



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

TESINA CARRERA DE DERECHO

**¿ESTÁ JUSTIFICADA LA APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE GENÉRICA DEL
ARTÍCULO 456 bis DEL CÓDIGO PENAL TRATÁNDOSE DE DELITOS COMETIDOS POR NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES? ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL.**

Autores:

Camila Fuenzalida Lagos

Christian Walker Escobar

Profesora Guía:

Rocío Sánchez Pérez

TABLA DE CONTENIDOS

▪ INTRODUCCION.....	3
CAPITULO I: Marco Normativo.....	4
1. Circunstancia agravante del artículo 456 bis nº3 del C.P.....	5
1.1 Antecedentes históricos.....	4
1.2 Revisión de una sentencia relevante.....	8
1.3 Modificaciones en los delitos de Robo, Hurto y Receptación.....	10
1.4 Fundamentos.....	11
1.5 Alcances de la modificación legal.....	13
2. Consideraciones sobre Derecho Penal Adolescente.....	18
2.1 Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	18
2.2 Algunas referencias al Derecho comparado	22
2.3 Límites de edad de responsabilidad penal juvenil y caracterización de los sistemas especializados en Estados Unidos, España, Alemania, Brasil y Costa Rica.....	23
2.4 Consideraciones sobre la normativa nacional en materia de responsabilidad penal juvenil.....	29
2.5 Determinación judicial de la pena en el derecho penal adolescente: Fundamentos.....	30
CAPITULO II: Una mirada desde los estudios del comportamiento.....	31
3. Alcances sociológicos.....	31
3.1 Perspectiva desde la psicología evolutiva y del desarrollo: la importancia de los grupos de pares.....	33
3.2 Factores de riesgo asociados a una conducta desviada.....	35
▪ CONCLUSIONES.....	37
▪ REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	39

RESUMEN

Esta investigación tiene por finalidad realizar un análisis comparativo de la norma 449 bis que viene a reemplazar el artículo 456 bis n°3 en el marco de la Ley promulgada en julio de este año Núm. 20.931, que modifica la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y la persecución penal de esos delitos, con especial referencia a los comportamientos delictivos realizados por jóvenes en el marco de un sistema especializado de responsabilidad penal. Para ello, se relatará brevemente cuáles son las perspectivas sociológicas y criminológicas del comportamiento desviado en niños, niñas y adolescentes, sus factores y conductas de riesgo, además de la importancia teórica de los grupos de pares. A su vez, se expondrán las características principales de los sistemas especializados en responsabilidad penal adolescente de Alemania, España, Estados Unidos de Norteamérica, Costa Rica y Chile, mostrando la importancia la Convención Internacional de Derechos del Niño, en el tiempo, como piedra angular de las legislaciones de los Estados democráticos y de Derecho.

PALABRAS CLAVES

SOCIOLOGÍA DE LA INFANCIA, GRUPOS DE PARES, LEY NÚM. 20.931, CONVENCION INTERNACIONAL DE DERECHO DEL NIÑO, PSICOLOGÍA EVOLUTIVA, LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL.

INTRODUCCION.

Según la Real Academia de la Lengua Española se define infancia, como proveniente del latín *infantia*, cuyo significado primario alude a la incapacidad de hablar y define a los *infants o infantis* como aquellos que no tienen voz. Para esta misma institución la infancia está delimitada como: i) el periodo de vida humana desde que se nace hasta la pubertad ii) el conjunto de niños de tal edad iii) el primer estado de una cosa después de su nacimiento o fundación.

Por su parte, la etimología de la palabra niño o niña proviene de la voz infantil o la expresión onomatopéyica *ninno*, que refiere al que está en la niñez, que tiene pocos años, que tiene poca experiencia o que obra con poca reflexión y advertencia, entre otras características. Por otra parte la RAE define a niñez: i) el periodo de vida humana que se extiende desde el nacimiento a la pubertad –mismo significado que la palabra infancia- ii) el principio o primer tiempo de cualquier cosa; y iii) la niñería, acción propia de los niños.

Como es posible observar, al delimitar conceptualmente la infancia y la niñez en sus primeras acepciones, se reitera una caracterización cuantitativa, delimitando por etapas de tipo etario a un sujeto de derecho particular con composición propia, complejidades características y naturaleza propia, antecedentes que obligan al legislador y los operadores del derecho a definir epistemológicamente este grupo social y caracterizar cada uno de sus elementos constitutivos antes de crear normas o aplicarlas.

En el desarrollo de esta investigación las problemáticas a tratar versan sobre entre las incidencias que trajo consigo la Ley n° 20.931 que se titula “FACILITA LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LAS PENAS ESTABLECIDAS PARA LOS DELITOS DE ROBO, HURTO Y RECEPCIÓN Y MEJORA LA PERSECUCIÓN PENAL DE DICHS DELITOS” y modifica el artículo 456 bis n°3 del Código Penal que como conducta típica prescribía “actuar de dos o más malhechores” por el artículo 449 bis, nueva circunstancia agravante especial que califica el acto o conducta como “será circunstancia agravante de los delitos contemplados en (...) el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles”. A su vez, estudiaremos estudios técnicos en materia de responsabilidad penal adolescente que funciona como sistema especializado de justicia, como desarrollado a lo largo historia en las diferentes naciones, desde las distintas concepciones y perspectivas teóricas, trabajando igualmente, como eje de rotación la Convención Internacional de Derechos del Niño (1989) y demás tratados internacionales sobre la materia.

Además se precisan los alcances sociológicos en la nueva sociología de la infancia, los grupos de pares, sus vínculos con la psicología evolutiva y del desarrollo, el progreso complejo de esta etapa denominada infancia, su entendimiento por los autores que se han dedicado a ella, y los factores de riesgo que pueden desencadenar conductas desviadas.

Capítulo I: Marco normativo.

“LA PENA NO ES NI UNA SIMPLE CONSECUENCIA DEL DELITO, NI SU CARA OPUESTA, NI UN SIMPLE MEDIO DETERMINADO PARA LOS FINES QUE HAN DE LLEVARSE A CABO; POR EL CONTRARIO, DEBE SER ENTENDIDA COMO FENÓMENO SOCIAL INDEPENDIENTE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y LOS FINES”

(RUSHE, Y KIRCHHEIMER, *PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL*)

1. *Análisis de la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal.*

1.1 *Antecedentes históricos.*

Los delitos contra la propiedad tienen gran relevancia en nuestro ordenamiento jurídico y la dogmática les ha dedicado largos estudios, así nuestro Código penal regula esta materia en el título IX del Libro segundo, denominado Crímenes y simples delitos contra la propiedad.

Bajo la denominación de delitos contra la propiedad es posible encontrar una extensa gama de actos jurídicos (Zabala, 1998: p. 3). En efecto, cada delito que nuestro legislador ha consagrado en resguardo de la propiedad presenta una estructura típica y aspectos criminológicos propios.

La vulneración o puesta en riesgo de un bien jurídico tutelado por el derecho es condición necesaria para que un comportamiento humano sea valorado como antijurídico, por lo que es de esencial importancia preguntarnos acerca del bien jurídico protegido por esta familia de delitos, lo que ha sido muy controvertido en la doctrina.

En cuanto a la insuficiencia del término Propiedad como bien jurídico y sustento de las figuras típicas consagradas en el título IX del Código penal, los profesores Matus y Ramírez ponen aquello de manifiesto al sostener que: “la propiedad está claramente definida por la legislación civil, sin embargo, el concepto penales más amplio que ésta. Así, la protección dispensada por el derecho punitivo comprende no solo el dominio o posesión (la relación entre una cosa determinada y el derechohabiente), sino también demás derechos reales e incluso- según Labatut II, 195- los derechos personales o créditos, afectados en el delito de extorsión”. (Matus y Rodríguez, 2001: p. 91). Se trataría más bien de un concepto que debe ser contextualizado a la luz de la normativa penal para efectos de una adecuada protección.

A mayor abundamiento, Zabala expone que: “es necesario ampliar el clásico concepto de “propiedad” cuando se trata de los delitos descritos en la ley penal que lesionan dicho bien”. A su vez, respecto al uso, significado y alcances del término utilizado en otras ramas del Derecho, específicamente tratándose del Derecho privado Muñoz Conde sostiene que: “ se trata de un problema de interpretación que se debe resolver caso a caso. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del derecho privado, pero luego deben ser analizados de nuevo desde el punto de vista del ámbito de protección específicamente fijados por las tipicidades contenidas en las normas jurídicas penales, comprobando las consecuencias que derivan de su aplicación”.

Es en este contexto que los delitos de robo y hurto se encuentran regulados en los párrafos 1,2 y 3 del Título IX Libro II del Código Penal chileno, respecto de los cuales, nuestro ordenamiento punitivo previó la aplicación de circunstancias agravantes específicas contempladas en el párrafo 5 del mismo Título denominado Disposiciones comunes a los cuatro párrafos anteriores, específicamente en el artículo 456 bis.

Hasta el mes de julio del presente año, el artículo 456 bis N°3 del Código Penal contemplaba -como agravante para los delitos de robo y hurto- el “ser dos o más malhechores”. Cabe destacar que, tratándose de la regulación de la pluralidad de sujetos en este grupo de delitos, podemos encontrar precedentes de gran relevancia a lo largo de nuestra historia legislativa.

El primero de ellos lo encontramos en 1849 en la Ley General de Hurtos y Robos, la que establecía un aumento de la pena del delito de hurto cuando era cometido por “dos o más ladrones”, y a su vez, respecto del delito de robo, un aumento de la pena cuando este era perpetrado por una “cuadrilla”, entendiéndola como una agrupación de cuatro o más personas. En palabras de Carnevali y Källman, para los efectos de la ley, se entendía como cuadrilla “la que constaba de o pasaba de cuatro individuos”.

Un segundo antecedente aparece de manifiesto hacia 1874, año en que entró en vigencia el texto original de nuestro Código Penal, normativa en que se mantiene la cuadrilla como circunstancia agravante, pero esta vez solo respecto del robo calificado y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias.

Finalmente, en 1954 la Ley N°11.625 que fija disposiciones sobre los estados antisociales y establece medidas de seguridad que indica, elimina la cuadrilla e incorpora el artículo 456 bis a nuestro Código punitivo, disminuyendo consigo el requisito numérico

para la aplicación de la pluralidad de malhechores como agravante, de cuatro a dos. (Oliver, 2013: pp. 459-460).

Con la finalidad de lograr una acertada comprensión de la pluralidad de malhechores como agravante de responsabilidad penal, es necesario preguntarse tanto por el sentido del término malhechores, como por los fundamentos de esta disposición, y su posible aplicación.

En cuanto a los alcances de la noción de malhechor, Carnevali y Källman sostienen que: “una de las mayores controversias que la agravante en comento sucinta, dice relación con el mismo concepto de malhechor” (2007: p. 13). En efecto, podemos encontrar diversas posturas, en primer lugar, aquella que sostienen quienes consideran que la expresión se refiere a sujetos que han cometido delitos anteriormente, a los reincidentes y delincuentes habituales. Al respecto, el profesor Mera precisa: “la agravante examinada no podría aplicarse a quienes son reincidentes en el sentido legal de la expresión, puesto que ello supondría una violación del principio *non bis in idem*” por lo que se estaría considerando, indiscutiblemente, dos veces la reincidencia: una para agravar la responsabilidad por el hecho del nuevo delinquiramiento, y otra, para configurar la agravante de ser dos o más malhechores.” (1995: p. 163).

Matus y Ramírez sostienen que el término solo comprende a aquellos que han delinquirido con anterioridad, sin que ello constituya reincidencia, esto apoyado en la definición que entrega el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que entiende al malhechor como “aquel que comete un delito, y especialmente que los comete por hábito”, además de los antecedentes históricos de la disposición, la Ley 11.625 al modificar el Código Penal hace que el término cuadrilla y lo que significa, acoja la disposición del 456 bis N°1 y 3, por lo que esta agravante tendría relación con sujetos vinculados a actividades delictivas (Mera, 1995: p. 164).

Finalmente, el sector mayoritario de la doctrina nacional, sostiene que la voz malhechor no aludiría a habitualidad, por lo que comprendería a quienes delinquen por primera vez, sino que se referiría más bien al término de infractor, sin exigir referencias de su pasado (Carnevali et al, 2007: p. 14).

Respecto de los fundamentos de la pluralidad de malhechores, es posible plantear la posibilidad de agrupar cuatro líneas argumentativas; algunos plantean que consistiría en un mayor peligro para la víctima; otros que afirman que el fundamento estaría en que los sujetos activos del delito intervendrían con mayor seguridad; en una tercera opinión, están quienes consideran que el fundamento se encontraría en un mayor reproche a quienes se

conciertan para la comisión de un hurto o un robo; otros señalan que se trataría de una afectación a los sentimientos de tranquilidad y seguridad (Oliver. 2013: pp. 467-469).

Finalmente, estarían quienes plantean un fundamento múltiple, por ejemplo, Etcheberry considera que el argumento sería triple, compuesto por el debilitamiento de la defensa privada, un aumento de peligro que correrían las víctimas, y la mayor seguridad con que actuarían los delincuentes (1999: p. 365); otros, como Garrido Montt, atribuyen la agravante a un fundamento doble, e que consideraría el debilitamiento de las posibilidades de defensa y la mayor seguridad en la comisión del delito(2010: p. 275).

Al respecto Guillermo Oliver sostiene que no es posible fundamentar la agravante en un aumento de peligro, ya que se estaría pensando solo en el delito de robo, especialmente en el robo con violencia; respecto del mayor reproche a quienes se conciertan para la comisión del hecho punible como fundamento de la circunstancia agravante, si fuera de este modo, la conspiración para cometer hurto o robo estaría sancionada como acto preparatorio, y no lo está; además, en relación a quienes consideran como fundamento la afectación de los sentimientos de tranquilidad y seguridad, de ser esto posible, se estaría vulnerando el principio de *non bis in idem*, ya que si dichos sentimientos se vieran afectados, es algo que ya ha sido recogido por los tipos penales en cuestión, por lo que no podría considerarse nuevamente para agravar responsabilidad. También se opone a quienes plantean el debilitamiento de la defensa privada, ya que ello es difícil de concebir en un hurto, por lo que nuevamente se estaría pensando solo en un robo, específicamente en el robo con violencia o intimidación; y concluye que el único fundamento que puede explicar la voluntad de la ley de aplicar la agravante a todas las formas de robo y al hurto, es la mayor facilidad con que actúan los sujetos en la comisión del delito, debido a que la ejecución del hecho se hace más expedita, lo que podría justificar la agravación de responsabilidad penal(Oliver, 2013: pp. 460- 463).

En cuanto al ámbito de aplicación de la circunstancia agravante del 456 bis N° 3, es posible seguir una interpretación literal de la norma, aplicando la circunstancia a todo hurto o robo; o de lo contrario, realizar un análisis caso a caso. Oliver ha dicho al respecto, que debe analizarse en cada situación concreta si, además del dato meramente numérico, concurre o no el fundamento de la agravante. No obstante lo anterior, reconoce que existen ciertos casos, en que sin importar la figura penal de que se trate, es posible que no se pueda configurar la agravante en la ejecución material de un hecho en grupo, como sucede con los adolescentes, en los que muchas veces la comisión de delitos en grupo es inherente a su actuar, forma parte de su conducta, por lo que no se podría utilizar este

criterio para agravar su responsabilidad penal, ya que se estaría violando la prohibición de doble valoración, concretamente el principio de inherencia.

1.2 Revisión de una sentencia relevante

El criterio anteriormente expuesto, en cuanto a la aplicación de la agravante de pluralidad de malhechores, tratándose de delito perpetrados por adolescentes es recogido por la sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 15 de diciembre del año 2009 en causa ROL N° 1223-2009.

La decisión del tribunal de alzada acogió un recurso de nulidad interpuesto por la defensoría en favor un adolescente condenado por el delito de robo con intimidación en grado de consumado, recurso fundado en la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal (en adelante CPP) en relación con el artículo 342 letra c) y d) del mismo cuerpo legal; y en subsidio, sustenta el recurso en la causal de errónea aplicación del derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, basado en el artículo 373 letra b) del CPP.

La defensoría argumentó, en primer lugar, que la sentencia del tribunal a quo omitía los criterios especiales obligatorios para el juez fijados por la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente y Reglas de Beijing recogidas en esta normativa, lo que se traduciría en una falta de fundamentación de la sentencia; y subsidiariamente, alegó una aplicación incorrecta de las normas de la citada ley, considerando la particular conducta de los adolescentes, por lo que se pidió que se desestimen las agravantes pedidas por el Ministerio público de pluralidad de malhechores y reincidencia específica.

La decisión del tribunal solo acogió la petición subsidiaria, por considerar que los sentenciadores sí se hicieron cargo del fondo y forma de la cuestión debatida, así como del rango etéreo del imputado.

La Corte en el considerando quinto sostuvo lo siguiente: “Que, en concepto de esta Corte resulta atendible, y de eso ya no hay dudas, que los adolescentes conforman un estamento etario, que tiene sus particulares características, propias de una etapa de desarrollo previa a la adultez, con afectividades ausentes o que no los satisfacen o una marcada susceptibilidad. En su conflictivo desarrollo se unen a otras personas en busca de reconocimiento y legitimación. En esa búsqueda rompen reglas de conductas, asumiendo conductas rebeldes. El adolescente, como hombre incipiente, su madurez e intelectualidad, también lo es, y muchas veces con escasa noción del reproche social. Tanto es así, que estas

conductas son recogidas en las legislaciones penales modernas, o en recomendaciones de los Estados miembros, como lo son las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la administración de justicia para menores o Reglas de Beijing. Se sugiere, en una de sus reglas, que a un joven o niño se le puede castigar por un delito, pero en forma diferente a un adulto. Se dice en este instrumento que los jóvenes en este período de edad son más propensos a un comportamiento desviado”.

A la luz del planteamiento anterior, no puede negarse la diferenciación que debe hacer el juez al aplicar en derecho tratándose de adolescentes, de lo que se desprende la imposibilidad de configurar la agravante de pluralidad de malhechores en estos casos. La Corte expresamente reconoció el actuar en grupo como una actividad propia de los menores, lo que queda de manifiesto en el considerando sexto cuando expone: “En relación a la otra agravante, particular de los delitos de robo y hurto, consagrada en el artículo 456 bis del Código Penal, esto es ser dos o más los malhechores, los juzgadores no consideraron que es propio de los adolescentes desarrollar su cotidianeidad junto a otros u otros sujetos”.

1.3 Modificaciones en los delitos de Robo, Hurto y Receptación.

El 23 de enero de 2015, el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, envió al Parlamento un proyecto de ley que modificó la regulación de los delitos en contra de la propiedad consagrados en el Título IX del Libro II de nuestro Código Penal, ello fundado en un aumento en la actividad criminal y una mayor inseguridad por parte de la ciudadanía.

Dentro los objetivos de este proyecto, destaca la modificación del sistema de determinación de la pena para delitos de robo hurto y receptación; mejorar la investigación y juzgamiento para estos delitos, con miras a aumentar la probabilidad de condena para responsables de delitos contra la propiedad y hacer una distinción entre sujetos activos primerizos y reincidentes en la imposición de penas y medidas de seguridad¹.

El proyecto de Ley en comento se materializó en la Ley 20.931, que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en esos delitos, promulgada el 24 de junio de 2016 y publicada el 5 de julio de 2016.

¹ Historia de la Ley 20.931. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Mensaje N° 1167-362/ 23 de enero de 2015. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>. Fecha de última consulta el 10 de octubre de 2016.

Entre estas modificaciones legales resulta relevante la enmienda a la agravante de responsabilidad penal contenida en el artículo 456 bis n°3, la que fue suprimida por el numeral cuarto del primer artículo de la ley individualizada.

Sin embargo, en relación a la pluralidad de malhechores, el numeral tercero del artículo 1° agrega al Código Penal un nuevo artículo 449 bis, el que prescribe lo siguiente: *“Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.”*

Por tanto, a pesar de derogar la agravante primitiva se incorpora otra norma que reemplaza, cuyo fundamento y alcances serán objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

1.4 Fundamentos.

Para ocuparnos de los fundamentos del nuevo artículo 449 bis del Código Penal será menester revisar la historia fidedigna de la Ley 20.931, y hacer mención a que, en la redacción actual de esta disposición, no estaba contenida en esos términos en el mensaje que envía el Poder Ejecutivo al parlamento, sino que nace desde una indicación en el Senado de los senadores Espina, Coloma, García, Harboe y Larraín. El proyecto de ley original redactaba la norma analizada de la siguiente forma: “Art. 449 bis. Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo cuando la cuantía de lo robado o receptado exceda de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho constituya uno de los crímenes señalados en el párrafo 2° anterior, caso en el que se impondrá la pena prevista para cada delito, con exclusión de su grado mínimo”.

Siguiendo con la idea anterior, los Senadores propusieron que la redacción original propuesta del artículo sea reemplazada por la siguiente: “El juez podrá aumentar la pena en un grado si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes. Si el delito fuere cometido por medio o a través de una persona jurídica y en beneficio o interés de esta se impondrá además como consecuencia accesoria la disolución o cancelación de la persona jurídica.”².

² Historia de la Ley 20.931. Segundo trámite constitucional: El senado. Boletín N°9.855-07/ 28 enero 2016. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/> Última consulta el 21 de octubre de 2016.

Esta indicación trajo consigo una serie de inquietudes por parte de quienes participaron de la discusión en la comisión de Constitución, justicia y reglamento, que fue la encargada de la discusión en particular del proyecto en el Senado, asesorada por los profesores Jean Pierre Matus y Juan Domingo Acosta, quienes trabajaron a lo largo de todo el trámite legislativo de la ley.

Al respecto, el profesor Matus sostuvo que la indicación no superaría los inconvenientes planteados por la configuración de asociación ilícita, por lo que para hacer operativo el párrafo relativo a la organización de delincuentes debería especificarse que la agrupación o reunión de delincuentes de que se trata no requerirá configurar el tipo de asociación ilícita³.

En efecto, el tipo penal de asociación ilícita se diferencia de una simple agrupación criminal destinada a la comisión de un delito ya que supone un nivel organizacional mayor, en que está presente una estructura jerárquica, un objetivo económico en cuanto a la organización y no solo al delito en particular y una cierta estabilidad y permanencia en el tiempo, al respecto el Juez de Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, Francisco Hermosilla Iriarte, en su exposición en el Seminario Asociación Ilícita, planteó lo siguiente: “esta figura penal nace pretendiendo castigar a los cuerpos formados para propender a un fin ilícito (que en nuestro Código penal son atentados contra “el orden social”, “las buenas costumbres”, “las personas”, o “las propiedades”), de un modo más o menos estable, diferenciándose en ello de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, suponiéndose esto último, no solo de su historia fidedigna, sino que además, de la locución final del artículo “por el solo hecho de organizarse”, de donde parece desprenderse que se requiere de una organización con jefaturas y reglas propias” (2004:p 69).

El profesor Guzmán Dalbora sostiene al respecto: “ esta exigencia de que el colectivo esté dotado de organización y estabilidad, habitual reclamo interpretativo en España y otros países, que ha sido dictada por la necesidad de delimitar la asociación criminal respecto de la conspiración para cometer un delito, haya servido indirectamente para preterir un dato fundamental que permite echar nueva y más esclarecedora luz sobre esto de la “organización estable” y, de paso, contribuye a comprender el carácter psicológico del resultado del delito” (2007: pp. 128-129).

³ Historia de la Ley 20.931. Segundo trámite constitucional: El senado. Boletín N°9.885-07/ 29 de febrero 2016. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/> Última consulta el 21 de octubre de 2016.

Por lo anterior, queda clara la intención del legislador de diferenciar la nueva agravante del tipo penal de asociación ilícita, mas no puede desprenderse de aquello que la voz “organización” no requiera de un estudio posterior referente a su aplicación particular.

Dentro de esta misma sesión, el Senador Espina sostuvo que esta agravante podría aplicarse a todos los delitos contra la propiedad abordados por el proyecto y no solo a la receptación. Por su lado, el profesor Acosta introdujo la idea de la derogación del numeral 3 del artículo 45 bis, considerando que, si se quiere es establecer una agravación focalizada para este grupo de delitos, facilitada por la concurrencia de una agrupación, es necesaria su derogación, ya que esta disposición agravaba la penalidad de los delitos de robo y hurto por esta misma causal.

En base a estas apreciaciones que en una sesión posterior se sometió a consideración la redacción actual del artículo 449 bis y la supresión del artículo 45 bis número 3, las que son acordadas por la unanimidad de los miembros de la comisión.

Respecto de los delitos cometidos en favor de una persona jurídica, se decidió explorar la posibilidad de incorporarlos dentro de la ley N°20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, y finalmente se discutieron modificaciones respecto de esta normativa en particular.

1.5 Alcances de la disposición legal.

Resulta muy importante analizar los alcances de esta nueva disposición, relacionada con el anterior artículo 456 bis n°3 del Código penal, debido a la intención del legislador de contener esta agravante dentro de la redacción del nuevo artículo 449 bis del mismo cuerpo legal.

Una primera mirada sobre los alcances de la circunstancia introducida por la ley 20.932, guarda directa relación con los delitos que ésta abarca, es decir, la cantidad de delitos sobre los cuales puede constituirse esta agravante de responsabilidad penal. Sobre el particular, debemos mencionar que la enmienda amplía el ámbito de aplicación, ya que el artículo 456 bis n°3 estaba previsto respecto de los delitos de robo y hurto, mientras que el 449 bis amplía el ámbito de aplicación a los delitos de receptación.

Una segunda cuestión que debemos hacer presente es la redacción de la voz agrupación u organización, debido a que, respecto de esta nueva normativa, aparece una

finalidad específica, que ha de estar destinada a cometer hechos punibles, objetivo inexistente en relación a la pluralidad de malhechores ya derogada.

Finalmente, consideramos necesario analizar los alcances de esta nueva disposición desde la perspectiva de la aplicación en el tiempo de la ley penal. Nuestro sistema punitivo reconoce el principio la irretroactividad de la ley penal, el que está consagrado con carácter general en el artículo 9 inc. 1° del Código civil; el Código penal lo ratifica en el artículo 18: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale la ley promulgada con anterioridad a su perpetración”, y finalmente, el legislador regula esta garantía en la Constitución política en términos casi análogos a los del Código penal, en su artículo 19 n°3, con lo que la irretroactividad de alza como mandato tanto para el juez, como para los legisladores (Garrido Montt, 2007: p.108). Además de encontrar respaldo en Tratados internacionales sobre derechos humanos, concretamente en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Humanos.

No obstante lo anterior, el principio de irretroactividad de la ley contempla una excepción, cuando favorece al imputado, la entenderemos como aquella más favorable aquella que exime al hecho de toda pena o le aplica una menos rigurosa de acuerdo al inc. 2° del art. 18 del CP. (Garrido Montt, 2007: p. 110).

Además, de acuerdo al criterio seguido por la ltima. Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo 25 de julio de 2016 ROL N°1365-2016, es necesario relacionar las disposiciones anteriores con el artículo 22 n°2 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, lo que permitiría concluir que si una circunstancia agravante de a responsabilidad penal es derogada, rige *in actum*, puesto que al dejar de tener existencia legal, necesariamente favorecerá al condenado.

El profesor Bascuñán agrega un tercer principio que gobierna los efectos de la ley penal en el tiempo, el de preteractividad de la ley penal, calificándola como la aplicación de la ley en una sentencia posterior a su derogación, reconociendo que no se trataría de un principio garantístico, sino de una pura regla de reconocimiento de la ley aplicable (1999: pp. 10-13). El autor desprende lo anterior desde el punto de vista de la relación entre ley y sentencia, como criterio cronológico de determinación de los efectos de la ley en el tiempo, y siempre y cuando se trate de un hecho acaecido durante su vigencia.

Lo anterior guarda relación con la posibilidad de aplicación del derogado artículo 456 bis n°3 a aquellos delitos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.931, ante lo que se debe responder negativamente, toda vez que se trata de una ley más favorable al imputado, por tanto no se sigue al respecto la regla general de irretroactividad

de la ley penal, y menos sabe aún, hablar de preteractividad, tratándose de la aplicación de una ley penal más favorable.

En base a lo expuesto precedentemente, es posible realizar varias apreciaciones; primer lugar, es la no aplicación del artículo 456 bis n°3 del Código Penal a hechos ocurridos con anterioridad a su derogación en virtud de la aplicación de la ley más favorable. Al respecto Roxin señala: “Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena, o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista político-criminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada”: (Roxin, 1997: p. 167).

Un segundo punto a comentar, es la posibilidad de revisión y rebaja de condenas, en efecto, el inciso 3° del artículo 18 del Código penal dispone lo siguiente: “si la ley que exima del hecho toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”.

Manifestación de lo anterior es lo que ha estado ocurriendo con la jurisprudencia reciente de nuestros Tribunales de juicio oral, en orden a aceptar solicitudes de revisión de condena por aplicación de la ley más benigna eliminando la pluralidad de malhechores como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, trayendo consigo consecuentemente una rebaja en las condenas. Como prueba de lo anterior podemos mencionar la jurisprudencia del Tribunal de juicio oral en lo penal de Colina en causa RIT 14-2016 con fecha 10 de agosto del presente año; Sentencia del Tribunal de juicio oral en lo penal de San Antonio en causa RIT 72-2015 con fecha 6 de septiembre del 2016; resolución del Tribunal de juicio oral en lo penal de Valparaíso en causa RIT 639-2013 con fecha 13 de septiembre del 2016, y resolución del 3 de agosto de 2016 del 6° Tribunal de juicio oral en lo penal de Santiago en causa RIT 240-2015.

Sin perjuicio de lo anterior, y para una acertada comprensión de los alcances de la nueva disposición en comento, es necesario responder a la pregunta sobre la posibilidad de aplicación del artículo 449 bis en las situaciones descritas en los párrafos anteriores, vale decir, ¿es posible la aplicación de la nueva agravante de responsabilidad contenida en el artículo 449 bis del Código penal a los hechos que antiguamente regulaba el artículo 456 bis

nº3 del mismo código? Para responder esta interrogante nos basaremos en los mismos criterios que han servido de sustento a la jurisprudencia.

El Tribunal de juicio oral en lo penal de Colina en su considerando noveno manifiesta : “Que en este sentido la mayoría, estima que es posible razonar como se hizo en el motivo precedente, pues coincidiendo en parte con la línea argumental del Ministerio Público, y teniendo a la vista además, la historia de la Ley 20.931, se desprende que el objetivo del legislador fue reemplazar la agravante de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N ° 3 por la del artículo 449 bis, que como ya se señaló agrava la pena de quienes actúen formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de la que trata el párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo. Al respecto, puede estimarse, que ya del tenor literal de este nuevo precepto, se desprende una mayor exigencia para la configuración de esta agravante, pues no basta que dos o más personas participen en la ejecución de un delito aumentando con ello la indefensión de la víctima, sino que requiere que ellas se hallen organizadas de algún modo. A mayor abundamiento, dada la juventud de esta norma, resulta necesario interpretarla de manera integrativa y sistemática en relación con nuestro ordenamiento penal, apareciendo como referente o figura a fin, la agravante de agrupación delincuentes señalada en el artículo 19 de la Ley 20.000, que agrava la pena de aquellos que actuando en grupo de dos o más personas ejecutan un ilícito contemplado en dicha ley sin constituir una asociación delictual. Sobre este punto, resulta pertinente señalar también, que revisada la historia de la Ley, este estrado discrepa de la opinión del fiscal nacional subrogante, el Sr. Montes, quien estimó que la sustitución normativa a que nos referimos, conllevaría a una mayor aplicación de la agravante, por la no utilización del término malhechores, pues la circunstancia o no de tratarse de sujetos anteriormente condenados, no es un requisito exigido de manera general ni unánime por los tribunales, y tal es el caso, de la sala que dictó la sentencia en esta causa, que precisamente aplicó la agravante de pluralidad de malhechores a Brian Veliz Pérez, detentando éste irreprochable conducta anterior.

A su vez, el Tribunal de juicio oral en lo penal de San Antonio en el considerando sexto de la sentencia resuelve al respecto lo siguiente: “Este tribunal no desconoce que el legislador en esta Ley incorporó el artículo 449 bis al Código penal como una nueva circunstancia agravante para los delitos de robo, hurto, entre otros, pero es del parecer que esta nueva circunstancia no es asimilable al artículo 456 bis N° 3 derogado, no solo porque no se encuadraron dentro de un mismo articulado, sino que además porque no mantienen

los mismos contenidos normativos. Por otra parte, los presupuestos fácticos del artículo 449 bis no fueron objeto de juzgamiento el día 14 de julio del año 2015, por lo que no cabría suponer o asimilar su aplicación al caso que nos convoca.”

Misma situación ocurre con la jurisprudencia del Tribunal de juicio oral en lo penal de Valparaíso, quien sostiene en el considerando 4º.-Que conforme lo dispone el artículo 18 del Código Penal, el tribunal que dictó la sentencia “*deberá modificarla de oficio o a petición de parte*” cuando se dicte una nueva ley “*que aplique una (pena) menos rigurosa*”. El numeral 4º del artículo 1º de la ley 20.931, derogó el artículo 456 bis N° 3 del Código penal, precepto que contenía la agravante conocida como de pluralidad de malhechores, de vasta aplicación judicial y cuyos límites fueron contorneados después de un extenso debate sobre su alcance, con el correr de los años. Tal norma, no fue sustituida por otra de similar literalidad o semejante laxitud y, el desvalor que la misma captaba, sólo es recogido parcialmente por el nuevo artículo 449 bis del Código penal. Para el fiscal, no habría modificación sustantiva entre ambos preceptos de suerte que uno sería el sucesor del otro en término idénticos. Sin embargo, de la simple lectura del nuevo artículo 449 bis del Código penal, no resulta posible compartir la interpretación fiscal. Se lee en este precepto, que se aplicará la agravante en el caso que “*el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles*”. Mientras el precepto sustituido solo hacía alusión a la ejecución material del delito, el actual hace mención a un formar parte, es decir, el integrar un algo, la fracción de un todo, que no es otra cosa que un grupo u organización, *destinado* a los fines que la ley proscribiera. La referencia al género o estructura, del que forma parte el sujeto y, especialmente, la alusión a un fin, se presentan como menciones propias y sugerentes de estructuras dotadas de cierta estabilidad, más allá de la simple coincidencia delictiva, propia de la coautoría. Una agrupación, organización o reunión de personas con un fin, es una estructura que excede al delito puntual y da cuenta de un sistema, que aunque breve, de mayor proyección que la mera ejecución delictiva. Por cierto, que esta mayor estabilidad, estructura y permanencia, en el presente caso, no ha sido probada ni fijada como hecho.”

El análisis de la jurisprudencia destaca que el sentenciador no está de acuerdo en cuando a la intención que ha manifestado el legislador en orden a reemplazar la agravante de pluralidad de malhechores con la contenida en el 449 bis, es posible constatar la importancia que recae en esta decisión la nueva redacción en tanto ésta exige un objetivo específico a una cierta agrupación, voz que por sí sola ya presenta inconvenientes interpretativos, cuestión que escapa a la regulación anterior, independientemente de que

ambas disposiciones no se encuadren dentro del mismo articulado, sino más bien atendiendo al contenido de las mismas.

Y finalmente, una tercera observación y tal vez la más obvia, es aquella que guarda relación con la evaluación caso a caso que deberá hacer el sentenciador respecto a la posible concurrencia y aplicación de la agravante del artículo 449 bis del Código penal respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.931.

Además de lo anterior, es necesario preguntarse sobre la aplicabilidad del artículo 449 bis del Código penal en los casos de coautoría, en que los coautores realizan de forma conjunta partes del delito, de modo que la suma de sus actos completa la descripción típica, ya que la realización de su parte en delito ya es considerada por la ley al conferirle la calidad de coautor, por lo que tomar en consideración esta situación para agravar la responsabilidad penal del sujeto, en estos casos implicaría una doble valoración, y con ello una clara vulneración al principio *non bis in idem*. Oliver planteó algo similar respecto a la anterior pluralidad de malhechores: “las realizaciones parciales del comportamiento descrito en el tipo, efectuadas por cada uno de los sujetos, ya son consideradas por la ley al calificar su intervención como coautoría” (2012: p. 246).

Tratándose de la disposición actual, el requisito de la coautoría relativo a la distribución del trabajo aparece de manifiesto en la voz organización u agrupación que utiliza el legislador para describir la agravante, cuestión que no era posible deducir tan fácilmente de la redacción del anterior artículo 456 bis número 3 del Código Penal.

2. *Consideraciones sobre Derecho Penal Adolescente.*

2.1 *Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.*

El juzgamiento y sanción de niños y jóvenes infractores debe ser llevado por un sistema especializado de responsabilidad (Duce, 2009: p.3) y el fundamento de esta protección especializada radica en la aplicación de los principios de igualdad y de protección, en virtud de la situación *jurídico-social* del adolescente y su calidad de persona en pleno desarrollo (Bustos, 1992: p. 7). Según Duce, los tratados internacionales pertinentes son:

- a. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990. Ley 23.849 (en adelante CIDN)
- b. Comité de Derechos del Niño.
- c. Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)
- d. Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD)

Con ello se configura un marco mínimo de reconocimiento y respeto normativo por parte de los países que los han ratificado (Beloff, 1998: p. 9) respecto de los niños, niñas y adolescentes sujetos titulares de derechos propios, sujetos activos de derechos y con capacidad de ejercicio (Terragni, 2008: p. 2). Sin embargo, esta afirmación ha vivenciado una historia nutrida de rupturas en la fenomenología legislativa, que se desarrolla desde un paradigma asistencialista y de medias tutelares, hacía una discusión en términos de ciudadanía y derechos para los niños, todo esto por la inclusión paulatina de un nuevo orden del discurso.

Es así como la doctrina ha clasificado estas corrientes en dos vertientes de pensamiento, por un lado la Doctrina de la situación irregular que emplea la voz menores para calificarlos y los ubica como objeto de tutela y protección segregativa, y por el otro lado, la Doctrina de la protección integral, que observa a los niños y jóvenes como sujetos de plenos derechos.

Con ello se produce una transformación en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad al momento de admitir y ratificar estos instrumentos especializados en las normativas nacionales, con especial mención, la CIDN. Tal transformación se conoce como la sustitución de la Doctrina de la situación irregular por la “doctrina de la protección integral”. La CIDN, a partir de su ratificación, cambió el prototipo legislativo que se venía aplicando sobre los derechos de los niños, las naciones optaron por regular un código integral que se encargara de las políticas públicas e intervención judicial (aspectos de derecho de familia, infractores de la ley penal) o por leyes específicas en el marco de la CIDN, como por ejemplo, leyes de responsabilidad adolescente o sobre ejecución de las sanciones penales juveniles (Beloff, 1998: p.12).

Teóricamente se dice que las leyes que regulaban la situación de la infancia y juventud con anterioridad a la CIDN pertenecen a la doctrina de la situación irregular.

Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de esos actores sociales. Los que no saben, no tienen o no son capaces. Por su parte, el sistema de protección integral de derechos de los niños, surge de la CIDN y de las demás normas especializadas comentadas, tiene como eje central de la protección integral de los derechos de los niños, como lo es la protección del interés superior del niño y su plena satisfacción. Ahora bien, esta noción es de carácter abierto, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares (1998: p.17).

En virtud de este cambio de paradigma, la CIDN y la Constitución Política de la República como receptáculo y vía de reconocimiento del derecho internacional, ha plasmado en nuestra legislación elementos claves para la justicia penal y la doctrina más autorizada identifica los siguientes elementos: a) Consideración del niño como sujeto de derechos y responsabilidad progresiva b) atribución de responsabilidad por participación en un hecho punible c) principio de legalidad penal d) aplicación del principio de oportunidad y fórmulas de remisión del procedimiento como regla general e) dignidad personal, integración social y responsabilidad como principios fundamentales en las consecuencias jurídicas aplicables f) reconocimiento de la naturaleza restrictiva de derechos y sanciones; y g) regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad (Berríos, 2011: p. 6).

Por lo anterior, es importante el rol que tiene la CIDN en la determinación de los objetivos que posee el sistema especializado nacional que tiene como cimiento la protección de sujetos plenos de derechos. El legislador expresamente declaró, en la exposición de motivos del proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente, que “*se pretende realizar una completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la **infancia y adolescencia**, de modo de adecuarlas (...) a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, Convención internacional de los derechos del niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile*”⁴.

Desde la perspectiva normativa, la Convención internacional de los derechos del niño fue un factor predominante en el proceso de ajuste de las leyes nacionales y el carácter constitucional que presentan los derechos de niños, niñas y adolescentes. En virtud de lo anterior, es deber del Estado modificar sustancialmente todas las leyes que sean incompatibles con la normas de la Convención. Consecuencia de ello el Código penal y la

⁴ “Mensaje de S.E el presidente de la República con el que inicia el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal (boletín N° 3021-07)” *Boletín de sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 24ª, 6 de agosto de 2002, Legislatura 374ª Ordinaria, P.72.*

Ley número 20.084 de Responsabilidad penal adolescente (en adelante LRPA) ha debido alterar el modo de punir las infracciones criminales cometidas por adolescentes.

Concretamente, los artículos 37 y 40 de la CIDN establecen garantías especiales para adolescentes, destacándose: i) a una respuesta penal cualitativamente diferente a la de los adultos ii) a una pena cuantitativamente menos aflictiva iii) a especiales garantías durante la ejecución de las sanciones iv) a que se fije una edad por debajo del cual no se impondrá ninguna sanción (Couso, 2009: pp. 54 y 55).

Tomando en cuenta lo señalado anteriormente, desde la política criminal cabe preguntarse ¿Cómo distinguir aquellos casos en que sea más conveniente emplear una estrategia despenalizadora y aquellos en los que se requiera algún tipo de intervención penal mayor?

Por un lado los mecanismos que proporciona el sistema procesal penal como el principio de oportunidad, acuerdos reparatorios, o suspensión condicional del procedimiento son medidas que apuntan a garantizar desde una perspectiva del debido proceso en el procedimiento especializado de jóvenes infractores, todas ellas salidas que no impliquen una pena privativa de la libertad, pues esta tiene profundos estigmas crimenogénicos (Berríos, 2011: p.5), y es fundamental que los sistemas especializados de justicia penal juvenil informen las prescripciones normativas con estos principios de carácter internacional.

El artículo 2º de nuestra Ley 20.084 LRPA, normativiza el interés superior del adolescente en concordancia con las disposiciones de la Convención Internacional de los derechos de los niños, a saber: Artículo 3.1; 12.1; 37 y 40 (Riquelme, 2007: p.p 12 a 14). La LRPA, tiene por objeto la persecución penal de los adolescentes infractores entre 14 y 17 años que hayan cometido alguno de los delitos establecidos en la ley penal general, cuyas penas aplicables son especiales y están en constante revisión y modificación durante su fase de ejecución.

Según lo señalado por la Defensoría Penal pública, para estructurar un sistema de justicia juvenil, se debe determinar la edad mínima de responsabilidad penal; orientar el tratamiento de los niños dentro de los procesos en la justicia penal; justificar las condenas diferenciales de los adultos y los menores y fijar los límites del castigo; y, por último, respaldar la obligación de reparar a los menores que salen del sistema de justicia penal, estableciendo así un sistema de reinserción basado en los derechos (2014: p.75).

2.2 Algunas referencias al Derecho comparado.

Los modelos de responsabilidad penal juvenil, se distinguen en las diferentes naciones por la diferente intensidad y cualidad de la respuesta penal, determinando las características, de un sistema de “protección integral” que gradualmente se ha incorporado en los ordenamientos jurídicos, desde la promulgación de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Con una finalidad ilustrativa podemos identificar como principios inspiradores: Los límites a la actividad investigativa, la investigación de contextos familiares y personales, la declaración personal del niño, las mayores exigencias en el contenido de la motivación de las sentencias.

Es preciso señalar que la doctrina extranjera ha descrito tres modelos teóricos básicos de responsabilidad penal juvenil: El modelo penal indiferenciado, tutelar y de justicia o garantista. El modelo penal, o penal indiferenciado resulta de la aplicación de los procedimientos penales y penas establecidas para los adultos a los adolescentes, tiene como data histórica los códigos penales de corte retribucionista del S. XIX, hasta 1919 (García Méndez, 2013: p.1).

Siguiendo las líneas de García Méndez, se pueden identificar características tales como: Que no se diferencia ni reconoce la especialidad de la justicia penal juvenil; la sanción tiene un carácter preventivo general; se privilegia la sanción privativa de la libertad; la sanción se aplica en establecimientos para adultos; se busca solucionar la criminalidad por medio de la ley penal- Por otra parte, el modelo tutelar o asistencialista, tiene su origen en Estados Unidos de Norteamérica de fines del siglo XIX. A partir de esta experiencia este modelo influenció rápidamente todos los países de Europa Occidental, (García Méndez, 2013: p.2). Hasta antes del surgimiento de las cortes juveniles especializadas, cuyo hito inicial fue en Illinois en 1899, supuso una persecución penal de jóvenes entregada a los sistemas de adultos.

Este modelo está basado en los postulados del positivismo criminológico y en la doctrina de la situación irregular, cuyo fundamento filosófico descansa en la concepción del delito y el castigo, pensamiento de la época que reflejaba una suerte de fracaso del funcionamiento de las instituciones sociales encargadas de castigar, y por los propósitos filantrópicos de la clase dominante, se toma a los niños, niñas y adolescentes como enfermos que deben ser rehabilitados. .

La Convención Internacional de Derechos del Niño marca el advenimiento de una nueva etapa. El modelo de Justicia o Garantista de “responsabilidad penal de adolescentes”, para García Méndez y otros autores, surge de la aprobación de esta convención.

Esta etapa puede ser fragmentada en tres sub-fases, la “separación”, “participación” y “responsabilidad”. El concepto de “separación” distingue los problemas de naturaleza social de aquellos conflictos específicos con las leyes penales, dejando de lado las ideas de la patología social. La “participación” alude al derecho que posee el niño a formarse opinión y a expresarla libremente de acuerdo a su grado de madurez que progresivamente contiene. Este concepto exige la concepción de la “responsabilidad” que no es solo responsabilidad social cuando el menor adquiere un cierto grado de madurez, sino que, además y progresivamente se torna a una responsabilidad de tipo específica penal (García Méndez, 2013: p.3).

De este modelo se pueden identificar las siguientes características: garantiza una descripción detallada de los derechos de los menores en un proceso limpio y transparente, limitándose al mínimo posible la intervención de la justicia penal.; el derecho penal juvenil es autónomo respecto del derecho penal de adultos particularmente en cuanto el sistema sancionatorio, por lo que contempla una jurisdicción especializada para el juzgamiento de delitos cometidos por menores de edad; se establece una amplia gama de sanciones, privilegiando las sanciones no privativas de libertad, basadas en principios educativos; la sanción mantiene una connotación negativa pues el menor debe cargar con las consecuencias de su comportamiento.

2.3 Límites de edad de responsabilidad penal juvenil y caracterización de los sistemas especializados en Estados Unidos, España, Alemania, Brasil y Costa Rica.

Resulta importante distinguir los sistemas de justicia juvenil por edad mínima de responsabilidad y la caracterización de los elementos más importantes por nación. Para sistematizar objetivamente como observan y legislan las diferentes naciones los supuestos delictivos donde el sujeto activo es un niño, niña o adolescente, susceptibles de ser juzgados, o por una Corte especializada con márgenes procesales delimitados (*due process of law*) y garantías concretas, o por un sistema de corte igualitario con los adultos. Para esto el estudio abarcará los sistemas de responsabilidad juvenil de Estados Unidos (en adelante EE.UU), España, Alemania, Brasil, Costa Rica. Y para ello nos serviremos de la

investigación de los profesores Mauricio Duce y Jaime Couso, que titula “El Derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”.

Examinando brevemente ahora el caso de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y Alemania, la edad mínima es de 10 años exceptuando a Alemania. La media europea, va entre los 14 y los 16 años de edad, en Escocia es de 12 años. Alemania, quién ratificó la CIDN el 6 de marzo de 1992, cuenta con una jurisdicción especial desde el año 1923 –la más antigua de las legislaciones en esta materia-, y actualmente vigente la Ley de Tribunales Juveniles de 1953 reformada en 1990; Se aplica a adolescentes entre los 14 y 18 años, así como también a los mayores de 18 y menores de 21 previo examen de desarrollo moral y mental y de la gravedad del acto acometido (que debe ser una infracción propia de adolescentes).

Este sistema especializado, en contexto con los movimientos reformistas, buscó sustituir la respuesta puramente punitiva con una inspirada en el “principio educativo” (prevención-especial), no obstante, no renuncia a la imposición de penas, así la pena máxima privativa de la libertad tendrá una extensión de diez años en el caso de que las medidas educativas no basten y la gravedad de la culpabilidad y sus tendencias nocivas así lo exijan.

Además, en materia procesal, consideró reglas especiales inspiradas en el principio educativo. Aparte de la creación de órganos especializados, Tribunales Juveniles, Fiscales Juveniles y un Servicio de Asistencia a los Tribunales Juveniles, desde un principio se consideraron las diferencias con el proceso penal de adultos, se limita el principio de publicidad de los actos y flexibiliza el principio de legalidad procesal (principio de oportunidad) que puede ser invocado por el Fiscal o por el Juez.

Entre otras manifestaciones podemos sistematizar como las más importantes las siguientes:

- a. La investigación sobre la personalidad y el entorno familiar y social del adolescente.
- b. Ampliación de los casos de designación forzosa de un defensor.
- c. Exigencias específicas sobre el contenido de la fundamentación de la sentencia.
- d. Restricción de los recursos disponibles para impugnar las resoluciones judiciales.
- e. Los límites a la actividad investigativa desarrollada por la policía y los fiscales.
- f. Cabe señalar que las últimas reformas introducidas manifiestan la ambigüedad, presente en casi todos los sistemas, entre la especialidad y las tendencias neoconservadoras dirigidas al endurecimiento punitivo.

Por otra parte, Estados Unidos de Norteamérica, a la fecha, es uno de los dos únicos países miembro de Naciones Unidas que no han ratificado la Convención. Lo más usual es que el límite de edad máximo sea a los 18 años (salvo algunos estados que fijan el límite en 17 años). Sólo 13 estados han establecido edades mínimas, que van de los 6 a los 12 años de edad. Su sistema de justicia se basa en el *common law*, que sostiene que desde los 7 años hasta los 14 años, los niños no pueden presumirse como responsables, pero sí pueden ser considerados como tales.

El caso más relevante en EE. UU fue la decisión de la Corte Suprema en *In Re Gault*, en virtud del cual, la Corte reconoce que los jóvenes eran titulares de un conjunto de derechos básicos del debido proceso reconocidos también a favor de los adultos en la Constitución. Con todo, y al mismo tiempo, la Corte Suprema reconoce que los derechos en favor de los jóvenes no son exactamente los mismos que los adultos. Y así con el trascurso del tiempo la Corte ha ido aumentando y a la vez acotando los derechos del debido proceso a favor de los jóvenes.

El caso *Gault*, cambió el paradigma e introdujo cambios significativos en las legislaciones a nivel estatal que se ven obligadas a cambiar de la orientación de sus sistemas de justicia, basados preponderantemente en la ideología “tutelar” a sistemas pensados desde la lógica de garantías individuales. Los principios fundamentales de carácter general sobre los que se estructura el sistema de responsabilidad penal juvenil son los siguientes:

- a. La competencia que disponen las cortes especiales de justicia juvenil normalmente abarca dos tipos de conducta: Por un parte están los casos de *delinquency*, que corresponden a conductas que si fuesen cometidas por adultos serían perseguidas penalmente y las *status offenses*, que incluyen un conjunto de conductas prohibidas a los niños y jóvenes, por ejemplo, faltar a clases.
- b. Los jóvenes que quedan sometidos a la jurisdicción penal juvenil no tienen derecho a ser juzgados necesariamente por estos tribunales especializados. En casi todos los Estados se admite que los casos de *delinquency* sean conocidos por tribunales de adultos, siendo facultad de los fiscales elegir discrecionalmente la jurisdicción.

Sin embargo, hay que mencionar además que hasta junio del año 2012, EE.UU era el único país en el mundo que permitía condenar a prisión perpetua efectiva a personas que

tenían 17 años o menos (dependiendo del estado), al momento de cometer un crimen, sin posibilidad de solicitar libertad condicional. Dicho esto, y a modo de síntesis, Inglaterra y EE.UU poseen un sistema de justicia respetuoso del precedente judicial, y los avances en materia de responsabilidad penal juvenil en EE.UU no vienen de la mano de la Convención Internacional de Derechos del Niño, sino, del desarrollo de sus propias prácticas y políticas-criminales, que acentúan la responsabilidad en la gravedad del hecho pudiendo el fiscal decidir si el menor será juzgado por un sistema especializado o por el sistema común para adultos.

El 12 de enero del año 2000 España ratificó la CIDN el 6 de diciembre de 1990 y reguló, por medio de una Ley Orgánica la responsabilidad penal de los menores de edad, con el objetivo de armonizar su legislación con la CIDN. Tiene como fundamento, reza la exposición de motivos, dar una respuesta especial de carácter educativo a los jóvenes que han realizado conductas delictivas, por lo mismo declara su rechazo a los fines retributivos o de prevención general del derecho penal de adultos. Esta normativa se aplica en principio a niños y jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años, distinguiendo para efectos de la graduación de consecuencias entre: mayores de 14 y menores de 16 y entre mayores de 16 y menores de 18; Bajos ciertos supuesto se aplica a mayores de 18 y menores de 21.

Como características más importantes se pueden señalar las siguientes:

- a. El procedimiento aplicable a los menores está inspirado en el abreviado de adultos.
- b. Existe una separación de las funciones de instruir e enjuiciar, a cargo respectivamente del Fiscal y un Juez especializado.
- c. Otorga al Ministerio Público un amplio principio de oportunidad –se limita en la reincidencia, delitos graves o donde existe violencia o intimidación-.
- d. Prevalece el principio acusatorio.
- e. Establece un conjunto de medidas no privativas de la libertad fundadas en un fin educativo.
- f. Se consagra el derecho de defensa desde la incoación del expediente.
- g. Se admite la mediación como forma de resolución de conflictos.

El 4 de diciembre del año 2006 se reformó, por medio de una Ley orgánica la legislación estudiada en el párrafo precedente, la cual modifico casi la mitad de los artículos de la Ley orgánica del año 2000 y tuvo como objeto principal endurecer el tratamiento penal a los adolescentes infractores. Su justificación, según el mensaje del texto normativo,

fue la siguiente: “Las estadísticas revelan un aumento considerable de los delitos cometidos por menores, los que han causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y las faltas patrimoniales” (Duce y Couso, 2012: p.13).

En Latinoamérica, Brasil ratificó la CIDN el 24 de septiembre de 1990, y modificó sustancialmente el Código de Menores de 1979 redactado en dictadura, constituyéndose, inaugurando el Estatuto del Niño y el Adolescente en 1990 (ECA). La primera innovación sustancial en responsabilidad penal adolescente, respecto a los modelos tutelares que tienen como data 1919. El modelo ECA posee las siguientes características que son de carácter esencial: A pesar de la Convención Internacional de Derechos del Niño, y sobre todo en su carácter de instrumento jurídico universal, define como niño a todo ser humano hasta los 18 años de edad incompletos; ECA define a niño como a todo ser humano hasta los 12 años incompletos y como adolescente a todo ser humano desde los 12 hasta los 18 años incompletos.

Inspiradas las nuevas legislaciones latinoamericanas en el ECA, y sustancialmente modificadas por la CIDN, establecen la misma distinción, variando la frontera entre dos categorías, para 13 o 14 años o en algunos casos colocando alguna distinción ulterior para mayores de 15, como es el caso de Costa Rica. El modelo de responsabilidad penal adolescentes de Brasil trascendió rápidamente las fronteras e influyó procesos de reforma posteriores en otros países de la región. La ECA creó y al mismo tiempo, fue el resultado de un proceso jurídico endógeno, de carácter garantista y por lo mismo de un *ethos* compleja.

El estatuto establece garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales el 110 y 111; el proceso en detalle los artículos 171 a 190. Por tanto, cumple con el reconocimiento de todas las garantías, característica inherente a los sistemas de protección de modelo garantista. Las sanciones son denominadas medidas socio educativas y están reguladas en los artículos 112 a 125 (advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, semilibertad, la internación o privación de la libertad, entre otras). Se amplía el principio de legalidad (principio de oportunidad).

Como principales características y síntesis de lo anteriormente expuesto:

- a. Que la atribución de la responsabilidad se determina en función de la condición del sujeto en desarrollo, y las consecuencias jurídicas se denominan medidas socio-educativas.
- b. Que los jóvenes, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de los que gozan los adultos en un Estado de derecho, frente al aparato coactivo del Estado, más los derechos particulares por su condición.
- c. La privación de libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve.

Costa Rica –fecha de ratificación de la CIDN 21 de agosto de 1990- fue una de las naciones latinoamericanas que recibió notables influencias del ECA. En 1996 la Ley de Justicia Penal Juvenil derogó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (1963) y además marco el término de la doctrina de la “Situación Irregular” para dar paso a la “Protección Integral”. Por estas razones se destaca, y representa un pionero avance en la transformación de la justicia juvenil latinoamericana, buscando dar una respuesta especial al adolescente que ha realizado hechos delictivos. La LJPJ limitó su ámbito de aplicación a niños y jóvenes entre 12 y 17 años. Además puso acento en las diferencias entre la legislación penal juvenil y la adulta en cuanto a los fines perseguidos:

“La ley está orientada a la protección integral del menor, al respeto de su interés superior y demás derechos, y a que la aplicación de esta ley está dirigida a la formación integral y a la reinserción del menor a la familia y a la sociedad” (artículo 7º).

A mayor abundamiento, el artículo 44 agrega que el objetivo del proceso no es tan solo la determinación del hecho delictivo y la aplicación de la sanción, sino también, la reincorporación del joven con su familia, y en general, en la sociedad. La LJPJ fue capaz de recoger los principios y directrices que entregan las diferentes normativas nacionales que regulan el ámbito de la niñez, al adaptar las diversas instituciones sustantivas y procesales del derecho penal de adultos a la especialidad requerida por los nuevos sistemas exigidos. A modo de ejemplo y características podemos señalar las siguientes: a) Especialización de los actores involucrados en el procedimiento; b) Flexibilización del proceso y ampliación del catálogo de sanciones, para dar una respuesta más adecuada con la condición de adolescente; c) Se distinguen tres tipos de sanciones: Socio-educativas, las órdenes de

orientación, y supervisión. Las sanciones privativas de la libertad son *ultima ratio* (de 10 años máx. Para menores entre los 12 y los 15 y 15 años para menores entre 16 y 18 años).

2.4. Consideraciones sobre la normativa nacional en materia de responsabilidad penal juvenil.

El objetivo principal de este apartado es revisar de Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente, vigente en Chile desde el 8 de junio del 2007, consecuencia, se indicarán los aspectos sustantivos y procesales imprescindibles, para luego dar paso al análisis de la determinación de la pena.

El sistema actual sanciona a los adolescentes, de acuerdo a lo previsto en la LRPA a los jóvenes infractores entre los 14 a 17 años, que hayan cometido alguno de los delitos establecidos por la ley penal general, salvo ciertas excepciones, reconociéndoles los derechos y garantías que integran el debido proceso. En caso de que la declaración judicial responsabilice al menor por un hecho delictivo, se le aplican sanciones privativas o no privativas de la libertad especiales, las que siempre podrán modificarse y revisarse durante su fase de ejecución.

A propósito de la estructura del proceso penal contemplado en la LRPA, el artículo 27 establece que la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal se rige supletoriamente por el Código Procesal Penal. Las normas procesales penales de la LRPA son lacónicas y no regulan por completo el procedimiento en su amplitud (11 artículos, desde el 27 al 41 descartando los párrafos 1 y 2 referidos a disposiciones generales) por lo que buena parte del proceso descansa en las normas del Código Procesal Penal.

El catálogo punitivo de la ley sustituye las penalidades establecidas en el Código penal y las leyes complementarias y varían, dependiendo de la infracción que se trate, contemplándose la siguiente escala: a) Internación en régimen cerrado; b) Internación en régimen semi-cerrado. c) Libertad asistida. d) Libertad asistida especial; e) Prestación de servicios comunitario; f) Reparación social del daño. Además, si son faltas se establece; a) Servicios comunitarios; b) Reparación del daño causado; c) Multa y amonestación.

2.5 Determinación judicial de la pena en el derecho penal adolescente: Fundamentos.

La Ley 20.084 estableció un sistema de responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal, cuyo fin, fue adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la institucionalidad internacional ya estudiada. Se estructura en base a varias premisas consignadas en la CIDN, como por ejemplo, el interés superior del niño y el derecho que asiste al menor a una respuesta penal cualitativa y cuantitativamente diferente a la del adulto. Además, supone a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos con capacidad para responder frente a sus actos.

Conviene subrayar que la LRPA establece una escala general de sanciones para los adolescentes, sustituyendo las penas contempladas en el Código Penal y leyes complementarias. Así mismo, la LRPA define expresamente la finalidad de las sanciones y las otras consecuencias que establece la ley, el artículo 20 prescribe una doble finalidad: a) hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan y, b) que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Dicho lo anterior, admitamos por el momento, que las sanciones en este ámbito tienen componentes tanto retributivos como preventivo-especiales, siendo el objetivo principal de la ley el proceso de reinserción social del niño. Más aun, la principal tarea de la determinación de la pena es identificar los criterios que deben orientar la decisión y fijación de las circunstancias y factores que deben o no deben ser consideradas por el juez al momento de imponer una pena concreta, esto es, un proceso de individualización de la pena.

En el proceso de determinación de la pena, se deben armonizar los intereses de los sujetos intervinientes en el proceso penal

Capítulo II: Comportamiento Juvenil.

“EL DERECHO PENAL FUE ESPECIALMENTE IMPORTANTE
PARA EL MANTENIMIENTO DE VÍNCULOS DE OBEDIENCIA Y SUMISIÓN
LA LEGITIMACIÓN DEL STATU QUO,
Y EN LA PERPETUACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE AUTORIDAD”
(DOUGLAS HAY, PROPERTY, AUTHORITY AND THE CRIMINAL LAW)

3. Alcances sociológicos.

La sociología de la infancia, como ciencia social que tiene su origen en la insatisfacción de los planteamientos teóricos y explicativos habituales sobre la vida y comportamiento de los niños – planteamientos explicados en los párrafos precedentes-, se ha desarrollado, con mayor abundancia teórica, en Europa y Norteamérica. Su nacimiento y desarrollo es reciente, y busca aportar explicaciones sociológicas interdisciplinarias para un fenómeno complejo como la infancia. Tiene como interés fundamental los procesos de socialización y el análisis de las instituciones encargadas de llevar a cabo este proceso, la familia, la escuela, entre otros.

Dicho lo anterior, en un primer período teórico se concibió la infancia como una “situación pre-social”, como una fase de preparación para la vida adulta que es la verdadera vida social. Durkheim, a propósito de la sociología de la educación, posiciona al sujeto infantil en un estado de naturaleza salvaje, similar al “*sturm und drang*”⁵, y la pedagogía como ente moralizante y racional, por tanto, le entrega el poder civilizatorio a la educación escolar. El sujeto infantil vivencia una etapa de desarrollo evolutivo hacia la adultez, que se valora como un estado pleno y deseable, dado que la inmadurez y el desarrollo psicológico inacabado en comparación con las personas adultas los supone incapaces, son seres biológicos y organismos respondientes que se encuentran en desarrollo (Pavez, 2012: p.85)

Por otro lado, las teorías sociológicas contemporáneas, representan el primer intento en la consideración de la infancia como objeto de interés sociológico autónomo. El Interaccionismo simbólico, que propone George H. Mead, sostiene que toda la vida social está afectada por las fuerzas y el poder de la estructura social y que el sujeto infantil está en constante dialogo consigo mismo y posee una autonomía y subjetividad propia.

⁵ Término que explica la naturaleza tormentosa y conflictiva de la adolescencia. Stanley Hall “Teoría embriológica de la recapitulación”.

Por su parte, el Constructivismo, de Berger y Luckmann, sostiene que en la realidad –como situación de vida- se registran los momentos de externalización, objetivación e internalización a través de los procesos de socialización primaria y secundaria donde se internaliza la realidad objetiva. El orden social esta impuesto por los adultos y se reproducen las reglas que ellos como autoridad imponen (Pavez 2012; p.12).

Los enfoques predominantes en el estudio de la infancia, son los siguientes (Gaitán 2006; pp 14 y 15):

1. Sociología de los niños: Su principal idea es que los niños deben ser estudiados por sí mismos y desde sus propias perspectivas. La investigación debe enfocarse directamente en sus condiciones de vida, actividades, relaciones, conocimientos y experiencias. Es fundamental la intersección de las experiencias de los niños con su contexto social que habitan, las relaciones con sus pares y con los adultos.
2. Sociología deconstructivista de la infancia: Las nociones sobre niño, niños o infancia son tratadas como formaciones discursivas socialmente construidas. En esta idea la deconstrucción se considera necesaria para desmontar el poder discursivo de las ideas imperantes de la infancia en la vida social. También aquí se ve a los niños como agentes sociales activos que modelan las estructuras y los procesos sociales que se dan a su alrededor.
3. Sociología estructural de la infancia: Se observa como una <<estructura>> en sí misma, comparable y análoga, por ejemplo, a la clase social o género. La vida de los niños aparece en este enfoque englobada en la categoría definida como infancia. El objetivo de la investigación es ligar cualquier hecho relevante observado en el nivel de la vida de los niños (condición socioeconómica, estatus político o sentido de identidad) con contextos de macro nivel y explicar aquel hecho con referencia a las estructuras y mecanismos sociales que operan en el macro-contexto y generan efectos en el nivel del grupo infantil.

A modo esquematizar los modelos sociológicos en la S.D.I, con la finalidad de proponer un tipo de observación científica que vincule a los niños, niñas y adolescentes en su contexto psicosocial, económico y contextual para el desarrollo adecuado de las políticas criminales que atañen a este grupo social, continuando el estudio de la obra de Gaitán Muñoz, se reproduce el siguiente esquema (Gaitán 2006; pp 14 y 15)

a) Modelo estructuralista de la infancia: La infancia es una forma particular y distinta de la estructura social, una categoría social permanente, una variable histórica y cultural. Además, es parte integral de la sociedad y de la división del trabajo, expuesta a las mismas fuerzas que la adultez, pero de modo distinto. Es una minoría, sujeta a tendencias de marginación y paternalización. Se entiende que son los niños co-constructores de la infancia y de la sociedad; y su dependencia repercute en su indivisibilidad

b) Modelo construccionista: Para este modelo, la infancia es una construcción social que constituye una variable del análisis social. Define la infancia como fenómeno es también un proceso de construcción y que las relaciones sociales y la cultura de los niños deben estudiarse en sus propias dimensiones. Los niños son activos en la construcción de sus vidas sociales. Y como síntesis, proponen la etnografía como metodología particularmente útil para el estudio de la infancia.

c) Modelo relacional: La infancia es un proceso relacional y debe tenerse en cuenta como los niños experimentan sus vidas y relaciones sociales. Es preciso desarrollar, además, el punto de vista de los niños. Y el conocimiento basado en la experiencia de ellos es fundamental para el reconocimiento de sus derechos.

3.1 Perspectiva desde la psicología evolutiva y del desarrollo: la importancia de los grupos de pares.

“La Psicología Evolutiva constituye un campo de conocimiento e investigación específico dentro de la Psicología, que se ocupa de los cambios en el comportamiento de las personas como consecuencia de su desarrollo con la edad. Básicamente podemos decir que se interesa por tres aspectos fundamentales: cómo va cambiando la conducta de los individuos a lo largo de su vida, cuáles son los factores determinantes de esos cambios y cómo puede intervenir en los mismos para modificarlos u orientarlos en la dirección más adecuada” (Carriedo López, Corral Iñigo, García Torres y otros 1997; p. 91).

Tratándose del estudio en adolescentes, una primera idea acerca de sus relaciones interpersonales está dada por la pérdida de peso de las relaciones familiares, a favor de las que establecen con los pares de edad (Silvestre, Solé, Pérez y otros, 1995: p. 31), razón por la cual la formación de grupos de pares es inherente a este grupo de desarrollo.

Al respecto, Michel Fize sostiene que es posible afirmar que lo que caracteriza a la adolescencia es la propensión a agruparse, destaca que, para llegar a ser uno mismo es necesaria la presencia del otro, de una interacción con ese otro, es por medio del grupo que el adolescente se afirma colectivamente respecto del exterior, del mundo adulto; se distancia de su familia y se aleja de su propia soledad (2007: p. 70).

El grupo de pares desempeña una función fundamental en la adolescencia, constituye un factor de desarrollo esencial que ayuda en muchas de las funciones evolutivas propias de la edad, como la debilitación de los vínculos familiares infantiles y la adquisición de una identidad social y sexual (Balbi, Boggiani, Dolci y otros; 2012: p. 39), además de ser una importante fuente de apoyo emocional, una fuente de afecto, comprensión, simpatía y orientación moral, se trata de un espacio para la experimentación y formación de relaciones íntimas que servirán de base a la formación de relaciones en la vida adulta (Papalia, Wendkos y Duskin, 2005: p. 506). Respecto al grado de intimidad alcanzado dentro de los grupos de compañeros, este dependerá del número de individuos que lo conformen, teniendo así mayor proximidad aquellos conformados por menos sujetos.

Los grupos de pares contribuyen a la búsqueda de identidad del adolescente, y su conformación es facilitada por la posibilidad de reciprocidad e identificación en el tratamiento de temáticas comunes a ese rango etéreo, al respecto es posible hablar de una “afinidad generacional en gustos y aficiones, e incluso un uso del lenguaje particular, que hacen que las relaciones entre iguales sean privilegiadas en la adolescencia” (Silvestre et al, 1995: p. 36-37).

En la línea de lo anterior, dentro de las relaciones de pares de la edad que nos parece relevante el tratamiento sobre los grupos o pandillas que hace esta disciplina, debido a la redacción de la agravante contenida en el artículo 499 del Código penal, la que hace uso de las voces “agrupación” y organización” con una finalidad específica, la comisión de un delito. En este contexto, podemos adelantar que la descripción de agrupación que hace nuestra normativa penal se asemeja mucho a lo que en psicología evolutiva se conoce como bandas, aquellos “grupos naturales de jóvenes con clara orientación a las actividades sociales, grupos organizados para llevar a cabo determinadas acciones, con frecuencia delictivas” (Silvestre et al, 1995: p. 39).

Craig, respecto de la conducta de los adolescentes, sostiene que, en algún momento de su vida la mayoría de los niños realiza algún tipo de conducta delictiva, además sostiene que el individuo no es delincuente solo por vivir en la pobreza o en una ciudad, sino que lo es porque no quiere o no puede adaptarse a la sociedad, ni adquirir el autocontrol necesario

o formas adecuadas de desahogar su ira y frustración. Destaca que algunos incurren en actos delictivos por pertenecer a grupos de pares social desviados. Y luego sigue diciendo “la delincuencia es una forma de ajuste extremo que la sociedad desapruueba...” La delincuencia tal vez satisfaga la necesidad de autoestima, ofrece aceptación y estatus dentro de los grupos desviados de compañeros (como las pandillas) y un sentido de autonomía (2009: pp. 398- 399).

En cuanto al fundamento de la conformación de bandas o pandillas Silvestre y otros autores señalan lo siguiente: “desde el punto de vista psicológico, las bandas tienen una razón de ser similar a la de los demás grupos de adolescentes: el nivel de autonomía ante una marginación de la sociedad de los adultos. En el caso de las bandas, la marginación que sufren los adolescentes suele ser doble: por su condición de jóvenes y por la situación social en la que viven” (1995: p. 39).

En directa relación con lo anterior, Mariano Moraleda sostiene que la causa directa de los adolescentes como motivo de pertenencia a un grupo o pandilla es la necesidad de seguridad, a su vez, agrega que casi todos los delincuentes padecen de ansiedad; dentro de lo cual la banda cumple un rol específico, el hacer más tolerable este sentimiento, ya que será dentro de esta agrupación donde el adolescente va a encontrar una comprensión a sus sentimientos de debilidad e inferioridad. La estima, el afecto, todo lo que hasta ahora le ha faltado. (1995: p. 268).

La psicología evolutiva y del desarrollo nos muestran la directa relación existente entre la adolescencia y la formación de grupos de pares, cuestión característica de este grupo etéreo, dentro de los cuales es posible la integración del adolescente dentro de un grupo de comportamiento social desviado, hecho que tiene una similar explicación, muy alejada de la mayor peligrosidad que podría estar aparejada a este tipo de conductas, sino que tienen una explicación propia del actuar de los adolescentes.

Por lo mismo, es importante destacar que “en el código de la banda el delincuente adolescente encuentra por primera vez un ideal a su alcance, cuya observancia, llevándole a superarse a sí mismo, a vencer su miedo, le eleva ante sus propios ojos, y le da lo que no ha conocido jamás, una imagen valorizante de sí mismo” (Moraleda, 1995: p. 269).

3.2 Factores de riesgo asociados a una conducta desviada.

Establecido el marco teórico que individualiza al sujeto infante en estructuras complejas de desarrollo social, que por múltiples motivos puede reproducir conductas rebeldes que trastornan la “normalidad” pretendida por las instituciones encargadas de la socialización, como el colegio, la familia o un grupo religioso, el siguiente punto trata sobre estos motivos que pueden ser coyunturales para el desarrollo de conductas delictivas de los niños, niñas y adolescentes.

El concepto de joven de alto riesgo, se ha planteado suponiendo la siguiente hipótesis: Si conocemos los factores que llevan a estas conductas rebeldes o arriesgadas, estaremos en mejor posición para prevenir las consecuencias o tratarlas cuando estas se presenten. Por otro lado, a los factores de riesgo existen los factores protectores, que tienen por objeto inmunizar las conductas de riesgo y sus consecuencias.

Los factores antecedentes ligados a características sociodemográficas como el sexo, edad, etnicidad, educación de los padres, extracción rural y urbana, los factores familiares como grado de cohesión, flexibilidad, calidad de comunicación, las características personales como el nivel educacional, notas en la escuela, religiosidad, personalidad, comunitarios separando las características del sistema educacional de pares, los medios de comunicación de masas que tiene acceso el niño y del contexto socio cultural amplio, como por ejemplo, la situación de empleo, las oportunidades educacionales, los niveles de ingresos, son componentes esenciales a la hora de comprender las conductas desviadas cometidas por los niños, niñas y adolescentes (Florenzano y Valdez, 2005: p.100)

Las conductas de riesgo constituyen un conjunto amplio (farmacodependencias, conducta sexual temprana, entre otras), pero la que se focaliza en este estudio es la delincuencia. Ahora bien, en palabras de Ramón Florenzano y Macarena Valdez, las conductas señaladas no suelen distribuirse en forma aleatoria, sino que se concentran en un subconjunto de adolescentes que habitualmente presentan características de riesgo “Son los mismos adolescentes los que consumen drogas, los que tienen actividad sexual precoz, los que presentan conductas sociales desviadas y los que tienen bajo rendimiento escolar” (2005; p.102).

Como antecedentes de la conducta antisocial y luego la ejecución de actos delictivos, podemos señalar que las familias poseen características intrínsecas, en primer

orden, determinantes⁶. Consecuentemente los factores externos hacen presencia cuando existe rechazo por el grupo de pares y vienen consigo los bajos rendimientos académicos.

Para clasificar las conductas de riesgo, resultado de los factores antes aludidos, se distinguen cuatro grandes grupos: a) Abuso de alcohol y drogas. b) Relaciones sexuales no protegidas. c) Bajo rendimiento, fracaso o deserción escolar. d) Delincuencia, crimen o violencia (Hein ,1999: p.3).

CONCLUSIONES.

1. La circunstancia agravante de responsabilidad penal para los delitos de robo y hurto, contenida en el derogado artículo 456 bis n°3 del Código penal consistente en cometer el delito por dos o más malhechores, tenía como limitación en su aplicación los delitos cometidos por adolescentes por tratarse ésta de una conducta inherente a su actuar. Junto con esta modificación, el legislador introdujo una nueva agravante respecto de los delitos de robo hurto y receptación contenida en el artículo 449 bis del citado código, circunstancia que pretendió reemplazar a la anterior, pero que, sin embargo, logró resultar muy diferente al agregar la voz “agrupación u organización” y al atribuir a ésta una finalidad específica en su actuar.
2. La intención del legislador detrás de la redacción del actual artículo 449 bis del Código penal fue agravar la responsabilidad de delitos cometidos por asociaciones ilícitas superando la dificultad que existe para configurar y probar este delito. Además, se quiso contener la pluralidad de malhechores dentro de esta nueva disposición, cuestión que ha sido rechazada por la jurisprudencia.
3. En virtud de la retroactividad de la ley penal, por aplicación de la ley penal más favorable, es posible concluir, en primer lugar, que es posible no aplicar el artículo 456 bis número 3 del Código penal a hechos ocurridos con anterioridad a su derogación; y en segundo lugar, la posibilidad de revisión y rebajas de condenas para aquellos a quienes se les aplicó dicha agravante.
4. Respecto de la aplicación del artículo 449 bis del Código penal a delitos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, debemos concluir que no es posible su aplicación, en tanto esta requiere una finalidad específica de una cierta agrupación, por lo que no basta la consideración de los hechos que hubieren constituido la antigua agravante. En relación con

⁶ La disciplina dura poco consistente, la falta de compromiso parental, la baja supervisión de sus actividades, la carencia de apego, no se refuerzan las conductas prosociales, golpes, maltrato físico.

aquellos delitos perpetrados con posterioridad a su entrada en vigencia, queda a discreción del juez la eventual aplicación como resultado de un análisis casuístico.

5. Es posible una vulneración al principio non bis in ídem en los casos de coautoría debido a que la realización de cada coautor de su parte en la ejecución del delito es considerada para determinar su participación en él, por lo que no puede revisarse nuevamente para agravar su responsabilidad.
6. Es de vital importancia que nuestros actuales procesos legislativos si ciñan a los tratados internacionales vigentes en Chile, y que las políticas criminales tengan como límite los derechos reconocidos y amparados por el derecho internacional. Las nuevas sociedades democráticas tienen la obligación de ampliar y respetar el catálogo de derechos fundamentales convenidos, para que efectivamente se protejan los derechos de los niños, niñas y adolescentes y se avance hacia modelos penales más garantistas y humanos.
7. La psicología evolutiva nos muestra que la conformación de grupos de pares constituye un rasgo característico de la adolescencia, se trata de una gran fuente de apoyo, comprensión, contención emocional, compañía e identificación. Dentro de estas agrupaciones es posible la formación de un grupo social desviado, cuyo fundamente radica en la misma propensión a agruparse de los adolescentes, por lo que es posible sostener la inaplicabilidad del artículo 449 bis del Código penal respecto de delitos cometidos por menores de edad debido a que la agrupación es una conducta propia de este grupo etéreo.
8. La sociología de la infancia, como herramienta que debe ser observada por los creadores de derecho y operadores de él, nos ha demostrado que los niños, niñas y adolescentes, son personas que se desarrollan bajo una estructura compleja de situaciones contextuales, que van desde la familia hasta su grupo de amigos. Las Fases de desarrollo que moldean los rasgos de la personalidad nos informa que los elementos empírico-culturales que rodean la historia de vida de los niños, niñas y adolescentes son requisitos *sine qua non*, que se deben observar latamente, al momento de legislar o desarrollar nuestra teoría del caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. Araya, R., y Sierra, D. (2002): Influencia de los factores de riesgo social en el origen de las conductas delincuenciales, División de Seguridad Ciudadana, Ministerio del Interior.
2. Asún Inostroza, Rodrigo (2005): Prácticas y estilos de vida de los y las jóvenes del siglo XXI, Instituto Nacional de la Juventud, Santiago.

3. Beloff, Mary (1998): “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, publicado en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores) “*Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la CIDN*”
4. Berrios Díaz, Gonzalo: La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas, disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?tlng=es&nrm=iso&script=sci_arttext&pid=S0718-33992011000100006&lng=es (última revisión 16 junio 2016).
5. Blanco J., y Morán, C. (1999): Juventud, potencial y peligros, Vol. III: Diagnóstico de la delincuencia juvenil, Fundación Paz Ciudadana.
6. Bustos Ramírez, Juan (1991): Manual de Derecho penal, 3a. edición, v.2, Ariel, Barcelona.
7. Balbi Elisa, Boggiani Elena, Dolci Michelle y Rinaldi Guilia. (2012) “Adolescentes violentos”. Herder, Barcelona.
8. Craig Grace, Baucum Don (2009) “Desarrollo Psicológico”. Perarson, México.
9. Carriello López, Corral Iñigo, García Torres. (1997) Psicología Evolutiva Tomo I. Universidad nacional de educación a distancia, Madrid.
10. Duce Julio, Mauricio: El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno. Polít. crim. Vol. 7, N° 13 (Julio 2012) [http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf]
11. Duce, Mauricio y Couso, Jaime: El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Derecho Comparado. Polít. crim. Vol. 5, N° 10 (Diciembre 2010) [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf]
12. Dusster, David (2006): Esclavos modernos: las víctimas de la globalización, Urano, Barcelona.
13. Erickson, E. (1971): Identidad, juventud y crisis, Ed. Paidós, Buenos Aires.
14. Etcheverry, Alfredo (1999): Derecho Penal Parte Especial Tomo III, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
15. Fuenzalida, Alejandro (1883): Concordancias i comentarios del código penal chileno, Imprenta Comercial Calle del Huallaga N° 139, Lima.
16. García-Pablos de Molina, Antonio (1988): Manual de Criminología: introducción y teorías de la criminalidad, Espasa Calpe, Madrid.
17. Gaitán Muñoz (2006): “The New Sociology of Childhood. Contributions from a Different Approach” Política y Sociedad, Vol.43 Núm. 1: 9-26.
18. Garrido Genovés, Vicente; Ana M. Gómez Piñana (1998): Diccionario de Criminología.

19. Garrido Genovés, Vicente, Redondo Illescas (2004): *Violencia y delincuencia juvenil*, Mendoza, Santiago.
20. Garrido Montt, Mario (1997-2000): *Derecho penal*, 1a. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
21. Garrido Montt, Mario (2010): *Derecho Penal Parte Especial Tomo IV*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
22. Guzmán Dalbora, José Luis (2007): *Estudios y defensas penales*, 2a. edición. Aumentada, Lexis Nexis, Santiago.
23. Horvitz Lennon (2006): “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable” *Unidad de defensoría penal juvenil*.
24. Jiménez de Asua (1973): *La Ley y el Delito Principios del Derecho Penal*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
25. Krausskopf, D. (1999): *Las conductas de riesgo en la fase juvenil*, OIT.
26. Labatut Glena, Gustavo, (1996): *Derecho penal*, 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
27. López-Rey y Arrojo, Manuel (1987): *Consideraciones criminológicas sobre la juventud abandonada y delincuente en España*, Temis, Bogotá
28. Mallea y Guzmán (1996): *Perfil del joven infractor de ley penal de alto compromiso delictivo*, Sename, Santiago.
29. Mera Figueroa, Jorge (1995): *Hurto y Robo*, Santiago.
30. Moraleda Mariano (1995). *Psicología del desarrollo infancia, adolescencia, madurez y senectud*. Editorial bdixerau universitaria, Barcelona
31. Muñoz Conde, Francisco (2004): *Derecho Penal: Parte especial*, 15ª.ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
32. Novoa Monreal, Eduardo (1987): *Cuestiones de Derecho penal y Criminología*, EdiarConosur, Santiago.
33. Núñez Ojeda, Raúl y Jaime Vera Vega (2012): *Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno*, *Polít. crim.* Vol. 7, N° 13 (Julio 2012), Art. 5, pp. 168 - 208.
34. Papalia, Diana; Wendkos, Jelly; Duskin, Ruth. (2005) *Mc Gramill*, pág. 506, México.
35. Politoff Lifschitz, Sergio, Matus Acuña, Jean Pierre, Ramírez Guzmán, María Cecilia (2005): *Lecciones de Derecho penal chileno: parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

36. Quintano Ripollés, Antonio (1972): Tratado de la Parte especial del Derecho penal, 2ª Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid.
37. Pavez Iskra (2012): “Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales”. Revista de sociología, nº27 pp.81 a 102.
38. Rodríguez Devesa, José María (1995): Derecho penal español, 18a. edición, Dykinson, Madrid.
39. Silvestre, solé, Pérez y Jodar.(1995) Psicología evolutiva adolescencia, edad adulta y vejez. Ediciones ceae.
40. Seaman Fernández, Carlos. Crimen de adolescente: criminología clínica. Burgos C., Ernesto 1991 4. Criminología: sus nuevas doctrinas con un sucinto estudio del Código Penal Chileno. 1920
41. Serrano Maíllo, Alfonso (2006): Introducción a la Criminología, Dykinson, Madrid.
42. Solum Donas Burak: Adolescencia y juventud en América Latina, (compilador).
43. Florenzano, Ramón y Valdés Macarena (2005): “El adolescente y sus conductas de Riesgo” 3ed, ediciones Universidad Católica de Chile.
44. Fize, Michel.(2007) Los Adolescentes. Fondo de cultura económica Efe, México.