razonamiento, de juicio y de autocontrol en situaciones potencialmente conflictivas, así como las evidencias aportadas por la criminología acerca de la normalidad, el carácter episódico y la remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes[9].

A nivel del derecho comparado, de este principio *de responsabilidad penal especial*, se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado:

a) Juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal

Este estándar exige tener en cuenta determinadas particularidades del comportamiento delictivo de los adolescentes que pueden hacer disminuir o desaparecer la específica lesividad social del hecho. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, cuando la presencia de ciertas "intenciones específica y típicamente adolescentes", como la intención de experimentación y prueba, o la de rivalizar con otros grupos de pares a los que se despoja violentamente de un objeto, lleva a descartar los elementos subjetivos (como la "intención de apropiarse" de la cosa) requeridos por el tipo penal de que se trate (robo con violencia o intimidación); o cuando determinados conceptos necesitados de complemento valorativo (como "*maliciosamente*" o "*impúdico*"), así como la exigencia (propia de los delitos sexuales impropios) de una *relación abusiva*, son interpretados de manera diferenciada por tratarse de conductas protagonizadas por adolescentes[10, 11].

---

[9] Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 18-19, 5 y ss.

[10] V. Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, p. 23, con referencias a la doctrina (sobre todo: Eisenberg, U., "Jugendgerichtsgesetz", 11ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2006, § 1 número marginal 24a; Albrecht, Peter-Alexis, "Jugendstrafrecht", 3ª edición, Verlag C.H. Beck, Múnich, 2000, p. 92) y jurisprudencia alemanas, incluso del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH).

[11] Con menor desarrollo doctrinario o jurisprudencial, en España se ha argumentado la falta de correspondencia entre algunos elementos determinantes del injusto en la legislación penal común (como las atenuantes o agravantes referidas al injusto), y su verdadera significación en un comportamiento propio de un adolescente; v. Lacruz López, J. M., "Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad", en Vásquez González, C. y Serrano Tárraga, M. D. (Coordinadores), *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004)*, Dyckinson, Madrid 2005, p. 242. En Costa Rica, por su parte, la exigencia

En el caso de Chile, la doctrina también ha reconocido que ciertas características típicamente presentes en el comportamiento de los adolescentes, o en sus relaciones con la víctima, pueden disminuir o hacer desaparecer la lesividad social de determinadas conductas, en su caso, volviéndolas atípicas.

Así lo sostiene, por ejemplo, Hernández, en relación con los tipos penales que suponen la existencia de una relación abusiva entre el autor y una víctima menor de edad, como los delitos sexuales impropios o el delito de inducción a un menor a abandonar el hogar, relación que justamente no es imaginable entre adolescentes de similar edad o entre un adolescente y un niño con escasa diferencia de edad, de manera que, en estos casos, sancionar al adolescente no realizaría el fin de protección que se colige del sistema de la ley, así que es necesaria una "reducción teleológica del tenor literal de los tipos penales"[12].

Otro caso reconocido por alguna doctrina nacional es el de comportamientos típicamente adolescentes que exteriormente se corresponden con determinado tipo penal (como la sustracción violenta de especies de otro adolescente, lesiones o amenazas), pero en los que está ausente un elemento subjetivo del tipo relevante (como el "ánimo apropiatorio")[13], o que "ostentan tal grado de difusión y relativa aceptación que permita verlas como conductas normales y sin connotación delictiva [...,] de la mano de la vieja doctrina de la *adecuación social*"[14].

En algún planteamiento sobre cuestiones más específicas, la agravante de "pluralidad de malhechores", del Art. 456 *bis*, n° 3°, del CP, ha sido considerada de tal manera *inherente* al comportamiento de los adolescentes, quienes normalmente viven y se desenvuelven en grupos de pares, que –en aplicación del Art. 63, inc. 2°, del CP– no correspondería tenerla en cuenta para agravar su responsabilidad penal[15].

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en cambio, ha sido extremadamente parca a la hora de reconocer la relevancia de la situación del adolescente para una valoración diferenciada de la significación de su conducta, en sede de tipicidad y antijuridicidad. Cuando estos tribunales se han referido a la especialidad de la nueva ley, suelen poner el acento en su sistema de sanciones diferenciadas, enfatizando que en lo relativo al catálogo de delitos, a las reglas sobre los grados de desarrollo del delito

legal de que se compruebe que la conducta del adolescente "daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado", se ha entendido como una llamada de atención normativa formulada por el legislador para que el juzgador ponga especial cuidado al afirmar la realización típica; v. Issa El Khoury, H., "El derecho sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense", en González, M. y Tiffer, C. (coordinadores), *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica*, Unicef, San José, Costa Rica, 2000, p. 190.

[12] Hernández, H., "El nuevo derecho…", pp. 92 y ss. Sobre la falta de lesividad social de las acciones típicas de delitos sexuales impropios, en casos de contacto sexual entre adolescentes y preadolescentes, aun si su diferencia de edad es mayor a la que considera el Art. 4° de la LRPA, v. también Couso, J., "La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal", en Alegre, M. (Editor), *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2009*, Libraria, Buenos Aires, 2010, pp. 233-265.

[13] Couso, J., Notas…", *ob. cit.*, p. 106.

[14] Hernández, H., "El nuevo derecho…", p. 96.

[15] Carnevali, R. y Källman, E., "La importancia de los grupos", *ob. cit.*, pp. 128 y ss.

y sobre autoría y participación, se aplican las disposiciones que rigen para los adultos, declaración que, si bien en sí misma nada dice sobre la posible relevancia de la especial situación del adolescente a la hora de juzgar la significación –en sede de injusto penal– de sus comportamientos, revela una cierta actitud distante respecto de este estándar de juzgamiento diferenciado[16].

Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones es posible apreciar que, intuitivamente, los tribunales reconocen la menor significación que ciertos hechos adquieren cuando son cometidos en contextos típicamente adolescentes, sin extraer de ello conclusiones para la calificación del injusto penal típico cometido, pero sí para la determinación de la pena. En alguna medida, esta forma de hacerse cargo de la menor gravedad que ostentan ciertos delitos cometidos por adolescentes viene ofrecida por la propia LRPA, cuando, en el Art. 24, literal a), establece que la determinación de la naturaleza de la sanción debe tener en cuenta la "gravedad del ilícito de que se trate". Esta referencia debe entenderse hecha también para valorar la específica gravedad del injusto penal culpable cometido, y no solamente la gravedad abstracta asociada a la figura típica realizada, que en alguna medida ya viene considerada por la aplicación de las reglas de determinación del CP, que incidieron en la fijación del tramo (del Art. 23 de la LRPA), dentro del cual debe el tribunal escoger la sanción. Por ello, en realidad, los tribunales que identifican en los hechos características propias de una infracción de adolescentes, que disminuyen su gravedad, parecen encontrar en esta referencia expresa del Art. 24 un espacio más seguro o más "cómodo" (que el de la calificación del injusto típico) para hacerse cargo de esa menor significación del delito, considerando simultáneamente, y sin mención precisa de las diversas categorías del delito, algunos aspectos que pueden entenderse referidos al injusto típico junto a otros que afectan a la culpabilidad (v. *infra*, la decisión citada en las "Conclusiones"). Pero incluso esa opción ofrecida por la LRPA parece estar muy subutilizada, pues los tribunales parecen aplicar el criterio de la "gravedad del ilícito" de forma mecánica, sin tener en cuenta materialmente la especial significación de ciertas infracciones penales cometidas por adolescentes[17].

Por su parte, del examen de las audiencias seguidas ante tribunales de garantía aparecen algunos otros indicios de un juzgamiento diferenciado, por ejemplo, frente a la imputación de robos con intimidación, en contextos en que la adolescencia del autor parece ser una razón tenida en cuenta por el tribunal para valorar el hecho de forma relativamente distinta. Así parece apreciarse en el llamado a recalificar el delito, formulado por un juez de garantía, cuando la intimidación no parece tener la entidad

[16] V., entre otras, la sentencia de la Corte Suprema, de 21 de agosto de 2007 (Rol N° 3.498-2007, N° Legal Publishing: 36933, recurso de nulidad), y la sentencia de la Corte Apelaciones de Concepción, de 5 de diciembre de 2008 (Rol N° 757-2008, recurso de apelación).

[17] Así lo concluye Collell, en un reciente estudio sobre la aplicación del principio de especialidad por parte de los tribunales de juicio oral de Santiago y Valparaíso, acusando que no se aprecia la aplicación de criterios diferenciados para juzgar el injusto y la culpabilidad, de modo que los tribunales en la práctica operan como si se tratase de un mayor de edad, aplicando sólo la rebaja de pena impuesta por la LRPA y las sanciones propias que ella establece; v. Collell A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, pp. 29 y ss.

requerida por aquel tipo penal, teniendo en cuenta la débil contextura de los imputados (comparada con la de una de las víctimas), el medio empleado (un palo de escoba) y otras circunstancias concurrentes (presencia de más personas)[18]. Una situación semejante se da cuando, frente a las dudas manifestadas por el juez, el fiscal admite que se trata de una situación límite y recalifica el hecho –que había formalizado bajo un título de robo con intimidación– como robo con fuerza en bienes nacionales de uso público y amenaza, respecto de un adolescente sorprendido tras haberse apoderado ya de las especies, que a continuación, con un cuchillo en la mano, había exigido al ofendido que lo deje escapar tranquilo[19].

En cualquier caso, esos y otros indicios de un juzgamiento diferenciado del injusto penal por parte de los tribunales son claramente escasos; prácticamente, casos aislados. Una explicación parcial de esa escasez podría encontrarse en que algunos de los casos en que las características "típicamente adolescentes" de un hecho hacen dudar de su verdadera significación jurídico penal, ya quedan "filtrados" a nivel de la fiscalía, mediante la aplicación del principio de oportunidad. La doctrina especializada en Costa Rica ha destacado que esta valoración diferenciada del injusto penal tiene lugar más bien por la vía de la desestimación del caso a través del principio de oportunidad o de una resolución alternativa del conflicto, ambas de utilización más extendida respecto de los adolescentes que de los adultos[20]. También en la doctrina chilena, Bustos sostuvo que las particularidades en materia de tipicidad y antijuridicidad de los delitos cometidos por adolescentes (cuando sea discutible la afectación del bien jurídico, o cuando el adolescente actúa a modo de prueba de las normas, cometiendo delitos de poca monta), deben ser consideradas especialmente para decidir la aplicación del principio de oportunidad[21]; y, como se sabe, la existencia de una cláusula legal especial (el Art. 35 de la LRPA), que ofrece un espacio significativamente mayor para la aplicación del principio de oportunidad, en comparación con el que existe para imputados mayores de edad, permite a los fiscales desestimar causas relativamente más graves, en caso de infracciones "típicamente adolescentes" cuya significación social real esté lejos de las generalizaciones que las diversas conminaciones penales realizan. De hecho, las estadísticas de los tres primeros años de aplicación de la LRPA dan cuenta de que el principio de oportunidad se usa de manera claramente más frecuente respecto de imputados adolescentes que respecto de los mayores de edad[22]. Sin embargo, esta hipótesis requiere de mayor

[18] Audiencia de fecha 6 de enero de 2009, en causa RIT N° 143-2009, del 7° Juzgado de Garantía de Santiago. El hecho termina siendo calificado como un robo por sorpresa, por el que se impone a los condenados una sanción de 30 horas de servicios en beneficio de la comunidad.

[19] Audiencia de fecha 6 de enero de 2009, en causa RIT N° 126-2009, del 7° Juzgado de Garantía de Santiago. Gracias a la recalificación el tribunal termina sancionando con una amonestación y aplica la suspensión de la imposición de la condena, del Art. 41 de la LRPA.

[20] Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, p. 24.

[21] Bustos, J., *Derecho Penal del Niño - Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007, p. 34.

[22] V., en ese sentido, Duce, M., "El Derecho (…) en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno", *ob. cit.*, p. 330; y Berríos, G., "La ley de responsabilidad…", *ob. cit.*, p. 177, si bien advirtiendo sobre una preocupante tendencia a la baja en el empleo de las salidas alternativas, en general.

examen, pues no puede descartarse que la mayor frecuencia en el empleo del principio de oportunidad, con adolescentes, se deba a razones completamente distintas de las que sugiere la hipótesis propuesta[23].

b) Culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado

De forma concordante con las evidencias empíricas acerca de las menores capacidades cognitivas, de juicio y autocontrol de los adolescentes la afirmación de una culpabilidad disminuida de los adolescentes es ampliamente aceptada en el derecho comparado, y se expresa, sobre todo, en una limitación especial de la severidad o cuantía máxima que pueden alcanzar las penas impuestas a adolescentes[24].

Más allá de estos límites a la severidad máxima que pueden alcanzar las penas de adolescentes, el estándar debiera traducirse en una exigencia general de dar un tratamiento punitivo privilegiado de los adolescentes frente a los adultos. El derecho comparado, sin embargo, no es categórico en esa exigencia, de modo que para delitos leves las sanciones de adolescentes, en la práctica, podrían ser de igual severidad que las de los adultos. A cambio de ello, y ante el peligro de que el adolescente, en el mismo campo de la criminalidad leve, pudiera sufrir incluso un tratamiento penal más severo que el del adulto, algunas legislaciones o jurisdicciones sí han formulado con mayor claridad la prohibición de imponerles un tratamiento punitivo más severo que al adulto[25]. Es interesante constatar que cuando esta prohibición es el resultado del reconocimiento del principio que prohíbe imponer al adolescente (ni siquiera por supuestas necesidades educativas o de inserción social) una pena se supere la medida de la culpabilidad por el hecho, entonces, indirectamente, también se están sentando las bases para asegurar al adolescente un tratamiento privilegiado, si se tiene en cuenta, además, el principio de la culpabilidad disminuida de los adolescentes; con todo, la exigencia de un tratamiento penal privilegiado también se ha derivado, a veces, del primado de los fines de prevención especial positiva respecto de adolescentes.

---

[23] En efecto, como advierte el estudio empírico exploratorio de Montero, A.M., "Consideración de los Fiscales acerca de la Incidencia de sus Decisiones en la Vida Futura del Adolescente al Optar por la Aplicación del Principio de Oportunidad", Trabajo de Seminario II, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, inédito, 2009, pp. 37-39, "por regla general el único antecedente personal que [los fiscales] tienen en cuenta al momento en que deben decidir "oportunizar" un caso, es el factor reincidencia [ingresos previos al sistema penal, registrado en el SAF] […] la decisión que toman los fiscales acerca de "oportunizar" un caso es más bien mecánica". Si bien no se trata de una indagación estadísticamente representativa, las entrevistas a fiscales hacen plausible las inferencias de la autora.

[24] Así, por ejemplo, en Alemania y España, la pena juvenil (privativa de libertad) no puede exceder de los 10 años de duración; mientras que en Costa Rica no puede exceder de los 15 años. En un contexto muy distinto, limitaciones fundadas en este mismo estándar han sido progresivamente acogidas por la Corte Suprema federal de los Estados Unidos, al declarar inconstitucional la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años de edad, en *Eddings v. Oklahoma* (1982), y también al declarar la inconstitucionalidad de la imposición de la prisión perpetua a los mismos sujetos, por delitos que no sean de homicidio, en *Roper v. Simmons* (2005); v. Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 26-27.

[25] Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 27 y ss.

En Chile, la culpabilidad disminuida de los adolescentes es admitida generalmente por la doctrina[26]. Una primera expresión de este estándar se encuentra en la existencia de marcos penales atenuados por disposición del propio legislador, que indudablemente garantizan un tratamiento privilegiado en todos los casos de delitos graves que, para un mayor de edad, implicarían presidio efectivo. Pero esos marcos atenuados no ofrecen igual garantía para los demás casos (aquéllos en que al adulto le son aplicables las medidas de la Ley N° 18.216). Más allá de ese privilegio punitivo expreso, eficaz respecto de los delitos graves, las exigencias de este estándar han sido examinadas a propósito de la regla que prohíbe imponer una sanción privativa de libertad al adolescente "si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza" (Art. 26, inc. 2°, de la LRPA).

La regla ha dado lugar a interpretaciones encontradas en doctrina y jurisprudencia. Alguna de ellas, sostenida en algunos fallos de Cortes de Apelaciones, solamente impide imponer una sanción privativa de libertad respecto de injustos típicos que, de haber sido cometidos por un adulto culpable, no habrían sido sancionados con presidio efectivo[27], es decir, realizan apenas el estándar de "prohibición de un tratamiento más severo". Otras interpretaciones, en cambio, pretenden que de esta regla se desprende, a favor del adolescente, un límite más estricto para el recurso a sanciones privativas de libertad, que el límite del que, potencialmente, los adultos disfrutan gracias a las medidas alternativas de la Ley N° 18.216, es decir, potencialmente realizan el estándar de "exigencia de un tratamiento privilegiado". En este caso, sin embargo, difiere la forma en que se hace operar la regla para producir este efecto, encontrándose una interpretación que sólo lo aplica en los casos en que, junto al adolescente, también se ha condenado a algún cointerviniente (en el mismo hecho) mayor de edad, con el efecto de que el primero no puede ser condenado a una sanción privativa de libertad si el segundo tampoco es condenado a presidio efectivo[28] (lo que, por una parte, reduce el ámbito de aplicación

[26] V., entre otros, Cillero, M., "Adolescentes y Sistema Penal: Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, 2000, pp. 102-138; Bustos, J., *Derecho*, *ob. cit.*, pp. 35 y ss. bajo el *topoi* de la exigibilidad diferenciada según lo que el Estado ha entregado a diversas categorías de sujetos y considerando, además, respecto de los adolescentes, que su exigibilidad debe tener en cuenta su desarrollo y sus especiales necesidades, a partir del principio del "interés superior del niño". V. también Hernández, H., "El nuevo derecho penal…", *ob. cit.*, p. 86, argumentando a favor de una responsabilidad especial, diferenciada, que da lugar a una respuesta penal más benigna y moderada, en atención al "evidente menor grado de desarrollo y madurez", y en aplicación de "una elemental y clásica noción de justicia e igualdad ante la ley"; Couso, J., "Límites…", *ob. cit.*, pp. 217 y ss.; Medina, G., "Sobre la determinación…", p. 252.

[27] Lo que a veces se entiende referido simplemente a injustos típicos que por su penalidad son susceptibles de ser objeto de una medida de la Ley N° 18.216 (sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 12 de septiembre de 2007, Rol N° 168-2007, apelación); y otras veces se entiende referido a injustos típicos que, siendo susceptibles de tal medida, han sido cometidos por un sujeto cuyas características de personalidad e historial previo, con seguridad, habrían sido objeto de un buen pronóstico en el informe presentencial y, por ello, de una de esas medidas (sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 3 de abril de 2008, Rol N° 65-2008, apelación).

[28] Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 16 de septiembre de 2008 (Rol N° 162.2008); también defiende esta interpretación, en la doctrina, Medina, G., "Sobre la determinación…", *ob. cit.*, p. 244.

del privilegio únicamente a los casos en que hay cointervinientes adultos, y por otro, potencialmente lo extiende –si bien de forma poco razonable– a casos en que, por un mismo hecho, las formas de intervención o, incluso, las circunstancias modificatorias son diversas)[29]; y otra interpretación que potencialmente extiende el efecto de la regla a un conjunto de casos en que un adolescente comete un delito que a un adulto lo llevaría inexorablemente a presidio efectivo, pero que, teniendo en cuenta la culpabilidad disminuida de los adolescentes (expresada en la rebaja de los marcos de penalidad dispuesta por el Art. 21 de la LRPA), deberían ser tratados como delitos posibles de sancionarse con una medida en el medio libre[30].

Por último, y fuera de la interpretación de la regla del Art. 26, inc. 2°, algún desarrollo doctrinario en materia de determinación de penas también se traduce en una exigencia de un tratamiento punitivo privilegiado, si bien con un fundamento que –sin abandonar las consideraciones de culpabilidad– se centra más en razones preventivo especial positivas; así ocurre con la exigencia de que los concursos de delitos en la LRPA sean, en todo caso (también en el del concurso real), objeto de una valoración unitaria, que permita asegurar que el resultado final (y no sólo cada una de las sanciones individualmente consideradas) también cumpla con las especiales finalidades, exigencias y límites de esa legislación especial[31].

c) Juzgamiento diferenciado de los elementos de la categoría culpabilidad

Fuera de la afirmación genérica de una culpabilidad disminuida de los adolescentes, en el derecho comparado también se han formulado exigencias de un juzgamiento diferenciado de los adolescentes en relación con los diversos elementos de la categoría sistemática de la culpabilidad. Ello se aprecia, por ejemplo, en la doctrina alemana y española (y en alguna jurisprudencia alemana), que demandan un juzgamiento diferenciado, atento a las particularidades de los adolescentes, a la hora de examinar alegaciones

[29] Por ejemplo, un adolescente autor de un homicidio calificado se vería beneficiado por el efecto de la regla si cuenta con un cómplice adulto con imputabilidad disminuida cuya penalidad ha sido rebajada en un grado, por aplicación del Art. 73 del CP, y que fue condenado a una pena a ser cumplida en el medio libre, a través de la libertad vigilada; pero no gozaría del efecto de la regla, por contradictorio que parezca, otro adolescente, cómplice (y no autor) de un homicidio calificado (podría ser sancionado a régimen cerrado, en el tramo segundo del Art. 23 de la LRPA), que no cuenta con cointervinientes adultos, sino sólo adolescentes. En fin, tampoco se vería beneficiado por la regla, un adolescente (co-)autor de un robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, cuyos cointervinientes sean adolescentes; pero sí se vería beneficiado por ella, en cambio, un adolescente (co-)autor de robo con violencia en las personas que cuenta con cómplices mayores de edad que accedan a la medida de libertad vigilada, por aplicación de la Ley N° 18.216.

[30] En ese sentido, Couso, J., "Límites…", pp. 217 y ss. V. también, con un efecto similar (si bien con otra fundamentación), la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de 1 de abril de 2008, RUC 0 700 525 438-8, RIT 67-2008.

[31] En tal sentido, y apartándose (con razón, me parece) de la forma en que las reglas sobre concurso real de delitos normalmente han sido entendidas (también por la doctrina) y aplicadas en la práctica judicial, Maldonado, F., "Determinación de la pena…", *ob. cit.*, pp. 182 y ss.

sobre la inimputabilidad del sujeto o la vencibilidad del error de prohibición[32], así como al examinar situaciones que, paradigmáticamente, afectan más grave y negativamente su capacidad de comportarse conforme a las exigencias del derecho[33].

Dado que la cuestión de si cabe un juzgamiento individualizado de la imputabilidad, en lo que atañe a su dependencia de la madurez del autor, está completamente fuera del debate en Chile[34], sólo tiene alguna relevancia examinar este estándar en relación con la inimputabilidad por patologías o anomalías psíquicas, los efectos del error de prohibición, y la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho.

En la doctrina chilena, fuera de las tempranas referencias de Bustos al problema (todavía muy generales)[35], un abordaje más comprensivo sólo se encuentra en un trabajo de Hernández, quien desarrolla, de forma incipiente (precisamente abogando porque se emprenda una ulterior revisión de la teoría del delito del Derecho penal de adolescentes), unas bases dogmáticas construidas desde el derecho chileno, para sostener la necesidad de un juzgamiento diferenciado en cada uno de los tradicionales "elementos" de la culpabilidad: así, la imputabilidad de los adolescentes podría quedar excluida por anomalías mentales de menor entidad, que, en el caso de un adulto, no la excluirían, por no alcanzar a ser consideradas casos de "enajenación mental" (razonamiento que tiene apoyo en la propia decisión legislativa de considerar relevantes ese tipo de anomalías de "menor entidad", para considerar a quien la padece como una víctima de un atentado sexual, sólo si se trata de un menor de edad, siendo que para los mayores de edad es necesario estar en presencia de una verdadera enajenación o trastorno mental); a su vez, la exigibilidad de un conocimiento de la antijuridicidad, respecto de los adolescentes también se juzgaría distinto, habida cuenta de su grado de desarrollo, que hace más frecuente la invencibilidad de ciertos errores de prohibición; y, por último, la exigibilidad de la conducta conforme a derecho, también podrá ser negada respecto de adolescentes en casos en que no lo sería para un adulto, considerando que la verosimilitud de una amenaza, capaz de provocar un miedo insuperable, está condicionada por la falta de madurez y de experiencia del adolescente expuesto a dicha amenaza, como, por lo demás es admitido en otro campo de la dogmática penal, a saber, el de la apreciación

[32] V. con detalles (y citando especialmente a Eisenberg, U., *Jugendgerichtsgesetz*, *ob. cit.*, § 3 números marginales 25, 32 así como alguna jurisprudencia del BGH), Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, p. 34.

[33] Cuestión que ha sido abordada por ejemplo, en España, por Cruz Márquez, B., *Educación y prevención general en el Derecho penal de Menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 77, identificando, dentro de los factores que típicamente disminuyen, o pueden llegar a excluir la exigibilidad de otra conducta, la influencia o presión de los grupos de pares (v., *infra*, el apartado siguiente), la participación de un familiar o adulto en el delito en el que el adolescente se ve envuelto, y la existencia de otras condiciones familiares y sociales especialmente desfavorables.

[34] V., en cambio, sobre la discusión en el derecho comparado, sobre todo en la doctrina (pero sin demasiadas consecuencias prácticas, salvo, tal vez, en Alemania), Couso, J., "La especialidad…", pp. 31-32.

[35] Especialmente en relación con el juzgamiento de la conciencia de la antijuridicidad; v. Bustos, J., "Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho penal de menores: por un derecho penal del menor", en él mismo (director), *Un Derecho penal del menor* (Santiago, Conosur, 1992), p. 8.

de la idoneidad de una amenaza para configurar una intimidación típica (en los delitos de robo con intimidación o de violación cometida con esa circunstancia)[36].

La jurisprudencia y la práctica judicial chilenas, en cambio, aún no parecen hacerse cargo de la necesidad de un juzgamiento diferenciado de la imputabilidad y de la vencibilidad del error de prohibición. En relación con la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, cualquier diferencia valorativa, respecto de imputados adolescentes, hasta ahora parece disolverse en la consideración de la "gravedad del ilícito" como criterio de determinación de pena (v., por ejemplo, el caso citado *infra*, en las "Conclusiones").

d) Juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad

Los conocimientos aportados por la psicología del desarrollo y por la criminología llaman la atención sobre la necesidad de un juzgamiento diferenciado de la responsabilidad de los adolescentes, cuando se involucran en comportamientos delictivos con grupos de pares. La normalidad del hecho que los adolescentes "viven en grupos", así como ciertas complejas dinámicas de la relación grupal (asociadas con el peso desproporcionado que durante la adolescencia tiene la opinión y la presión del grupo), ha conducido a algunos planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, con alguna expresión en la legislación, que demandan un juzgamiento diferenciado, tanto en relación con la tipicidad de la intervención delictiva[37], cuanto respecto de la culpabilidad de la misma[38].

En Chile, a nivel de la doctrina, la cuestión ha sido consistentemente abordada por Carnevali y Källman, quienes, tras analizar la dinámica de la actuación en grupo, en los adolescentes, y su relación con sus comportamientos delictivos, señalan las condiciones que pueden llegar a excluir, o por lo menos a disminuir considerablemente, la capacidad del adolescente expuesto a la presión de su grupo de pares para comportarse conforme a las exigencias del derecho, y desarrollan, en particular, una argumentación que, en

---

[36] Hernández, H., "El nuevo derecho penal…", *ob. cit.* pp. 98-104.

[37] Así, por ejemplo, en una decisión del BGH, citada por Couso, J., "La especialidad…", pp. 34-35, que entiende como una conducta esperable y normal en un adolescente, la decisión de seguir viajando con su compañero, pese a saber que éste portaba e introduciría a Alemania una cantidad importante de droga, de modo que no puede verse en ello (si no hay más antecedentes sobre una cooperación específica) una especial forma de alentar el comportamiento de su compañero, a título de complicidad.

[38] En España, por ejemplo, Cruz Márquez, B., *Educación*, *ob. cit.*, pp. 99, 96 y ss., 116, se refiere al impacto negativo que la dependencia del grupo puede tener en la capacidad del adolescente de ajustar su comportamiento a la comprensión del injusto, lo que llega a un extremo, cuando "la banda constituye el único referente social del menor, como sustituto del grupo familiar", planteándose "conflictos de lealtad desmedidos y de difícil solución"; un desarrollo similar se encuentra, ahora para el caso de Alemania, y desde la perspectiva de las posibilidades para la defensa, en Zieger, M.., *Verteidigung*, *ob. cit.*, pp. 8-10; también en Estados Unidos, Feld, B., *Bad Kids*, *ob. cit.*, p. 322, argumenta que "[s]i bien la ley trata a todos los partícipes en un delito como igualmente responsables, y permite castigarlos del mismo modo, la susceptibilidad de los menores de edad a la influencia de los grupos de pares demanda una evaluación más matizada de su grado de participación, responsabilidad personal y culpabilidad", y ofrece, a continuación, alguna evidencia de legislaciones estaduales que ya reconocen la diversa culpabilidad de los adolescentes resultante "[d]el nivel de participación del niño en la planificación y ejecución del delito". Sobre todo ello, con más detalles, v. Couso, J., "La especialidad…", pp. 34 y ss.

el contexto de la normalidad de la interacción de los adolescentes en grupos de pares, convierte a la agravante de "pluralidad de malhechores", regularmente, en una circunstancia a tal grado inherente al delito que, conforme a la regla del Art. 63, inc. 2°, del CP, no puede ser tenida en cuenta para agravar su responsabilidad penal.

La jurisprudencia de los tribunales superiores examinada no da cuenta de un juzgamiento diferenciado que considere el posible impacto que la dinámica propia de la actuación de adolescentes en grupos puede tener en la tipicidad o en la culpabilidad de la intervención delictiva. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de un adolescente que no interviene directamente en un robo con violencia a una bomba de bencina, sino que se queda mirando desde cierta distancia, la calificación de su intervención como coautoría del Art. 15, N° 1°, segunda parte, del CP, a partir del hecho de que minutos antes habría tirado piedras con otro compañero, se realiza sin examen de las relaciones entre los miembros del grupo, las explicaciones alternativas sobre la representación que el adolescente se había hecho sobre lo que debía ocurrir (la defensa se refiere a un acuerdo de pedir limosna en la bomba), ni la diversa significación objetiva del papel de cada joven en los hechos[39]. Esa manera indiferenciada de juzgar la cointervención se encuentra en casi todas las decisiones sobre coautoría. Excepcionalmente, en un caso de robo con violencia, en el que debe decidirse si acaso tres cointervinientes en la sustracción tienen o no dolo convergente con el autor de la violencia, una decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, que niega la convergencia y castiga a los tres primeros sólo por hurto (inmediatamente posterior al ejercicio de la violencia), materialmente pareciera dar cuenta de una valoración sensible a la dinámica de la actuación de adolescentes en grupo, conforme a la cual la permanencia de los jóvenes juntos, incluso su relativa "solidaridad" en ciertos objetivos, lícitos o ilícitos (en este caso, la sustracción), no tiene por qué suponer una deliberada planificación con distribución de roles, que abarque todas las "contribuciones" de cada uno, sino que ocurre a pesar de que alguno de ellos se haya excedido con una violencia no planeada ni abarcada por el dolo (ni siquiera eventual) de los demás; sin embargo, nada de ello aparece explícitamente señalado en el razonamiento de la Corte (si bien puede convenirse en que no sería necesario, si este tribunal simplemente entiende que no habiendo evidencia de que el dolo de los otros tres jóvenes abarcase la violencia ejercida por su compañero, la duda favorece a los primeros)[40].

Por lo que atañe a la discusión sobre la *inherencia* de la agravante de pluralidad de malhechores, en la actuación de adolescentes en grupo, en los fallos analizados no se encontró acogida a la invocación de la defensa en tal sentido[41]. Y si, en un caso, se considera

[39] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 8 de abril de 2008, Rol N 14-2008, N° Legal Publishing: 38789 (Ministerio Público con D.F.A.A. y otros, nulidad penal).

[40] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de septiembre de 2007, Rol N 15317-2004, N° Legal Publishing: 15317-2004 (Jorge Figueroa Basualto con Carlos Peña Fuentes; Alvaro Elgueta Fuentes; Felipe Ardiles Acuña; Francisco Arriagada García, recurso de apelación).

[41] La cuestión se plantea más bien en tribunales de juicio oral en lo penal, donde la agravante normalmente se acoge; v. por ejemplo las sentencias del TOP Angol de 19 de noviembre de 2007, RUC N° 0700433039-5, RIT

que la agravante es inherente al hecho, los argumentos son propios de la dogmática de Parte Especial (en los delitos de robo con violencia, el peligro para la integridad física del ofendido se entendería incorporado al injusto del hecho, de modo que no puede volver a considerarse a propósito de la pluralidad de malhechores), sin ninguna referencia a la cuestión de la actuación de los adolescentes en grupos[42].

Con todo, a nivel de tribunales de juicio oral en lo penal, algunas decisiones (si bien aisladas) dan cuenta de una consideración especial de la dinámica propia de la adolescencia para aminorar el reproche dirigido al comportamiento delictivo de adolescentes que cometieron un delito en dicho contexto, si bien ello se aprecia, dogmáticamente, en sede de individualización de la pena, y no de calificación del injusto típico cometido. Así, por ejemplo, un fallo del TOP de Valparaíso tiene especialmente en cuenta que:

> "no obstante haber participado en calidad de autores lo hicieron luego de haber estado en una fiesta y actuando en grupo, lo que indica un menor grado de desencuentro con las normas sociales, pues requieren el impulso del grupo para quebrantar las normas de que se ha dotado la sociedad"[43],

mientras que uno del TOP de Puente Alto, para afirmar una menor gravedad relativa de la intervención de un adolescente en un robo con intimidación, tiene en consideración que:

> "teniendo el encartado 16 años de edad recién cumplidos […] además […] el hecho se generó por la petición de un adulto que le propuso la idea de ir a robar"[44].

2. *Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal*

Este principio, que se infiere de un conjunto de normas de derecho internacional dirigidas a evitar o reducir al mínimo el contacto del niño y adolescente con el sistema

N° 89-2007, N° Legal Publishing: 41098, y del TOP Santiago, de 18 de julio de 2008, RUC N° 0701129981-9, RIT N° 40-2008. Rara vez llega a discutirse en cortes de apelaciones, pues, normalmente la decisión de acoger la agravante no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, como argumenta la Corte Apelaciones de Santiago, Rol N° 568-2009 (sin hacerse cargo, por tanto, de la discusión de fondo), para rechazar un recurso de nulidad fundado en que se había acogido la agravante.

[42] V. la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, de 25 de agosto de 2008, Rol N° 84-2008, N° Legal Publishing 39678 (Ministerio Público con V.D.B.R.; E.O.A.R, nulidad penal).

[43] Sentencia del TOP de Viña del Mar, en causa RIT N° 310-2009 (considerando vigésimo sexto), cit. por Collell, A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, p. 32, quien se muestra crítica respecto del hecho de que, no obstante estas consideraciones en sede de determinación de la sanción, el tribunal haya aceptado, sin embargo, la concurrencia de la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores contemplada en el Art. 456 bis, N° 3, del CP.

[44] Sentencia del TOP de Puente Alto, en causa RIT N° 214-2009 (considerando decimoctavo), cit. por Collell, A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, p. 38.

de justicia penal, en general (por ej., el Art. 40.3.b de la CDN), y con la privación de libertad, en particular (por ej., los Arts. 37.b y 40.4 de la CDN), se encuentra especialmente justificado a partir de las evidencias empíricas disponibles acerca de: i) la mayor sensibilidad de los adolescentes a la pena y su mayor vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales de la cárcel; ii) los efectos contraproducentes, para la prevención delictual, del uso del encierro, si se tiene en cuenta, por una parte, el carácter normal y episódico, y la remisión espontánea, de la mayor parte de la criminalidad de niños y adolescentes y, por la otra, el efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes, e incluso el riesgo de que tal efecto se produzca con las primeras detenciones sufridas por un adolescente[45].

Una primera consecuencia de este principio tiene aplicación, más bien, en el derecho procesal penal, campo en el que demanda una amplia desjudicialización de la reacción frente a ciertos casos, típicamente de criminalidad leve ocasional[46], justificando, por ejemplo, un generoso empleo del principio de oportunidad.

Una segunda consecuencia del principio de especial protección del desarrollo y de los derechos del adolescente, relevante en el campo del derecho penal sustantivo (y con similares consecuencias para el derecho procesal penal), se traduce en una exigencia de excepcionalidad del empleo de las sanciones privativas de libertad y de que su duración efectiva sea la mínima posible. Es importante destacar, en todo caso, que se trata de un principio que impone límites a la privación de libertad que van más allá de los que, con justicia, se derivan de la menor culpabilidad del adolescente, pues se trata de límites fundados en la afirmación de que incluso una pena que ya viene reducida en su extensión, en atención a la menor culpabilidad del adolescente, puede de todos modos ser excesivamente perjudicial y debe, en lo posible, ser evitada, o reducida en su duración aun más[47].

El estándar de excepcionalidad de la imposición de sanciones privativas de libertad a los adolescentes, en el derecho comparado, se puede reconstruir básicamente como una prioridad *prima facie* por sanciones ambulatorias, salvo en casos de extrema gravedad del delito[48].

---

[45] V. Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 11 y ss. V. recientemente, además, Berríos, G., "La ley de responsabilidad…", *ob. cit.*, pp. 172 y ss.

[46] La aplicación de este estándar en el proceso penal chileno ya ha sido analizada, especialmente, por Duce, M., Duce, M., "El Derecho (…) en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno", pp. 328 y ss.

[47] V. Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, p. 20. En efecto, incluso en Alemania, que no ha derogado la pena juvenil (privativa de libertad) "educativa", es decir, la que supuestamente tiene como fundamento, no la grave culpabilidad del autor, sino sus tendencias dañinas (*schädliche Neigungen*), el BGH declaró, en 1990, que ni siquiera en caso de una especial "necesidad educativa" (por ejemplo por existir un claro pronóstico de reincidencia) sería admisible una pena que se supere la medida de la culpabilidad por el hecho (BGH *NStZ* 1990, 389, citada por Keiser, C., "Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phenomen der "Adulteration" im Lichte internationaler Menschenrechte", en *ZStW*, 120 (2008) 1, pp. 54-55).

[48] Sobre ello, en detalle, examinando doctrina y jurisprudencia de Alemania, España y Costa Rica, v. Couso, J., "Límites…", *ob. cit.*, pp. 181 y ss.

La doctrina nacional, cuando se ha ocupado del tema, ha recogido esta perspectiva. Además, dado que la LRPA contempla una norma expresa, dirigida específicamente al juzgador en sede de determinación de sanciones, que reitera el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, alguna doctrina se ha preocupado de dar sentido a dicha norma, de la mano del principio de proporcionalidad, concluyendo que, conforme a dicha norma, cuando el tribunal debe escoger entre sanciones privativas de libertad (sobre todo de encierro, es decir, en régimen cerrado) y sanciones no privativas de libertad (como ocurre en los casos del tramo segundo del Art. 23 de la LRPA), la superación de la preferencia legal *prima facie* a favor de la sanción no privativa de libertad no puede atender únicamente a la importancia de la necesidad preventiva general de pena (o retributiva, cuando se plantea en tales términos), asociada a la especial gravedad del injusto penal culpable cometido por el adolescente, sino que también debe considerar, ponderándolo con aquella necesidad, el interés en proteger el desarrollo, los derechos y la inserción social del adolescente frente a los graves riesgos que el encierro supone para ellos[49].

En relación con la práctica judicial chilena, una primera perspectiva sobre el nivel de respeto de este estándar, en los primeros años de aplicación de la LRPA, puede obtenerse de las estadísticas sobre el uso relativo de las sanciones privativas de libertad en comparación con el de otras sanciones, consideradas sobre el total de condenas. En términos globales, el porcentaje de condenas en que se impone una sanción privativa de libertad alcanza (al año 2010) el 10%[50]; sin embargo, si se atiende exclusivamente a la sanción de encierro, propiamente tal (es decir, la internación en régimen cerrado), resulta que sólo un 3,4% de las condenas impone este tipo de sanción. Aun así, como lo advierte Berríos, de esta proporción no es posible sacar conclusiones definitivas sobre el nivel de respeto del principio de excepcionalidad, por parte de los tribunales chilenos, pues las reglas de determinación de la pena sólo ofrecen la posibilidad de imponer tal sanción respecto de delitos de cierta gravedad (los que, por su marco penal, y las circunstancias modificatorias presentes en el hecho, queden en los tramos 1° o 2° del Art. 23 de la LRPA), de modo que el respeto de este principio se juega especialmente en los casos en que los tribunales tienen la alternativa de imponer una sanción de encierro o una que no lo sea[51]. Hasta ahora no se dispone de un estudio estadístico del comportamiento de los tribunales en estos casos. Y si bien a partir de tales estadísticas tampoco se podría generalizar un juicio sobre la aplicación de este estándar, pues la exigencia de aplicar el encierro "como último recurso" hace depender la razonabilidad del empleo de esa sanción, sobre todo, como se dijo, de la relativa gravedad del injusto penal culpable cometido, si se desagregasen los datos por tipo de delito sí podrían hacerse generalizaciones plausibles, por ejemplo, acusando una infracción del estándar si es frecuente el uso del encierro para delitos de robo con fuerza en lugar habitado o para tráfico de

[49] Así, Couso, J., "Límites…", *ob. cit.*, pp. 196 y ss., 202-204. V. también, recurriendo al principio de proporcionalidad, para la interpretación de las reglas de determinación de sanciones de la LRPA, Medina, G., "Sobre la determinación…", *ob. cit.*, p. 255; y Cillero, M., "Proporcionalidad…", *ob. cit.*, pp. 264 y ss.

[50] Berríos, G., "La ley de responsabilidad…", *ob. cit.*, p. 179.

[51] Berríos, G., "La ley de responsabilidad…", *ob. cit.*, p. 179.

drogas (lo que no podría decirse, en cambio, de una alta frecuencia de su uso en el caso de homicidios calificados o robos con violencia del Art. 433 del CP).

Aun a pesar del limitado valor informativo de estas estadísticas generales (sin desagregar por tipo de delitos), si se atiende a la evolución reciente del número de condenas a una sanción de encierro, y del porcentaje que ellas representan sobre el total de adolescentes imputados por delitos que permiten al tribunal (sin obligarlo) imponer sanciones de encierro, entonces, la información se vuelve más relevante, y es motivo de justificada preocupación. En efecto, pese a que, entre los años 2008 y 2010, el número de adolescentes imputados por los únicos delitos "graves" que aparecen dentro del grupo de los 15 delitos más frecuentes cayó año a año (los imputados por robo con intimidación cayeron, de 2.946, en 2008, a 2.445, en 2009, y a 2.175, en 2010; los imputados por robo con violencia, cayeron de 1.884, en 2008, a 1.816, en 2009, y a 1.666, en 2010); la cantidad de condenados a internación en régimen cerrado tuvo un aumento sostenido (238, en 2008; 578, en 2009; y 636, en 2010)[52].

Por lo que respecta al contenido que los tribunales dan al principio de excepcionalidad de la privación de libertad, el cuadro de líneas interpretativas es diverso, y alguna de ellas parece invertir la relación que este principio establece entre el criterio de la gravedad de delito (como la única razón que, en casos excepcionales, puede hacer necesario el "último recurso") y el interés en la prevención especial positiva (como una razón –junto a otras– que se opone a la utilización del "último recurso"). Así se aprecia, por ejemplo, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, conforme a la cual una sanción de internamiento en régimen cerrado

> "permitirá más cabalmente dar cumplimiento al criterio contenido en la letra f) del artículo 24, esto es, lograr con la sanción, fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social", teniendo en cuenta que la regulación legal de esta medida "impone un estándar orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de la ley, puesto que debe procurarse la continuidad de los estudios del adolescente y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal"[53].

En algún caso, incluso, la argumentación parece recurrir a la racionalidad del ya derogado (por lo menos, para los mayores de catorce años) derecho tutelar de menores, cuando la elección de una sanción de encierro parece fundarse únicamente en la necesidad preventivo especial positiva de una intervención (a la manera de la desprestigiada "pena educativa" de la JGG alemana); así se aprecia en el siguiente razonamiento del TOP de Puente Alto:

---

[52] V. las estadísticas sistematizadas y analizadas por Berríos, G., "La ley de responsabilidad…", *ob. cit.*, pp. 172 y ss.

[53] Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 28 de mayo de 2008, Rol N° 99-2008 (nulidad).

> "[…] se vislumbra que la sanción más idónea para fortalecer el respeto del acusado por los derechos y libertades de la personas y su necesidad de desarrollo en integración social, es que se mantenga en un régimen privativo de libertad, dando cuenta dichos documentos que ha tenido un gran logro en cuanto a estudios se refiere y un muy buen comportamiento, por lo que se hace necesario que continúe en dicha senda y así pueda avanzar en su escolaridad, cuya duración del régimen cerrado se regulará en la parte resolutiva"[54].

Otras decisiones, en cambio, que parecen conformar una tendencia mayoritaria, entienden (correctamente, en mi opinión) que es la gravedad del delito, y no la necesidad de inserción social del adolescente, la que llena de contenido la referencia a la necesidad de echar mano al "último recurso". Una de ellas incluso plantea la decisión como el resultado de una necesaria ponderación entre el fin retributivo, asociado a la gravedad del delito, y que en casos de delitos muy graves sería favorable a la utilización de la pena privativa de libertad (el "último recurso"), y el fin preventivo especial, contrario al empleo del mismo[55], si bien en esa decisión, al faltar toda referencia al contenido del estándar de la excepcionalidad, no queda clara la prioridad *prima facie* de los intereses que se oponen a la privación de libertad[56].

Ahora bien, en relación con la exigencia de que las sanciones privativas de libertad, en caso de que vayan a ser impuestas, tengan la menor duración posible, descontando su posible aplicación en sede de fijación de la extensión concreta de la sanción (donde, en la práctica judicial, no es distinguible del principio de culpabilidad disminuida, pese a que podría serlo, por sus diversos fundamentos, como se vio), es un estándar que podría ser especialmente fértil en el campo del control judicial de la ejecución de las sanciones de encierro. De hecho, siguiendo una tendencia del derecho comparado[57], la LRPA estableció una importante facultad para los tribunales, en términos más amplios que los que rigen en el derecho penal de adultos, de sustituir o poner término anticipado a la ejecución de tales penas, en los Arts. 53 a 55 de la LRPA. Con todo, en la aplicación de esas disposiciones, sobre todo en relación con la sustitución de las sanciones de encierro, se plantean algunas discusiones en las que también está en juego un tratamiento penal diferenciado de los adolescentes. Dejando de lado la cuestión de si cabe exigir, para conceder una sustitución, que haya transcurrido un tiempo mínimo razonable de ejecución,

---

[54] Sentencia del TOP Puente Alto, causa RIT 241 (considerando decimoquinto), cit. por Collell, A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, p. 33.

[55] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 8 de abril de 2008, Rol N 14-2008, N° Legal Publishing: 38789 (Ministerio Público con D.F.A.A. y otros, nulidad penal).

[56] La sentencia menciona (sin destacar que goza de prioridad *prima* facie) el interés en la prevención especial positiva, pero no identifica, como intereses también puestos en peligro por una eventual sanción de encierro, la protección del desarrollo y de los derechos del adolescente; v. las referencias críticas a esta sentencia (que, aun así, está más cerca que otras del correcto sentido del principio de excepcionalidad), expuestas en Couso, J., "Límites…", *ob. cit.*, p. 194.

[57] V., con detalle, Couso, J., "Sustitución…", *ob. cit.*, pp. 273 y ss., 303 y ss.

como para satisfacer el "mínimo preventivo general"[58] (cuestión que parece ocultar el problema verdaderamente relevante), la especialidad del tratamiento a los adolescentes parece jugarse, sobre todo (y esto es lo relevante), en la cuestión de si ese mínimo tenderá a asimilarse al que, en la práctica, rige para los adultos (la mitad o dos tercios de la pena, según el delito de que se trate, conforme a las reglas que rigen la libertad condicional de los condenados mayores de edad), o si acaso se respetará la especificidad de la LRPA, que hace perfectamente razonable (y consistente con la historia fidedigna de su establecimiento) proceder a una sustitución una vez transcurrida una cuarta parte de la ejecución penal, y que plantea la necesidad de especiales razones para oponerse a esa medida, cuando la proporción de pena ejecutada sobrepasa el tercio acercándose a la mitad[59]. Aunque no se cuenta con datos representativos, la práctica judicial, según parece, tiende a ignorar estas exigencias de tratamiento diferenciado[60].

3. *Especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva*

En este lugar no es posible fundamentar detenidamente la tesis que interpreta este principio como una razón en contra de la intervención penal formal con adolescentes (y, por ello, a favor de la desestimación de causas y del apoyo a los adolescentes a través de políticas y programas ajenos al sistema de justicia penal de adolescentes), y, cuando tal intervención es ineludible, como una razón para limitar la intensidad de la misma[61]. Sí cabe recordar, en todo caso, que esa manera de entender el principio tiene apoyo en los conocimientos aportados por la criminología, acerca del riesgo criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de criminalidad adolescente, el efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes, y la mayor eficacia preventivo-especial de intervenciones especializadas, multidimensionales y breves, ejecutadas fuera del ámbito de la justicia, todas ellas, afirmaciones que son en buena medida asumidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos establecidos a favor de los menores de 18 años[62].

Siendo así, la especial orientación a la prevención especial positiva, en el campo del razonamiento judicial, es una razón más en abono de los estándares (a los que ya se ha hecho referencia) derivados del principio de especial protección del desarrollo y de los derechos del adolescente, en particular, la demanda a favor de una amplia desestimación de causas de criminalidad leve y mediana ocasional, así como la excepcionalidad de la privación de libertad y la reducción de su extensión al mínimo posible.

---

[58] Tratada extensamente en Couso, J., "Sustitución…", *ob. cit.*, pp. 290 y ss.

[59] Couso, J., "Sustitución…", *ob. cit.*, pp. 296-303.

[60] La sospecha surge, indirectamente, de la comparación entre el número de condenas a internación en régimen cerrado (v. Berríos, G., "La ley de responsabilidad…", *ob. cit.*, p. 179), y el escaso número de sustituciones decretadas cada año (v. Estrada, F. J., "La sustitución…", citando, además, cifras de un estudio de Berríos y Vial).

[61] Couso, J., "Principio educativo…", *ob. cit.*, *passim*.

[62] V. Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 12 y ss.

Aun así, a partir de la centralidad que se reclama para la prevención especial *positiva* en el derecho penal de adolescentes, en otro trabajo se identificó un estándar diferenciado, especialmente aplicable al razonamiento judicial en casos penales de adolescentes, que viene a proscribir las decisiones que justifican la imposición de una sanción o que reclaman continuar con la ejecución de una sanción (típicamente, privativa de libertad) en base a una pura finalidad preventivo especial *negativa*, de incapacitación o inocuización del delincuente, lo que vendría a ignorar el derecho de los adolescentes a ser tratados de una manera que promueva su integración social (establecido por el Art. 40.1 de la CDN)[63].

Aunque en la práctica judicial virtualmente no se encuentran referencias explícitas a justificaciones incapacitadoras, cuando los tribunales recurren a consideraciones preventivo-especiales positivas para justificar la imposición de una sanción privativa de libertad (típicamente, en casos de delitos menos graves, en los que la apelación a la gravedad del hecho no es posible), o para afirmar la conveniencia de que dicha sanción se siga ejecutando, y no sea sustituida por una en el medio libre, parece altamente plausible que la razón no confesada de esa decisión es el temor de que el adolescente vuelva a delinquir (fuera de la cárcel). Así parece ocurrir en la decisión de un tribunal de juicio oral que condena a 4 años de internación en régimen cerrado, por uno de los delitos menos graves (si no el más leve) de los que entran en el tramo legal en que el tribunal tiene la opción de aplicar o no aplicar una sanción de encierro (el tramo segundo del Art. 23 de la LRPA), argumentando que:

> "[…] el tiempo de internación en régimen cerrado a que se le sancionará es el más idóneo para obtener los fines ya señalados ya que esta medida asegura que residirá en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social, el que se ejecutará en el interior del recinto, lo que permitirá un efectivo control del desarrollo y cumplimiento de este, evitándose con este sistema que siga incurriendo el actividades delictivas, que como se desprende de los antecedentes incorporados su actividad delictual ha ido en ascenso en cuanto a la gravedad de esta y los bienes jurídicos violentados, de lo cual se desprende que las otras dos sanciones posibles hacen ilusorio el cumplimiento de los fines de la ley 20.084 y de una real observancia de aquellas sanciones"[64],

un razonamiento en el que, como se aprecia, la preocupación por la reiteración delictiva formalmente está planteada como una función del interés en la inserción social del adolescente, pero en un contexto en que no hay razones para confiar en que el encierro en un establecimiento carcelario precisamente vaya a contribuir a dicha inserción social.

---

[63] V. Couso, J., "La especialidad…", *ob. cit.*, pp. 42-43. V. también, con más detalle, Couso, J., "Sustitución", *ob. cit.*, pp. 284 y ss., haciendo referencia al desarrollo de este estándar por parte de una importante decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, del año 2006.

[64] TOP de Valparaíso, causa RIT 247-2009, considerando decimoséptimo, citada por Collell, A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, p. 33, aclarando que la condena anterior a que hace mención el tribunal fue una sanción de 30 horas de trabajo en beneficio de la comunidad, por un delito de hurto simple.

En cambio, una renuencia a decidir en base a puras consideraciones de incapacitación se aprecia en la decisión del TOP de Puente Alto, que decide sancionar un robo con violencia con una sanción mixta (internación en régimen semicerrado seguida de libertad asistida), evitando imponer una sanción de encierro, para así favorecer su inserción social, aun cuando el adolescente contaba con una condena anterior que revela cierta "peligrosidad" asociada al robo con violencia (la anterior condena era por porte de arma de fuego)[65].

III. Conclusiones

En materia de derecho penal sustantivo, la doctrina chilena muestra un interés cada vez mayor –consistente con algunos desarrollos en el derecho comparado– por explorar y precisar el contenido de diversos estándares de juzgamiento diferenciado de los adolescentes, derivados del "principio de especialidad", no sólo en el campo de las sanciones y sus reglas de determinación, sino también en relación con los diversos presupuestos de la punibilidad. En cambio, una mirada (aun exploratoria, como la que ha hecho este artículo) a los primeros años de actividad judicial en la aplicación de la LRPA da cuenta de que la especialidad del derecho penal de adolescentes sustantivo, para los tribunales nacionales (salvo en casos más bien excepcionales), pareciera agotarse en la rebaja del marco de penalidad en un grado y en la circunstancia de que, en la determinación de las sanciones aplicables (cuyo catálogo, además, es distinto al del CP), tienen una mayor consideración los criterios preventivo especiales, la protección del desarrollo del adolescente y –en alguna medida– el principio de excepcionalidad de la privación de libertad.

Con todo, en algunas materias (como la valoración del injusto penal) la intuición de que el hecho debe apreciarse de forma relativamente diferenciada parece favorecer, a nivel de juzgados de garantía, decisiones sobre recalificación que permiten resolver el caso en la primera audiencia, dejando al adolescente libre de toda ulterior intervención de la justicia penal. La hipótesis de que, además, una consideración diferenciada del hecho cometido por adolescentes tendría lugar ya en algunas decisiones de los fiscales, al decidir aplicar el principio de oportunidad, requiere mayor investigación, que descarte otras explicaciones posibles para la mayor frecuencia del empleo de esta salida alternativa.

[65] Sentencia del TOP Puente Alto, en causa RIT 58-2009: "[…] y sin perjuicio de que fue condenado en procedimiento simplificado por tenencia ilegal de arma de fuego el 10 de junio de 2008, se le aplicará al adolescente infractor, una sanción mixta de régimen semi cerrado con programa de reinserción social y libertad asistida especial, lo que implica que al resolver de esa manera se vela por el interés superior del adolescente, desde la idoneidad de las medidas y los mecanismos de control respectivos, en cuanto le permitirán fortalecer sus necesidades de desarrollo e integración social, y promover una efectiva reintegración para que éste asuma una función constructiva en la sociedad". (considerando decimoséptimo), citado por Collell, A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, p. 37, quien, con todo, critica que derechamente no se haya optado por una sanción ambulatoria, considerando que la internación en régimen semicerrado es, de todos modos, en el sistema de la LRPA, una sanción privativa de libertad).

Por último, la impresión de que los tribunales agotan la especialidad del juzgamiento penal de los adolescentes en el ámbito de las consecuencias penales, sin llevarlo al campo de la determinación de la responsabilidad por el injusto penal culpable, todavía admite un matiz. Pues algunas decisiones, sobre todo de tribunales de juicio oral en lo penal, parecen asumir que ciertos delitos cometidos por adolescentes son menos graves, debido a particularidades del comportamiento y de las formas de interacción de estos sujetos, sin diferenciar claramente –en todo caso– si ello se refiere a la menor gravedad objetiva del injusto típico (su menor significación en el plano de la lesividad social, objetiva y subjetivamente considerada) o si a la menor culpabilidad del adolescente. Si bien esas decisiones no desprenden de tal valoración las consecuencias que dogmáticamente cabría apreciar en el campo de los presupuestos de la punibilidad, sí parecen encontrar, en el criterio legal que exige tener en cuenta la "gravedad del ilícito", un espacio (algo reducido, es cierto) para traducir aquella intuición en la elección de una sanción menos severa. El siguiente razonamiento de un tribunal de juicio oral permite ilustrar claramente este punto:

> "si bien [el ilícito] constituye un atentado al patrimonio y a la integridad física de la víctima, lo cierto es que a ésta sólo se le insultó verbalmente y se le requirió insistentemente sus bienes […] teniendo el encartado 16 años de edad recién cumplidos a la época de su perpetración, de lo que se desprende que se encuentra, prácticamente, en la etapa inferior de los tramos de edad que establece la ley de responsabilidad penal juvenil, lo cual importa un mayor grado de inmadurez en relación a un menor de 17 años, teniendo en consideración, además, que el hecho se generó por la petición de un adulto que le propuso la idea de ir a robar, y que si bien se consumó, se recuperaron parte de las especies sustraídas y la víctima no resultó con secuelas psicológicas a raíz de estos hechos […]"[66].

En base a esas consideraciones, valoradas como aspectos de la "gravedad del ilícito", en sede de determinación de la sanción, es decir, sin entrar a cuestionar la calificación del hecho como un robo con intimidación, ni a plantearse una hipótesis de exigibilidad disminuida del adolescente utilizado por un adulto para ejecutar el hecho (lo que requeriría, por cierto, investigar bien la naturaleza del ascendiente que el adulto ejercía sobre el adolescente), el tribunal logra escoger una sanción de libertad asistida especial, en lugar de una sanción de encierro (que podía, conforme a derecho, imponer en el caso). En este caso, el resultado materialmente puede acercarse al que se alcanzaría a través de un juzgamiento diferenciado del injusto o de la culpabilidad, pero las limitaciones de esta forma de resolver la especialidad del juzgamiento, de todos modos, no quedan ocultas. En primer lugar, no puede descartarse que un examen atento de la tipicidad podría, en casos semejantes, conducir a una calificación distinta (hurto y, en su caso, amenazas), que

[66] Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, RIT N° 214-2009 (considerando decimoctavo), citada por Collell, A., "El principio de especialidad…", *ob. cit.*, p. 38.

atenuarían aún más la reacción penal. En segundo lugar, para ciertos delitos, el margen de acción con que cuenta el tribunal, en aplicación del criterio de la "gravedad del ilícito" y, en general, en sede de determinación de la naturaleza de la sanción (conforme al Art. 24 de la LRPA), es claramente menor que el que surge de un juzgamiento del injusto penal y de la culpabilidad, atento a las particularidades de delito cometido por adolescentes.

Bibliografía

Albrecht, Peter-Alexis, *Jugendstrafrecht*, 3ª edición, Verlag C.H. Beck, Múnich, 2000.

Berríos, Gonzalo, Díaz, Alejandra y Gómez, Alejandro, "Justicia militar y adolescentes: un nuevo escenario tras la vigencia de la Ley 20.084", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009.

Berríos, Gonzalo, "La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas", en *Polít. crim.*, Vol. 6, N° 11, 2011.

Bustos, Juan, "Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho penal de menores: por un derecho penal del menor", en él mismo (director), *Un Derecho penal del menor* (Santiago, Conosur, 1992).

Bustos, Juan, *Derecho Penal del Niño - Adolescente*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.

Carnevali, Raúl y Källman, Eva, "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", AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009 (también publicado en *Polít. crim.* N° 4, D.1, 2007 [disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_04/d_1_4.pdf]).

Cillero, Miguel, "Adolescentes y Sistema Penal: Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, 2000.

Cillero, Miguel, "Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009.

Collell, Andrea, "El principio de especialidad en la determinación de la pena juvenil y su aplicación jurisprudencial", Trabajo Final de Titulación presentado para obtener el Grado de Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, inédito, 2011.

Couso, Jaime, "Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil", en *Justicia y Derechos del Niño*, Unicef, N° 9, 2007.

Couso, Jaime, "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena", en *Justicia y Derechos del Niño - Unicef*, 10, 2008.

Couso, Jaime, "Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el Art. 26 de la ley de responsabilidad penal del adolescente" en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009.

Couso, Jaime, "La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009.

Couso, Jaime, "La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal", en Alegre, M. (Editor), *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA 2009*, Libraria, Buenos Aires, 2010.

Couso, Jaime, "Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil II*, Vol. 2, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011.

Couso, Jaime, "La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo" (artículo recepcionado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, en evaluación).

Cruz Márquez, Beatriz, *Educación y prevención general en el Derecho penal de Menores*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Duce, Mauricio, "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Impacto en el Diseño del Proceso Penal Juvenil", en *Ius et Praxis*, vol. 15, N° 1, 2009.

Duce, Mauricio, "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno", en *Polít. crim*. Vol. 5, N° 10 (diciembre de 2010).

Duce, Mauricio y Couso, Jaime, "El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado" (artículo recepcionado en *Política Criminal*, en evaluación).

Eisenberg, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, 11ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2006.

Estrada, Francisco J., "La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 (2011) N° 2.

Hernández, Héctor, "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito", en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009 (previamente publicado en *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 20, n. 2, 2007).

Hernández, Héctor, "La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal", en AAVV*, Estudios de derecho penal juvenil II*, Vol. 2, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011.

Horvitz, María Inés, "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, Año 2006.

Issa El Khoury, Henry, "El derecho sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense", en González, M. y Tiffer, C. (coordinadores), *De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica*, Unicef, San José, Costa Rica, 2000.

Keiser, Claudia, "Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phenomen der "Adulteration" im Lichte internationaler Menschenrechte", en *ZStW*, 120 (2008) 1.

Lacruz López, Juan Manuel, "Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad", en Vásquez González, C. y Serrano Tárraga, M. D. (Coordinadores), *Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004)*, Dyckinson, Madrid 2005.

Maldonado, Francisco, "Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084", en AAVV*, Estudios de derecho penal juvenil II*, Vol. 2, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2011.

Medina, Gonzalo, "Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente" en AAVV, *Estudios de derecho penal juvenil I*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2009.

Montero, Ana María, "Consideración de los Fiscales acerca de la Incidencia de sus Decisiones en la Vida Futura del Adolescente al Optar por la Aplicación del Principio de Oportunidad", Trabajo de Seminario II, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, inédito, 2009.

Valenzuela, Jonatan, "La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, Año 2009.