



DELITOS COMETIDOS POR ADOLESCENTES Y REINCIDENCIA

Profesora Guía: Marcela Aedo Rivera

Alumnos:

Ana-María Ossa Gómez

Rut: 17.712.954-2

Pablo Andrés Vargas López

Rut: 17.944.457-7

Año: 2016

A mi madre, por la fortaleza transmitida

Al eterno Papá Oso que me espera en el ruco.

INDICE

Introducción	Página 4
Capítulo I – De la Reincidencia en general	Página 7
Concepto de reincidencia y distinción de otras figuras afines.....	Página 7
Clasificación de la Reincidencia y tipos de Reincidencia.....	Página 8
Distinciones de la Reincidencia en el Código Penal chileno.....	Página 10
Teorías explicativas acerca de la Reincidencia.....	Página 10
Fundamento de la Reincidencia en Chile e impugnación de los mismos.....	Página 14
Conclusiones.....	Página 18
Capítulo II – La Reincidencia en el Derecho Penal Juvenil Chileno	
Cuestiones Preliminares.....	Página 20
Derecho Penal de Adolescentes: ¿Rama autónoma del Derecho?.....	Página 22
Especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes.....	Página 25
La Reincidencia en la Ley 20.084.....	Página 34
Capítulo III – Análisis jurisprudencial de la Reincidencia en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente	
Listado de sentencias revisadas.....	Página 40
Fichas.....	Página 41
Resultados del análisis jurisprudencial.....	Página 56
Conclusiones	Página 58
Bibliografía	Página 61

Resumen: El presente trabajo tiene como finalidad razonar de manera crítica acerca de la validez de la reincidencia como agravante en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de las teorías que se han planteado por los juristas a lo largo de su existencia. Asimismo, pretende cuestionar la procedencia de la agravante cuando se trata de condenas cometidas por un sujeto siendo menor de edad, para aumentar la responsabilidad penal cuando se trata de penar por un delito del mismo sujeto en época adulta. Con el apoyo de jurisprudencia moderna se deja ver la necesidad de un sistema que controle las posibles arbitrariedades que puede llegar a cometer con los menores de edad, puesto que no existe uniformidad en base a este asunto, además de ser un régimen que aun depende del general para adultos.

Palabras Clave: Reincidencia, Agravante, Responsabilidad penal adolescente, Régimen especial.

Abstract: This paper aims to critically reason about the validity of recidivism as an aggravating factor in our legal system in light of the theories that have been raised by jurists throughout their existence. Likewise, it seeks to question the origin of the aggravating factor when it comes to convictions committed by a person being under age, to increase criminal responsibility when trying to penalize crime of the same person in adulthood. With the support of modern jurisprudence, it is possible to see the need for a system that controls the possible arbitrariness that may occur with under age people, since there is no uniformity based on this issue, besides being a regime that still depends on the general for adults.

Key Words: Recidivism, Aggravating, Teen criminal liability, Special regime

INTRODUCCION

La repetición delictiva por parte de personas que ya han sufrido una pena, en conjunto con la inseguridad ciudadana y el progresivo aumento del acceso a la información generan complicaciones a nivel tanto mediático, social, como, por supuesto, jurídico. Como expresa de forma clara LEOPOLDO PUENTE, “la incapacidad estatal para reducir la reincidencia ha desembocado, tradicionalmente, en el recurso a la agravación de la pena”¹, cuestión que lamentablemente no queda fuera de lo que sucede en las fronteras de nuestro territorio nacional.

En Chile, y dentro de las circunstancias agravantes que modifican la responsabilidad penal establecidas por nuestro legislador, encontramos el artículo 12 números 14, 15 y 16, que establecen la agravante de reincidencia; figura que a nuestro parecer merece especial estudio, tanto por su antigüedad, por el conflicto que genera con ciertos principios que rigen el ordenamiento jurídico, como por los cambios que a lo largo del tiempo han sufrido su fundamento y naturaleza. Pensemos que esta figura ya fue conocida desde el “Código de Manú”, texto sánscrito de fecha totalmente hipotética, que se calcula fue escrito durante el siglo III a.c.²

En un primer momento histórico se hizo incuestionable agravar la responsabilidad penal por reincidencia, hasta llegar hoy en día a desaparecer de ciertos códigos; ejemplo de nuestra región es el caso del Código Penal colombiano, por considerarse una figura que atenta contra el principio de culpabilidad, poco respetuosa del principio de personalidad, aplicándose por medio de ésta derecho penal de autor, cuestión intolerable en cualquier ordenamiento jurídico que se proclame liberal dentro de un Estado de Derecho³.

El puntapié inicial para interesarnos por la investigación de la reincidencia ha sido la sentencia de la Corte Suprema Rol N°4419-2013, que rechazó el recurso de nulidad presentado por la defensa de Max Alexander Oñate Salas en que se pide disminuir la condena al sujeto, argumentando que la pena se ve aumentada por una agravante que no debería proceder, puesto

¹ PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo. “Fundamento dogmático de la agravación por Reincidencia”. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 26, 2012, pp. 183-202.

² MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena”, Bosch Editor, año 2008, pág. 27.

³ NÁQUIRA, R., Jaime. Derecho Penal. Teoría del Delito I. Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 2da edición, 1982, p. 44.

que su delito anterior fue perpetrado durante su adolescencia, y por lo tanto, no podría tener influencia alguna en las penas que pudiere llegar a sufrir siendo mayor de edad.

Aquí identificamos un problema que no ha sido tratado por muchos juristas, y en el que la jurisprudencia tampoco se ha mostrado mayoritariamente seguidor de alguna postura en concreto. Por lo anterior, hemos decidido enfocar la reincidencia en lo que concierne al derecho penal adolescente, por las contradicciones que pueden generarse entre la primera –una circunstancia cuyo juicio de reproche va encaminado a la forma en que el sujeto ha organizado su vida-, y el segundo –un derecho penal que debe tener la característica de especial⁴. Esta especialidad de la que hablamos es de suma importancia, puesto que el Derecho penal de adolescente se caracteriza porque a lo jóvenes se les han de reconocer mayores derechos y garantías –procesales y penales- que aquellas contempladas para todas las personas⁵. El fundamento de esta protección especial radica en la diferente situación jurídico-social del adolescente y su calidad de persona en pleno proceso de desarrollo, puesto que aún no ha adquirido la suficiente experiencia en la vida, ni es capaz de formularse un juicio de reproche como sí lo hace una persona adulta. Por lo anterior, el adolescente se hace merecedor de una mayor protección jurídica de sus derechos.

La problemática anterior la abordaremos desde dos posturas: la primera está enfocada en disposiciones normativas que hacen pensar que la reincidencia prevista para el régimen de adultos resulta aplicable en la determinación de la pena de adolescentes, como otras que llevan a sostener lo contrario, por lo que se hace imperativo realizar un análisis del Código Penal, de la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante LRPA), y de los Tratados Internacionales relacionados al caso, lo que haremos en base al análisis de jurisprudencia pronunciada por distintos tribunales del país entre los años 2009 y 2013.

La segunda postura dice relación con las consideraciones de *lege ferenda*, es decir, haremos referencia a argumentos criminológicos, sociológicos, psicológicos que fundamentan la especialidad de este derecho, y que han sido expresamente reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los adolescentes. Por esta razón, nos adentraremos en las corrientes doctrinarias que hacen mantener aún vigente esta figura en numerosos

⁴ MALDONADO, Francisco. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes. Estudios de Derecho Penal Juvenil IV. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Número 13. Noviembre de 2013, p. 172.

⁵ BERRÍOS, Gonzalo. La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente como sistema de justicia. Política Criminal. Vol. 6, N°11. Junio de 2011, pág. 163.

ordenamientos jurídicos, la naturaleza jurídica de las disposiciones que en 2005 establecieron un derecho penal especial para los adolescentes, la razón de los parámetros que demanda el Derecho internacional en cuanto a legislación juvenil, y, la consideración de los fines de la pena juvenil.

CAPÍTULO I – DE LA REINCIDENCIA EN GENERAL

En este capítulo analizaremos el planteamiento de la agravante por reincidencia en el ordenamiento jurídico desde una óptica general, puesto que, dada su importancia, este instituto es transversal a todo el proceso penal, es decir, incide desde muy temprano en el ejercicio del poder punitivo, y hasta el proceso de ejecución de la pena. Por lo anterior, evaluaremos las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la persona que ha sido condenada con anterioridad. Asimismo, se examinará la agravante comparándola con principios del derecho penal y del derecho procesal, teniendo en consideración la opinión de diversos doctrinarios, la realidad político-criminal del sistema, y los estándares y normas internacionales que reafirman que la rehabilitación de los delincuentes y su reintegración exitosa dentro de la comunidad son uno de los objetivos básicos del proceso de justicia penal.

El presente capítulo no tiene por fin analizar todos los puntos que pudieren tener en común la reincidencia y el proceso penal, sino tan solo esbozar los debates sobre su legitimidad con sus respectivas críticas, y las posiciones imperantes en derecho que enfatizan la importancia de las intervenciones para ayudar a la reintegración de los delincuentes como medio para evitar mayor delincuencia.

1. Concepto de reincidencia y distinción de otras figuras afines

En la técnica penal, entendemos por reincidencia “la concurrencia de los presupuestos o requisitos establecidos por el legislador para la configuración de determinadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal que tienen un carácter agravatorio de la misma”⁶. De este modo, para que se configure la agravante debe haber dos acciones comprobadas y separadas entre sí por un tiempo determinado, habiendo recibido el sujeto dos o más condenas ejecutoriadas⁷. Lo anterior nos permite distinguir la reincidencia de la reiteración. En esta última también hay dos acciones delictivas, ante lo cual es indiferente si están o no separadas por espacios temporales, pero en las que no existe una condena estatal. De lo expuesto se esgrime lo poco feliz de integrar la agravante en estudio dentro del concepto tradicional de reiteración, por ser este último mucho más amplio que aquel,

⁶ MALDONADO, Francisco. Op. Cit. p.170

⁷ ZAMORA-ACEVEDO, Miguel. “El problema de la reincidencia: un vestigio etiológico del delito”, Acta Académica, año 2013, pág. 328.

puesto que la reincidencia consta de un elemento específico que le da vida: la sentencia penal firme de condena interpuesta entre los varios delitos.

Asimismo, es conveniente desde ya distinguir también entre reincidencia y reencarcelamiento, para lo que basta señalar que este último puede ser entendido como la circunstancia en la cual un sujeto ha sido ingresado dos o más veces al sistema penal, sin hacer distinción a la situación procesal que le acomete.

Lo anterior nos permite delimitar el campo de la reincidencia tanto en un sentido doctrinal como en un sentido normativo. A raíz de esto último, el Código penal chileno señala que son reincidentes: los que hayan cometido el delito “mientras cumplen una condena o después de haberla quebrantado (art. 12 N°14); los que “hayan sido condenados anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena” (art. 12 N°15); y los que hayan sido “condenados anteriormente por delitos de la misma especie” (art. 12 N°16).

En cuanto a los efectos jurídicos de la agravante en comento, además de aumentar el juicio de reproche, se suman otros muy relevantes, tales como el impedimento de gozar del beneficio de la mayoría de las medidas sustitutivas de privación de libertad, la restricción de la concesión de libertad provisional, y en cuanto a los delitos de hurto y robo, posibilita la imposición de la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad (art. 452 Código Penal).

2. Clasificación de la Reincidencia y tipos de Reincidencia en el Código Penal chileno

A partir de los numerales enunciados anteriormente, y siguiendo en esto a ETCHEBERRY, podemos clasificar la reincidencia en base a los siguientes criterios, a saber:

- 2.1. Atendido a si el sujeto cumplió o no la pena que le fue impuesta en la condena o las condenas anteriores⁸:
 - 2.1.1. Reincidencia impropia o ficta: Es aquella establecida en el artículo 12 N°14 del Código Penal chileno, aplicable al sujeto que habiendo sido condenado y cumpliendo una pena comete un delito, sin importar su naturaleza o pena asociada; o bien, habiendo sido condenado quebranta dicha condena, y dentro del plazo de prescripción del quebrantamiento, comete un nuevo delito que puede ser o no de igual naturaleza (lo anterior, en concordancia con los artículos 90 y 91 del Código penal, y con la modificación por el artículo 1 de la Ley 19.806. Este tipo de

⁸ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. 1997, p. 450.

- 2.1.2. reincidencia se distingue de las demás en cuanto sólo requiere la condena anterior, sin que sea necesario que se haya cumplido; y en que le es indiferente la naturaleza de los delitos cometidos.

La Corte Suprema ha definido la reincidencia ficta como “aquella situación en que el condenado interrumpe de manera absolutamente voluntaria, dolosamente, su cumplimiento, dejando de someterse a las exigencias que le son impuestas por ley, en general, y la judicatura en concreto, como consecuencia del hecho punible del que ha sido partícipe”⁹.

- 2.1.3. Reincidencia propia o verdadera: Es aquella que se produce cuando el sujeto cumplió efectivamente la pena que se le impuso, de forma real y en toda su duración. Es la más grave, ya que si se vuelve a delinquir cumplida la pena, se demuestra que el castigo no cumplió con su finalidad preventivo-especial. Se encuentra descrita en los números 15 y 16 del artículo 12 del Código penal

- 2.2. Atendido a la naturaleza de los delitos perpetrados por el reincidente, la reincidencia propia o verdadera se subclasifica en:

- 2.2.1. Reincidencia específica: Es aquella que consiste en que el nuevo delito perpetrado por el sujeto es de la misma especie que el delito ya condenado (art. 12 N°15 CP). En concordancia con el artículo 351 inciso final del Código procesal penal, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren el mismo bien jurídico.

- 2.2.2. Reincidencia genérica: Consiste en aquella en que todos los delitos cometidos por el sujeto, después de haber cumplido penas por cada uno de ellas, sean de distinta especie, lo que significa que se deben tratar de hechos de naturaleza diversa, situación que se da cuando los bienes jurídicos, y la forma de atacar estos, son distintas¹⁰. (art. 12 N°16 CP)¹¹.

⁹ C. Suprema, 24 abril 2003. F.M. N° 509, p. 546.; P.J., Rol 254-03. L.P.N° CL/JUR/2340/2003.

¹⁰HUIDOBRO MARTINEZ, Sergio. “*Algunos comentarios a la Ley 20. 253 en materia de reincidencia*”. Revista de actualidad jurídica Número 18, julio de 2008, pp. 491-493.

¹¹Cabe hacer presente que en nuestro país rige el artículo 310 del Código Internacional Privado (Código de Bustamante), que señala que “para el concepto legal de la reiteración o de la reincidencia, se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero contratante, salvo los casos en que se opusiere a la legislación local”.

2.3. Breve referencia a las distinciones entre los distintos tipos de Reincidencia en el Código Penal chileno

Las tres clases de reincidencia señaladas en el apartado anterior comparten rasgos comunes, a saber: a) todas requieren una condena previa mediante sentencia ejecutoriada; b) ser condenados nuevamente; y c) que entre la primera y la segunda sentencia no medie el plazo de prescripción señalado en el artículo 104 del Código Penal. No obstante, entre la reincidencia propia e impropia cabe hacer una precisión en cuanto a que sólo los sub-tipos de la primera requieren la condena anterior cumplida íntegramente. Ergo, la reincidencia impropia sólo demanda la condena anterior, sin necesidad de su cumplimiento. Asimismo, a esta última le es indiferente la naturaleza de los delitos cometidos.

Cabe además señalar una referencia general a las dos hipótesis que se hallan en cuanto a la reincidencia impropia, cuales son: a) la primera sólo requiere que el sujeto haya sido condenado con sentencia firme por un cierto delito en que la pena asociada no tiene relevancia, (a excepción de que se trate de una falta o cuasidelito) y que se encuentre cumpliendo esa condena. En caso de medidas alternativas, si el condenado aun no la empieza a cumplir y comete otro delito, la agravante no puede ser aplicada.

b) En una segunda suposición, el sujeto requiere haber sido condenado con sentencia firme por un cierto delito, y que incurra en un nuevo delito luego de haber quebrantado su condena dentro del plazo para ser sancionado por el quebrantamiento (5 años). Este hipotético ha traído grandes discusiones en la doctrina, puesto que el quebrantamiento se encuentra ya tipificado (art. 91 CP), pero analizar este debate escaparía al objetivo fundamental de esta tesis. No obstante, es importante señalar que existe y aún está pendiente.

3. Teorías explicativas acerca de la Reincidencia

Hasta el siglo XIX, la reincidencia había operado como circunstancia agravante sin mayores cuestionamientos. Sin embargo, a partir de entonces, bajo el liberalismo penalista y del pensamiento retributivo, se desarrolló una corriente abolicionista por ser incompatible con el

En cuanto a la prescripción de la agravante, el artículo 104 del Código penal señala que las circunstancias del artículo 12 números 15 y 16 no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes después de 10 años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco en los casos de simples delitos. Lo anterior cabe relacionarlo con las reglas para agravar del artículo 92, previstas por el mismo cuerpo legal.

principio de inherencia y con un Derecho penal de acto. No obstante lo anterior, los códigos penales del siglo en cuestión acogieron la reincidencia en sus catálogos de circunstancias agravantes, instaurando sus fundamentos a partir de diferentes teorías que explicaremos a continuación, y a las que haremos una breve crítica en cuanto a su fundamentación.

3.1. Teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria (Carrara)

Carrara justifica la agravación de la pena de la reincidencia en la insuficiencia de la pena impuesta por el anterior delito, atendiendo a los criterios de la prevención especial y general, partiendo de un doble supuesto negativo:

- a) La reincidencia no puede agravar la “cantidad” del actual delito, lo que equivale a señalar que su antijuridicidad no puede aumentar, porque el delito anterior ya se encuentra saldado.
- b) Asimismo, tampoco cabe fundamentar la agravante de reincidencia en la “mayor perversidad del reincidente”, vale decir, en la mayor culpabilidad del agente, puesto que en el “derecho penal, el juez competente de la maldad del acto no puede mirar a la maldad del hombre sin trascender a sus propios límites”.¹²

La teoría señala que la única razón plausible sería la insuficiencia relativa de la pena ordinaria porque la recaída en el delito demostraría que la previsión de la pena ordinaria no es suficiente para impedir que los ciudadanos delincan.

La principal crítica que se ha objetado a la tesis de Carrara es que en ella descansa una valoración de la personalidad del reincidente, y no del acto. Nosotros, además creemos que es importante hacer hincapié en que esta teoría cae en una justificación puramente preventiva –de prevención general- de la reincidencia, en circunstancias es que una pena jamás puede superar la culpabilidad del delito¹³.

¹²CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Penal. Parte General, 1877, p.245

¹³Cerezo Mir, III/2, p.167; AsúaBatarrita, La reincidencia, op.cit., p. 460.

3.2. La justificación por vía de la doble lesión

La tesis en cuestión plantea que el delito provoca dos daños, uno inmediato y otro mediato. El primero se trataría del bien jurídico lesionado directamente por el delito en particular; y el segundo, la ofensa al orden jurídico y el sobresalto que el delito causa en la población; pretendiéndose ver en la reincidencia un injusto mayor en razón de la mayor alarma social que causaría el segundo hecho criminoso¹⁴.

Criticamos esta teoría puesto que la noción de “seguridad ciudadana” carece de real contenido, ya que la Constitución obliga a los órganos del Estado a promover los Derechos Fundamentales de todas las personas –y no sólo ciudadanos- mientras que lo que en términos fácticos se consigue para esta mentada seguridad es, sino una restricción de tales derechos, un fundamento para restringirlos. Asimismo, el “daño mediato” es eventual, puesto que en la gran mayoría de los casos, es sólo el entorno jurídico próximo los que saben del carácter de reincidente de la persona.

3.3. Teorías del mayor injusto o de la mayor culpabilidad del autor

En la primera postura de esta teoría encontramos al jurista MIR PUIG, quien considera que el delito del reincidente contiene un mayor injusto. En un segundo escenario, ubicamos al italiano LATAGLIATA y al español MARTÍNEZ DE ZAMORA, que afirman la existencia de una mayor culpabilidad en el autor reincidente¹⁵. Estas dos posturas se diferencian en la definición de culpabilidad. Para el primer autor, la imputación personal se concibe como una “mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero que no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho”¹⁶, mientras que para los seguidores de la segunda postura, la culpabilidad se considera como una “medida variable” que puede depender de criterios típicos y atípicos. No obstante lo anterior, ambas teorías convergen en un punto esencial, cual es la condena previa al sujeto.

A continuación, explicaremos las dos teorías:

Para entender con claridad la postura de Mir Puig, acordaremos en entender por imputabilidad la “capacidad de comprender la antijuridicidad del hacer y de actuar conforme a

¹⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*, Caracas: Monte Ávila Editores, 1992, p. 118.

¹⁵PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo. *Fundamento dogmático de la agravación por reincidencia*, p. 194

¹⁶MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Editorial Reppertor, p. 641.

ese conocimiento”¹⁷. Así, en una concepción dinámica de la reincidencia, en el momento inmediatamente posterior a la sentencia condenatoria firme, el sujeto ha quedado en una posición psicológica y jurídica especial¹⁸, pues ha adquirido un mayor conocimiento acerca del disvalor de su conducta, toda vez que su comprensión del injusto general y del particular que él realizó resulta aumentado por la propia experiencia. La reincidencia estaría exteriorizando una personalidad disvaliosa para el derecho, pues habría en ella una voluntad más intensa de lesionar bienes jurídicos, lo que se manifiesta en la oposición persistente al derecho, vale decir, una mayor culpabilidad por mayor perversidad del sujeto, manifestado en su desprecio hacia las exigencias jurídicas y a la advertencia que se contenía en la condena anterior. Por lo tanto, la reincidencia no atacaría sólo una norma abstracta dirigida a todos los sujetos pertenecientes a la misma comunidad jurídica sino también una norma que se dirige especialmente al reincidente. Lo anterior se valora relacionado a su posterior conducta delictiva, la cual sería más reprobable puesto que ya antes de realizarla, el sujeto es capaz de comprender su exacto disvalor. En definitiva, pretende explicar la reincidencia por una característica del autor que se proyecta hacia el futuro, yendo más allá de la función preventivo-especial de la pena¹⁹. Es por lo anterior que compartimos la idea del autor en cuestión al sostener que esta teoría excede de lleno el derecho penal de acto, puesto que pretende explicar la reincidencia por una característica del autor que se proyecta desde el pasado. Más aún, destacamos la idea de que una presunción de menor culpabilidad del autor reincidente tiene mucha más justificación que la de una mayor culpabilidad. Hace ya más de un siglo que la penitenciarista CONCEPCIÓN ARENAL plasmó estas ideas: “Si ha extinguido ya su primera condena en una prisión como están hoy las de España, donde aprendió todos los secretos del mal y a olvidar la hermosura del bien; si al salir se le rechaza como a un apestado; si para sostenerse honradamente necesita una energía tan difícil en el espíritu que ha vivido en un medio deletéreo; entonces la circunstancia de reincidencia debe ser atenuante para el que reincide y agravante para la sociedad”²⁰. A nuestro modo de ver, compartimos lo expresado por Arenal, puesto que toda vez que las corrientes mayoritarias señalan que el sujeto no tuvo en cuenta la advertencia contenida en la condena anterior, o que el sujeto estaría revelando una mayor enemistad hacia el derecho con los

¹⁷CÓRDOBA RODA, en notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach, cit., V. II, p. 95

¹⁸MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio. La Reincidencia, Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, Vol. 28. N° 1-2-3-4. Curso 1969-70, p. 41.

¹⁹ZAFFARONI, Eugenio. Ibid. p. 120.

²⁰ARENAL, C., Estudios penitenciarios, Madrid, 1877, p. 301. Citado en ASUA BATARRITA, A. en La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial, p. 297.

nuevos delitos, revelan que la reincidencia no es una propiedad del delito, sino del autor. Por lo tanto, y tal como señala Rivacoba²¹, la reincidencia es imposible de conciliar con el principio de culpabilidad; por el contrario, la capacidad de resistir la tentación de cometer nuevos delitos no aumenta, sino que disminuye con las condenas anteriores. En esta línea, creemos que la reincidencia como agravante debiese ser eliminada, tal como se hizo en Colombia, puesto que el fracaso de las condenas y penas anteriores revela una especial dificultad del sujeto de motivarse conforme a derecho. De este modo –eliminando la reincidencia- podríamos obtener una verdadera rehabilitación, entendiéndola por ésta el restablecimiento del prestigio jurídico del sujeto a merced de la cancelación de sus antecedentes penales.

Asimismo, desde otro enfoque criticamos esta postura al ser impropio hablar de circunstancias agravantes de la imputabilidad, ya que ésta sólo puede ser disminuida, mas no admite causas que la aumenten, puesto que se compone por las condiciones mínimas que un individuo debe poseer para ser sometido a una pena.

En una postura diferente a la de Mir Puig, compartida por autores como MARTINEZ DE ZAMORA y LATAGLIATA, se encuentra aquella que señala que el sujeto reincidente tiene una “responsabilidad moral más intensa”²², puesto que habría una mayor conciencia sobre el disvalor de ciertos comportamientos. De este modo se defiende un “incremento de la culpabilidad en el reincidente como base para el aumento de la pena”²³.

4. Fundamento de la Reincidencia en Chile e impugnación de los mismos

4.1. Antecedentes en Chile

Entre el 8 de marzo de 1870 y el 22 de octubre de 1873, la Comisión Redactora del Código Penal sostuvo 175 sesiones, bajo el gobierno del Presidente de la República José Joaquín Pérez, quien nombró como presidente de la comisión a don Alejandro Reyes para dirigir a los otros siete miembros de ésta. El Código Penal chileno se basó en su par español, cuestión que fue debatida en la segunda sesión, donde Reyes expresó que debía adoptarse dicho Código como punto de partida de los debates, puesto que compartíamos una idiosincrasia común con el pueblo español, y por ser aquel código más completo que el belga, que también se propuso como modelo a seguir. No obstante, la Comisión se salió de

²¹ De Rivacoba y Rivacoba, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal”, en Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales, p. 32

²² LATAGLIATA, A. R., Contribución al estudio de la reincidencia, pp. 271 y ss.

²³ PUENTE, L. Ibid.p. 197.

los márgenes del Código español en lo que respecta al numeral 14, ya que no era contemplado como agravante en tal Código.

4.2. Fundamento de la Reincidencia en Chile

En este contexto, los criterios que la Comisión Redactora consideró para establecer esta agravante se plasman en las palabras de Fernández “las causales contempladas en estos tres números (14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal) llevan envuelta una misma doctrina: agravar la responsabilidad del delincuente cuya perversidad se manifiesta por la reiteración de sus actos criminosos”²⁴. Asimismo, el comentarista Pedro Javier Fernández, en relación al mismo artículo señala: “las tres causales que anteceden llevan envuelta una misma doctrina: agravar la responsabilidad del delincuente cuya perversidad se manifiesta por la reiteración de sus actos criminosos”²⁵. Lo anterior coincide con lo planteado por la teoría de la mayor culpabilidad anteriormente estudiada, puesto que el fundamento de la agravante sería la mayor perversidad del sujeto, cuestión que describe muy bien MORENO SANTANDER, señalando que por este medio se está “categorizando y estigmatizando (al delincuente) en cuanto tal como un ser diferente y peligroso, que merece un trato más severo que el resto”²⁶, vale decir, lo que diferencia al reincidente del infractor primario no es la gravedad del hecho delictivo que comete, sino que el sujeto mismo, en cuanto individuo; en cuanto delincuente. Además, en un trabajo investigativo de Alejandro Fuenzalida, se deduce que la Comisión trataba de equiparar la incorporación de la atenuante de la irreprochable conducta anterior del sujeto. “Si el Código atenúa la pena de los delincuentes que han observado una conducta irreprochable, la lógica obligaba a establecer una agravación para los de conducta viciosa”²⁷, ya que se presume que la pena para el sujeto no ha resultado eficaz a su inhumana obstinación²⁸.

²⁴ VERDUGO, Mario. Código Penal. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia. Chile. Editorial Jurídica Conosur, 2da Edición, 1986,

²⁵ FERNÁNDEZ, Pedro Javier. 1899, Código Penal de la República de Chile. En: Centro de Estudios de Seguridad ciudadana de la Universidad de Chile, 2014. La medición de la Reincidencia y sus Implicancias en la Política Criminal [en línea] Santiago [11 abril 2015]

²⁶ MORENO SANTANDER, Carlos. La Reincidencia: Una transgresión al principio de culpabilidad y los límites de ius puniendi. Revista de estudios criminológicos y penitenciarios N° 7. noviembre de 2003, p.11.

²⁷ MATUS, Jean Pierre. “Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX”. Revista Ius et praxis, v.12, N°1, Talca, 2006.

²⁸ Cfr. MATUS, Jean Pierre. Op. Cit.

4.3. Impugnación de los argumentos para justificar la Reincidencia

En la introducción de este trabajo señalamos que para abordar la problemática de la reincidencia –lo cual involucra la refutación de los argumentos esgrimidos por el legislador para considerarla como circunstancia agravante- nos enfocáramos por un lado en las disposiciones normativas y principios inspiradores de éstas; y por otro en las consideraciones de *lege ferenda*, vale decir, aquellas que escapan a lo netamente jurídico, tales como las sociológicas, psicológicas y criminológicas.

Por lo anterior, nuestros argumentos para señalar que la reincidencia debería eliminarse del Código Penal, se centrarán en su transgresión al principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso, al *ius puniendi*, y a ciertos Tratados Internacionales.

4.3.1. La reincidencia transgrede el Principio de Culpabilidad

“Lo castigado por la ley es la ejecución de una acción ilícita y culpable, cualquiera sea la personalidad del autor”²⁹ señala Cury a propósito de la idea de que la reincidencia “no es un concepto propio de un Derecho penal inspirado en el principio de personalidad de las penas”³⁰, toda vez que esta agravante se funda en la atribución de determinada condición moral o en la peligrosidad del individuo. Agravar la pena al reo por la mayor perversidad o peligrosidad del autor supone castigarle más que por sus actos, por factores ajenos a los mismos, como la personalidad del reincidente, o la sensación subjetiva de la sociedad. Si seguimos por este camino de considerar la reincidencia como un atributo referible al reo, o un síntoma de su perversa condición subjetiva, sólo podríamos concluir que la reincidencia es un simple formalismo sin contenido, desligado de la realidad natural, que “produce en el Derecho penal una consecuencia caprichosa y equivocada”³¹. No es correcto pretender fundamentar una presunción absoluta de que el sujeto reincidente posee un hábito hacia el delito formado por la repetición de hechos criminales valorando sólo hechos *a priori*, tales como la sentencia firme de condena y el posterior delito. “La pena debe representar el reproche exacto de ésta, no aplicándose más que en la medida y extensión que aquella alcance, siempre, por supuesto,

²⁹ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal. Parte General. T.I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2da Ed. 1982, p. 44.

³⁰ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. El delito cometido por menores de edad y la reincidencia. Comentario a un fallo de la Corte Suprema, 2013. p. 1

³¹ *Cfr.* MARTÍNEZ DE ZAMORA. Ibid. p. 49.

dentro de los límites de la pena abstracta o amenaza penal, con que se encuentre legalmente conminado el correspondiente tipo de injusto”³²

4.3.2. La reincidencia transgrede el Principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

No obstante la propia Constitución chilena establece el principio de legalidad (art. 19 N°3), este se verá quebrantado mientras exista en nuestro ordenamiento jurídico la agravante de reincidencia, puesto que aunque dicho principio favorezca al desarrollo de un Derecho penal de hecho, en tanto las descripciones de las acciones y las penas por el hecho se acomodan a la precisión sugerida por la tipicidad³³, mientras exista la reincidencia se atenderá a un elemento criminológico permanente en la persona del autor, midiendo de esa forma la clase y cuantía de la sanción.

4.3.3. La reincidencia transgrede el Principio del Debido Proceso

La garantía del debido proceso, consagrada en nuestra Constitución en su artículo 19 N°3 inciso 6 como derecho fundamental sustantivo, se ve vulnerada al menos de forma tangencial³⁴, puesto que restringe la procedencia de medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva (art. 140 Código Procesal Penal). En palabras del profesor MERA, “la infracción más grave a este principio –de Derecho penal de acto- proviene de la práctica judicial de la *prisión preventiva*, verdadera pena anticipada que se impone, entre otras, por razones peligrosistas y sin respeto por las garantías del imputado”³⁵.

Lo anterior se explica a la luz del Principio de Presunción de Inocencia (art. 4 CPC), que establece que todo ciudadano tiene derecho a no ser considerado culpable ni tratado como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme. Es decir, solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción. No obstante, los casos de prisión preventiva son una excepción a este principio, y sólo se justifica por situaciones graves. Por lo mismo, el juez debe calificar la

³² DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno. Santiago de Chile. Revista Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del Centenario del Código Penal chileno, sección segunda, tema segundo, 1975, p. 54.

³³ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Madrid. Editorial Civitas, 2da Edición, 1997, p. 76.

³⁴ MORENO SANTANDER, Carlos. Ibid. p. 73.

³⁵ MERA F., Jorge. Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, 1996, p. 141. Cursivas en original.

procedencia de la libertad provisional considerando si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido (art. 140 letra c) CPC), para lo que se considera el hecho de que el sujeto se encuentre cumpliendo alguna condena de las previstas en la Ley 18.216 y la existencia de condenas pendientes por delitos anteriores.

Así funciona entonces una de las formas como se transgrede el Debido proceso en nuestro ordenamiento, puesto que la procedencia de la libertad condicional -cuestión fundamental dentro del proceso racional y justo- se somete a un examen de consideración de ciertas hipótesis de reiteración.

En el área del Derecho procesal, el profesor TAVOLARI también ha manifestado su opinión, corroborando un punto de vista contrario a la agravante en estudio: “En lo que se refiere a la reincidencia, ya que se pretende intensificar sus efectos, creía necesario hacer presente que deberían tenerse en cuenta los reparos que ésta merece a la doctrina, la que considera que lo que permite agravar la responsabilidad del autor, no es la culpabilidad o la pena del hecho ya juzgado, sino una especie de etiqueta que afecta al autor de una condena ya cumplida. No es que se vuelva a juzgar o a penar nuevamente, sino que la pena sufrida determina una clase especial de autor a quien afecta exclusivamente la agravante. Por ello, estimaba que el sistema así estructurado discriminaba a quien ya ha incurrido en un comportamiento desviado de acuerdo a la ley penal”³⁶.

5. Conclusiones

La figura de la reincidencia resulta paradójica puesto que, por un lado, a nivel de doctrina – nacional y comparada– es merecedora de rigurosas críticas que llevan incluso a defender la eliminación de la agravante del ordenamiento jurídico. No obstante, por otro lado, a nivel de opinión pública y del legislador, goza de aceptación.

A nuestro modo de ver, en la figura de la reincidencia se vulnera el principio de culpabilidad, por lo que yace en ella un mal manejo de la parte caracterológica del juicio de reproche³⁷. Lo anterior, porque este último no permite examinar la entera personalidad del

³⁶ Informe de la Comisión de Constitución, legislación y justicia recaído en el proyecto de ley que modifica el código penal y el código procesal penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Boletín N° 4321-07, 4 octubre 2006, p. 26.

³⁷ AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español. Tesis doctoral, Ed. Universidad de Granada, 2005, p. 381.

sujeto en el acto, sino sólo fragmentos de esa personalidad en el hecho delictuoso que ha perpetrado³⁸.

Nos parece que la reincidencia en nuestro ordenamiento aún no ha sido tratada con toda la reflexión crítica que merece, tarea impostergable que debe realizarse lo antes posible, puesto que es un tema que sólo ha sido tocado en ciertos círculos de penalistas y criminólogos, más no la hemos encarado a nivel social, como debiese ser.

En el próximo capítulo abordaremos la figura de la reincidencia en el derecho penal juvenil chileno, desde una perspectiva criminológica, cuyo estudio nos comprueba la necesidad de profundizar en modelos longitudinales lo suficientemente amplios como para analizar las relaciones directas e indirectas entre los factores personales y sociales desde la perspectiva de las diferentes trayectorias delictivas, incluyendo los efectos –directos e indirectos- de las instancias de control y de los procesos autorreferenciales de la conducta criminal.

³⁸FORNASARI, Gabriele. Derecho Penal General y derivas autoritarias. Reflejos en el pensamiento del joven Giuseppe Bettiol. Revista electrónica de ciencia penal y criminología ISSN 1695-0194, Número 16-01, 2014, p.6. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-01 (2014), 2 jun]. Traducción de José Luis Guzmán Dálbora.

CAPITULO II – LA REINCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL CHLENO

1. Cuestiones preliminares

En este apartado analizaremos la naturaleza jurídica de las normas que establecen un sistema de responsabilidad penal para los adolescentes, a la clase de *ius puniendi* regulado por la Ley N° 20.084, y principalmente nos afrontaremos a la pregunta de si aquellas normas son o no derecho penal especial, puesto que la especialidad es el meollo de la discusión.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente fue ideada como un *sistema* de responsabilidad especial de adolescentes, que de acuerdo al mismo mensaje se basa en “una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo”³⁹

Respecto a la materia regulada por la ley en cuestión, en rasgos generales, ésta se encuentra definida de la siguiente manera: “La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”.

Asimismo: “La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución al delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que para efectos de esta ley se consideran adolescentes”.

Es importante destacar, determinada palabra de interés mencionada en los párrafos anteriormente expuestos, al respecto cabe tener presente lo relativo a que idealmente el propósito del legislador es establecer un “sistema” de normas jurídicas que conforman el derecho penal de adolescentes. En este sentido la palabra sistema, desde el punto de vista jurídico, se refiere a “una expresión que se usa para aludir a un conjunto ordenado de conocimientos que acerca del derecho nos provee la ciencia jurídica a través de las llamadas reglas de derecho o proposiciones acerca de las normas jurídicas. Se trata por lo mismo de una realidad cognoscitiva”⁴⁰, por lo cual, al tratarse de un conjunto de conocimiento es razonable entender que el derecho penal de adolescentes no se trata sólo de las reglas explícitas contenidas en la mencionada Ley, hay que entender que se trata de los conocimientos que sobre dichas normas expresas posee la ciencia jurídica. Por lo tanto, el contenido de la

³⁹ Mensaje Presidencial del proyecto de Ley N°20084.

⁴⁰ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho, 2000, p. 313.

disciplina no se agota en la Ley considerada en tanto reglas expresas, más aún, el contenido típicamente propio del derecho penal de adolescente lo podemos encontrar en otras fuentes del derecho distintas, tanto fuentes materiales como fuentes formales, razón por la que para evitar caer en el desintencionado error de reducir el contenido de la disciplina a la aplicación de las fuentes formales existentes en determinados cuerpos normativos de origen nacional, junto a la ley que regula la materia, hay que agregar en primer término la jurisprudencia de los tribunales nacionales, la doctrina en cuanto fuente material del derecho, y los conocimientos del que nos provee, y principalmente en lo que respecta al derecho penal de adolescentes como un sistema jurídico del que se predique coherencia y unidad, debemos agregar los Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile. La importancia de los últimos consiste en que en ellos se establecen los principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los adolescentes imputados o condenados, y asimismo, estos instrumentos forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* de protección de los niños que los Estados deben respetar; mención obligada al respecto son la Convención sobre los Derechos Del Niño ratificada por Chile en el año 1990; la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular su artículo 19; y considerar también los otros instrumentos internacionales tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil conocidas como Reglas de Beijing; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad; las Directrices de la RIAD; las reglas Bangkok y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de las que se puede señalar la Opinión Consultiva 17 sobre condición jurídica y derecho humanos del niño; Reglas, Directrices y Opiniones, los que sirven para integrar los contenidos de los tratados ratificados y vigentes en Chile. Inclusive el proyecto de la ley en cuestión señala expresamente en su mensaje que sus normas consideran “las normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; asimismo ha considerado las conclusiones de estudios de organismos internacionales especializados en el tema de la Justicia y los derechos de la infancia como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Instituto Interamericano del Niño (organismo especializado de la Organización de Estados Americanos) y el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)”. En este mismo orden de ideas, en palabras del

catedrático Jaime COUSO, “En realidad el sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de las reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos especiales, establecidos por los instrumentos internacionales que protegen derechos de los adolescentes imputados o condenados”⁴¹.

2. Derecho Penal de Adolescentes: ¿Rama autónoma del Derecho?

Respecto al problema relativo a si las normas del derecho penal adolescente constituyen una rama autónoma o no, es decir, si son un ordenamiento jurídico independiente de otras ramas del derecho o si es dependiente y es Derecho Penal sin más, sólo que no codificado, este es un tema discutido y no hay actualmente una opinión mayoritaria.

Tradicionalmente, en cuanto al *fundamentum divisionis* con que se establecen las diversas ramas del ordenamiento jurídico, éstas se dividen atendiendo a un criterio objetivo, referido a la materia que disciplinan, que es como se diferencian y determinan los contenidos de las restantes ramas jurídicas y se constituyen independientemente.

No ocurre lo mismo con las normas jurídicas sobre responsabilidad adolescente, es fundamental señalar que la materia objeto de su regulación, se forma y construye sus cimientos a partir de un criterio de índole subjetivo, que se halla sobre lo que recae su regulación; así podemos identificar que se intenta separar como rama en atención al adolescente regulado por el derecho. En oposición a la naturaleza objetiva del *fundamentum divisionis* con que se estructuran las diferentes ramas del derecho, el derecho penal adolescente supondría una ruptura, pues lleva a construir una de ellas tan sólo en razón de la edad de los sujetos, y en atención a ello, es que surgen las normas positivas que luego entran en relación jurídica con los adolescentes.

Respecto a, si el derecho penal adolescente se pueda considerar una disciplina autónoma, hay que considerar los siguientes criterios: Autonomía legislativa, autonomía didáctica, y autonomía científica o dogmática.

Tendrá autonomía legislativa cuando sus normas integran un conjunto orgánico con independencia formal. En lo relativo al derecho de fuente nacional, o sea, sin considerar las normas de derecho internacional que reglan la materia, identificamos la existencia de la Ley N°

⁴¹ COUSO, Jaime. La especialidad del Derecho Penal de adolescentes, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, 2012, Valparaíso, p. 269.

20.084, que se encuentra en un cuerpo normativo separado del Código Penal, en consecuencia, existe independencia formal. Sin embargo, para demostrar que una rama del Derecho es autónoma no nos sirve sólo decir que existen normas de manera separada que rigen su sector, por muy abundante que esta sea y por codificada que ella estuviera, sino que, además de tener existencia física separada, al menos no deben remitirse a otros códigos para que no haya dependencia. La primera ley mencionada anteriormente, enfoca las materias reguladas por ella, principalmente, sobre el juzgamiento y sobre los fines de la pena relativa a adolescentes, así como sobre la naturaleza de estas; pero en cuanto a los tipos penales -ya en el terreno del estrato sustantivo de las normas- se aplican las conductas descritas para los adultos en el Código Penal por remisión normativa del artículo primero, incluso aún en lo relativo a presunciones sobre el grado de comisión del acto incorporadas en algunos tipos penales, y en todo lo no previsto por la Ley de Responsabilidad Adolescente, es decir, en materia penal de adolescente se aplicará lo regulado para los adultos de manera supletoria en todo lo no previsto en la primera, y regulado por el Código Penal⁴² –veremos más adelante que dicha remisión no opera de manera automática-, por lo que, no cuenta orgánicamente con independencia formal o autonomía legislativa respecto a las normas del Código Penal chileno en el sentido mencionado debido a la remisión normativa; excepto el artículo 4º de la ley 20.084, que contiene regulación específica sustantiva en materia de delitos sexuales impropios y las que se refieren a las faltas. Por otra parte, tendrá autonomía didáctica si la disciplina puede ser motivo de enseñanza separada, en este sentido la gravedad y dimensión de sus normas y de su teoría sustantiva dan más que por justificado su tratamiento separado. Sin embargo, la independencia didáctica puede realizarse en virtud de enseñar una disciplina - integral, unitaria y coherente- como también por una mera razón práctica, como suele ocurrir con enseñanza de la cátedra de introducción al Derecho, que no forma una ciencia o disciplina pero si se sirve de varias disciplinas, de la sociología jurídica, filosofía del derecho, filosofía política, Derecho Constitucional, etc, para entregar una mejor comprensión del Derecho; al respecto Manuel de Rivacoba usa de un ejemplo para ilustrar bien este asunto y por añadidura el sobre la autonomía legislativa; el catedrático señala “si por la indudable trascendencia social y económica y consecuentemente jurídica que han alcanzado, y por la legislación especial a que han dado lugar y por el volumen que ocupan en los estudios de los abogados y en los

⁴² Sobre la necesidad de la revisión de la teoría del delito, Hernández, Héctor. “El nuevo Derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”, en revista de Derecho, 20 (Valdivia, 2007) pp. 197-217.

despachos de los jueces los mil problemas de los arrendamientos rústicos y en particular los urbanos, pensáramos en construir, sobre ellos, una ciencia nueva y paralelamente una ley especial con su cátedra correspondiente dónde enseñarla y aprenderla. No; los arrendamientos son materia de Derecho Civil, y por más importancia que en la vida jurídica adquieran y por más frondosa y enrevesada que llegue a ser la legislación que los discipline, e incluso que por razones prácticas hubiera un día que seccionar su estudio del resto de los contratos, no dejaríamos de estudiar allí Derecho Civil⁴³, ¿cabe acaso hacerse la misma pregunta sobre el derecho penal de adolescentes respecto al Derecho Penal?

Lo fundamental, es la independencia científica, el derecho penal de adolescentes posee un entramado riquísimo de principios e instituciones aún en perfeccionamiento pertenecientes a un denominado *corpus juris* adolescente, por solo mencionar, el principio de responsabilidad penal especial o el principio de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, son principios diferenciadores de esta materia, entre otros; los principios característicos de esta materia se precisa, tienen su origen en tratados y demás instrumentos internacionales señalados en este trabajo en el subtema anterior cuando nos referimos a que integrados forman un verdadero sistema de protección penal adolescente, de ellos derivan principios e instituciones especiales de la materia en cuestión, algunos recogidos expresamente por la ley n° 20084, que bajo todos los supuestos, reafirma expresamente la aplicación del contenido de principios, instituciones, derecho y deberes regulados en estos instrumentos ratificados por Chile y vigentes, en su artículo 2, inciso segundo de la ley. Con todo, en el análisis de este fenómeno delictual en particular, relativo a la responsabilidad penal de adolescentes: encontraremos indefectiblemente: actos, típicos, antijurídicos y culpables, por lo cual, se deberán analizar y aplicar todas las grandes instituciones del derecho penal, entre otras consideraciones porque componen el sustrato fundamental del delito, tanto de sus partes general como especial, razón por la que no puede independizarse de éste último.

Llegado a este estado de cosas, el derecho penal de adolescentes se concibe como una disciplina en un sentido, dogmáticamente especial, en tanto es una disciplina cuyas proposiciones que proveen la ciencia que lo estudia se desarrolla paralelamente a las demás ramas en que se divide el Derecho, con principios e instituciones propias según no referimos a ellos en el párrafo anterior y también objeto propio de índole subjetiva, y por otra, en otro

⁴³DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. ¿Una nueva disciplina jurídica? El pretendido “Derecho de los Menores”, Universidad n°51, Santa Fe, 1962, p 291.

sentido, dogmáticamente dependiente del Derecho Penal, pues es tratado desde una de las facetas con consecuencia jurídica que involucran en tanto sujeto regulado por el derecho a los adolescentes, no regula la faceta perteneciente que involucra a los menores en el Derecho de familia o perteneciente al Derecho del Trabajo, por ejemplo; regula sólo una faceta fragmentaria de la vida en sociedad; esta es, en su perspectiva como un fenómeno delictual, será siempre inescindible de las instituciones y contenido del que nos ha provisto el Derecho y Dogmática Penal. Razón anterior por lo cual podemos descartar la afirmación de que el derecho que nos ocupa en este trabajo sea Derecho Penal sin más y no codificado, a la vez que descartar también que estemos en presencia de una verdadera rama autónoma, un ordenamiento jurídico inédito e independiente del resto de las ramas del Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal, etc., no estamos en presencia de ninguna de las dos cosas anteriores, nuestra afirmación consiste en señalar que el derecho penal de adolescente es un subsistema especial dentro del subsistema más general que es el Derecho Penal, estamos tratando materia de una faceta acotada dentro del Derecho Penal, con un ámbito de reglas propias que a la vez se sirve de la ciencia penal.

3. Especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes

No es el propósito de este trabajo avocarnos detalladamente a la especialidad de este fenómeno, por razones de extensión, y también por estar anteriormente tratada de manera más detallada por los autores. Desde una óptica panorámica veremos en qué radica su especialidad.

3.1. Fundamento

El fundamento de la especialidad es la distinta posición fáctica en que se encuentran los adolescentes en comparación con la persona adulta. La principal diferencia es la constatación aún en exploración, de hechos que se manifiestan en ciertas características de la realidad personal y social, y que son propias del ser humano cuando atraviesa por aquella fase particularizada de desarrollo de su personalidad denominada adolescencia, mirada desde una perspectiva global⁴⁴.

⁴⁴ COUSO, Jaime. La especialidad del derecho penal de adolescentes, 2012, p. 270.

3.1.1. Menor capacidad Cognitiva

Los adolescentes tienen capacidad cognitiva, en un nivel básico, para tomar decisiones de cierta complejidad, de manera informada, y en ciertas áreas de su vida. Y pese, a la famosa categoría ofrecida por PIAGET de las “fases evolutivas”, no debe suponerse que alcanzada una determinada edad los niños adquieren todas las competencias comprendidas en ella, sobre todos los dominios de su comportamiento, en este sentido, la competencia de tomar decisiones de un tipo no puede generalizarse y en lo relativo a este punto en particular, también se ha asentado por la ciencia que la capacidad cognitiva de razonar y de comprender de los preadolescentes y muchos adolescentes más jóvenes es sustancialmente diferente en ciertos aspectos de la que tienen los adolescentes mayores y los adultos, aseveración que señala que la capacidad de razonar al modo adulto, “*in adult style*”, recién se adquiere en torno a los dieciséis o diecisiete años⁴⁵.

3.1.2. Menor Capacidad de juicio y autocontrol:

En este sentido, sobre la capacidad de juicio y autocontrol del adolescente tienen influencia los siguientes factores:

- a) Su limitado horizonte de experiencias y conocimiento social explica un deficiente cálculo de costos y beneficios apreciable en sus juicios y decisiones.
- b) Perspectiva más bien cortoplacista con capacidad limitada para ponderar consecuencias de largo plazo de sus acciones, lo cual se traduce en una mayor propensión al riesgo.
- c) Limitada capacidad para resistir la presión del grupo de pares: ERIKSON destacó el crucial rol que las relaciones de pares desempeñan en la formación de la identidad de los adolescentes, en este sentido ZIMRING señala que “El secreto bien conocido es éste: los adolescentes cometen delitos tal como viven sus vidas: en grupos”⁴⁶. En particular, esta importante influencia sobre el adolescente respecto de los grupos, ocurre mediante dos vías: la tendencia a la comparación social; y segundo por su conformidad social, “influyendo las decisiones que adoptan, ya sea a través de la presión o coacción directa del grupo- frente a la cual los adolescente tienen una reducida capacidad para retirarse públicamente-, ya indirectamente, por su deseo de

⁴⁵ ZIMRING, Franklin. Penal Proportionality for the young offender: Notes on immaturity, capacity and diminished responsibility, Chicago – Londres The University of Chicago Press, 2000, p.279.

⁴⁶ ZIMRING, Franklin. Kids, group and crime: Some implications of a well-known secret, The Journal of Criminal Law and Criminology, 1981, p 867.

conseguir la aprobación del mismo” “aumentando la probabilidad de decisiones impulsivas, carentes de sentido, desproporcionadas, discriminatorias hacia quienes son diferentes, o inspiradas por un pasajero sentimiento superioridad”⁴⁷.

3.1.3. Mayor sensibilidad a la pena y frente a los efectos perjudiciales de la cárcel

Se habla del mayor impacto subjetivo de la pena, dentro de estas fundamentalmente la privativa de libertad. Relativo a este asunto, la ciencia – la psicología del desarrollo- confirma la percepción que los adultos mayores tienen sobre que el tiempo pasa más rápido a mayor edad, y que, por el contrario, para los adolescentes, especialmente para los privados de libertad, el tiempo transcurre muchísimo más lento⁴⁸.

3.1.4. Normalidad, carácter episódico y remisión espontánea de la mayor parte de la criminalidad de adolescentes.

La realización de conductas delictivas, principalmente leves, es un fenómeno normal durante la adolescencia, cuya ocurrencia no responde a distinciones por grupo social, clase o etnicidad, es transversal, la cual tiende a desaparecer espontáneamente alcanzada una cierta edad y mayor grado de madurez o una vez que aumenta la presencia de los denominados factores protectores, como puede ser el efecto del control social y familiar. Además, debido a que el comportamiento criminal adolescente está asociado a la existencia de grupos con los que delinquen, el hecho que a mayor edad la pertenencia en dichos grupos tienda a desaparecer, significa que la mayoría de los miembros dejan de delinquir. De este modo, una de las asunciones formuladas por la psicología del desarrollo es que la mayor parte de la delincuencia es de carácter leve, episódica y no suele dejar posteriores efectos negativos⁴⁹.

3.1.5. Efecto criminógeno de la reacción penal formal frente a las primeras manifestaciones de la criminalidad adolescente.

Dicho efecto se explica por vía de la teoría criminológica del interaccionismo simbólico. En este sentido LEMERT, explica el comportamiento criminal persistente de un

⁴⁷ COUSO, Jaime. La especialidad del derecho penal de adolescentes, 2012, p. 279.

⁴⁸ FELD, B., BadKids, p. 313-314, cita a Piaget.

⁴⁹ Investigaciones de Huizinga, Loeber, Thornberry y Cothorn, 2000; Vázquez Gonzalez, Carlos. Predicción p. 1 y ss.

sujeto, a partir de su etiquetamiento como delincuente por parte de las instancias formales de control social y en razón de cómo la reacción social ante una conducta desviada, consigue una transformación de la identidad individual, asignándole un nuevo rol o status, produciendo un efecto de estigmatización de la persona⁵⁰.

Además debemos considerar en este sentido, lo que señala Carlos VÁSQUEZ al respecto, basándose en estudios criminológicos⁵¹ que dan cuenta de que la experiencia de haber sido detenido como adolescente incrementa en un 14% la probabilidad de ser detenido como adulto, incremento que llega a 31 punto porcentuales para los individuos con mayor nivel educacional -10 años de educación- lo cual puede explicarse sobre la estigmatización experimentada, que al haber sido detenido durante la adolescencia se disminuye los “costos de estigmatización” que para él representa la posibilidad de ser detenido ahora como adulto, principalmente teniendo en cuenta el carácter episódico y normal de las conductas desviadas cometidas en la adolescencia, “el fenómeno que más plausiblemente determina la estigmatización social como delincuente no es la experiencia – normal- de incurrir en algún delito durante la adolescencia, sino precisamente la experiencia –menos normal y más diferenciadora- de haber sido detenido y tener que comparecer posteriormente ante el sistema penal formal”⁵².

3.1.6. Efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de libertad de adolescentes.

El efecto desocializador se produce por la pena en cuanto mal, la pena es una restricción de derechos y libertades que recae sobre el individuo, en particular, la pena privativa de libertad aísla a la persona de las esferas de participación ciudadana, política, social y cultural, en razón del encierro en centros de privación de libertad. Sobre su efecto criminógeno, la evidencia de que estas penas no disminuyen la reincidencia, sino que la incrementan, es bastante. En Chile, los jóvenes sometidos a sanciones privativas de libertad presentan las más altas tasas de reincidencia general, adicionalmente los jóvenes que cumplieron penas cuyo programa de cumplimiento es en centros de internamiento semi cerrado, son quienes menos

⁵⁰ VÁSQUEZ GONZALEZ, Carlos. Delincuencia Juvenil, consideraciones penales y criminológicas, Colex, Madrid, 2003, p 171.

⁵¹

⁵²COUSO, Jaime, La especialidad del derecho penal de adolescentes, 2012, p. 283.

tiempo tardan en reincidir; por otro lado, los jóvenes que cumplieron penas cuya forma de cumplimiento es en medio libre, presentan las tasas más bajas de reincidencia⁵³.

3.1.7. Mayor eficacia preventivo-especial de intervenciones especializadas, multidimensionales y breves, fuera del ámbito de la justicia, con compromiso activo del adolescente

Parecen tener eficacia preventivo especial positiva determinados programas con características muy específicas, que tome en consideración las carencias propias de los delincuentes juveniles en tipos de tratamiento que integren aquellos problemas - “déficits educacionales, disfunción familiar, inadecuadas habilidades interpersonales y laborales, y pobreza”⁵⁴ y le brinden un tratamiento intensificado. Los programas actuales más conocidos son el “tratamiento multidimensional en hogares de acogida”, la “terapia multisistémica” o *multisystemic therapy*, y el “modelo de desarrollo social” o *social development strategy*. Este último, tras observarse⁵⁵ que las mayorías de los delincuentes crónicos, de carrera o multirreincidentes empezaron su actividad criminal a edades tempranas, se ha prestado atención a los déficits del desarrollo de la personalidad y a los vínculos sociales formados durante la infancia como precursores de la conducta social o delictiva. Aquél modelo ha sido propuesto por CATALANO y HAWKINS (1996) y tiene como punto de partida la hipótesis de que “la socialización sigue el mismo proceso tanto si produce comportamientos prosociales como comportamientos antisociales”⁵⁶, a partir de ella la delincuencia en un individuo se produce por un proceso complejo, de interacción con el ambiente, en donde existe una diversidad de factores. Para FARRINGTON la delincuencia se produce mediante un proceso de interacción entre el individuo y el ambiente⁵⁷. En este último se pueden identificar factores de riesgo y factores protectores. El modelo de desarrollo social pretende averiguar cómo los factores de riesgo y los factores protectores interactúan para alcanzar un desarrollo social o antisocial, algunos de estos factores son la familia, la escuela, el grupo de amigos, consumo de drogas y

⁵³ El estudio de datos más reciente en materia de reincidencia. Unidad de Estudios SENAME “estudio de reincidencia de jóvenes infractores de ley RPA, estudio 2015”. pp 47. El cual abarca los jóvenes egresados entre el año 2009 al 2013.

⁵⁴ LIPSEY, Mark – Wilson, David, *Effective intervention for serious juvenile Offenders*, 1998.

⁵⁵ Investigaciones realizadas por TheOJJDP’sStudyGruoponVery Young Offenders; o Farrington en The Cambridge Study in DelinquentDevelopment.

⁵⁶ Battin, Pearson, Thornberry, Hawkins and Krohn . *GangMerbershit, delinquentpeers, and delinquentbehavior*, *JuvenileJusticeBulletin*, October 1998, Washington DC, 1998, p. 1-10.

⁵⁷ GARRIDO, STANGELAND y REDONDO. *Principios de criminología*, 1999, p 409-412. Referida a la teoría de Farrington.

los factores sociales y comunitarios, como también una serie de factores individuales propios de la persona. Para encontrar estos elementos esta teoría “se sustenta principalmente sobre dos tipos de estudios: estudios longitudinales dirigidos a identificar los factores de riesgo y los factores protectores [...]para que una vez identificados, mediante estudios experimentales (transversales), se determine la relación causal entre esos factores, se identifiquen aquellos favorables a un cambio y se identifiquen los cambios que tienen más efecto en la prevención de la delincuencia”⁵⁸. En virtud y consideración de lo anterior FARRINGTON señala que “la prevención del desarrollo es la nueva frontera de los esfuerzos de prevención del delito”⁵⁹

3.2. Principios Sustantivos

3.2.1. Responsabilidad Penal Especial

La responsabilidad Penal Especial se basa en la denominada doctrina de la protección integral del Niño-Adolescente cuyo origen se vincula con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño celebrada en el año 1989 y ratificada por Chile en el año 1990, y otros instrumentos internacionales afines⁶⁰. Se trata de contenidos que tienen la pretensión de influir en la determinación de todas las relaciones interpersonales que involucren a niños y adolescentes, sea con sus pares, con los adultos, y particularmente, con los órganos del Estado, destacando, que significarán una relación entre el Estado y los individuos que se define propiamente como una relación de derecho. Lo anterior permite distinguir dos sistemas perfectamente diferenciables, el sistema de responsabilidad penal juvenil que permite definir el papel que cumplen los órganos jurisdiccionales en la determinación de la responsabilidad concurrente a los actos delictivos ejecutados por adolescentes o menores de edad, en general; y el sistema de protección de derechos de la infancia respecto de aquellos actos que ejecutan terceros en contra de sus derechos; separando ambas respuestas en modelos institucionales cuyos objetivos y características son perfectamente diferenciables, lo que se denomina usualmente como “principio de separación de vías”.⁶¹

⁵⁸ VÁZQUEZ GONZALEZ, Carlos. Predicción y prevención de la delincuencia Juvenil. Según las teorías del desarrollo social, 2003. p. 139.

⁵⁹ TONRY and FARRINGTON, Building a safe society: Strategic Approaches to Crime Prevention, University of Chicago press, 1995. p 10.

⁶⁰ Considerar las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores de 1985 (reglas de Beijing); de las Reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad del año 1990; y de las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Reglas RIAD).

⁶¹ MALDONADO FUENTES, Francisco. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes. 2014, p. 43.

La Convención, como es bien sabido significó un verdadero cambio de paradigma, desde concebirse al adolescente como un objeto del derecho en tanto es incapaz, a comprender que es sujeto derechos en tanto detenta autonomía, al reconocerse a los niños y adolescentes la titularidad de derechos subjetivos.

El adolescente es un ser autónomo, es decir, goza de la libertad para elegir entre distintas preferencias u opciones y guiar su comportamiento en virtud de esa elección – toma una opción-, pero cuidado, no se observa toma de decisiones “in adult style” (al estilo adulto), por cuanto tiene características propias que la hacen diferente de la autonomía que detenta un adulto, porque aquella no es plena, sino que es *suficiente*. Al reconocer la titularidad de derechos subjetivos y la presencia de niveles importantes de ejercicio autónomo de los mismos, es posible extraer de estas manifestaciones de la personalidad de un adolescente o conductas, consecuencias derivadas del ejercicio individual de esta autonomía, sin embargo, llegado a este punto, es fundamental destacar -para dar cuenta de lo que esta autonomía no es- que es distinta de la de un adulto, ya que, este último goza de autonomía plena para la administración completa de sus facultades individuales, y la del adolescente detenta el carácter de suficiente para responsabilizarlo de sus actos.

Ante ello surge la legítima pretensión de hacer efectiva la responsabilidad por los delitos en que incurren los menores de edad en caso de cometer delitos, teniendo por fundamento de la responsabilidad de dichos actos, que estos son expresión de la autonomía que detenta en forma natural el adolescente. Ahora bien, como señalábamos el reconocimiento de dicha responsabilidad es diversa –forzosamente- de la que se puede identificar del comportamiento de un adulto, pues asume que las características de la personalidad del adolescente son bastante distintas a la de un adulto, y que en virtud de ello es una situación normal que sus características incidan en la forma como ellos procesan y reaccionan frente a las herramientas de que se sirve el Derecho Penal de manera diferente a la de un adulto. El hecho que la exigibilidad que se pueda esperar es diferente lleva – de manera implícita- el reconocimiento de un presupuesto de hecho básico, referido a que el adolescente atraviesa por una etapa de desarrollo progresivo en los aspectos físicos, psicológico y social.⁶² Situación que por los demás está expresamente reconocida por el legislador en el mensaje del proyecto de la Ley en comento, al señalar que “la propuesta se basa en el principio de responsabilidad según

⁶²MALDONADO FUENTES, Francisco. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes.2014, p. 45.

el cual el adolescente es un sujeto que, si bien es irresponsable como adulto, se le puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo”.

El artículo 40, 1 CIDN., dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera [...] en la que se tengan en cuenta la edad del niño [...]”.

Aplicado al campo del juzgamiento de la responsabilidad penal, es decir, del establecimiento y valoración del injusto penal cometido por el adolescente y, sobre todo, de su culpabilidad por tal injusto, se traduce en la exigencia de tener en cuenta las peculiaridades de la situación del adolescente en dicha valoración. En este campo, las diferencias apreciables entre adolescentes y mayores de edad, en términos de sus menores competencias cognitivas y su menor capacidad de juicio y autocontrol, son muy relevantes.

Con todo, la principal consecuencia de este principio, a nivel de los criterios de juzgamiento diferenciado, se aprecia en la culpabilidad. Así lo advierte el Comité de Derechos del Niños de Naciones Unidas, cuando considera a las diferencias físicas, psicológicas y emocionales de los niños como la base para afirmar la “menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia”.

Por otra parte Jaime COUSO es de la opinión que del principio señalado se desprenden determinados estándares de juzgamiento que si bien son diversas manifestaciones de este mismo principio, sirven principalmente para otorgarle concreción en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y operacionalizar sus contenido, a saber, del principio de responsabilidad especial se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado: i) juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal; ii) culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado; iii) juzgamiento diferenciado de los elementos de la culpabilidad; y iv) juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad.

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

Este principio se infiere de un conjunto de normas de derecho internacional dirigidas a evitar o reducir al mínimo el contacto del niño y adolescente con el sistema de justicia penal, en general -artículo 40, 3 letra b) de la CIDN-, y con la privación de libertad, en particular -

artículo 37 letra b) y 40, 4 CIDN-. En todas ellas se aprecia una preocupación por proteger el desarrollo del adolescente, así como sus condiciones para el ejercicio de su derecho a la seguridad individual, salud, educación, a un nivel de vida adecuado, a la participación en la vida social y al contacto familiar, todos los cuales se ven seriamente amagados por el sistema penal. Esta preocupación está plenamente justificada por las evidencias empíricas, también asumidas, como se vio, por los instrumentos internacionales existentes en la materia, acerca de la mayor sensibilidad de los adolescentes a la pena y al encarcelamiento, por una parte, el riesgo criminógeno de las primeras intervenciones penales, y el efecto desocializador y criminógeno, sobre todo, de la privación de libertad.

3.2.3. Especial orientación hacia la prevención especial positiva

La reacción del Estado frente al fenómeno del delito de adolescentes exige que tenga por finalidad promover la reintegración o resocialización del infractor. Lo anterior, se opone a los enfoques retributivos o predominantemente retributivos, los cuales consisten en que la justificación de la reacción penal se basa en el merecimiento de un castigo por parte del infractor o de una intimidación individual o colectiva. Cabe hacer presente que, aunque también se busque la reinserción social, el objetivo de la represión-castigo en el régimen de justicia penal general llama la atención por ser, al menos socialmente, más reclamado que el otro: muchos piden cabezas, pocos piden reinserción.

La exigencia de orientación de todo el sistema hacia la prevención especial positiva se sustenta en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, particularmente en el artículo 40.1 que señala que la reacción punitiva en niños y adolescentes tiene especialmente en cuenta “la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. El comentario oficial de la Regla 17 de las “Reglas de Beijing” ilustra al dotar de contenido a la regla más general, señalando que: “Los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”.

La prevención especial positiva se contrapone a la reincidencia puesto que la mayor duración de las penas –del castigo- por aplicación de la agravante de reincidencia impide el

cumplimiento de la primera finalidad, y al contrario se obtiene el resultado de, según la evidencia empírica, operar aumentando la criminalidad del infractor. Por lo que para operativizar la prevención especial positiva es que “debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños en particular en el marco de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentran en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias”⁶³ y principalmente en el seno de la comunidad y la familia, y en intervenciones en lo posible alejadas de la reacción penal formal, de acuerdo se trató en el capítulo anterior. Asimismo, las “Directrices de la RIAD”, el principio con que se inicia ésta, señala que “la prevención de la delincuencia es parte esencial de la prevención del delito en la sociedad. Si los jóvenes se dedican a actividades lícitas y socialmente útiles, se orientan hacia la sociedad y enfocan la vida con criterio humanista, pueden desarrollar actitudes no criminógenas”.

4. La Reincidencia en la Ley N° 20.084

4.1. Regulación

El Código Penal chileno excluye de responsabilidad penal a los menores de 18 años, el artículo 10 numeral 2 señala que: “están exentos de responsabilidad criminal: [...] N°2. Los menores de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto por la ley de responsabilidad penal juvenil.”. Por otra parte, la Ley N° 20.084 determina su contenido señalando que regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad y la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas. Y expresa su ámbito de aplicación subjetivo prescribiendo que se aplicará “a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que para efectos de esta ley se considerarán adolescentes”, en sus artículos 1° inciso primero y 3° inciso primero, respectivamente.

Respecto a la institución de las circunstancias agravantes dentro de las que se contempla la reincidencia no existe una regulación de esta institución en la Ley 20.084. Su eventual aplicación tiene lugar mediante el reenvío de parte de normas que mencionan a un conjunto de disposiciones propias del régimen general de responsabilidad penal dentro del

⁶³ Observación General N° 10. 2007, párrafos 10 y 18.

contexto de determinación del procedimiento de determinación de la pena de adolescentes. Una vez acreditada la responsabilidad penal de un adolescente deberá recurrirse al mecanismo jurídico especial de determinación de la pena creado por la Ley N° 20.084, para hacer operativa la determinación de las penas de adultos establecidas para cada delito, en un marco penal propio de los adolescentes asignado a cada delito, con el fin de garantizar el principio de legalidad penal, proporcionalidad y culpabilidad⁶⁴; dicho procedimiento está contenido en los artículos 21, 22, 23 y 24 de la Ley.

En lo que concierne a este acápite, las normas recién mencionadas de la Ley 20.084 que se remiten a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal reguladas en el régimen general –de adultos–, son los artículos 21 y artículo 24 de la Ley en cuestión. Por una parte el artículo 21 establece reglas que permiten arribar al grado de penalidad o “pena base” a partir de la pena asignada para el delito en el régimen general o de adultos, con lo cual se inicia el proceso de determinación de la pena, incluyendo entre ellas una remisión a un conjunto de disposiciones del proceso propio de determinación de la pena del régimen de adultos, en particular, las reguladas en el “Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código⁶⁵”. Por otro lado, si el artículo 21 de la Ley 20.084 permite calcular la pena base, el artículo 24 permite aplicar el sistema de individualización judicial de la pena de adolescentes. En efecto, una vez aplicadas las reglas contenidas en los artículos 21, 22 y 23; el artículo 24 dispone que se deberá escoger la naturaleza y cuantía de la pena concreta, dentro de los márgenes anteriormente establecidos, en atención a una serie de criterios que deben ser ponderados en conjunto, entre los que esta se refiere expresamente y de manera general, a las agravantes y atenuantes de la responsabilidad penal.

Cabe hacer presente que el artículo 21 realiza un reenvío a las normas Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código, que en definitiva contiene algunas normas que indican lo que el sentenciador debe hacer para valorar la concurrencia o ausencia de atenuantes o agravantes de responsabilidad y que en ningún caso determina cuáles son esas circunstancias que el juez debe valorar; las que se encuentran reguladas fuera del párrafo 4 del título III del libro I del Código

⁶⁴ BERRIOS DÍAZ GONZALO. La ley de responsabilidad penal de adolescentes como sistema de justicia: análisis y propuestas en Revista Política Criminal, N° 11, Vol. 6, 2011. Pág. 163 a 191.

⁶⁵ La regla del artículo 69 del Código Penal que se excluye señala “Dentro de los límites de cada grado, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

penal⁶⁶. Por otro lado, el artículo 24 se remite ya no indirectamente como sí lo hace el artículo 21, sino expresamente a las atenuantes y agravantes; sin embargo tampoco indica cuáles deben ser dichas circunstancias valoradas. Ésta última cuestión se regula en los artículos 11 a 13 del Código Penal, materia que según lo antes expuesto, por lo tanto, no está regulada en la Ley N° 20.084, ni sobre las cuales se hacen referencia mediante la remisión indirecta del artículo 21, ni mediante la remisión directa del artículo 24, los que se refieren específicamente a un procedimiento.

4.2. Registro de condenas

El registro general de condenas que establece el Decreto Ley 645 de 1925 ha sido usado como argumento para la aplicación de la agravante de reincidencia en delitos cometidos por adolescentes toda vez que su artículo 2 dispone que se incorporarán las condenas dictadas por responsabilidad penal adolescente al registro general de condenas y éste se podrá comunicar para efectos de acreditar la reincidencia en juicio. De su tenor literal se interpreta las condenas de adolescentes se incorporan al registro que puede certificarse para valorar la agravante de reincidencia.

Sin embargo, en el Decreto Ley 645 de 1925 la expresión reincidencia no está empleada en un sentido técnico, que se le ha interpretado anteriormente, es decir, para indicar particularizadamente dentro de todas las agravantes existentes sólo a la que regula la agravante de reincidencia, sino que hace referencia a la palabra reincidencia en su sentido o acepción natural⁶⁷. La cuestión anterior incidirá en los efectos que se atribuyen a la comunicación del registro de condenas.

Los antecedentes contenidos en el registro constituyen datos personales sujetos a reserva que se pueden comunicar sujeto a un régimen de excepción, puesto que significan restricciones de derechos fundamentales y manejo de datos de especial sensibilidad sobre la persona, como lo es el manejo de antecedentes penales. Su comunicación entonces no puede exceder lo que la norma habilita informar. De lo anterior se desprende que sólo sería posible usar esos datos para otros efectos de acreditar la agravante de reincidencia, que es lo que habilitaría la norma según su tenor literal, y no para otros efectos; por ejemplo no se podría

⁶⁶ MALDONADO FRANCISCO. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes, en estudios de Derecho Penal Juvenil IV del Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N°13, noviembre, 2013, Santiago de Chile. Pág. 178.

⁶⁷ FUENZALIDA IVÁN. Anotaciones prontuariales de los adolescentes: Un tema pendiente, en justicia y Derechos del Niño, N°11, ediciones de UNICEF, 2009, pág. 313 y ss.

utilizar para operar con distintos institutos penal y procesales como la resolución de la internación provisoria, la eventual aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, valorar la irreprochable conducta anterior, para verificar la interrupción del plazo de prescripción; entre otros efectos.

Por lo tanto parecería ilógico que el legislador haya utilizado la palabra reincidencia en el Decreto Ley 645 de 1925 para referirse a la agravante de reincidencia, siendo esta expresión dispuesta en su sentido natural y más amplio⁶⁸, permitiendo de esa forma la comunicación de los antecedentes penales de los adolescentes para considerarlos en distintos fines y efectos que dependen del contenido de la reglamentación penal y procesal, por lo cual el artículo 2 del decreto mencionado no permite concluir la aplicación de la agravante de reincidencia en adolescentes.

4.3. Nom bis in idem

Varios autores, tales como María Inés Horvitz, Francisco Maldonado, y Miguel Cillero Buñol, han hecho presente desde comienzos de la entrada en vigor de la Ley N°20.084 que se presenta un problema de *doble valoración* de las circunstancias agravantes en el procedimiento de determinación de la pena correspondiente a adolescentes. Problema que no ocurre en torno a las atenuantes toda vez que la doble valoración se formula como una garantía personal ante el Estado, que impide excesos, por lo que no habría infracción si ella está para proteger a los sujetos⁶⁹. La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el asunto recogiendo las declaraciones formuladas por parte de la doctrina que reconocen el problema, respecto a ello lo relevante es que ello supone implícitamente el reconocimiento de evitar la doble valoración. En concreto el problema se produce cuando las circunstancias agravantes se deben valorar en dos momentos distintos del procedimiento de determinación de la pena para gravarla, como se dejó entrever en el acápite sobre la regulación de la reincidencia en la Ley N° 20.084, ésta mediante una remisión indirecta del artículo 21 permite considerar las agravantes y luego, se dispone la consideración expresa de ellas para la fase de individualización de la pena, momento en que se valorara junto a un conjunto de criterios para fijar la naturaleza y la pena concreta.

⁶⁸ CENTRO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD CIUDADANA (CESC) del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile. Estudio modelo y medición de la reincidencia de adolescentes y jóvenes infractores de la Ley Penal, Febrero 2012. Pág. 7.

⁶⁹ VARGAS PINTO TATIANA. La determinación judicial de la sanción penal juvenil, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIV, 1° Semestre de 2010, Valparaíso. Pág. 484.

En cuanto a la solución de este conflicto, el profesor Francisco Maldonado es de la opinión de resolverlo mediante el uso de razones materiales inclinándose finalmente por la valoración de las agravantes bajo el artículo 24, excluyendo de considerarlas en la fase dispuesta en el artículo 21, para lo cual brinda las siguientes razones de fondo: primero, que el artículo 24 es la etapa central del procedimiento de fijación de la pena, y el único que da cuenta de las particularidades y del carácter especial del modelo en esta materia; segundo, que lo contrario supone sustraerlo del único momento en que se lo valora de acuerdo a los contenidos y fundamentalmente, sanciones propias del régimen de adolescentes; y tercero, que ello iría contra el texto expreso de la Ley, pues del tenor de las disposiciones el artículo 24 es el único que se refiere en expresamente a las agravantes, de lo cual carece la otra disposición.⁷⁰ Principalmente porque este último artículo da cuenta mejor de las particularidades propias del sistema especial y en que, se da una valoración global conjunta de las circunstancias del caso y asimismo, a la vez que se presentan con mayor notoriedad los fines especiales de la pena.

⁷⁰ MALDONADO FRANCISCO. Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes, en estudios de Derecho Penal Juvenil IV del Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N°13, noviembre, 2013, Santiago de Chile. Pág. 182.

CAPITULO III – ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA REINCIDENCIA EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

En el presente capítulo hemos sistematizado jurisprudencia chilena relativa a delitos cometidos por adolescentes y reincidencia, es decir, reúne casos en que el sujeto ha delinquido siendo condenado por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, y ha vuelto a delinquir en la vida adulta. Este escenario constituye un escenario muy interesante de estudiar, puesto que a nivel doctrinal y social no existe consenso en relación a su procedencia, discutiéndose las posibles violaciones a principios esenciales del derecho penal.

La jurisprudencia en análisis corresponde a fallos dictados por la Corte Suprema, por distintas Cortes de Apelaciones y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal de la Región Metropolitana, y han sido seleccionadas en base a un criterio de temporalidad, puesto que todas son posteriores al año 2009. Asimismo, hemos procurado recolectar fallos de distintos puntos geográficos del país, en razón de la necesidad de estar al tanto de los distintos razonamientos utilizados por los tribunales de justicia de similares características cuando se trata de aplicar la agravante.

Las sentencias seleccionadas corresponden a un total de 13, dictadas entre los años 2009 y 2013. Han sido ordenadas según el Tribunal de su dictación, fecha de emisión, número de Registro Único Nacional (RUC) y número de Registro de Ingreso al Tribunal (RIT), con excepción de las sentencias de Corte, en que se señala su número de Rol.

Cabe señalar que el repertorio presentado no busca ser representativo, sino más bien caracterizar las distintas posturas que hay en la jurisprudencia, acercarnos al tema de estudio de una forma sistematizada a través de fichas de contenidos referidas a cada uno de los fallos, las cuales se elaboraron a partir de la información más relevante, para luego exponer las consideraciones de los tribunales al evaluar la procedencia de la agravante o no. Todo esto con el objeto de que el lector pueda comprender afablemente la información ofrecida, siéndole fácil comparar los distintos puntos de vista que han tenido los jueces a la hora de sentenciar.

1. Sentencias revisadas

1.1. Corte Suprema

Corte Suprema, Rol 4419-2013

Corte Suprema, Rol 7364-2012

1.2. Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Ruc N° 08005333665-2, Rol N° 201-2009.

Corte de Apelaciones de La Serena, Ruc N° 0800601048-3, Rol N° 262-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, Ruc N° 0900289129-5, Rol N° 728-2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ruc N° 100204588-0, Rol N° 245-2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ruc N° 1001200355-8, Rol N° 136-2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ruc N° 0901150556-K, Rol N° 538-2010.

Corte de Apelaciones de Chillán, Ruc N° 0801166164-6, Rol N° 232-2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, Ruc N° 0900236535-6, Rol N° 436-2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, Ruc N° 0910016291-9, Rol N° 646-2009.

1.3. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Ruc N° 0800924297-0, Rit N° 75-2009.

Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Ruc N° 0800981494-K, Rit N° 143-2009.

2. Índice de Fichas

2.1. Presupuestos fácticos de la Reincidencia

2.1.1 Propia

2.1.2 Impropia

2.2. Condenas a menores de edad

2.2.1. Ley 20.084

2.2.2. Convención de los Derechos del Niño

2.2.3. Reglas de Beijing

FICHA 1

Tribunal: Corte Suprema

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

Fecha: 17 de septiembre de 2013

Rol N°: 4419-2013

Recurso: Nulidad

Descripción: Se trata de un recurso de nulidad presentado por la defensa de Max Alexander Oñate Salas, contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que había condenado al sujeto a la pena de doce años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado medio, como autor de delito de robo con intimidación. Para fundamentar el recurso, la defensa invoca como causal la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo (art. 373 letra b) en relación con el artículo 376 inciso tercero del Código Procesal Penal), en una materia en que existen diversas interpretaciones manifestadas por tribunales de justicia. El recurrente sostiene que el Tribunal *a quo* acogió en su sentencia las agravantes del artículo 12 Números 14 y 16 del Código Penal, a base de condenas dictadas contra el imputado bajo la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, las que no debieron ser consideradas para dichos efectos, derivado de la especialidad del sistema juvenil. A lo anterior añade la regla 21.2 de Beijing que señala que “los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”. Asimismo, argumenta que el artículo 40 N°1 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone el deber de orientar el sistema de adolescentes hacia la integración social del joven para que asuma una función constructiva en la sociedad.

Decisión del Tribunal: El Tribunal Supremo reconoce que la agravante de reincidencia contiene un fondo de una concepción peligrosista, que colisiona con un sistema que azuce a la reinserción y rehabilitación del convicto, además de ser atentatorio a los fines socioeducativos que se persigue a través del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil. Señala que las sanciones de la Ley N°20.084 tienen un fin expresamente previsto (art. 20 LRPA), que consiste

en “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan”, ergo, no podrían usarse las sanciones que establece la LRPA para otros fines que no sean los que esta misma ley declara deben perseguirse.

No obstante este razonamiento la Corte señala que para este caso no se ha ocasionado un perjuicio imprescindible para configurar la causal alegada del artículo 373 letra b) del Código de Procesal Penal, puesto que –afirma- en la hipótesis de suprimirse las dos agravantes de reincidencia declaradas en la sentencia (números 14 y 16 del art. 12 CP), los sentenciadores aún mantienen la facultad para recorrer la pena señalada por la ley al delito en toda su extensión (art. 68), rechazándose, por tanto, el recurso de nulidad.

Voto disidente: El Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz considera que la declaración de las agravantes del artículo 12 ° 14 y 16 del Código Penal habría influido en lo resolutivo del fallo, puesto que, no obstante ser verdad que aún sin ellas el tribunal puede recorrer toda la extensión en abstracto, toda vez que no hay atenuantes; el sentenciador sí tomó en cuenta la reincidencia para determinar “la pena justa” de Oñate (art. 69 Código Penal), ante lo cual la agravante influyó determinadamente en la sentencia.

FICHA 2

Tribunal: Corte Suprema

Magistrados: Juan Fuentes B., Haroldo Brito, Juan Escobar Z., y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona y Luis Bates H.

Fecha: 4 de diciembre de 2012

Rol N°:7364-2012

Recurso: Nulidad

Descripción: El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción condenó a Ricardo Robinson Soto Cid en calidad de autor del delito de robo con intimidación, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

La defensa de Soto Cid interpuso recurso de nulidad fundado en el artículo 373 letra b), en relación al art. 376 inciso 3, ambos del Código Procesal Penal, alegando que la agravante de reincidencia específica invocada en el fallo anterior es errada, puesto que en nuestro ordenamiento hay dos sistemas claramente diferenciados según la edad de quien comete los

delitos. Por lo tanto, dado el carácter de especial de la LRPA, las sentencias condenatorias dictadas bajo este sistema no podrían considerarse para construir la agravante de reincidencia en relación a procesos seguidos contra ese mismo individuo siendo adulto, siendo incluso posible atenuar la responsabilidad por irreprochable conducta anterior. La defensa añade a sus argumentos las Reglas de Beijing y la Convención de Derechos del Niño.

Decisión del Tribunal: Señala que no se advierte el perjuicio imprescindible para configurar la causal alegada por la defensa, puesto que no se configura un yerro de derecho sustancial, puesto que advierte que aún en el evento de eliminarse la agravante de reincidencia, la compensación entre la otra agravante y la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, habría generado la situación del artículo 68, permitiendo al tribunal recorrer la pena señalada por la ley al delito en toda su extensión (entre cinco años y un día y veinte años de presidio), márgenes que fueron respetados.

Asimismo, respecto a la aplicación de las Reglas de Beijing, sentencia que éstas son directrices o recomendaciones que no están en el ordenamiento jurídico chileno, toda vez que no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico chileno, por no hallarse aprobadas como convención ni tratado internacional en nuestro país. Ergo, no son vinculantes, pese a la existencia del artículo 2 de la Ley 20.084.

Voto Disidente: Los Ministros Sres. Haroldo Brito y Juan Escobar estuvieron por acoger el recurso interpuesto, fijando en la sentencia de reemplazo la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo al acusado, toda vez que señalan que las Reglas de Beijing deben ser aplicadas, puesto que, aun cuando no tengan la categoría de Tratado Internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada en 1990 insta expresamente a la aplicación de los principios contenidos en dichas Reglas.

Asimismo, los Ministros señalan lo ilógico de reconocer características especiales a un sujeto en desarrollo a quien se le aplica un estatuto punitivo diferente y más benigno atendido a los principios que inspiran las últimas reformas, cuya fuente proviene del derecho comparado y de instrumentos internacionales, para permitir que esa conducta juzgada y sancionada bajo ese estatuto especial sirva para agravar penas futuras, puesto que ello implica olvidar los particulares fines asignados a la pena, orientados a una intervención socioeducativa amplia

enfocada a una plena integración social. De este modo, no sería posible justificar la agravación de las conductas.

FICHA 3

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta

Magistrados: Enrique Álvarez Giralt, Cristina Araya Pastene y abogado integrante Bernardo Julio Contreras.

Fecha: 31 de diciembre de 2009

Ruc N°: 08005333665-2

Rol N°: 201-2009 (327-2009)

Recurso: Nulidad

Descripción: El Fiscal Adjunto del Ministerio Público interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Antofagasta el 10 de noviembre de 2009, que condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo a don Eric Cristian Maldonado Calderón, por el delito de robo con intimidación en grado consumado. El recurso se funda en una errónea aplicación de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo al desestimar la procedencia de la agravante de responsabilidad del artículo 12 N°16 del Código Penal, por fundarse en delito cometido durante la adolescencia del acusado, sin que exista alguna norma legal que permita excluir tales delitos frente a la agravante de reincidencia. Para probar lo anteriormente dicho, el Ministerio Público incorpora el extracto de filiación y antecedentes del acusado, que da cuenta de la comisión de delitos durante la minoría de edad, invocando una condena como autor del delito de robo con intimidación cuando Eric Maldonado tenía 16 años.

Por su lado, la defensa sostiene que tal como se señalan los sentenciadores de primera instancia, la reincidencia específica no procede al invocarse delitos cometidos mientras el

acusado era menor de edad, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 N° 2 del Código Penal, la Ley 20.084, y la antigua Ley de Menores.

Decisión del Tribunal: Los Ministros deciden acoger el recurso de nulidad dado que señalan que no existe norma en el derecho vigente capaz de impedir considerar las condenas de un menor de edad a efectos de configurar la agravante de reincidencia durante su adultez. Son enfáticos en señalar que el artículo 59 de la Ley 20.084 permite expresamente la consideración de tales condenas a efectos de configurar la agravante.

FICHA 4

Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena

Magistrados: No señala en la sentencia

Fecha: 27 de septiembre de 2010

Ruc N°: 0800601048-3

Rol N°: 262-2010.

Recurso: Nulidad

Descripción: El defensor privado ha recurrido de nulidad en contra de la sentencia definitiva del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en que se condenó a Luis Felipe Cortés Godoy a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, las accesorias legales y pago de costas por su responsabilidad de autor del homicidio simple el 3 de julio de 2008. El recurrente funda su recurso en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que no se ha declarado de manera completa o incompleta una causal de justificación, y además, por haberse calificado al encausado como reincidente en delitos de la misma especie, argumentando que yerra la aplicación del Código Penal, de la Ley 20.084, de las Reglas de Beijing, y de la Convención de los Derechos del Niño.

Decisión del Tribunal: En voto de mayoría la Corte comparte los argumentos de la defensa, en orden a que por aplicación de los Tratados Internacionales ratificados por Chile relativos tanto a la protección como al Juzgamiento de menores permiten hacer exigibles las Reglas de Beijing en el ámbito judicial chileno, con el objetivo de brindar la debida protección a los

derechos fundamentales de los niños y adolescentes en todas sus manifestaciones. Asimismo, señala que en cumplimiento del artículo 5 inciso final de la Constitución, se debe velar por el interés superior de los menores, toda vez que se considera como un principio el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Destacamos el considerando décimo sexto de la sentencia, que cita a MANS PUIGARNAU, mencionado en la obra “Los Principios Generales del Derecho”, de Giorgio del Vecchio, aclara que mientras “los principios son conceptos o normas fundamentales y abstractos, hayan sido o no objeto de una formulación concreta, la regla en cambio, es la locución concisa y sentenciosa que sirve de expresión a un principio jurídico”⁷¹, cuestión que sustenta la posición de que como consecuencia de los principios recogidos por la Ley 20.084, los registros de menores delincuentes no deben ser utilizados en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en lo que esté implicado el mismo sujeto.

En consecuencia, la Corte falla que por no haberse dado aplicación a la Regla 21.2 de Beijin, existe una influencia significativa en lo dispositivo del fallo, por lo cual se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el defensor penal.

FICHA 5

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago

Magistrados: Cornelio Villarroel Ramírez, Dobra Lusic Nadal, y el abogado integrante Sr. Patricio González Marín.

Fecha: 14 de mayo de 2010

Ruc N°: 0900289129-5

Rol N°: 728-2010

Recurso: Apelación

Descripción: La defensa eleva apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago de 5 de abril de 2010, en cuanto por ella se negó lugar al beneficio de libertad vigilada solicitada a favor de Sebastián Paulsen, y en cambio, se le

⁷¹Los Principios Generales del Derecho. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile. Marzo 2003.

condenó a la pena de tres años y un día como autor del delito consumado de robo con intimidación, en razón de haber sido anteriormente condenado por un simple delito bajo la Ley 20.084.

Decisión del Tribunal: La Corte estima que es imprescindible considerar la evolución que ha experimentado a través del tiempo el derecho y la justicia de menores. Por lo mismo, menciona la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Universal de Derechos del niño de 1959, el Pacto de San José de Costa Rica de 1991, que contiene reglas especiales aplicables a los menores. Asimismo, agrega que la doctrina nacional ha destacado la Convención sobre los Derechos del Niño como especialmente trascendente, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial en 1990.

A mayor abundamiento, la Corte agrega que las Reglas de Beijing, las Reglas de La Habana y las Directrices de RIAD han concurrido como fuentes inspiradoras de las profundas modificaciones que ha experimentado en nuestro país la Ley 20.084, como esta misma expresamente reconoce en el Mensaje.

Señala la Corte manifestarse de acuerdo con la doctrina que considera a los jóvenes como sujetos de derechos, responsables de sus actos, en razón de lo cual debe asumir las consecuencias de sus actos, pero no del modo de un adulto, sino de acuerdo a su nivel de desarrollo físico y psicológico, según las reglas y principios anteriormente aludidos. Lo anterior permite concluir a la Corte que los antecedentes de condenas no pueden utilizarse posteriormente en procesos de adultos, porque obstruiría la finalidad de reintegración perseguida por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

FICHA 6

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso

Magistrados: Dinorah Carmeratti R., Sr. Manuel Silva I., y Sr. Jaime Arancibia P.

Fecha: 4 de abril de 2011

Ruc N°: 100204588-0

Rol N°:245-2011

Recurso: Nulidad

Descripción: La Defensoría Penal Pública recurre de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, en que se condena a Daniel EnokPáez Maira a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y demás accesorias, toda vez que en la sentencia habría una infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que se concluiría erróneamente que al sentenciado le afecta la agravante de reincidencia específica, puesto que significó que se le negara lugar al beneficio de la Ley 18.216.

Decisión del Tribunal: La Corte acepta los argumentos de la Defensa, señalando que es efectivo que existe un régimen penal distinto a que se encuentran sometidos los menores, y muy especialmente por lo señalado por las Reglas de Beijing, aludidas en el artículo 2 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Asimismo, señala que la infracción influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que el artículo 62 de la Ley 20.000 prohíbe otorgar beneficios alternativos a reincidentes en delitos contemplados en dicha ley. Por lo anterior, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública.

FICHA 7

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Magistrados: Sra. Gabriela Ortiz, Sra. Eliana Quezada Muñoz y Sr. Jaime Arancibia Pinto.

Fecha:7 de febrero de 2011

Ruc N°:1001200355-8

Rol N°:136-2011

Recurso: Apelación

Descripción: La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia Rit C-14160-2010 que condenó a Cristian Vilches Villarroel, como autor del delito de robo por sorpresa.

Decisión del Tribunal: La Corte señala que el artículo 2 de la Ley 20.084 establece como un principio el interés superior del adolescente, por lo que no es procedente la aplicación de la agravante del art. 12 N°16 del Código Penal. Por tanto, confirma lo apelado.

FICHA 8

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso

Magistrados:

Fecha:13 de julio de 2010

Ruc N°:0901150556-K

Rol N°:538-2010

Recurso: Nulidad

Descripción: La defensa interpone recurso de nulidad por considerar que se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por haber errado en la aplicación de la agravante prevista en el artículo 12 N°16 del Código Penal. El recurrente invoca las reglas de Beijing, puesto que aunque no han sido ratificadas por Chile, el artículo 10 N°2 del Código Penal desarrolla la intención clara del legislador chileno de separar ambos regímenes.

Decisión del Tribunal: La Corte acoge el recurso de nulidad por considerar que efectivamente hubo una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, pues se aplicó una agravante sin fundamento, que llevó a elevar la penalidad del condenado. Esto porque a juicio del Tribunal, del artículo 10 N°2 del Código Penal se desprende la intención del legislador de separar los regímenes punitivos de adultos y adolescentes, puesto que aplicar la agravante por existir condenas anteriores en la etapa adolescente del sujeto contradice los propósitos legislativos de establecer un régimen especial para el tratamiento de los menores. En este sentido, la Corte argumenta que el artículo 20 de la Ley 20.084 significa que para el legislador no pueden ser equivalentes las penas previstas para los adultos y las sanciones aplicadas a los menores.

FICHA 9

Tribunal: Corte de Apelaciones de Chillán

Magistrados: No señala en la sentencia

Fecha: 29 de enero de 2010

Ruc N°: 0801166164-6

Rol N°: 232-2009

Recurso: Nulidad

Descripción: El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán condenó a Cristián Mellado Ibáñez a la pena de ocho años de presidio, como autor de delito de robo con fuerza en las cosas en dependencias de lugar destinado a la habitación de especies.

La defensa interpuso recurso de nulidad por la causal contemplada en el art. 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c), ambos del Código Procesal Penal. En subsidio, interpuso la causal de nulidad del art. 373 letra b) del mismo Código, argumentando la existencia de una errónea aplicación de derecho, entre otras razones, por haberse aplicado la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, puesto que se acreditó la agravante mediante tres sentencias dictadas conforme a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que no debiesen ser consideradas para la vida adulta del acusado. Agrega también que los delitos de hurto y robo en lugar no habitado no constituyen delitos de la misma especie.

Decisión del Tribunal: En lo que concierne a la reincidencia, el Tribunal expresa que la agravante halla su fundamento en la legislación vigente, y que además su constitucionalidad ha sido previamente ratificada por el Tribunal Constitucional, de modo que no quebranta normas constitucionales, ni tratados internacionales, ni el principio de legalidad, culpabilidad, ni proporcionalidad de las penas. Añade que los delitos invocados son de la misma especie en cuanto afectan a un mismo bien jurídico y ambos se tratan bajo el mismo título del Código Penal. Por lo anterior, se rechaza el recurso de nulidad deducido.

FICHA 10

Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción

Magistrados: Flora Adriana Sepúlveda Rivas, Sra. Mackay, y Sr. Solís.

Fecha: 16 de octubre de 2009

Ruc N°: 0900236535-6

Rol N°: 436-2009

Recurso: Nulidad

Descripción: Por sentencia de 18 de agosto de 2009, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles condenó a José Luis Molina Espinoza a la pena de dos años de presidio, en su calidad de autor de delito consumado de robo con intimidación.

Ante lo expuesto, el Fiscal Adjunto dedujo recurso de nulidad, fundado en una errónea aplicación de derecho, puesto que el Tribunal Oral desestimó la aplicación de la agravante contenida en el art. 12 N°16 del Código Penal, desoyendo lo indicado en el art. 23 de la Ley 20.084. Para acreditar la agravante, el Ministerio Público acompañó:

1. Extracto de filiación y antecedentes (general y de adolescentes) del acusado.
2. Copia autorizada de sentencia de fecha 15 de mayo de 2008, Ruc 0700519137-2, Rit 6265-2007, del Juzgado de Garantía de Los Ángeles, con certificación de encontrarse ejecutoriada, que en su parte resolutoria condena a José Luis Molina Espinoza a la pena de multa de una unidad tributaria mensual, a beneficio fiscal, pagadera en cuatro cuotas mensuales e iguales, como autor del delito de receptación de especies de Edgardo Molina Castillo, en grado de consumado, perpetrado el 10 de julio de 2007, en la ciudad de Los Ángeles.
3. Copia autorizada de sentencia de fecha 25 de septiembre de 2008, Ruc 0800294426-0, Rit 2160-2008, del Juzgado de Garantía de Los Ángeles, con 67 certificación de encontrarse ejecutoriada, que en su parte resolutoria condena a José Luis Molina Espinoza a la pena de 30 horas de servicio en beneficio de la comunidad, a cargo del

Consejo de Defensa del Niño, en la ciudad de Los Ángeles, en calidad de autor del delito de robo en bienes nacionales de uso público, cometido el 31 de marzo de 2008.

4. Copia autorizada de sentencia de fecha 20 de mayo de 2008, Ruc 0700586737-6, Rit 4237-2007, del Juzgado de Garantía de Los Ángeles, con certificación de encontrarse ejecutoriada, que en su parte resolutoria condena a José Luis Molina Espinoza a la pena de quinientos cuarenta y un días de Libertad Asistida Especial, como autor del delito de robo con intimidación de especies de propiedad de Rolando Carrasco Delgado, en grado de consumado, cometido en la ciudad de Los Ángeles el 2 de agosto de 2007;

Decisión del Tribunal:

La Corte señala que los delitos por los cuales Molina Espinoza fue condenado anteriormente corresponde a la misma especie, puesto que atentan contra un mismo bien jurídico, siendo congruente con el artículo 351 del Código procesal penal, respaldado mayoritariamente por la doctrina (cita sentencia de fecha 23 de septiembre de 2009, Rol N° 403-2009). Asimismo, agrega que tanto la naturaleza de los delitos como su forma de comisión hacen procedente la agravante de reincidencia específica. Estiman además que la Ley 20.084 no contiene norma que elimine de los registros pertinentes las condenas de los menores, y en cuanto a los Tratados Internacionales invocados por la defensa, afirman que mientras la legislación interna no se ajuste a ellos vía modificaciones legales, las leyes nacionales deben prevalecer, pues estos no son vinculantes para nuestro país. Por lo anterior, se acoge el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público.

FICHA 11

Tribunal: Corte de Apelaciones de Concepción.

Magistrados: No se señala en la sentencia.

Fecha: 28/01/2010.

Ruc N°: 0910016291-9

Rol N°: 646-2009.

Recurso: Recurso de nulidad.

Descripción: La defensa recurre de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, la cual en su opinión ha incurrido en una errónea aplicación del derecho al acoger la agravante de responsabilidad contenida en el artículo 12 N° 16 del Código Penal. El recurrente fundamenta la errónea aplicación del derecho en el hecho de que la agravante de reincidencia se entendió verificada con delitos cometidos durante la minoría de edad de los acusados, los cuales se rigen por la Ley 20.084, lo que constituye un estatuto jurídico propio, limitándose en el artículo 59 de la referida ley, el ámbito en el cual podrán invocarse los antecedentes relativos a los procesos de condenas de menores de edad.

Decisión del Tribunal: La Corte rechaza las alegaciones de la defensa y señala que no existe en la ley de responsabilidad penal una norma que impida que las anotaciones prontuariales por delitos cometidos antes de la mayoría de edad no puedan ser utilizadas para agravar la responsabilidad en delitos cometidos durante la adultez, a menos que estas hayan sido eliminadas mediante los mecanismos establecidos en nuestra legislación para tal evento. Con respecto a los tratados invocados por el recurrente, explica que la Convención sobre los Derechos del Niño no se pronuncia sobre la utilización de las 69 condenas en minoría de edad, mientras que las Reglas de Beijing sólo poseen un carácter de recomendación, primando al respecto las normas nacionales vigentes. Así las cosas, los magistrados de alzada rechazan el recurso señalando que es menester acoger la agravante si se ha cumplido la sola exigencia de que el sujeto haya sido condenado por sentencia firme o ejecutoriada, en razón de un delito de la misma especie, lo cual se verificó respecto de los acusados, acompañando documentos en virtud de los cuales se corroboró que: 1. El acusado Villarroel Chávez registra condenas en causas Rit10776-2007, del Juzgado de Garantía de Concepción y Rit 948-2008, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, por delitos de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación, y 2. el acusado Triviños Velásquez registra condena anterior en causa Rit 2684-2008, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, por el delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado. Por lo anterior se rechaza el recurso de nulidad.

FICHA 12

Tribunal: Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago,

Magistrados: No se señala en la sentencia

Fecha:17 de julio de 2009

Ruc N°:0800924297-0

RitN°:75-2009

Descripción de los hechos: El día 13 de octubre de 2008, se acercaron los dos acusados a la víctima Christopher Morales Vásquez, en el interior de un bus de locomoción colectiva, a quien mediante amenazas de lesionarlo, le obligaron a entregar su celular marca Nokia y su tarjeta bip de estudiante.

El Tribunal tuvo por acreditados los hechos de la acusación, calificándolos como constitutivos del delito de robo con violencia en grado consumado, con la participación de los acusados en calidad de coautores.

Las defensas alegaron que los hechos debiesen calificarse de robo por sorpresa, así como también considerar a Oyarce Pérez como cómplice del delito, cuestión que los jueces no acogieron.

No obstante, se acogió para ambos la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, puesto que ambos reconocieron en sus declaraciones su participación en los hechos.

La Fiscalía solicitó la configuración de la agravante del artículo 12 N° 16 del mismo código con respecto a Sagredo Monsalve, acompañando para estos efectos:

1. Extracto de filiación y antecedentes
2. Copias autorizadas de sentencias
3. Certificados de ejecutoriedad
4. Copia autorizada de la resolución que revoca el beneficio con su certificado de ejecutoriedad respecto de las causas Rit 376-2006 del Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, donde se condenó al acusado por dos delitos de robo con intimidación; y la causa Rit 9703-2007 del mismo Tribunal, donde se le condenó por el delito de robo por sorpresa.

Decisión del Tribunal: El Tribunal consideró procedente la agravante de reincidencia específica, acogéndola; ergo, desestimando la alegación de la defensa en el sentido de que tales condenas se relacionan con hechos y juicios ocurridos cuando el acusado aún era adolescente. El Tribunal argumenta que aunque la Ley 20.084 imponga un régimen especial de responsabilidad penal adolescente, esto no es relevante a la hora de aplicar la causal invocada,

bastando sólo el hecho de ser delitos previos de la misma especie cuyas condenas se hallan ejecutoriadas.

FICHA 13

Tribunal: Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago

Magistrados: Carlos Iturra Lizana, Paula Rodríguez Fondón, y Pablo Toledo González.

Fecha: 06 de noviembre de 2009

Ruc N°: 0800981494-K

Rit N°: 143-2009

Descripción de los Hechos: El 29 de octubre de 2008, Cristian Hernán Navarro Vergara junto a dos sujetos aun no identificados, se acercó y quebró el vidrio derecho del automóvil de la víctima, quien se encontraba detenida en un semáforo. El sujeto se apoderó de la cartera de la víctima, y posteriormente se fugó del lugar.

Decisión del Tribunal: El Tribunal basa su decisión de considerar que los hechos acreditados constituyen delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en bien nacional de uso público, en grado de consumado, y el sujeto en calidad de autor, en las pruebas aportadas en el proceso, así como en la credibilidad de los testigos y su verosimilitud. Asimismo, el Tribunal acoge la agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, en virtud de la causa Rit 4698-2007 del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, respecto de la cual se acompañó copia autorizada de la sentencia de 14 de diciembre de 2007. Los jueces explican que a las condenas bajo la Ley 20.084 debe dárseles el mismo tratamiento contemplado para el régimen de adultos, puesto que no existe legislación vigente que ordene lo contrario.

La atenuante del artículo 11 N° 9 del citado cuerpo legal fue acogida en virtud de las declaraciones prestadas en juicios por el acusado.

3. Resultados del Análisis Jurisprudencial

Una vez concluida la revisión de las sentencias que componen el repertorio jurisprudencial, nos interesa enfocar esta fase final en dos cosas: a) en los razonamientos judiciales para la aplicación de la agravante de reincidencia en los casos de delitos cometidos por adolescentes; y b) en los fallos acorde a nuestro propósito en esta tesis, cual es, demostrar que no debiese aplicarse la agravante en los casos expuestos.

3.1. Criterios que usan los tribunales para razonar

Una vez finalizada la revisión de las sentencias miembro de esta sistematización jurisprudencial, es posible identificar distintos razonamientos judiciales que llevan al Tribunal a aplicar o no la agravante en comento. La situación de considerar o no como antecedente para la aplicación de la agravante de reincidencia, los delitos cometidos durante la minoría de edad del acusado no responden a un criterio unívoco por parte de los Tribunales objeto de este análisis. Así, por un lado, existen casos en que tales condenas son consideradas; mientras que en otros no, por haber sido dictadas en un régimen de responsabilidad penal especial.

Para una mayor comprensión, clasificamos y analizamos estos razonamientos de la siguiente manera:

3.1.1. Ley de Responsabilidad Penal Adolescente

Para algunos Tribunales de justicia, los antecedentes de condena no pueden ser utilizados en procesos futuros de adultos, puesto que se contradice con la finalidad de reintegración perseguida por la Ley 20.084. Asimismo, en una interpretación sistemática del artículo 20 de dicha ley, con el artículo 10 N°2 del Código Penal, algunos tribunales señalan que hay una intención del legislador de separar los regímenes punitivos de adultos y adolescentes.

No obstante lo anterior, para Tribunales similares, y en el caso concreto de la reincidencia específica, el hecho de que la Ley 20.084 imponga un régimen especial no es relevante al aplicar la causal invocada, bastando solo los requisitos propios de la agravante.

3.1.2. Reglas de Beijing

El meollo de la discusión a nivel de Tribunales de justicia se centra en que las Reglas de Beijing no han sido aprobadas como convención ni tratado internacional en Chile, por lo tanto, no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico. Al respecto, algunos tribunales señalan que dichas reglas no serían vinculantes, pese a la existencia del artículo 2 de la LRPA, que vela por el interés superior del adolescente.

Por el otro lado, algunos tribunales señalan que sí son vinculantes, puesto que el artículo 10 N°2 del Código Penal desarrolla la intención clara del legislador chileno de separar un régimen de adultos de uno especial de adolescentes.

3.2. Fallos acordes a nuestro propósito

Fichas 4, 5, 6, 7 y 8.

CONCLUSIONES

De acuerdo con el desarrollo expuesto en la presente tesina en relación al problema planteado en ella, es posible arribar a las siguientes conclusiones, a saber:

Primero, que a propósito de la reincidencia en general, nuestro sistema penal aumenta la gravedad del injusto practicado por el reincidente por ser él quien es: un sujeto que ha sido condenado anteriormente. Este síntoma de nuestro sistema deja espacio para una interpretación en que nuestro sistema “olvida” que los bienes jurídicos de una persona están protegidos de igual manera frente al individuo sin antecedentes penales, como ante otro con un prontuario penal atestado. A nuestro modo de ver, en la figura de la reincidencia yace un mal manejo de la parte caracterológica del juicio de reproche⁷². Lo anterior, porque este último no permite examinar la entera personalidad del sujeto en el acto, sino sólo fragmentos de esa personalidad en el hecho delictuoso que ha perpetrado⁷³.

En segundo lugar, de ninguna manera las penas previstas para mayores de edad y aquellas determinadas para menores deben hacerse equivalentes, puesto que nuestro sistema establece un régimen especial de adolescentes fundado en las características inherentes a éstos, en las que se encuentra la de ser seres humanos en proceso de formación cognitiva, incapaces aún de representarse a cabalidad un juicio de reproche. Por lo mismo, la finalidad del régimen debe centrarse en introducir al adolescente en el proceso pedagógico de la responsabilidad que

⁷² AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español. Tesis doctoral, Ed. Universidad de Granada, 2005, p. 381.

⁷³FORNASARI, Gabriele. Derecho Penal General y derivas autoritarias. Reflejos en el pensamiento del joven Giuseppe Bettiol. Revista electrónica de ciencia penal y criminología ISSN 1695-0194, Número 16-01, 2014, p.6. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-01 (2014), 2 jun]. Traducción de José Luis Guzmán Dálbora.

sea clave en su posterior desarrollo de vida en sociedad. Asimismo, el cumplimiento de una sanción por adolescentes debe tener como única finalidad la resocialización de los infractores, de modo que se asegure su reinserción en la familia y en sociedad, a través del aprendizaje de una actitud constructiva en relación con su entorno.

Argumentamos lo anterior añadiendo que debe hacerse una interpretación teleológica del Código Penal (art. 10 N°2), y la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (artículo 20).

Viene a confirmar este pensamiento, además, el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 538-2010.

En tercer lugar, y en el ámbito de la Ley 20.084, los artículos 21 y 24 no contienen elementos plausibles para sostener la aplicabilidad de las agravantes de responsabilidad criminal asociadas a la reincidencia, puesto que su contenido sólo se limita a establecer reglas de valoración de las circunstancias de reincidencia, mas no se refiere expresamente a cuáles son las que deben ser incluidas en dicho procedimiento, lo que depende de definiciones que se ubican en normas diversas.

Asimismo, en el hipotético de proceder la agravante de reincidencia, ésta se debe determinar de acuerdo a lo que establece el artículo 1 inciso 2 de la Ley 20.084, debiendo rechazarse su aplicabilidad, puesto que de suplir las disposiciones con otras del Código Penal y de leyes penales especiales, el carácter de circunstancial de la agravante en comento se torna incompatible con los caracteres que los adolescentes presentan en forma natural, puesto que la reincidencia se basa en un presupuesto que no merece valorar conforme al modelo de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente; y, por generar incompatibilidad también entre sus fines y efectos, con los objetivos que demandan el proceso de individualización de la pena⁷⁴.

En cuarto lugar, es importante también señalar que no rechazamos la idea de que se valoren los datos que aportan las condenas previas del infractor, siempre que resulte necesario en el proceso para ponderar en la individualización de la pena regulada en el artículo 24 de la Ley 20.084, sobre todo para la “idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”.

⁷⁴ MEDINA SCHULZ, Gonzalo. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Revista de Estudios de la Justicia, N°11, año 2009.

En quinto lugar, y después de todo lo anteriormente mencionado, consideramos que se hace imperativo eliminar la reincidencia del catálogo de agravantes del código penal. Es más, si de algo debiese influir la reincidencia en lo dispositivo del fallo, debiese ser como atenuante de la sanción, puesto que, a modo común, como sociedad hemos fallado en las políticas de reinserción; y a modo individual, el sujeto demuestra una clara dificultad para poder entender y manejar su conducta conforme a derecho, dejando con ello al descubierto una menor culpabilidad, producto de una reducción de las posibilidades reactivo-afectivas.

Por el momento, mientras aquello no sucede en nuestro ordenamiento jurídico, las condenas cumplidas por delitos cometidos durante la adolescencia y su registro no debiesen ser consideradas como agravantes para aumentar la condena por un delito cometido en la época de adultez, puesto que contrarían las normas de Derecho internacional, que son fuente directa de Derecho en Chile, tales como la Convención sobre los derechos del niño, las Directrices de Riad, o bien, como elemento externo de la interpretación de la ley penal chilena, por ejemplo las Reglas de Beijing, lo que a nuestro parecer las convierte en normas vinculantes para nuestro ordenamiento. Asimismo, debiese ser posible para todo individuo en estas circunstancias, poder atenuar su responsabilidad criminal en base al número 6 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior.

En sexto lugar, en cuanto a la determinación de pena en materia de responsabilidad penal adolescente, nos preocupan los amplios campos de arbitrariedad que necesitan ser precisados para lograr criterios racionales de control judicial, puesto que aunque especial, no es un sistema totalmente autónomo. Para evitar todo abuso, es necesario que existan medidas que exijan que las decisiones y alegaciones sean fundadas, para un eventual examen de corrección posterior, cuestión que nos llamó la atención en el análisis jurisprudencial realizado, puesto que la gran mayoría de los recursos tratados fueron de nulidad por las dos vías preeminentes: a) el control por falta de fundamentación de la sentencia; y b) por vulneración del derecho. Así, para poder revisar una sentencia son suficientes las discordancias fundadas en el razonamiento del tribunal a la hora del fallo. Lo anterior demuestra que aún nos queda camino por recorrer hacia una racionalización de nuestra práctica jurídica

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- **ARENAL**, Concepción., Estudios penitenciarios, Madrid, 1877. Cit. en ASUA BATARRITA, A., en *“La Reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial”*.
- **BERGALLI**, Roberto. *“La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella”*, Barcelona, Ed. El Santor, 1980.
- **CARRARA**, Francesco. *“Programa del Curso de Derecho Penal. Parte General”*, 1877. Traducido por Octavio Beeche e Iberio Gallegos, San José de Costa Rica, 1889.
- **CÓRDOBA**, Roda. *“Notas al Tratado de Derecho Penal de Maurach”*. Barcelona, Ed. Ariel, 1962.
- **CURY URZÚA**, Enrique. *“Derecho Penal. Parte General. T.I.”*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2da Ed. 1982.
- **ETCHEBERRY**, Alfredo. *“Derecho Penal. Parte General”*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1997.
- **FERNÁNDEZ**, Pedro Javier., *“Código Penal de la República de Chile”*. Barcelona, 1899.
- **GARRIDO, STANGELAND y REDONDO**. *“Principios de criminología”*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- **LATAGLIATA**, A. R., *“Contribución al estudio de la reincidencia”*. Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1963.
- **LIPSEY**, Mark & **WILSON**, David. *“Effective intervention for serious juvenile Offenders”*, 1998. En: Loeber, R.L y Farrington, D.P (Eds.) Serious and violent juvenile

offenders: risk factors and successful interventions. Thousand Oaks, Sage, California, 1998.

- **MARTÍNEZ DE ZAMORA**, Antonio. “*La Reincidencia*”, Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, Vol. 28. N° 1-2-3-4. Curso 1969-70.
- **MERA F.**, Jorge. “*Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*”. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998.
- **MIR PUIG**, Santiago. “*Derecho Penal. Parte General*”, 10° Edición, Barcelona. Editorial Reppertor.
- **MONGE FERNÁNDEZ**, Antonia. “*La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*”, Barcelona, Bosch Editor, año 2008.
- **MUÑOZ, O.** (1996) Diagnóstico de la delincuencia en Chile entre 1986 y 1995. En *Análisis empírico de la delincuencia en Chile 1986 - 1995*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana.
- **NÁQUIRA**, R., Jaime. “*Derecho Penal. Teoría del Delito I*”. Santiago. Ed. Jurídica de Chile, 2da edición, 1982.
- **ROXIN**, Claus. “*Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*”. Madrid. Editorial Civitas, 2da Edición, 1997.
- **SQUELLA NARDUCCI**, Agustín. “*Introducción al derecho*”, Santiago, Editorial Jurídica, 2000.
- **VÁZQUEZ GONZALEZ**, Carlos. “*Delincuencia Juvenil, consideraciones penales y criminológicas*”, Colex, Madrid, 2003.
- **VERDUGO**, Mario. “*Código Penal. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia*”. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, 2da Edición, 1986.
- **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl. “*Hacia un Realismo Jurídico Penal Marginal*”, Caracas: Monte Ávila Editores, 1992.

2. Tesis Doctorales

- **AGUDO FERNÁNDEZ**, Enrique. “*Principio de culpabilidad y reincidencia en el derecho español*”. Tesis doctoral, Ed. Universidad de Granada, 2005.

3. Revistas y Artículos

- **BATTIN, PEARSON, THOMBERRY HAWKINS AND KROHN.** “*Gang Membershit, delinquent peers, and delinquent behavior*”, Boletín de Justicia Juvenil. 1998, Washington DC, 1998. Pp. 1-10.
- **BERRIOS DÍAZ, Gonzalo.** “*La Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes como Sistema de Justicia: Análisis y propuestas*” en Revista Política Criminal, N° 11, Vol. 6, 2011. pp. 163-191.
- **COUSO, Jaime.** “*La especialidad del Derecho Penal de adolescentes*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII, 2012, Valparaíso. pp. 267-322.
- **DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel.** “*¿Una nueva disciplina jurídica? El pretendido Derecho de los Menores*”, Universidad n°51, Santa Fe, 1962. Pp. 159-294.
- **DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel.** “*El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno*”. Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del Centenario del Código Penal chileno. En Actas, Valparaíso, Edeval, 1975. Pp. 49-126.
- **DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel.** “*Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho Penal*”, en Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-01 (2014), 2 jun]. Traducción de José Luis Guzmán Dálbora.
- **FORNASARI, Gabriele.** “*Derecho Penal General y derivas autoritarias. Reflejos en el pensamiento del joven Giuseppe Bettiol*”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología ISSN 1695-0194, Número 16-01, 2014, pp. 01:1-01:14.

- **FUENZALIDA**, Iván. *“Anotaciones prontuariales de los adolescentes: Un tema pendiente, en justicia y Derechos del Niño”*, N°11, ediciones de UNICEF, 2009.pp. 313-326.
- **GUZMÁN DÁLBORA**, José Luis. *“El delito cometido por menores de edad y la reincidencia. Comentario a un fallo de la Corte Suprema”*, Revista de ciencias penales. Sexta época. no.4, 2015, pp. 99-120.
- **HUIDOBRO MARTINEZ**, Sergio. *“Algunos comentarios a la Ley 20. 253 en materia de reincidencia”*. Revista de actualidad jurídica Número 18, julio de 2008, pp. 491-498.
- **MALDONADO FUENTES**, Francisco. *“Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales adolescentes”*. 2014. Pp.17-54.
- **MALDONADO FUENTES**, Francisco. *“Reincidencia y responsabilidad penal de adolescentes”*, en estudios de Derecho Penal Juvenil IV del Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N°13, noviembre, 2013, Santiago de Chile. Pág. 178. Pp. 169-212.
- **MATUS**, Jean Pierre. *“Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX”*. Revista Ius et praxis, v.12, N°1, Talca, 2006. Pp. 31-67.
- **MEDINA SCHULZ**, Gonzalo. *Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente*. Revista de Estudios de la Justicia, N°11, año 2009. pp. 201-234.
- **MORENO SANTANDER**, Carlos. *“La Reincidencia: Una transgresión al principio de culpabilidad y los límites de ius puniendi”*. Revista de estudios criminológicos y penitenciarios N° 7. Noviembre de 2003.pp. 9-23.

- **PUENTE RODRÍGUEZ**, Leopoldo. “*Fundamento dogmático de la agravación por Reincidencia*”. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 26, 2012, pp. 183-202.
- **TONRY and FARRINGTON**. “*Building a safer society: Strategic Approaches to Crime Prevention*”, University of Chicago press, 1995. Actualmente en http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1492&context=faculty_articles. páginas 1-21.
- **VARGAS PINTO**, Tatiana. “*La determinación judicial de la sanción penal juvenil*”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIV, 1° Semestre de 2010, Valparaíso. pp. 475-501.
- **VÁZQUEZ GONZALEZ**, Carlos. “*Predicción y prevención de la delincuencia Juvenil. Según las teorías del desarrollo social*”, Valdivia, Revista de Derecho de Valdivia, vol. 14, julio de 2003. Pp. 135-158.
- **ZAMORA-ACEVEDO**, Miguel. “*El problema de la reincidencia: un vestigio etiológico del delito*”, Acta Académica Num. 52. Mayo 2013, año 2013. pp.325-350.
- **ZIMRING**, Franklin. “*Kids, group and crime: Some implications of a well-known secret*”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*”, 1981.
- **ZIMRING**, Franklin. “*Penal Proportionality for the young offender: Notes on immaturity, capacity and diminished responsibility*”, Chicago – Londres The University of Chicago Press, 2000.

Sentencias

C. Suprema, 24 abril 2003. F.M. N° 509, p. 546.; P.J., Rol 254-03. L.P.N° CL/JUR/2340/2003. Corte Suprema, Rol 4419-2013; Corte Suprema, Rol 7364-2012

Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Ruc N° 08005333665-2, Rol N° 201-2009.

Corte de Apelaciones de La Serena, Ruc N° 0800601048-3, Rol N° 262-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, Ruc N° 0900289129-5, Rol N° 728-2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ruc N° 100204588-0, Rol N° 245-2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ruc N° 1001200355-8, Rol N° 136-2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Ruc N° 0901150556-K, Rol N° 538-2010.

Corte de Apelaciones de Chillán, Ruc N° 0801166164-6, Rol N° 232-2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, Ruc N° 0900236535-6, Rol N° 436-2009.

Corte de Apelaciones de Concepción, Ruc N° 0910016291-9, Rol N° 646-2009.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Ruc N° 0800924297-0, Rit N° 75-2009. Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Ruc N° 0800981494-K, Rit N° 143-2009.

Normativa

Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20084.

Mensaje Presidencial

Mensaje Presidencial del proyecto de Ley N°20084.