



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

## **ADOLESCENTES EN LA LEY DE CONTROL DE ARMAS**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**BENJAMÍN EDUARDO GONZÁLEZ GUZMÁN**

**JAVIER IGNACIO GUTIÉRREZ TEUBER**

Profesora guía: Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago de Chile.

Abril, 2019



A Eva y Jorge, mis padres, quienes me enseñaron desde niño el valor del amor y el trabajo.

A Susana, mi hermana, por siempre ser un faro de inteligencia y cariño.

A Abril, mi compañera, porque me ha querido sin medidas

y

A todos los niños y niñas privados de libertad del mundo.

**BGG**

A mi familia completa, a la reciente, a la venidera y a la eterna.

A quienes siguen resistiendo con los valores que la vida les ha enseñado.

**JGT**

## Tabla de contenido

Resumen .....	5
Introducción .....	7
<b>Capítulo I: Estándares internacionales de Derechos Humanos que deben cumplir las sanciones penales contra adolescentes .....</b>	<b>8</b>
1. Antecedentes generales .....	8
2. Aplicabilidad de los Tratados Internacionales en Chile .....	9
3. Corpus Juris del DIDH .....	11
4. Derechos de los NNA en el DIDH.....	12
4.1. Instrumentos de Derecho Internacional de carácter general.....	12
4.1.1. Carta de las Naciones Unidas de 1945 .....	13
4.1.2. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 .....	14
4.1.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto San José de Costa Rica) .....	15
4.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.....	15
4.2. Instrumentos de Derecho Internacional de carácter especial.....	16
4.2.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 1985 –Reglas de Beijing .....	17
4.2.2. Convención de los Derechos del Niño (1989) .....	21
4.2.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad - Reglas de la Habana (1990) .....	25
5. Principios y límites que deben cumplir las sanciones de NNA infractores de leyes penales. ....	25
5.1. Como medida cautelar .....	27
5.2. Como sanción.....	30
<b>Capítulo II: Determinación de la pena en la ley 20.084 .....</b>	<b>36</b>
1. Determinación de la pena adolescente .....	36
1.1. Ley 20.084 .....	38
1.1.1. Antecedentes generales.....	38
1.1.2. Tramitación legislativa.....	39
1.2. Determinación de la pena actual .....	54
<b>Capítulo III: Determinación de la pena en la ley 17.789 .....</b>	<b>59</b>
1. La ley 17.798 .....	59
1.1. Antecedentes generales .....	59
1.2. Modificaciones .....	61
1.2.1. Contra la insurgencia (1972-2005).....	62

1.2.2. Contra la delincuencia (2005-2018).....	63
<b>Capítulo IV: Adolescentes en la Ley de Control de Armas .....</b>	<b>74</b>
1. Aplicabilidad del artículo 17B inciso primero .....	74
1.1. Desde los fines y objetivos de la LRPA.....	75
1.2. Desde la interpretación sistémica de la LRPA.....	77
1.3. Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	81
2. Aplicación del artículo 17B inciso primero .....	94
<b>Conclusiones .....</b>	<b>102</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>107</b>

## Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer un análisis respecto del funcionamiento del sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes en causas seguidas por delitos contemplados en la Ley de Control de Armas, más precisamente respecto a cómo es y cómo debería ser el régimen de concurso de delitos aplicables a adolescentes, habida consideración de la incorporación de una regla especial a la ley 17.798 sobre Control de Armas -artículo 17B inciso primero- que regula dicho tratamiento concursal sin referir consideraciones respecto de su aplicabilidad en causas seguidas contra adolescentes.

Para tal objetivo realizamos un trabajo de sistematización de los estándares, derechos y garantías con que son protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. A partir de ahí, se pretende realizar una comparación crítica entre las obligaciones internacionales contraídas por el Estado chileno y el funcionamiento fáctico de la respuesta penal en caso de delitos contemplados en la Ley de Control de Armas cometidos por adolescentes.

Asimismo, se incorpora a lo largo de todo el trabajo un estudio de las discusiones legislativas más relevantes que se suscitaron durante la tramitación de las leyes 17.798 sobre Control de Armas, 20.084, que establece un sistema de Responsabilidad Penal Adolescentes, y 20.813 que incorporó el artículo 17B a la ley de Control de Armas junto con sus reformas más importantes. También se incorpora, en el capítulo IV, datos cuantitativos y cualitativos del tratamiento efectuado por los tribunales de la república a adolescentes en conflicto con la ley de Control de Armas.



Soy un niño y ya estoy preso - Los Puntúos (Cueca)

*Soy un niño y ya estoy preso  
Encerrao' me hice un hombre  
En la población o en cana  
Ahí nos criamos los pobres*

*Yo he nacido en la calle  
Tú en cuna de oro  
Encerrao' entre rejas  
Crezco con odio*

*Crezco con odio si  
Quieren cambiarme  
Aquí solo hay cuchillos  
Drogas y hambre*

*Si nunca te ha faltao'  
Tate callao*



## Introducción

En el presente trabajo abordaremos el tratamiento de adolescentes que cometen aquellos delitos contemplados en la Ley de Control de Armas (en adelante indistintamente: LCA), tanto desde una interpretación armónica con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante indistintamente: DIDH) como desde el interior de los propios cuerpos normativos que han de conjugarse.

En el primer capítulo abordaremos el catálogo de derechos, garantías, principios y estándares que se desprenden del *corps juris* DIDH relativos al establecimiento de sanciones penales a adolescentes infractores de ley. Así, abordaremos el estatuto general de garantías y derechos contemplados en aquellos Tratados Internacionales suscritos por Chile o aplicables por ser elementos informadores del *corpus* del DIDH, contemplado en los siguientes instrumentos: Carta de las Naciones Unidas (1945), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (en adelante indistintamente: DUDH), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (en adelante indistintamente: CADH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) (en adelante indistintamente: Pacto o PIDCP). Y en cuanto a los Instrumentos de carácter especial, abarcaremos las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (1985), la Convención de los Derechos del Niño (1989) (en adelante indistintamente: CDN) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (1990).

En el segundo capítulo, partiendo de un estudio de la Historia de la Ley 20.084 (en adelante indistintamente: HDL) que estableció un Sistema de responsabilidad penal adolescentes (en adelante indistintamente: LRPA) y de sus principales novedades respecto al régimen que vino a reformar, abordaremos el modo en que dicho cuerpo regula la determinación de la pena.

En el capítulo tercero iniciamos el estudio de la ley 17.798 sobre control de armas (en adelante indistintamente: LCA) con un recorrido histórico desde sus albores, pasando por las modificaciones que sufrió en los distintos periodos de la historia reciente de Chile para concluir reflexionando en torno a la última de estas modificaciones, la realizada por la ley 20.813, que incorporó una regla concursal de acumulación material de penas -art. 17B inciso primero-

En el cuarto y último capítulo ensayaremos una interpretación y adecuación de los tres sistemas anteriormente estudiados (DIDH, LRPA y LCA), para dilucidar si la regla incorporada por el artículo 17B inciso primero puede ser aplicada en causas contra adolescentes sin socavar tanto los fines y objetivos de la propia LRPA, como los estándares que Chile debe observar en consideración a las obligaciones internacionales contraídas.

## **Capítulo I: Estándares internacionales de Derechos Humanos que deben cumplir las sanciones penales contra adolescentes**

### 1. Antecedentes generales

La ley 20.084, que estableció un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la ley penal, vigente en Chile desde el 8 de junio de 2007, trajo consigo importantes cambios en la forma en que son tratados los menores de dieciocho años que cometen actos ilícitos sancionados por la ley penal.

Con la aprobación de la LRPA, se pasó de un sistema tutelar, que consideraba de forma similar a niños vulnerados de derechos y a niños infractores de ley (Cillero, 1996 y 2005), a un sistema especial de responsabilidad penal para los adolescentes. Las razones de la reforma se relacionan con motivos de seguridad ciudadana, de adecuación del sistema tanto a la Constitución Política de la República (en adelante indistintamente: CPR), como a los Tratados Internacionales firmados sobre estas materias por Chile. (Berríos, 2005; Cillero, 1996)

Al respecto, el mensaje señalaba:

*“Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos”.* (HDL, 2005, p. 6)

Es preciso destacar que una vez concluido el proceso de discusión legislativa, el resultado no estuvo exento de críticas. Así, el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia reprochó *“(...) El endurecimiento introducido durante el trámite parlamentario, en lo referido a la duración de las penas privativas de libertad”* (UNICEF, 2005), lo cual, junto con una ampliación de las hipótesis de procedencia de las penas privativas de libertad, terminaron por desvirtuar el proyecto original. En términos similares se manifestó parte importante de la doctrina nacional. (Cillero, 2005; Berríos, 2005; Villegas, 2008)

## 2. Aplicabilidad de los Tratados Internacionales en Chile

Nuestro país ha firmado una serie de Tratados Internacionales que se encuentran vigentes y que dicen relación con los estándares que debe cumplir la respuesta penal en causas seguidas contra adolescentes, los cuales se entienden incorporados en nuestra legislación a través del artículo 5° inciso segundo de la Constitución<sup>1</sup>, así como por el artículo 2°, inciso segundo, de la Ley 20.084, el cual indica que:

*“Para la aplicación del sistema de responsabilidad de los adolescentes se debe tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.*

Ambas normas consagran en nuestro ordenamiento jurídico el respeto que este debe observar por los contenidos desarrollados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plasmados en Instrumentos Internacionales (entendidos en sentido amplio, los cuales incluyen, *inter alia*, Opiniones Consultivas, Jurisprudencia e interpretaciones) ratificados por Chile. (Díaz-Muñoz, 2013).

A mayor abundamiento, Nash señala que:

*“(…) La práctica judicial de los tribunales internos resolvió que el tratado internacional adquiere vigencia interna sólo mediante la promulgación por decreto del Presidente de la República y la publicación del decreto y del texto del tratado en el Diario Oficial. Llegado este momento, los tratados tendrían plena aplicación en nuestro país”* (Nash, 2012: p. 16).

Reforzando lo anterior, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dispone en su art. 26 el principio de “*Pacta Sunt Servanda*”, el cual insta que todo tratado firmado por un país “*debe ser respetado y cumplido por las partes firmantes de buena fe*”. Chile firma este tratado en el año 1981, obligándose a cumplir los estándares, derechos y principios que se encuentran expresados en dichos tratados acogidos en la legislación nacional, como lo es la propia CDN

---

<sup>1</sup> “Art. 5° inc. 2°: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

Respecto a la jerarquía que tienen estos tratados y convenciones en la legislación chilena, nos encontramos con que en la CPR no existe una mención que establezca de forma específica la jerarquía que tienen los Tratados Internacionales ratificados por Chile, ya sean estos en materia de Derechos Humanos o tratados en general, razón por la cual la doctrina es uniforme al señalar que debe determinarse tal rango por interpretación del art. 5º, inciso segundo de la CPR, tarea que le corresponde a todos los órganos del Estado, y de manera especial a los tribunales de justicia, siendo una cuestión aceptada por la jurisprudencia nacional que los tratados internacionales gozan de jerarquía -al menos- supralegal. (Henríquez, 2008).

Sin embargo, persiste una cierta discusión respecto a la jerarquía que tienen los Derechos Humanos consagrados en tratados internacionales dentro de la legislación chilena. Para académicos como Claudio Nash, gozarían de jerarquía constitucional. Al respecto:

*“(...) la enmienda al inciso segundo del artículo 5º reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo”.* (Nash, 2012: p.22)

En este contexto, Chile ha firmado distintos Tratados Internacionales con implicancia en el tratamiento de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, aceptando normas y estándares que vienen a definir los principios que debe respetar ésta, así como los derechos que los adolescentes tienen y el trato que el sistema judicial debe darles. Estos instrumentos internacionales son directamente aplicables por las razones emitidas anteriormente y, además, como se señaló, tienen un rango jerárquico supralegal e incluso constitucional en aquellos temas que consagran los derechos humanos, por lo cual se deben acoger como parte del cuerpo legal del país, y utilizarlos como base para la creación de un derecho penal adolescente en concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Reafirmando lo anterior, y como queda claro de la lectura del Mensaje con que se envió al Congreso Nacional el proyecto de la Ley 20.084, no sólo se utilizó de inspiración las experiencias de países que ya habían transitado por una reforma similar (España, Costa Rica y Brasil), sino que:

*“Consideran, también, 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)”. (HDL 20.084, 2005: p. 9)*

### 3. Corpus Juris del DIDH

Según se ha señalado, se reconoce como fuente directa de la LRPA no sólo a la CDN, sino que también a otros instrumentos internacionales emanados de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estos instrumentos dan cuenta de un concepto que, para efectos del presente estudio, y siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-16/99 (CIDH, 1999a), denominaremos “noción amplia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, la cual implica que no sólo se recogen los mandatos entregados por la CDN, sino que también se reconoce la importancia que tienen otros instrumentos de Derecho Internacional que no revisten necesariamente las características de un tratado.

Al respecto, la Corte ha señalado que: *“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”*. (CIDH, 1999a, párrafo 115)

En similares términos ha señalado que:

*“Para interpretar las obligaciones del Estado en relación con los menores, además de las disposiciones de la Convención Americana, la Comisión considera importante acudir, por referencia, a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez, entre las cuales cabría citar la Convención sobre los Derechos del Niño, y las diversas Declaraciones de las Naciones Unidas sobre el tema”*. (CIDH, 1999b, párrafo 72)

Por último, útil en la aplicación de los tratados es el concepto de control de convencionalidad acuñado por primera vez por la Corte en las sentencias del caso Myrna Mack

Chang Vs. Guatemala<sup>2</sup>, y asentado como criterio uniforme en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile<sup>3</sup>, aspecto que trataremos en el capítulo IV, cuando realicemos una propuesta exegética de compatibilización entre las disposiciones contenidas en la LCA y el DIDH, en cuanto a su aplicación respecto de NNA

#### 4. Derechos de los NNA en el DIDH

Como hemos señalado, para reconstruir una aproximación a los derechos de los NNA en el derecho internacional de los Derechos humanos y, en particular, a los derechos de los NNA infractores de ley en cuanto a las consecuencias por estas infracciones se refiere, debemos ampliar el campo de estudio y no circunscribirlo tan solo a la CDN u otros tratados afines, sino que es preciso realizar una hermenéutica de todos los instrumentos internacionales que entreguen luces respecto de los derechos humanos, incluidos los NNA.

Para efectos de orden, primeramente, nos referiremos a los instrumentos internacionales de carácter general y luego a los instrumentos internacionales centrados específicamente en temas de niñez. En ambos, *brevitatis causae*, únicamente reseñaremos aquello que tenga implicancia con el tema del presente estudio, sin perjuicio de que -evidentemente- a los adolescentes les son reconocidos, en tanto seres humanos, todos los derechos asociados al género humano (vida, salud, igualdad, libertad, no discriminación, integridad física, etc).

Una vez realizado este recorrido, propondremos cuáles son los parámetros que deben cumplir las sanciones que se les impongan ante infracciones a la ley penal, con especial consideración a aquellas privativas de libertad, para que estas se encuentren en armonía con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

##### 4.1. Instrumentos de Derecho Internacional de carácter general

En este apartado corresponde realizar un estudio de los principales tratados con relevancia jurídico penal: la Carta de las Naciones Unidas de 1945; la declaración de Derechos

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr.27.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976. La lectura de los mismos evidencia que los Derechos Humanos reconocidos en ellos son extensibles a todos los seres humanos, sin distinción alguna de sexo, raza, edad u otras categorías susceptibles de ser utilizadas como fundamento para no reconocer estos derechos a determinados grupos sociales. Así, los NNA que tengan contacto con el sistema judicial deben tener, al menos, las mismas garantías que los adultos

#### 4.1.1. Carta de las Naciones Unidas de 1945<sup>4</sup>.

Este instrumento tiene una importancia fundante en el sistema internacional de Derechos Humanos. Así, con la incorporación del artículo 19, el cual señala que “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*”, se inaugura una nueva época en el reconocimiento de los derechos humanos de los NNA.

Ahora bien, hay que reconocer que de su simple lectura no es posible desprender principios o estándares concretos respecto del tratamiento que le deben dar los Estados a los NNA, menos aún a los NNA infractores de leyes penales, sin embargo, sí resulta útil como punto de partida para el desarrollo del Derecho Internacional de Derechos Humanos. De hecho, la propia CDN en el primer párrafo de su preámbulo hace referencia directa a los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, señalando que se ha convenido en consideración a los principios de “libertad, justicia y paz”, contenidos en la Carta de 1945.

Además de lo anterior, en virtud de esta Carta se crea la Asamblea General de las Naciones Unidas, órgano encargado, según el artículo 10, de “*discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por esta Carta*”. Luego, el artículo 13, letra b, señala que es un objetivo de la Asamblea General:

*“fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las*

---

<sup>4</sup> Adoptada por la Asamblea General el 26 de junio de 1945, promulgada por Chile en septiembre del mismo año.

*libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.*

De este modo, con la firma de esta Carta se autoriza a que la ONU, a través de su Asamblea General, intervenga en aquellos asuntos que digan relación con el fomento de la efectividad de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, y es en virtud de este mandato que la Asamblea ha acordado la dictación de los Instrumentos internacionales que estudiaremos a continuación.

#### 4.1.2. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>5</sup>

Esta declaración va un paso más allá en el reconocimiento de derechos, estableciendo, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1°).

Por su parte, en el artículo 2° queda establecida una importante norma de Derecho Internacional cuando señala que: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”* Lo anterior evidencia que los derechos reconocidos en el instrumento se extienden a los NNA. Por tanto, de este texto se desprende una idea fundamental del Derechos Internacional de la Infancia que reiteramos: los menores de edad tienen, al menos, los mismos derechos y libertades que los adultos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce importantes derechos en el ámbito de la persecución penal, tales como el derecho a la legalidad de la detención (artículo 9°); el derecho a la presunción de inocencia y debido proceso (artículo 11.1), y el principio de derecho penal de *Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege* (no hay delito ni pena sin ley) (artículo 11.2).

Finalmente, el artículo 25.2, señala que: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”*, reconociendo por primera vez un mandato de especialización del cuidado de los NNA, que servirá de antecedente directo a la consignación

---

<sup>5</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

de este mismo derecho en el Pacto de 1976 y posteriores tratados especiales sobre Derechos del niño.

De este modo, ya en el año 1948 podemos observar el reconocimiento explícito de ciertas garantías y libertades en el contexto de la persecución penal, que, en virtud de esta misma Carta, son extensibles a todos los seres humanos, sin distinción de edad.

#### 4.1.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto San José de Costa Rica)<sup>6</sup>

Los artículos séptimo y octavo, titulados “*Derecho a la libertad personal*” y “*Garantías judiciales*”, respectivamente, establecen derechos de orden procesal que buscan garantizar el debido proceso de las causas penales. Luego, en su artículo 19, titulado “*Derechos del Niño*” establece que: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”. Esta idea servirá de antecedente al artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.

Por su parte, en el Capítulo VI del Pacto se establece como órganos competentes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada Comisión, y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada Corte.

#### 4.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976<sup>7</sup>

En el artículo 2, numeral primero de este Pacto, se procede a reiterar la idea de que los derechos reconocidos en este instrumento deben ser respetados por parte de los Estados sin distinción alguna, incluyendo como sujetos de derechos, nuevamente, a los NNA.

El artículo 6.5 proscribía la pena capital para menores de 18 años, mientras el artículo 9 reconoce el derecho que todo individuo tiene a la libertad y a la seguridad personales, junto con reconocer normas generales del debido proceso (legalidad en la detención, control judicial de la detención, plazo razonable de juzgamiento, prohibición de utilizar la prisión preventiva como regla general, reparación por detención ilegal, entre otros). En su momento, los artículos

---

<sup>6</sup> Adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica en 1969, entrando en vigor el 16 de junio de 1978. Promulgada por Chile el año 1990.

<sup>7</sup> Adoptada por la Asamblea General en 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. Promulgada por Chile el año 1976.

14 y 15 vuelven a profundizar el catálogo de derechos que buscan garantizar un debido proceso.

El artículo 10, por su parte, junto con establecer el derecho de toda persona privada de libertad a un trato humano acorde con el respeto a la dignidad inherente del ser humano y el derecho de los procesados de estar separados de los condenados, reconoce, en su literal b), el derecho de los menores (entiéndase NNA, en la terminología de la época) a estar separados de los adultos y de ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento, consagrando así un derecho que se ha mantenido hasta el día de hoy, consistente en una especial celeridad del proceso penal cuando es un NNA el imputado.

Otra norma de vital importancia de este instrumento es la estipulada en el número 1 del artículo 24, el cual señala que:

*“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.*

Al establecer esta norma un mandato de protección del menor sin discriminación alguna reitera la idea del artículo 25.2 de la Declaración de 1948, y sienta las bases para el establecimiento del principio de especialización de la respuesta penal a conductas delictivas cometidas por adolescentes, pues al existir el mandato de establecimiento de medidas de protección requeridas resulta improcedente el juzgamiento de sus conductas con parámetros similares a las de un hombre medio adulto. En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional en su observación general N°17 de 1989:

*“La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de las medidas que los Estados deben adoptar en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto”.* (Comité, 1989: Parr. 1)

#### 4.2. Instrumentos de Derecho Internacional de carácter especial

El derecho Internacional de los Derechos Humanos de los NNA está compuesto no sólo por los instrumentos generales ya reseñados en el apartado 3.1. del presente capítulo, los cuales como se vio, les son plenamente aplicables, sin distinción ni excepción alguna, sino que también existen los organismos internacionales *ad hoc* que han dictado una serie de instrumentos que vienen a especificar, materializar y en algunos casos crear nuevos derechos no reconocidos por los instrumentos de carácter general.

#### 4.2.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 1985 – Reglas de Beijing<sup>8</sup>

Estas reglas son uno de los principales referente respecto de las normas de DIDH aplicables a NNA infractores de una ley penal. Aunque si bien, por sí solas, no revisten la calidad de Tratado Internacional, y las Cortes de Apelaciones y Suprema han sido reticentes a otorgarle fuerza vinculante en Chile<sup>9</sup>, no compartimos dicha postura pues esta ignora el contenido amplio del *corpus juris* del DIDH, así como el hecho de que estas Reglas se encuentran nombradas y reconocidas como fuente inspiradora tanto en el Mensaje presidencial con el cual se envió el proyecto de ley al congreso, como en el preámbulo de la propia CDN. Por estas razones consideramos que estas reglas sí deben ser aplicadas por la judicatura interna, tal como ya lo resolvió la Corte Suprema en la sentencia ROL 4419-2013, la cual señaló que estas directrices y normas programáticas no son posibles de ignorar:

*“(...)Aunque éstas no hayan sido incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico chileno, no al menos sin dejar de lado el elemento histórico de interpretación contenido en el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil, desde que constituyó uno de los instrumentos internacionales informadores del proyecto de la Ley N°20.084, según se lee en su Mensaje, así como de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como consta en su Preámbulo, texto que a su vez, debe ser revisado por las autoridades cuando aplican la Ley N°20.084, por expreso mandato del inciso segundo de su artículo segundo”*  
(Considerando 12°)

En línea con lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño, ya en el año 2007, en el contexto del examen al segundo informe periódico presentado por Chile (CRC/C/CHL/3) en sus sesiones 1218a y 1219a (véase CRC/C/SR.1218 y CRC/C/SR.1219), celebradas el 26 de

---

<sup>8</sup> Aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985.

<sup>9</sup> Para un correcto análisis de la recepción del Corpus Juris del DIDH en nuestro país, véase: Maldonado (2016)

enero de 2007, y en su 1228a sesión, celebrada el 2 de febrero de 2007, aprobó las siguientes observaciones finales:

*“72. El Comité reitera su recomendación anterior al Estado Parte de que armonice plenamente el sistema de justicia de menores, y en particular la nueva legislación antes de que entre en vigor, con la Convención, especialmente los artículos 37, 40 y 39. También debe ser consonante con otras normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de Acción sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal y las recomendaciones de la Observación general Nº 10 del Comité (CRC/C/GC/10) sobre los derechos del niño en la justicia de menores.” (ComDN, 2007a: Parr. 71)*

En definitiva, este instrumento, en su artículo 2.3 establece que:

*“En cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto:*

- a) Responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos;*
- b) Satisfacer las necesidades de la sociedad;*
- c) Aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación”.*

Esta regla establece, aún de forma pávida, la obligación de los Estados de establecer procedimientos, en el sentido amplio de la palabra, exclusivos para menores infractores de ley, siendo un atisbo del principio de especialidad que años más tarde reconocerá expresamente la CDN.

Luego, el artículo 5.1 establece que:

*“El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”*

A pesar de los términos poco felices utilizados (“menores” y “delincuentes”), propios del contexto transicional en el cual fue redactado el instrumento, el artículo consagra dos trascendentales principios que deben guiar la justicia de menores: el principio de fomento del bienestar del menor (o interés superior del niño), y el principio de proporcionalidad, del cual es posible colegir que, en virtud de las especiales circunstancias de menor desarrollo del NNA, el reproche penal, a su vez, deberá ser igualmente especial (más benigno) que el de un hombre adulto que sirve de parámetro para la redacción de la norma.

La regla 13, sobre la Prisión Preventiva, establece cinco normas de vital importancia:

*“13.1) Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.*

*13.2) Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.*

*13.3) Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas<sup>10</sup>.*

*13.4) Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.*

*13.5) Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.*

Esta regla establece criterios de procedencia de la prisión preventiva vigentes hasta el día de hoy. Así, los primeros dos numerales establecen que es lícito acudir a esta gravosa medida únicamente cuando las otras medidas cautelares no sean posibles de aplicar. Y los otros dos numerales establecen normas relativas al resguardo de derechos en el cumplimiento de la

---

<sup>10</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977

prisión preventiva. La explicación de que la privación de libertad -como medida cautelar, en este caso- proceda tan solo como último recurso y durante el plazo más breve posible, dice relación con los conocidos efectos perniciosos que significa la prisión para todo ser humano, situación que se acrecienta aún más cuando ésta es impuesta a aquellas personas que están en pleno desarrollo vital, como los NNA.

Por su parte, la regla 17 establece criterios relativos a las sentencias y resoluciones judiciales que pondrán fin al proceso. De este modo, establece que:

*“17.1) La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:*

*a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;*

*b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;*

*c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concorra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;*

*d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.*

*17.2) Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital.*

*17.3) Los menores no serán sancionados con penas corporales.*

*17.4) La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento”.*

La regla reitera nuevamente el principio de proporcionalidad señalado en la regla número cinco y el principio de que la restricción de libertad (*a fortiori*, la privación también), en ningún caso puede constituirse como la regla general del sistema, y de ser impuesta, se reducirá siempre al mínimo posible. También se señalan criterios respecto de cuándo procedería la privación de libertad: ante actos “graves” (utilizando como parámetro de gravedad la concurrencia o no de violencia contra personas) y ante la reincidencia de comisión de delitos igualmente “graves”. Pero aún en presencia de estas hipótesis habilitantes de privación de libertad personal, ésta no podrá ser impuesta si existen otras respuestas adecuadas a los fines

del sistema de justicia penal adolescente (interés superior y proporcionalidad de la regla número 5).

A continuación, la regla establece en los mismos términos del artículo 6.5 del Pacto de 1976, la proscripción de la pena capital en menores de 18 años.

En su momento, la regla 19 insiste en el carácter excepcional del confinamiento, sin distinción si obedece a medida cautelar o a sentencia firme, al señalar que: *“El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”*.

#### 4.2.2. Convención de los Derechos del Niño (1989) <sup>11</sup>

Corresponde referirnos al más conocido y ratificado instrumento internacional garante de los Derechos Humanos de los NNA. Este instrumento es un hito de una nueva era para el tratamiento penal de los NNA infractores de ley. Hasta 1989 los niños no eran sujetos plenos de derechos, sino que eran “sujetos de protección”, lo cual mermaba considerablemente el derecho a la protección por parte de los organismos estatales. Sin embargo, con la dictación de la CDN se logra la concreción de un instrumento internacional de carácter integral, que contiene derechos sociales, políticos y civiles.

Es preciso reiterar que, en el preámbulo de esta Convención, se hace referencia a otros instrumentos internacionales que sirven para situar históricamente las normas establecidas en la CDN y realizar una interpretación armónica con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, se señala que:

*“La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo*

---

<sup>11</sup> Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, promulgada por Chile el año 1990

*10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.*

En el mismo preámbulo, en el párrafo a continuación, se señala que los Estados Partes en la presente Convención, convinieron la CDN *“Recordando (...) las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)”*. Así, nuevamente, estamos en presencia de una noción amplia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permitiendo en el ejercicio hermenéutico de éstos acudir no sólo a la CDN, sino que a aquellos instrumentos que la propia CDN menciona como antecedentes directos de su existencia. Incluso más, al señalar en el preámbulo de la CDN que su redacción tuvo presente la necesidad de proporcionar al niño una protección especial enunciada *“(…) en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.”* Se evidencia que la enumeración de tratados antecedentes de la CDN en ningún caso corresponde a un listado taxativo de instrumentos internacionales, sino que reconoce que puede haber otros, ya dictados, o por dictarse.

Lo imperioso de la necesidad de dictar este Instrumento se revela al constatar su rápida difusión. Todos los países han ratificado la CDN, con excepción de Estados Unidos. Tal es el consenso generado por este instrumento internacional, que la mayoría de los países, incluyendo a Chile, lo ratificó dentro de los dos años siguientes a su dictación.

En cuanto a su contenido, el primer artículo relevante, para el tema que nos compete, es el cuarto. En este, se señala que *“los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención (...)”*. Así, se establece que los Estados deben (i.e.: están obligados a) adecuar sus legislaciones, dictando o derogando las normas que sean pertinentes, para que el sistema entregue una efectiva protección de los derechos reconocidos en la CDN. Esto quiere decir una cuestión que, aunque obvia, corresponde señalar: los Estados que la han ratificado están obligados a darle efectividad a los derechos reconocidos en la CDN. No queda a su arbitrio la observancia de estas normas, lo que es igual a decir que son imperativas.

Luego, sin duda, uno de los artículos esenciales para comprender el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los NNA es el 37, el cual señala:

*“Los Estados Partes velarán porque:*

- a) *Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años;*
- b) *Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (...)*

El literal a) reitera las ideas ya contenidas en los instrumentos anteriormente reseñados. El literal b) desarrolla de mejor manera lo señalado en las Reglas de Beijing 13 y 17, ampliando el campo de injerencia. Así, no se habla de “prisión preventiva” (regla 13) o “restricciones a la libertad” (regla 17) sino que al hablar de “privación de libertad, detención, encarcelamiento o prisión”, amplía el rango de efecto de la norma, así como explicita un asunto perfectamente deducible de las reglas de Beijing, como es el hecho de que la privación de libertad “*se utilizará tan sólo como medida de último recurso y por el periodo más breve que proceda*”. Aquí queda asentado el criterio fundamental de toda privación (o restricción) a la libertad personal de NNA: como último recurso y por el periodo más breve que proceda.

Luego, los literales c) y d) establecen normas que regulan la ejecución penal en NNA.

A continuación, el artículo 40 introduce una importante norma. Se reconoce el derecho de los NNA acusados o condenados por infracción a leyes penales, a:

*“Ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. (40.1)*

Además, se les aplicará el principio “*Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege*” (40.2.a) (ya inaugurado en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11.2); las garantías de debido proceso tales como presunción de inocencia (40.2.b.i); la pronta información de cargos que pesen contra él (40.2.b.ii); la pronta resolución de la causa por juez imparcial y en audiencia conforme a derecho (40.2.b.iii); el derecho a guardar silencio (40.2.b.iv); su derecho a que la ejecución de su condena sea realizada por autoridad y órgano

judicial superior independiente e imparcial (40.2.b.v); el derecho a la defensa jurídica (40.2.b.vi) y el derecho al respeto de su vida privada (40.2.b.vii).

En seguida, el numeral 3° del artículo 40, fija el mandato de especialización del sistema de justicia penal adolescente (en procedimientos, autoridades e instituciones), que debe impregnar toda respuesta punitiva por parte del Estado, y en particular el establecimiento de medidas que propugnen la mínima intervención penal y desjudicialización del tratamiento de NNA infractores de ley:

*“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:*

*a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;*

*b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”*

Esta última parte del artículo 40 debe interpretarse con especial diligencia por parte de los Estados a la hora de dictar normativa (poder legislativo) o pronunciamientos jurisdiccionales (poder judicial), puesto que el espíritu de la misma, en concordancia con el interés superior del niño, el deber de proporcionarle una respuesta diferenciada y en general todo el catálogo de derechos que poseen en virtud del DIDH reseñado, implica el deber por parte de estos de estatuir un régimen general de carácter especial, caracterizado por la benignidad de la respuesta penal para NNA y el respeto calificado y celoso de sus derechos.

Por último, a través del artículo 43 se crea el Comité de los Derechos del Niño, organismo que tiene por finalidad *“examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes”*.

#### **4.2.3. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad - Reglas de la Habana (1990)<sup>12</sup>**

Este instrumento incorpora una serie de derechos que ya fueron incorporados por los cuerpos normativos ya mentados, pero los concretiza para establecer una regulación coherente en cuanto a las circunstancias que habilitan la privación de libertad de un adolescente, así como las circunstancias fácticas en las cuales dicha pena o medida debe ser cumplida. Así, en sus reglas primera y segunda señala que:

*“1. El sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental. El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.*

*2. Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.”*

Luego, en su regla 17 ordena al Estado a hacer todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias a la prisión preventiva

Como se observa, las medidas privativas de libertad deben quedar relegadas como opciones de última instancia, cuando calificadas circunstancias la hagan preferible, en vista del interés superior del niño y su derecho a una adecuada incorporación a la sociedad, por sobre otras medidas tendientes a la desjudicialización o a penas o medidas cautelares menos intensas o que no impliquen la privación de libertad.

#### **5. Principios y límites que deben cumplir las sanciones de NNA infractores de leyes penales.**

---

<sup>12</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

Tras analizar los instrumentos internacionales de orden general y de orden especial, es posible establecer que existe un mandato de especialización en el sistema de justicia penal adolescente en relación con el sistema de justicia penal de adultos que constituye la regla general. Este tratamiento especializado -y privilegiado- de los adolescentes con respecto a los adultos encuentra su fundamento en la constatación de que los adolescentes son, de hecho, diferentes a los adultos en cuanto a su desarrollo físico y psicológico, lo que tiene como consecuencia que la respuesta penal, reconociendo estas diferencias en el desarrollo, sea también diferenciada. No obstante, esta diferencia de hecho en el grado de desarrollo no se extiende a otras áreas de la personalidad que sirven de fundamento a la responsabilidad penal. En ese sentido se han manifestado, entre otros, Couso y Duce al constatar que:

*“La creación de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Chile, por lo tanto, respondía en gran parte al argumento de que los adolescentes se parecen en una dimensión relevante a los mayores de edad pues son capaces de culpabilidad y, prima facie, deben responder penalmente. Sus diferencias en otras dimensiones relevantes, por cierto, que justifican que el sistema de responsabilidad al que se sujetará sea diferente”.* (Couso y Duce, 2012, pp. 24)

Este principio de especialidad encuentra su fundamento, como ya hemos mencionado, primeramente, en el artículo 19 de la Convención Americana, en el artículo 24 del Pacto Internacional, en el artículo 40.3 de la CDN, así como también en múltiples instrumentos de orden internacional como el Informe temático de justicia juvenil y derechos humanos elaborado por la Relatoría sobre los Derechos de la niñez de la Comisión Interamericana, la cual señala:

*“(...) En relación a los niños, el derecho internacional ha establecido claramente que debe existir un sistema excepcional y especializado de justicia juvenil, el cual debe respetar y garantizar a los niños todos los derechos reconocidos a las demás personas, y además debe brindarles la protección especial que merecen en razón de su edad y etapa de desarrollo”.* (ComIDH, 2011, pp. 1-2)

Así, en virtud del menor estado de desarrollo de los NNA, estos se encuentran en estados de vulnerabilidad mayor que los adultos, lo cual acrecienta los efectos negativos que producen las sanciones penales en general, y la privación de libertad en particular, en relación con los efectos producidos por las mismas medidas en adultos. Por esta razón es por la cual los criterios para la procedencia y cumplimiento de la privación de libertad, en causas contra NNA,

“deben ser superiores a los criterios de procedencia y cumplimiento en causas contra adultos”. (Couso y Duce, 2012, pp. 58)

Por último, es necesario señalar que la Corte Interamericana ha definido privación de libertad como:

*“Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”.* (CIDH, 2008, Disposición General)

De este modo la Corte ha optado por consignar una definición amplia de privación de libertad incluyendo hipótesis de sanción, medida cautelar, internaciones administrativas, médicas u otras. Por esta razón, en lo pertinente al presente estudio, nos referiremos a las directrices aplicables a la privación de libertad en el contexto de la persecución penal.

#### 5.1. Como medida cautelar

Como señalamos, los NNA tienen, al menos, los mismos derechos que los adultos, por lo tanto, les son plenamente aplicables los criterios de DIDH que regulan la Prisión Preventiva, como lo es la excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad, pero a estos hay que incorporar aquellos límites y criterios propios del DIDH de la infancia (Couso y Duce, 2012, pp. 57-58)

Sin perjuicio de lo anterior, de la lectura de los artículos 13.1 y 13.2 de las Reglas de Beijing, 37 b) de la CDN, 2 y 17 de la Habana, se concluye que la prisión preventiva de NNA debe ser aún más restringida y excepcional que en adultos, señalándose en estos instrumentos que procede únicamente como medida de último recurso, y solo cuando ninguna

medida sustitutoria menos gravosa sea procedente, es decir, de forma excepcionalmente calificada.

En este sentido se ha manifestado la Comisión Interamericana, al entregar criterios para los Estados sobre la legitimidad de la privación de libertad de NNA como medida cautelar en un procedimiento penal:

*“Así, para ser legítima, toda medida cautelar privativa de la libertad que se aplique a un niño acusado de infringir leyes penales debe cumplir con el principio de excepcionalidad, es decir, debe ser aplicada cuando el niño represente un peligro inmediato y real para los demás; como último recurso cuando no exista otra alternativa; adicionalmente, debe ser aplicada durante el plazo más breve posible y debe ser sometida a una revisión periódica; y finalmente, debe garantizar a los niños privados de libertad todos sus derechos y protecciones acordes a su edad, sexo y características individuales, y en particular deberá garantizarse su derecho a estar separados de los adultos así como también de los niños que hayan recibido una condena.”* (ComIDH, 2011: p. 78)

En el mismo orden de ideas, la Comisión recomienda:

*“Asegurar la existencia de una gama de medidas alternativas a la privación de libertad y su aplicación como primera opción en los casos de menores de edad, tanto en la etapa procesal como con posterioridad a la sentencia condenatoria. En particular la CIDH recomienda a los Estados:*

*f) evitar la detención previa de menores de edad al inicio de los procedimientos judiciales, la que debe estar limitada a circunstancias excepcionales”.* (ComIDH, 2011: p. 172-1733)

Del mismo modo, la Comisión también recomienda:

*“Establecer mecanismos que aseguren la protección especial de los niños frente a las detenciones ilegales y arbitrarias, así como también que garanticen los derechos de los niños que sean sometidos a medidas de prisión preventiva. A estos efectos, la CIDF recomienda a los Estados:*

*i) limitar la utilización de la prisión preventiva a los casos en los cuales la misma obedezca estrictamente a una finalidad procesal legítima, determinada con anticipación por la ley*. (ComIDH, 2011: p. 167)

De las citas transcritas se desprende una clara orientación a que la prisión de NNA durante el proceso penal debe obedecer a criterios de calificada excepcionalidad, debiendo los Estados contemplar una amplia gama de medidas sustitutorias a la prisión preventiva, relegando a esta como última opción. En esa línea también se ha pronunciado la Corte Interamericana en la sentencia del caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”<sup>13</sup>:

*“En el caso de la privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva”*. (párrafo 130)

Por otra parte, la Comisión Interamericana, a través de la Relatoría sobre los derechos de la niñez ha destacado que en el ámbito de la necesidad, la prisión preventiva debe estar únicamente destinada a garantizar los fines procesales del artículo 7.5 de la Convención Americana<sup>14</sup>, peligro de elusión del accionar de la justicia o de obstaculización de la investigación, los cuales *“deben estar fundados en circunstancias objetivas, de tal forma que la mera alegación de este riesgo no satisface este requisito”*. (ComIDH, 2011, párrafo 283)

Otro criterio relevante en la determinación de la medida cautelar procedente dice relación con la proporcionalidad, de tal manera que *“no se podrá aplicar esta medida cautelar cuando la pena prevista en el delito imputado no sea privativa de libertad”*. (ComIDH, 2011, párrafo 284)

Por último, la Corte Interamericana ha sido enfática al referir que en ningún caso esta medida cautelar debe estar sustentada en características personales del imputado ni en el tipo de delito que este haya cometido, sino que únicamente debe limitarse a cumplir los fines procesales ya reseñados, al respecto ha señalado en la sentencia del caso “López Álvarez vs.

---

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de septiembre de 2004.

<sup>14</sup> “Artículo 7.5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”

Honduras”<sup>15</sup> que: *“Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva”*. (CIDH, 2006, párrafo 69)

En síntesis, para que la Prisión Preventiva de un NNA cumpla los estándares reglados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es preciso que esta, además de cumplir calificadamente los requisitos generales para la procedencia de la prisión preventiva como lo son la excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad, debe además imponerse como medida de último recurso, tras haber desechado la procedencia de otras medidas cautelares menos gravosas de los derechos de los NNA para el aseguramiento del proceso. En otras palabras, se requiere que los estándares generales de la procedencia de la prisión preventiva concurren y se regulen de forma estricta y calificada, con el objeto de darle efectiva materialización al mandato de que la privación de libertad debe imponerse “como medida de último recurso”, incluso si esta tiene como fundamento una medida cautelar en un procedimiento penal.

## 5.2. Como sanción

Es preciso destacar que todo lo reseñado en el numeral 4.1., respecto de la procedencia de la privación de libertad en NNA durante el proceso penal, es enteramente aplicable a la regulación de la privación de libertad como sanción penal. Así, las sanciones privativas de libertad proceden únicamente una vez demostrada la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de libertad, como último recurso y en estricta y calificada observancia de los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y legalidad.

Luego, tras la lectura de las reglas 19 de Beijing, segunda de las Reglas de la Habana y 37 b) de la CDN, es dable colegir que la privación de libertad se erige como última ratio del sistema, destinadas exclusivamente a las infracciones más graves. Así, la Corte Interamericana viene señalando desde hace veinte años que:

*“El derecho Internacional de los Derechos Humanos se dirige a procurar que las penas que imponen graves restricciones de los derechos fundamentales de los menores sean limitadas únicamente a las infracciones más severas. Por tanto, aún en el caso de*

---

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de febrero de 2006

*infracciones tipificadas, la legislación tutelar del menor debe propender hacia formas de sanción distintas a la reclusión o privación de libertad". (CIDH, 1999, párrafo 117)*

Es en este sentido de proporcionalidad en el cual hay que comprender los artículos 5.1 y 17 de las reglas de Beijing y 40.4 de la CDN cuando este último señala que:

*"Se dispondrá de diversas medidas (...) alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción."*

Esta norma precisa el concepto de proporcionalidad de la sanción, estipulando que cualquier medida que se tome debe estar vinculada a las circunstancias del autor (NNA), del hecho (delito). Asimismo, hay que tener presente lo señalado por el artículo 20 de la LRPA, el cual señala que:

*"Artículo 20.- Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social"*

Por tanto, es evidente que el legislador se inclinó por un régimen que materializa las denominadas teorías unificadoras de la pena que es igual a decir que en el ámbito de la retribución y del interés superior del niño, manifestado en una intervención socioeducativa y destinada a la integración social del NNA a la sociedad, es donde hay que encontrar los límites a las sanciones que se les impongan. (Tiffer, 2011: p. 39)

Así, por ejemplo y en principio, a delitos menos graves, corresponde aplicar penas menos graves y a delitos más graves corresponde aplicar penas más graves, sin consideración de las necesidades de educación del autor de dichos delitos. De lo contrario, se estaría volviendo a un sistema tutelar de responsabilidad penal adolescente donde se confunden en una sola las sanciones y las medidas de protección de NNA vulnerados en sus derechos.

No obstante, es claro que los enfoques puramente retributivos tampoco son los adecuados. Este punto queda literalmente plasmado en el comentario oficial de la regla 17 de Beijing, el cual señala que:

*“Los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta 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 futuro del joven”.* (Regla de Beijing, 1985: comentario regla 17)

Refuerza lo anterior lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño al señalar, en su Observación General N°10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores:

*“La respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo. La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención”.* (ComDN, 2007b: párrafo 71)

Por último, Couso y Duce destacan que:

*“La idea de que solo razones preventivo-especiales-positivas pueden justificar recurrir a la privación de libertad no tiene apoyo en la -incipiente y escasa- doctrina y jurisprudencia nacional (...) y casi no lo tiene en el derecho comparado. Sí tiene algún apoyo, en cambio, la tesis de que las necesidades para la prevención especial pueden ser una razón para utilizar el “último recurso”, como también lo pueden ser las necesidades de prevención general (o, en su caso, de compensación de la culpabilidad por medio de la retribución), es decir, que para justificar la imposición de una sanción privativa de libertad cada una de estas necesidades, por sí sola, es una razón suficiente.”* (Couso y Duce, 2012: pp. 345-346)

En síntesis, la privación de libertad de NNA debe cumplir, al menos, los requisitos exigibles en caso de imponerse a adultos, pero de forma sustancialmente calificada. Así, en cumplimiento del mandato de especialización y de protección especial que el Estado debe brindarles a los NNA, su privación de libertad cumplirá los estándares impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando:

1. Cumpla los mismos requisitos que para adultos: excepcionalidad, proporcionalidad<sup>16</sup>, necesidad procesal legítima y legalidad (cuando es medida cautelar)
2. Sea impuesta únicamente como medida de último recurso, y solo cuando ninguna medida sustitutoria -o alternativa de cumplimiento de sanción- menos gravosa sea procedente, es decir, de forma excepcionalmente calificada.
3. Sea impuesta sólo para delitos graves en que haya mediado violencia contra otra persona o reincidencia calificada de una conducta violenta.
4. La decisión, en los casos de sanción, sea con observancia de criterios preventivo-generales, y que la utilización de criterios preventivo especiales positivos sea una herramienta útil para la despenalización o morigeración de la respuesta penal y no como su fundamento<sup>17</sup>
5. Sea el resultado de un proceso judicial deliberativo en el cual se ponderen todas las circunstancias del caso y del adolescente, entregando una sanción penal conforme al menor grado de culpabilidad del NNA respecto de los adultos.

Por último, como corolario de lo reseñado respecto de los criterios de legitimidad de las penas privativa de libertad, es necesario reiterar que el mandato de especialización y protección especial emanado del DIDH no se agota exclusivamente en una limitación y regulación estricta de la procedencia y ejecución de las privaciones de libertad, sino que se despliega y materializa en una limitación general del *ius puniendi* como sistema de composición conflictual. Esta extensión de los mandatos encuentra una de sus principales razones en la observancia de principios generales del derecho penal, como su carácter de última *ratio*, que en el caso de NNA deviene en una *última ratio* calificada en virtud de las mentadas consecuencias negativas que acarrea su activación en la respuesta estatal para conflictos de baja lesividad o que no obedecen a motivaciones susceptibles de ser eficazmente reprimidas a través de la imposición de una pena en su sentido genérico.

---

<sup>16</sup> La proporcionalidad de la pena condenatoria debe realizarse con estricta observancia no sólo de las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.

<sup>17</sup> En definitiva, lo que se busca con esto es que consideraciones relativas a la resocialización o integración social del NNA no sean el fundamento de la pena a imponerse, sino que sirvan como criterios para limitar o desechar la imposición de esta, en virtud de su inconveniencia respecto del interés superior del NNA, entendido este como la plena satisfacción de sus derechos, dentro de los que se encuentra, la educación y el pleno desarrollo e integración a la sociedad. En detalle sobre este punto ver: Couso (2007), Cillero (2007) y Couso y Duce (2012)

Esta última idea -de que los mandatos de protección especial de NNA irradia no solo a la pena privativa de libertad, sino que a la respuesta penal en general- ha sido recogida por Couso, quien en un importante trabajo señala que:

*“(...) El mandato de especialidad en el juzgamiento penal de los adolescentes, en materia de derecho penal sustantivo, viene constituido fundamentalmente por los siguientes principios básicos:*

- i) Responsabilidad penal especial: especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos (tanto su culpabilidad como -en ciertos casos- el injusto penal);*
- ii) Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal, en general, y de la privación de libertad, en particular; y*
- iii) Especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva” (Couso, 2012: p. 286)*

Es en ese sentido en el cual se debe interpretar lo señalado por la Relatoría de la Comisión Interamericana el año 2011, cuando recomendó a los Estados:

*“A.5. Establecer medidas alternativas a la judicialización de los procesos contra niños acusados de infringir leyes penales, de tal forma que sus casos puedan ser resueltos a través de medidas que fomenten el desarrollo de su personalidad y su reintegración constructiva en la sociedad.*

*B.13.D. Respetar el principio de excepcionalidad, limitando la intervención del sistema de justicia juvenil, así como la aplicación de sanciones a menores de edad, a casos excepcionales y luego de haber considerado otras alternativas disponibles, así como al regular la prescripción de la acción ante el sistema de justicia juvenil.*

*B.15.A. Asegurar que las leyes y procedimientos especializados en justicia juvenil prevean un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia juvenil, con miras a permitir la aplicación de alternativas a la judicialización de los casos de infracciones a las leyes penales cometidas por menores de edad, pero reglando dicha discrecionalidad a los efectos de evitar toda forma de discriminación en el uso de dichas facultades y de proteger*

*el derecho de los niños acusados al debido proceso y a las garantías judiciales.” (ComIDH, 2011: pp. 167, 169, 171)*

Finalmente, solo resta mencionar como antecedente del consenso generado en torno a estos estándares internacionales lo expresado en el Decálogo Iberoamericano de Justicia Juvenil Restaurativa, realizado por la Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>18</sup>, en el contexto de la “Comisión Iberoamericana de Mecanismos Alternativos, Restaurativos de Resolución de Conflictos y Terapéuticos: Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol”, en el cual se expresaron diez acuerdos en torno a esta temática, de los cuales destacamos:

*“5. Respeto de los principios de oportunidad y mínima intervención, derecho a la información: promover, respetar y velar por el cumplimiento del carácter educativo de las medidas a tomar en todas sus fases, respecto de la persona, niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal , priorizando la desjudicialización, la aplicación de audiencias tempranas, formas de terminación anticipada del proceso en todas sus fases, medidas alternativas, restaurativas y terapéuticas; así como la reparación directa e indirecta de los daños causados por la infracción (...)*

*6. Excepcionalidad y duración de la privación de la libertad como efecto de la justicia juvenil restaurativa: Aplicar, como medida excepcional la cautela personal y aplicación de penas definitivas de privación de libertad, las cuales durarán el menor tiempo posible; el niño, niña y adolescente en conflicto con la ley penal, serán evaluados interdisciplinariamente de forma inmediata y alojados en espacios diferenciados, según sexo, edad, estado de salud y circunstancias individuales de vulnerabilidad; siempre en condiciones dignas a tenor de los estándares internacionales en la materia. Las medidas siempre obedecerán a los principios de razonabilidad, excepcionalidad, proporcionalidad, flexibilidad y tratamiento individualizado y diferenciado.” (CJI, 2017)*

---

<sup>18</sup> Conformada por los presidentes y representantes de las Cortes y Tribunales Supremos o Superiores de Justicia, y los Consejos de la Judicatura o Magistratura de Iberoamérica (del cual formó parte el presidente de la Corte Suprema de Chile Hugo Dolmetsch (2016-2018).

## Capítulo II: Determinación de la pena en la ley 20.084

### 1. Determinación de la pena adolescente

En el presente capítulo realizaremos un estudio respecto de la forma de determinación de la pena de adolescentes por delitos cometidos en el contexto de la Ley 17.798 sobre Control de Armas. Sin embargo, en consideración a lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo primero<sup>19</sup>, y en el artículo 27<sup>20</sup> de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, para la correcta determinación de la pena en estos casos, es preciso conjugar entre sí tres subsistemas: primeramente, las normas contenidas en la propia LRPA. Luego, en virtud de los renvíos realizados por esta, se deben observar las reglas contenidas en el Código Penal, principiando por aquellas dispuestas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal (exceptuando el artículo 69), las reglas del Código Procesal Penal (en adelante: CPP), principalmente la contenida en el artículo 351, y finalmente las reglas contenidas en leyes especiales, como la propia LCA

Por lo anterior, resulta relevante dilucidar cuáles son los aspectos previstos y regulados por la LRPA, y cuáles, al no estar previstos por ella, quedan sujetos a las disposiciones contenidas en el CP o leyes especiales, que en su supletoriedad sirven de normas de clausura del sistema.

En ese sentido, no cabe duda de que se consideran aspectos regulados por la LRPA lo relativo al proceso penal para la determinación de la responsabilidad, la determinación de la pena, el catálogo de penas y la ejecución de estas, sin perjuicio de que en muchos de estos casos la misma LRPA reenvíe a las normas generales contenidas en el CP para su resolución, lo cual no obsta a que, en estricto rigor, dichas materias son reguladas por la propia LRPA, la cual utiliza como técnica legislativa -cuestionable, por cierto- el reenvío al sistema general.

Entre los aspectos en los cuales el legislador de la LRPA decidió no innovar, y por consiguiente se aplican las normas generales contenidas en el Código Penal y leyes

---

<sup>19</sup> Artículo 1º.- Contenido de la ley. 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. En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.

<sup>20</sup> Artículo 27.- Reglas de procedimiento. La investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

especiales, se encuentra todo lo relativo a la teoría del delito, los tipos penales sancionados y los presupuestos de la responsabilidad penal, situación que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina especializada al no estar conforme con los mandatos de especialidad emanados del DIDH. (Horvitz, 2006; Hernández, 2007)

De aquí surge una primera prevención que es preciso realizar. En conformidad a lo dispuesto por el artículo segundo inciso segundo de la LRPA<sup>21</sup>, existe un reenvío por parte de la propia ley al Corpus Iuris del DIDH, razón por la cual las normas desarrolladas en el ámbito de los derechos humanos de los NNA deben ser aplicadas en la misma medida en que son aplicadas las otras normas de la LRPA, es decir, en forma previa a la aplicación de las normas supletorias del sistema (CP, CPP o leyes especiales)

Conforme a lo señalado, hay que tener especial cautela al momento de resolver un conflicto jurídico relativo a adolescentes, pues como vimos, la primera pregunta que es necesario responder, una vez dilucidada la competencia de la LRPA, es si esta contiene norma expresa que regule el asunto, considerando siempre las normas de reenvío al DIDH, al CP y CPP que ella contiene. Solo de ser negativa la respuesta a esta interrogante, debemos aplicar las normas contenidas primeramente en el Código Penal, y luego, las normas contenidas en las leyes especiales.

La segunda prevención necesaria de hacer es que existen ciertas normas o incluso ciertos cuerpos normativos que excluyen a priori a los NNA de su aplicación. Así ocurre, por ejemplo, con la norma contenida en el artículo 17b inc. 2° de la Ley de Control de Armas (LCA)<sup>22</sup>, y con

---

<sup>21</sup> Artículo 2° inc. 2°: En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

<sup>22</sup> Artículo 17B inc. 2°.- Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.

las leyes especiales 18.216 sobre penas sustitutivas (artículo 40)<sup>23</sup> y la 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad (artículo 1° inc. 2°)<sup>24-25</sup>

## 1.1. Ley 20.084

### 1.1.1. Antecedentes generales

El proyecto de una Ley de Responsabilidad Penal Adolescente se anuncia a mediados del 2000, y junto con otras reformas (creación de tribunales de familia, nueva ley de protección de los derechos de los niños, reforma a la ley de subvenciones y redefinición orgánica del Servicio Nacional de Menores, SENAME) buscaba adecuar la regulación legal de la infancia a los estándares internacionales de derechos humanos y a los de la propia Constitución. Estas, junto con consideraciones de política criminal asociadas a la necesidad del Estado de contar con una herramienta punitiva moderna que le permitiera enfrentar el problema de la criminalidad juvenil, son las principales razones que motivaron la dictación de esta Ley (Berríos, 2005).

Así, esta tensión entre la adecuación a estándares de derechos humanos y la necesidad de una herramienta eficiente para enfrentar la delincuencia juvenil se erige como criterio basilar de la discusión legislativa tanto del proyecto original como de su posterior modificación (Cillero, 2006a).

La situación de los adolescentes previa a la promulgación de esta ley ha sido profusamente documentada y criticada (Berríos, 2005; Cillero, 2006a; Horvitz, 2006; Bustos, 2007), no obstante, una síntesis de los problemas que presentaba dicho modelo de justicia se encuentra en el mismo mensaje presidencial con que se ingresó el Proyecto (en adelante: PLRPA) a la discusión parlamentaria. Así, se planteaba que:

*“La informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, ha permitido el surgimiento de un*

---

<sup>23</sup> Artículo 40.- Las disposiciones contenidas en esta ley no serán aplicables a aquellos adolescentes que hubieren sido condenados de conformidad a lo establecido en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

<sup>24</sup> “Artículo 1° inc. 2°- La presente ley no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.”

<sup>25</sup> Sobre la historia y razones de la exclusión de los adolescentes del influjo de la Ley 18.314, ver: Berríos (2012)

*sistema punitivo/tutelar, que no se somete a los controles constitucionales propios del sistema penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales” (HDL 20.084, 2007: p 6)*

Sin embargo, el Proyecto presentado a mediados del año 2002 sufrió importantes modificaciones durante su discusión legislativa, así como con posterioridad a su publicación. La principal razón de las modificaciones que sufrió el proyecto en su trámite legislativo es la priorización de aspectos retribucionistas y de prevención especial negativa en la determinación de las sanciones penales, en desmedro de los enfoques preventivo especiales positivos iniciales, ignorando las consideraciones de derecho internacional y dogmáticas que recomendaban modificaciones en otras direcciones (Cillero, 2006a; Cillero, 2006b)

Para abordar el estudio de los cambios sufridos por el proyecto durante su tramitación es preciso dividir el estudio en tres momentos legislativos fundamentales: el Proyecto ingresado a mediados del año 2002; la Ley 20.084 que fue promulgada el 28 de noviembre de 2005 (en adelante: LRPAO o Ley original); y la Ley resultante de las modificaciones introducidas por la Ley 20.191, que entró en vigencia el 8 de junio de 2007 (LRPA).

### 1.1.2. Tramitación legislativa

#### 1.1.2.1. Proyecto de Ley

El PLRPA contenía un sistema de determinación de sanciones particularmente orientado hacia la prevención especial positiva con matices de retribucionismo atenuado, el cual, a través de las modificaciones introducidas en la etapa de discusión legislativa, así como de la modificación introducida por la ley 20.191, decantó por un sistema en que la privación de libertad, como medida cautelar o como condena, tiene un rol preponderante, alejándose de esta manera de los criterios de derecho internacional y de las recomendaciones de los órganos internacionales competentes vistos en el capítulo I.

Con objetivos de sistematización y pedagógicos, dividiremos el contenido del Proyecto en torno a los siguientes criterios:

- **Infracciones (art 6°):** contenía un catálogo de infracciones graves<sup>26</sup>, recogidas del Código Penal. Esta distinción importaba pues era únicamente por estos delitos respecto de los cuales procedían privaciones a la libertad (como medida cautelar o como sanción), además de contener una regla especial que extendía la prescripción a tres años, a diferencia de la regla general de un año para los delitos no considerados graves.
- **Sanciones (art 18)<sup>27</sup>:** contenía básicamente el mismo catálogo del actual artículo 6° de la LRPA, sin la distinción de penas accesorias, con una única opción de libertad asistida e incorporando, a través de la remisión al párrafo tercero del título segundo del Proyecto, tres sanciones privativas de libertad: arresto domiciliario, internación en régimen cerrado e internación en régimen semicerrado.
- **Fines de la pena (art 2°):** se explicitaba que la atribución de consecuencias jurídicas a la responsabilidad de los adolescentes por las infracciones contempladas en la ley, tienen por objeto sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social
- **Determinación de la pena (art 20, inc. I y II):** Para determinar las sanciones, así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez debía considerar:

1. El número de infracciones cometidas;

---

<sup>26</sup>Artículo 6.- Infracciones graves. Para los efectos de esta ley, constituyen infracciones a la ley penal de carácter grave por parte de un adolescente, los siguientes delitos, sea que se encuentren consumados o frustrados:

- a) El homicidio;
- b) La violación,
- c) El secuestro y la sustracción de menores;
- d) Las mutilaciones y las lesiones graves tipificadas en el artículo 397 número 1 del Código Penal;
- e) El robo con violencia en las personas

Constituyen, asimismo, infracciones graves los siguientes delitos consumados:

- a) Robo con intimidación en las personas, en que se amenace a la víctima con causarle la muerte, violación o un grave daño a su integridad física; y
- b) Robo con fuerza en las cosas en lugares habitados regulado en el artículo 440 del Código Penal. Lo dispuesto en este artículo será aplicable a las figuras calificadas o complejas que establece la ley tomando como base las conductas mencionadas en los incisos precedentes.”

<sup>27</sup> Amonestación, multa, prohibición de conducir vehículos motorizados, reparación del daño causado, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, libertad asistida y alguna de las privativas de libertad del art 28 y ss (arresto domiciliario durante el fds, internamiento en régimen cerrado e internamiento en régimen semicerrado)

2. La edad del adolescente infractor; y

3. La proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la o las infracciones cometidas y la severidad de la sanción.

Para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal debía determinar, en primer lugar, si ésta corresponde a una infracción de las que señala el art. 6 de esta ley. Además, el tribunal debía ponderar:

a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción;

b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;

c) La concurrencia de circunstancias que, conforme a la legislación penal, den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación con la infracción a la ley penal que se le imputa; y

d) La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, previstas en la legislación penal, con excepción de las contenidas en los números 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de la presente ley.

- **Concursos (art 20 Inc. III y IV):** se establecía una norma especial que estipulaba que, para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez debía considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del artículo 20.

En caso alguno podía imponerse una sanción separada para cada infracción, debiendo darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales

- **Pena privativa de libertad (art 15 y 32):** procedía solo ante la comisión de una infracción grave del artículo 6°, o el quebrantamiento de condenas, y tenían una

duración máxima de 5 años en cualquier caso (arresto domiciliario de fines de semana con un máximo de 20 fines de semana).

Asimismo, se establecía explícitamente que las sanciones privativas de libertad contempladas en la Ley eran de carácter excepcional, y solo podían aplicarse en los casos expresamente previstos en ella (infracciones graves) y siempre como último recurso.

- **Internación provisoria (art 50):** con una remisión a los fines del artículo 155 del CPP, se establecía una lista de medidas cautelares posibles de imponer contra un NNA:

1. Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que el juez determine.
2. Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
3. Prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia o a otras personas;
4. Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho a defensa;
5. Obligación de concurrir periódicamente al tribunal o ante la autoridad que el juez determine

Asimismo, se establecía que, si la imputación correspondía a alguno de las infracciones consideradas graves, y sólo cuando los objetivos del artículo 155 del CPP no pudieran ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las medidas señaladas en el párrafo anterior, podía solicitarse la aplicación de alguna de las siguientes medidas:

1. Arresto domiciliario; o
2. Internación provisoria en un centro cerrado, cuando su aplicación aparezca como estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos señalados.

El Juez debía poner fin a la medida de internación provisoria, cuando hayan desaparecido los hechos que hacían indispensable su aplicación

- **Pena mixta (art. 33):** el tribunal podía imponer complementariamente una sanción de libertad asistida por un máximo de dos años, la que se ejecutará con posterioridad del cumplimiento efectivo del IRC, siempre que en conjunto no excedan los 5 años.

De lo anteriormente expuesto, es posible observar que el modelo optado por el ejecutivo estaba construido en torno a la distinción entre infracciones graves e infracciones comunes. La relevancia de dicha distinción radicaba en que respecto de las primeras se establecían reglas especiales en cuanto a la prescripción y se habilitaba la procedencia de la privación de libertad, ya sea como medida cautelar o como sanción.

Asimismo, destaca el amplio espacio dejado a la discrecionalidad judicial para la determinación de la pena, propiciando una respuesta unificada en caso de juzgamiento de múltiples conductas, así como criterios orientadores amplios entregados al juez para la adjudicación de la sanción en el caso concreto. Tal situación se materializaba a través de la inclusión, en los incisos finales del artículo 20, de una regla de concurso medial *sui generis*, en la cual se prohibía expresamente la prohibición de sancionar como concurso material la multiplicidad de infracciones.

Así las cosas, observamos que la privación de libertad, ora como sanción ora como medida cautelar, fue pensada y plasmada en el Proyecto con una procedencia restringida solo para casos excepcionalmente calificados, realizando una correcta interpretación de los mandatos de la CDN en cuanto a la procedencia de la privación de libertad se refiere<sup>28</sup>

No obstante, como ya hemos señalado, en el trámite legislativo dado al Proyecto, este sufrió importantes modificaciones, siendo los mecanismos de determinación de sanciones uno de los aspectos que mayores transformaciones sufrió durante su trámite en el Senado (Berríos, 2005: p.167).

Los resultados del proceso de deliberación y discusión parlamentaria cuajaron en una LRPA, que en su versión originalmente promulgada contenía matices que la diferenciaban

---

<sup>28</sup> Ver supra. Cap I.5

notablemente tanto del Proyecto que le sirvió de antecedente, como de la Ley actualmente vigente tras las modificaciones introducidas por la ley 20.191.

1.1.2.2. Ley 20.084 (primera versión):

- **Infracciones (6°):** se suprimió el artículo 6° del proyecto de ley original, y se reemplazó por uno nuevo que establecía las distinciones generales del Código Penal entre delitos, crímenes y faltas a fin de asignarle a cada uno de ellos una gama de posibles sanciones.
- **Sanciones (6°):** se dividió entre penas de delitos<sup>29</sup>, penas de faltas<sup>30</sup> y pena accesoria<sup>31</sup>.
- **Fines de la pena (art. 20):** Se explicitó en el nuevo artículo que los fines de la intervención penal en respuesta a las infracciones cometidas por NNA tiene una doble faz, por un lado, hacer efectiva la responsabilidad de estos por los hechos delictivos que cometieren (fin retributivo), así como que esta forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social (fin preventivo especial positivo)
- **Determinación de la pena:** se dividió en dos etapas:
  - o **Determinación de la extensión de la pena (art 22):** “Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena señalada en el artículo precedente (un grado bajo el mínimo), las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.

---

<sup>29</sup> Internación en RC con programa de reinserción, internación en RSC con programa de reinserción, libertad asistida especial, libertad asistida, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño causado

<sup>30</sup> Prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación

<sup>31</sup> Prohibición de conducir vehículos motorizados.

Con todo, si la sanción calculada en la forma dispuesta en el inciso precedente supera los límites máximos dispuestos en el artículo 18<sup>32</sup>, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites.”

- **Determinación de la naturaleza de la pena (art 23):** “La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:
  1. Si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social.
  2. Si la sanción va de tres años y un día a cinco años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.
  3. Si la sanción se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
  4. Si la sanción se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.

---

<sup>32</sup> “Art 18.- Límite máximo de las penas privativas de libertad. Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad”

5. Si la sanción es igual o inferior a sesenta días, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.”

- **Criterios de determinación de la naturaleza de la pena (art 24):** “Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

1. La gravedad del ilícito de que se trate;
2. La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
3. La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
4. La edad del adolescente infractor;
5. La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
6. 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.”

- **Concursos:** no contempla norma especial, se remite al CP<sup>33</sup>
- **Pena privativa de libertad (art 18 y 26):** se elimina la limitante para su procedencia respecto solo de “delitos graves” y se amplía el límite temporal común de 5 años del Proyecto a 10 años para NNA mayores de 16 años.

También se incorporó mención expresa a que la privación de libertad se utilizaría sólo como medida de último recurso, y que en ningún caso se podría imponer una pena privativa de libertad a un NNA, si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.

---

<sup>33</sup> Cfr. Artículo 22 inciso primero sobre determinación de la extensión de la pena.

- **Internación provisoria (art 32):** la internación provisoria solo será procedente tratándose de la imputación de crímenes, debiéndose aplicar cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares
- **Pena mixta (art 19):** en RC y RSC, el tribunal podrá imponer una sanción de libertad asistida, en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal. Esta se cumplirá:
  1. Con posterioridad al cumplimiento efectivo de RC o RSC
  2. Con anterioridad, en casos que la pena no supere los 540 días.

De lo expuesto, concluimos que, tras pasar por el congreso, el PLRPA sufrió importantes modificaciones en cuanto a la determinación de la pena y procedencia de la privación de libertad.

En concreto, por acuerdo unánime de la Comisión de Constitución del Senado se cambió la estructura de funcionamiento del sistema, pasando de tener un rol central el catálogo de “infracciones graves”, a construirse el modelo en base al establecimiento de sanciones específicas para adolescentes, conservando la distinción contenida en el Código Penal entre crímenes, delitos y faltas.

Consta en la Historia de la Ley este acuerdo al señalarse que:

*“(…) La Comisión concluyó que debe consagrarse un sistema de determinación de penas enteramente nuevo, específicamente dedicado a los adolescentes, que refleje adecuadamente las finalidades tanto de punición como de rehabilitación y que conjugue equilibradamente las aspiraciones sociales de seguridad y justicia, las necesidades del joven de completar sus procesos de maduración y educación y el necesario grado de compromiso de la familia.*

*(…) En concreto, en primer lugar, se resolvió que no debe existir un catálogo restringido de delitos graves, sino más bien reglas que contemplen los criterios consagrados por el Código Penal en materia de determinación de las penas, adecuándolas a los propósitos que inspiran esta iniciativa” (HDL 20.084, 2007: p. 639)*

Así, con la supresión de la categoría “infracciones graves”, contenida en el artículo 6° del Proyecto, se amplió la hipótesis de procedencia de penas privativas de libertad a simples delitos del Código Penal (artículo 6° de la Ley). Las razones de esta modificación realizada por la Comisión quedaron plasmadas en la Historia Fidedigna de la Ley, al señalarse que esta:

*“(...) se debió a la decisión más global de reenfocar el proyecto de manera de no estructurarlo a partir de un catálogo de ilícitos, sino que, en función de grupos de sanciones orientadas específicamente a los adolescentes, que se ha estimado pertinente asignar, por una parte, a los delitos y, por otra, a las faltas cometidos por estos.*

*Se consideró que el grado de consenso que hoy en día existe en la práctica, la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al catálogo de ilícitos que el derecho penal sanciona, hace innecesario innovar en esta materia en los términos que lo hacía este artículo 7°. Asimismo, pareció arbitrario incorporar cualquier tipo de discriminación entre los ilícitos que el Código Penal y sus leyes complementarias sancionan, para los efectos de considerarlos “delitos graves”.*

*También se desechó, como criterio diferenciador, atender al grado de desarrollo del ilícito y considerar “graves” ciertos delitos sólo cuando se encuentren consumados y otros, en cambio, aunque solamente alcancen las etapas de tentado o frustrado.*

*Del mismo modo, por las razones antes expuestas, se estimó que el uso de la violencia en la comisión de los ilícitos no ayuda necesariamente a dirimir si se trata de una figura penal ‘grave’.” (HDL 20.084, 2007: p. 640)*

Esta decisión del legislador fue consistentemente criticada por la doctrina. Al respecto, Horvitz señaló una vez publicada esta ley que:

*“Buena parte de la regulación no da cuenta de los aportes y restricciones que la legislación comparada ha ido incorporando en el ámbito sancionatorio juvenil, en el que el proceso de desarrollo del joven demanda al Estado no sólo reacciones diferenciadas a las previstas para los adultos infractores, sino también un menor catálogo de conductas punibles. En suma, un “derecho penal mínimo” y menos severo, tanto en la tipificación de los delitos cuanto en la cantidad y calidad de las sanciones” (Horvitz, 2006: p.98).*

Por su parte Berríos postuló que:

*“La nueva ley es un importante avance (...) Pese a ello, el aumento desde 5 a 10 años, según la edad del infractor, de la duración máxima de las penas privativas de libertad, y la ampliación de las posibilidades de aplicar tales sanciones en más delitos que los originalmente previstos, son un punto negativo del nuevo sistema si se consideran sus efectos desocializadores en personas que están formando su personalidad, además de expresar una contradicción con los fines declarados de “integración social al medio libre” (Berríos, 2005, p. 173).*

En cuanto a la determinación de la pena, se incorpora un sistema enteramente nuevo en comparación al ingresado a través del PLRPA, limitando la discrecionalidad judicial y ampliando las hipótesis de procedencia de la privación de libertad. Sin embargo, el aspecto más relevante de este nuevo tratamiento de la determinación judicial de la pena es la remisión que realiza el artículo 22 a las normas sobre aplicación de las penas contenidas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, desechando toda posibilidad de contemplar un régimen de determinación de la pena enteramente especial para NNA, acorde a sus características y circunstancias.

También se observa una importante restricción a la amplia discrecionalidad judicial con que fue ingresado el Proyecto, estableciéndose un nuevo párrafo 5°, continente de los artículos 20 a 26 que regulan la determinación judicial de la pena, que, estableciendo criterios imperativos de observancia judicial para la procedencia de sanciones privativas de libertad, estandarizó con reglas concretas el proceso judicial de determinación de la sanción definitiva.

Esta situación puede ser vista en dos dimensiones, la primera de ellas, de cariz positivo, dice relación con la afirmación del principio de legalidad que debe impregnar toda sanción penal, y la segunda de ellas, de cariz negativo para los fines declarados por el Proyecto, implica una considerable reducción de la discrecionalidad judicial en la determinación de la sanción, situación que riñe con la necesidad de una respuesta singularizada para cada caso dependiendo de las circunstancias especiales del NNA infractor de ley. (Horvitz, 2006: pp. 101-103)

Otro aspecto que destaca del articulado con que fue despachada desde el congreso la Ley para su promulgación, es la supresión de la regla concursal contenida en el artículo 20 incisos finales del Proyecto, lo que se explica por la remisión que realiza el nuevo artículo 22 a las reglas contenidas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal (artículo 50 a 78), que contiene, precisamente, las reglas concursales generales del CP (artículos 74 y 75).

Queda refrendada esta situación al considerar las razones del rechazo a la propuesta formulada por el Grupo de Trabajo de incluir un artículo específico destinado a la regulación de los concursos de delitos. El artículo propuesto estaba redactado en los siguientes términos:

*“Artículo 25 bis.- Concurso. El concurso de delitos se regirá por lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, debiendo, en todo, darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.*

*Para la aplicación de estas reglas se tendrá en consideración la sanción concreta que hubiere correspondido imponerse separadamente por cada delito.”*

No obstante, la Comisión en cuestión rechazó la inclusión de este artículo, pues “(...) *para los efectos de los concursos, se aplican precisamente las normas generales.*” (HDL 20084, 2007: 677)

La razón esgrimida por la Comisión de Constitución del Senado para rechazar la inclusión del artículo 25bis, que regulaba expresamente el régimen aplicable a los concursos de delitos, resulta ilustrativa y nos será útil en el capítulo IV de este trabajo cuando abordemos en concreto el régimen concursal que les debe ser aplicables a los adolescentes que cometen delitos sancionados en la LCA. No obstante, podemos adelantar que aquí radica el argumento histórico en el cual nos basaremos para argumentar que la determinación de la pena en el régimen de responsabilidad penal adolescente, incluyendo las reglas concursales, se encuentra íntegramente regulada por la propia LRPA -remitiéndose a las normas generales contenidas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, las cuales incluyen los artículos 74 y 75 del CP-, motivo por el cual el legislador, evitando caer en la redundancia de normas, decidió no incorporar el artículo 25bis que remitía de forma expresa (y reiterativa) la idea de fondo plasmada en el artículo 22 de la LRPA: el régimen de determinación de penas se sustancia, con los matices incorporados por la propia LRPA, a través de las reglas generales de determinación de penas contenidas en el CP.

Sin embargo, esta técnica legislativa, a pesar de ilustrar correctamente el punto anteriormente expresado, consideramos no está exenta de críticas desde los fines declarados del modelo de responsabilidad adolescente que se intentaba construir, puesto que ignorando el principio de especialidad, que debe tender la respuesta penal hacia la benignidad y a un juicio morigerado de responsabilidad, se erigen como regla general las normas utilizadas para determinar la pena de adultos.

Para ser claros, la crítica recién expuesta no es extensible al régimen de determinación de penas en general, sino tan solo a su remisión al Código Penal, en particular. Esto, pues el legislador al diseñar un modelo de determinación de penas diferenciado del de adultos (aunque con remisiones al él, como se vio), estaba materializando el mandato de especialización que emana de los Tratados Internacionales suscritos por Chile y sus instrumentos afines. Respecto de esto, la Corte, en el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, ha dicho que:

*“(…) La privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como de la competencia e instancias estatales especializadas en la materia, tanto a nivel policial como judicial y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad, con el objetivo de articular una “justicia separada” para adolescentes, que sea claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional. Además, el Estado debe establecer programas de capacitación del personal administrativo y jurisdiccional, a efectos de asegurar que el funcionamiento concreto del sistema logre el objetivo de la plena realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes”* (CIDH, 2014: Párr. 163)

#### 1.1.2.3. Ley 20.191

En la LRPA finalmente promulgada el 07 de diciembre del 2005, se contemplaba un artículo transitorio que posponía la entrada en vigor en seis meses. Empero, a raíz de los cuestionamientos sufridos por la Ley y a falta de preparación técnica para dicha implementación, se dictó a mediados del 2006 la Ley 20.110 que en sus únicos dos artículos modificaba la LRPA promulgada, estableciendo que entraría en vigor tras dieciocho meses de su publicación, y creaba una comisión formada por expertos y coordinada por el Ministerio de Justicia, encargada de evaluar la implementación de la Ley, e informar trimestralmente acerca del estado de avance de la misma a las Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y de la Cámara de Diputados.

El fruto del trabajo realizado por esta Comisión se vio reflejado en la dictación, en el año 2007, de la ley 20.191, norma compuesta por un único artículo, que establecía modificaciones a la LRPA promulgada y la afinaba para su entrada en vigencia. Dentro de los aspectos más

relevantes modificados se encuentran la eliminación de la distinción entre sanciones para delitos y faltas, la procedencia de las sanciones mixtas y determinación de la pena, quedando finalmente reguladas dichas materias de la siguiente forma:

- **Infracciones (art 6°):** se mantuvo la regulación contenida en la Ley originalmente promulgada.
- **Sanciones (art 6°):** eliminó la distinción entre sanciones por delitos, por faltas y accesorias, estableciendo un listado único de sanciones<sup>34</sup> junto a un listado de sanciones accesorias<sup>35</sup>.
- **Determinación de la pena (párrafo 5° del Título I):** se mantiene la estructura de división en dos etapas de la determinación judicial de la pena, pero con modificaciones:
  - o **Determinación de la extensión de la pena (art 22):** “Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.”
  - o **Determinación de la naturaleza de la pena (art 23):** “La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:
    1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> a) Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social; b) Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social; c) Libertad asistida especial; d) Libertad asistida; e) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad; f) Reparación del daño causado; g) Multa, y h) Amonestación.

<sup>35</sup> a) Prohibición de conducción de vehículos motorizados, y b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.”

<sup>36</sup> Se elimina la opción de internación en régimen semicerrado.

2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.
  3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
  4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.
  5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.”
- **Concursos:** no contempla norma especial y se remite al Código Penal
  - **Pena privativa de libertad:** se mantiene la regla de límites máximos (5 y 10 años para NNA menores o mayores de 16 años, respectivamente).
  - **Internación provisoria (párrafo 3° del Título II):** se precisa su procedencia circunscribiéndola exclusivamente a aquellas conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales.

Del mismo modo, explicita que la Medida Cautelar impuesta en ningún caso puede ser desproporcionada con la eventual pena que se impondría de resultar condenado el NNA imputado.

- **Pena mixta (art 19° inc. I):** se establece que el tribunal solo podrá imponer la sanción de IRSC, en el caso del N°1 del art 23, después del segundo año del tiempo de la condena.

Para aquellos casos en que sea procedente una pena privativa de libertad, no derivada del numeral 1° del artículo 23, el tribunal podrá imponer complementariamente una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal, a cumplirse con posterioridad o en forma previa.

## 1.2. Determinación de la pena actual

En consideración a lo expuesto, es preciso concluir que las principales modificaciones realizadas por la ley 20.191 dicen relación con clarificar ciertos aspectos que por su primigenia redacción resultaban confusos (como la procedencia de la internación provisoria solo respecto de “imputaciones que de ser cometidas por un adulto constituirían crímenes”), así como el endurecimiento de las sanciones para los delitos graves, a través de la incorporación del nuevo inciso primero del artículo 19, el cual establece que si el NNA es condenado a Internación en régimen cerrado, por haber quedado en el rango establecido por el numeral 1 del artículo 23, deberá cumplir al menos dos años de privación de libertad total y efectiva antes de que el tribunal pueda imponerle una internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social.<sup>37</sup>

Al igual como ocurrió con la tramitación del Proyecto original, la propuesta ingresada a la discusión legislativa contenía disposiciones que iban en una línea diferente al articulado que finalmente fue aprobado. Ilustrativo de esta situación es lo ocurrido con el artículo transitorio 5° contenido en el Proyecto de Ley que devino en la promulgación de la ley 20191. Este artículo, contenía una norma que facultaba al juez durante el primer año de vigencia de la ley para reemplazar la pena de internación en régimen semicerrado por una pena de libertad

---

<sup>37</sup> Las otras modificaciones planteadas en el Proyecto de la ley 20191 buscaban la reordenación de los artículos referidos a la determinación de penas, con motivo de distinguir entre pena a imponer y pena en abstracto, regular la detención por flagrancia y la posibilidad entregada al SENAME de celebrar convenios con colaboradores acreditados para efectos de la oferta en la materia. (HDL 20191, 2007: p. 4)

asistida especial, con el objetivo de no saturar los escasos centros con que contaba el Estado para la ejecución de estas sanciones. No obstante, durante la tramitación, los senadores Espina y Larraín bregaron porque dicha norma no fuera aprobada, y consiguieron que se incardinara una norma que estableciera la efectividad de la privación de libertad para “delitos de particular gravedad”. Registro de este debate quedó consignado en la Historia de la Ley, donde consta que:

*“El Honorable Senador señor Espina indicó que una de las dificultades más importantes que presenta la implementación del nuevo sistema penal juvenil es el bajo número de centros de internación semicerrados. Agregó que, unido a este punto, la facultad que se le confiere al juez por el plazo de un año para aplicar la libertad asistida especial en lugar de la internación en régimen semicerrado, dará lugar a que delitos tan graves como violación con homicidio o robo con homicidio no signifiquen, en concreto, la privación de libertad de los autores.*

*Explicó que, en efecto, la facultad que el artículo 5° transitorio otorga al juez representa en los hechos una rebaja injustificada de las penas, que la opinión pública no entenderá y de la cual él no está dispuesto a hacerse responsable.*

*En estas circunstancias, sostuvo que era muy necesaria una norma que asegurara que esos delitos de particular gravedad serían sancionados, a lo menos, con dos años de privación de libertad. Y que sólo después del segundo año procedería la internación en régimen semicerrado.*

*Señaló que en caso de no incorporarse una norma que hiciera posible lo anterior, no daría su aprobación al proyecto.” (HDL 20.191, p. 14)*

Esta propuesta fue finalmente contenida en la ley promulgada, y concluyó con la incorporación del inciso primero del artículo 19

Asimismo, también con los objetivos de endurecer la respuesta penal, mermar la discrecionalidad judicial en la determinación final de la pena y ampliar la procedencia de penas privativas de libertad, se eliminó la opción consistente en internación en régimen semicerrado para aquellos casos que hayan quedado en el rango señalado por el numeral 1 del artículo 23, dejando únicamente la posibilidad al juez de sancionar al NNA con una pena de internación

en régimen cerrado. Estas dos situaciones, evidentemente dejan en una tesitura complicada la satisfacción del estándar de ultima ratio de la privación de libertad de NNA.

Durante su tramitación, esta última modificación al artículo 23Nº1 fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad en conformidad al artículo 93Nº3 de la Constitución, presentado el 19 de mayo de 2007 por treinta y tres diputados, por estimar que dicha norma infringía los artículos 1º, 5º inc. II, en relación con los artículos 3.1, 37 y 41 de la CDN, 65 inc. III y 69 de la Constitución. El 13 de junio de 2007 el requerimiento fue desestimado por el Tribunal Constitucional.<sup>38</sup>

En cuanto a los criterios de determinación de la pena contenidos en el artículo 24, es evidente que aquel contenido en la letra f), es decir *“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”*, se constituye como criterio fundamental e ineludible para el juez al momento de decidir la pena a imponer, debido a que reconoce, positiviza y materializa el fin preventivo especial que debe inspirar cualquier sanción penal conforme a la CDN (Bustos, 2007: p 68).

A pesar de lo anterior, resulta fácil imaginar la situación en la cual el tribunal, una vez realizado el cálculo de pena para el caso concreto, arriba al rango considerado por el numeral 1 del artículo 23 (pena superior a cinco años de privación de libertad), razón por la cual deberá imponer la pena de internación en régimen cerrado de cumplimiento efectivo por al menos dos años (art 19 inc. 1º), no obstante que para la satisfacción del literal f) del artículo 24, considere que la mejor opción es una pena no privativa de libertad, provocándose con esto una aporía difícil de superar. (Cillero, 2008),

Por último, debemos consignar en qué situación quedan los concursos de delitos y qué implicancias tienen estos en la determinación de la sanción que finalmente se impondrá.

Como señalábamos, el legislador decidió dividir la determinación de la pena en dos etapas, la primera respecto a su duración, y la segunda respecto a su naturaleza. Durante la primera etapa, regulada por los artículos 21 y 22 de la LRPA, se debe a partir de la rebaja en un grado

---

<sup>38</sup> Rol 786-07. Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3º del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley Nº 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 Nº1 del citado cuerpo legal. 13-06-2007

a la pena consignada para el delito por el legislador, aplicar las reglas previstas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del CP (con excepción del artículo 69), las cuales contienen las normas relativas a las etapas de ejecución del delito, grados de participación (artículos 50 a 55), entidad de las atenuantes y agravantes (artículos 62 a 73<sup>39</sup>) y las reglas relativas a los concursos de delitos (artículos 74 y 75). Luego de esto, si la pena sobrepasa el umbral máximo del artículo 18, el tribunal deberá rebajarlo hasta dicha cantidad de años<sup>40</sup>, único caso en el cual la pena quedará enteramente concretizada (cinco o diez años), puesto que en los otros casos solo se arriba a un eventual marco penal a imponer, el cual se utilizará como base para realizar la conversión a pena adolescente del artículo 23.<sup>41</sup>

Sin embargo, en aquellos casos en que exista situación concursal o de reiteración de delitos, consideramos que la solución propuesta por Matus es la que mejor se adapta al modelo de determinación judicial de la pena propuesto por el legislador. Así:

*“(…) Tratándose de una situación concursal o de reiteración de delitos, debería primeramente calcularse la pena en concreto dentro del grado a aplicar, antes de hacer la sustitución a que se refiere el artículo 6° de la Ley N°20.084, pues, como vimos en los apartados anteriores, de otro modo no hay forma de determinar la extensión de la pena aplicable, ya que la única comparación posible entre el régimen del artículo 74 CP y el 351 CPP es a partir de la pena concreta determinada. Finalmente, para aplicar la limitación temporal del artículo 18 de la Ley N°20.084, en casos de aplicación exclusiva del régimen penológico del artículo 74 CP, ello solo sería lógicamente posible si, previamente, se hubiese hecho la “suma hipotética” de todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, calculadas en concreto, pues dicha suma no es posible hacer “en grados” (Matus, 2008: pp. 547-548)*

Luego, al excluirse de la remisión al CP el artículo 69, el intérprete queda inerte para concretizar la pena en hipótesis de concurso real, quedando únicamente abierta la posibilidad, también consignada por Matus a renglón seguido, de que en observancia de los fines que

---

<sup>39</sup> Sin perjuicio de que por la regla de rebaja de un grado desde el mínimo (primera parte del artículo 21), el artículo 67 es en la práctica el único posible de aplicar.

<sup>40</sup> La aplicación de este límite máximo ha generado dudas, en caso de aplicación de concurso material de delitos, respecto de si este rige para cada delito en particular, o para la acumulación material de las penas a imponerse. Al respecto, no podemos sino concordar con lo señalado por Núñez y Vera, quienes señalan que este límite debe entenderse como un límite máximo a la pena total correspondiente al concurso. (Núñez y Vera, 2012: p. 183). En los mismos términos Matus (2008: 547)

<sup>41</sup> Para una opinión divergente, aunque minoritaria ver: Maldonado (2011).

debe cumplir la pena a imponerse, y el consenso de que esta no debe ni puede ser igual o superior a la de un adulto, el tribunal deberá concretizar la pena (para dilucidar si aplica la regla más favorable del artículo 351 del CPP), aplicando las reglas de los artículos 50 a 55 y 67, en el mínimo correspondiente, es decir, en la mínima extensión del grado aplicable o en la mínima extensión de su máximo, procurando que, en cualquier caso, la extensión teórica de la pena a aplicar, no sea igual o superior a la de un adulto. (Matus, 2008: p. 548)

Así pues, observamos cómo fue el desarrollo legislativo tanto del Proyecto inicial como de sus posteriores modificaciones, concluyendo de manera preliminar que la dictación de la LRPA vino a adecuar la legislación de la materia a los estándares emanados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, producto de las modificaciones sufridas por los sendos proyectos enviados por el ejecutivo (Proyectos de las leyes 20.084 y 20.191) durante su trámite legislativo, así como desprolijidades en la técnica legislativa, los objetivos estipulados en los mensajes de ambos cuerpos normativos fueron desdibujados y la Ley que finalmente fue promulgada, y que rige hasta hoy prácticamente sin modificaciones sustantivas<sup>42</sup>, contiene normas que para determinados tipos de delitos contiene la consecuencia ineludible de una pena privativa de libertad, lo que *a priori*, vulneraría los estándares de DIDH como que la privación de libertad debe quedar restringida como una medida de último recurso, por el periodo más breve que proceda y con consideraciones preventivo especiales habilitantes para su procedencia.

---

<sup>42</sup> Ulterior modificación sufrió la LRPA con la dictación de la Ley 20.526 en agosto del año 2011, que incorporó al artículo 4° de la LRPA, concerniente a la regla especial para delitos sexuales, la remisión al artículo 366 quinquies, creado ese mismo año, que sanciona el almacenamiento de pornografía infantil.

### Capítulo III: Determinación de la pena en la ley 17.789

#### 1. La ley 17.798

##### 1.1. Antecedentes generales

La actual Ley de Control de Armas tiene su antecedente directo en una moción parlamentaria presentada por Juan de Dios Carmona<sup>43</sup>, senador del partido Demócrata Cristiano, quien, en 1972, alertado por la crispación política que vivía Chile, buscó rearticular la legislación vigente sobre control de armas y represión de grupos armados de civiles al margen de la ley.

Si bien la constitución de 1925 contenía una disposición análoga al artículo 103 de la actual Constitución<sup>44</sup>, que señalaba que “*La fuerza pública está constituida única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y el Cuerpo de Carabineros*”, positivizando en la Constitución el monopolio estatal de las armas, y además el país tenía legislación dispersa en el Código Penal y en la Ley N°12.927 de Seguridad Interior del Estado que regulaba y penalizaba el acceso a armas por parte de la población civil, estas normas no resultaban eficaces para reprimir los enfrentamientos y atentados armados que abundaban en el país.

Esta situación anteriormente descrita quedó recogida en la moción parlamentaria presentada por el Senador Carmona, quien, una vez realizado un recuento de los sucesos de violencia acaecidos en el país, señalaba que:

*“Es menester pues, dictar las disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, y a garantizar de que las armas sólo*

---

<sup>43</sup> Histórico dirigente y fundador del partido demócrata cristiano. Fue diputado durante tres periodos (1949-1961), y posteriormente miembro activo del gobierno de Eduardo Frei Montalva participando en múltiples ministerios. Luego fue electo Senador en 1969 por las provincias de Tarapacá y Antofagasta, teniendo como su más destacado proyecto la presentación de la moción parlamentario que dio lugar en 1972 a la Ley de Control de Armas. Una vez ocurrido el golpe de Estado en 1973, se convirtió en un activo y multifacético colaborador de la dictadura, participando en el Consejo de Estado y en la Comisión Ortuzar, instancia de la cual nació la actual constitución de 1980. Al término de la dictadura ingresó a militar al partido de derecha Renovación Nacional, miembros y defensores de la dictadura. En 2001 recibió una condecoración de la fundación 11 de septiembre por su participación en el gobierno militar. Falleció el 27 de octubre de 2009 siendo un férreo defensor de la obra de la dictadura Cívico-Militar de cual fue parte.

<sup>44</sup> Artículo 103.- Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.”

*estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función” (HDL 17.798, 1972: p.5).*

El problema de la regulación de armas existente hasta antes de 1972 radicaba, según consigna el propio Carmona en la moción parlamentaria, en que por un lado su aplicación solo podía iniciarse a requerimiento o por denuncia del Ministerio del Interior o los Intendentes, y el conocimiento de las causas respectivas estaba entregado a la justicia ordinaria, razones por las cuales la moción presentada estipulaba que cualquier persona podría denunciar actos reñidos con aquella ley, y el conocimiento quedaba radicado en la competencia de los tribunales militares y la Corte Marcial, en primera y segunda instancia, respectivamente. Además, la moción parlamentaria entregaba a las Fuerzas Armadas la ejecución de la sentencia de disolución de los grupos armados ilegales.

Una vez presentado el proyecto del senador Carmona, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se procedió a su discusión, en la cual participaron tanto parlamentarios como representantes de las Fuerzas Armadas y el Gobierno. En esta instancia se refundieron las propuestas de todos los participantes en dicha discusión y se plasmaron en un proyecto de ley que tras algunas modificaciones fue finalmente publicado en el Diario Oficial como ley el 21 de octubre de 1972.

Al respecto, Cea y Morales han señalado que la iniciativa de Carmona, junto con la iniciativa del Gobierno tenían en común que ambas

*“(...) Respondían a la necesidad de dictar normas legales sobre esta materia, en razón de que en la sociedad chilena aparece la violencia como arma política, y emergen los grupos armados o partidas militarmente organizadas” (Cea y Morales, 2018: p. 6).*

Dentro de las características fundamentales de la ley finalmente promulgada se pueden considerar la técnica legislativa, que se mantiene hasta hoy, de catalogar los tipos de armas que están sujetas a regulación de forma independiente a los delitos que sean cometidos con ellas (artículo 2° y 8°, respectivamente); asimismo, destaca que el conocimiento de los delitos contemplados en dicha ley serán de competencia exclusiva, por regla general, de los Tribunales Militares (artículo 17); que solo a través de un requerimiento o denuncia de alguna de las autoridades mencionadas en la propia ley, se podrá iniciar un proceso (artículo 18); y que en casos graves y urgentes los Tribunales (militares) podrán ordenar la práctica de allanamientos en lugares habitados o no, donde se presuma la existencia clandestina de

cualquiera de los elementos referidos en el artículo 2° o de la comisión del delito señalado en el artículo 8° (art 19)

Como complemento a lo señalado, es preciso mencionar que las alarmas encendidas por el Senador Carmona producto de la proliferación de grupos armados, utilizada como fundamento de la necesidad de una ley de control de armas, se demostraron inmediatamente desmedidas, puestos que el propio Comandante en Jefe del Ejército de la época señaló que *“las denuncias que ha recibido el Ejército sobre depósitos de armas o delitos referentes a ellas han sido minuciosamente investigadas y que en el 97% de los casos han resultado falsas”* (HDL 17.798, 1972: p. 16).

En definitiva, de los antecedentes reseñados es puntual concluir que la *ratio legis* de la dictación de la LCA era la necesidad compartida por el ejecutivo y la oposición de aquel entonces de combatir la proliferación -sobreestimada, reitero- de grupos paramilitares que cuestionaban el monopolio estatal de las armas y con esto la propia seguridad y conservación del Estado de Derecho. (Cera y Morales, 2018: pp. 7-9)

## 1.2. Modificaciones

Sin perjuicio de las múltiples modificaciones de menor carácter que sufrió la LCA tras su promulgación, es posible concluir que su articulado y *ratio legis* se mantuvo incólume hasta el año 2005, donde a partir de la ley N°20.014 se inaugura una nueva etapa de la regulación de armas en Chile, transitando el foco desde el combate a grupos paramilitares que socavaban la institucionalidad y el Estado de Derecho, al combate a la delincuencia “común” que producto de los cambios económicos y sociales acontecidos en Chile durante las últimas décadas, se yergue como una prioridad cada vez más fuerte para la ciudadanía y foco del discurso político imperante.

Conforme a lo referido, es posible dividir, con fines ilustrativos y sistemáticos, las reformas realizadas a la LCA en dos grandes periodos. El primero, que va desde su promulgación en 1972 hasta el año 2005; el segundo, que va desde el 2005 y se extiende hasta nuestros días.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> No obstante, es correcto también señalar que al interior de estos macro periodos históricos es posible distinguir subperiodos, como los propuestos por José Antonio Rojas, en orden a diferenciar la etapa que va desde 1972 a 1978, caracterizada por formar parte del periodo de asentamiento de la dictadura y de

### 1.2.1. Contra la insurgencia (1972-2005)

Todas las modificaciones realizadas a la LCA datan de una fecha posterior al golpe militar del 11 de septiembre de 1973. Esto se explica pues a pesar de que el gobierno militar tenía un control total y absoluto del país a través de la represión y tortura, aun así, la junta militar buscaba envolver su actuar en un manto de aparente legalidad. Esto explica las abundantes modificaciones “legales” realizadas a la LCA durante el periodo de la dictadura militar, tal como lo señala el profesor Matus:

*“Una característica fundamental de la represión y el terror de la dictadura militar fue su aplicación indiscriminada y fuera de toda legalidad. Es por ello que los decretos leyes que parecían “regular” la actuación de los órganos represivos pueden considerarse más bien como “mecanismos legalizados de encubrimiento” de las atrocidades que, con una apariencia legal o ex post, se cometían” (Matus, 2015: p. 174).*

Durante la dictadura cívico-militar estas reformas<sup>46</sup> se caracterizaron por agravar cuantitativa y cualitativamente las penas para infracciones que se cometieran “en tiempos de guerra”, llegando incluso a la pena de muerte. Asimismo, refrendando lo que ya señalábamos respecto del bien jurídico protegido por el cuerpo legal, se introdujo un artículo 25 que explicitaba que los delitos previstos por la LCA, se considerarán para todos los efectos legales como delitos contra la Seguridad del Estado.

Del mismo modo, se introdujeron reformas que incorporaban nuevos elementos técnicos para definir más precisamente cuáles eran las armas prohibidas y agregar otras al control de esta ley, reducción del número máximo de armas permitidas -de cinco a dos-, entre otras

---

la represión de los partidos y partidarios de la democracia. Luego, de 1978 a 1990 se distingue un segundo periodo en el cual el gobierno buscó a través de una serie de reformas, tal como la dictación del Decreto 400 que fija y refunde las modificaciones realizadas a la LCA, reafirmar el poder ya conseguido y asentar su control sobre la población. Luego, el tercer periodo se inicia con el retorno formal a la democracia y se extiende hasta nuestros días (ROJAS, 2017: p.20 y ss.)

Otra clasificación que se encuentra en la doctrina para explicar las reformas acontecidas en la materia es la propuesta por el profesor Matus, quien a propósito de un estudio sistemático de la legislación penal en Chile, distingue dos periodos que abarcarían y explican las modificaciones realizadas a la LCA: el primero de ellos, que va desde 1973 a 1990, etapa que caracteriza como de una “dictadura neoliberal” que tuvo como su principal herramienta la represión política y despenalización neoliberal; y el segundo de ellos que se extiende desde el retorno a la democracia hasta nuestros días, caracterizado por su democratización, diversificación e intensificación de la respuesta penal (MATUS, 2015).

<sup>46</sup> DL N°5 de 22/09/73; DL N°23 de 23/10/73; DL N°87 de 07/11/73; DL N°230 de 03/01/74; DL N°521 de 18/06/74; DL N°559 de 12/06/74; DL N°1009 de 08/05/75; DL N°1060 de 18/06/75; DL N°1878 de 13/08/75; DL N°1970 de 12/11/1977; DL N°2156 de 03/04/78; DL N°2553 19/03/79; Ley N°18.342 de 26/09/84; Ley N°18.592 de 21/01/87; Ley N°18.887 de 10/01/1990; Ley N°18.903 de 19/01/1990.

reformas que tenían como característica principal precisar de mejor forma los elementos regulados y agravar su punibilidad.

Con el retorno formal de la democracia se inicia un nuevo periodo de regulación armamentística, caracterizado por la adecuación de esta a los estándares impuestos por el Estado de Derecho, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de, entre otras, las denominadas “Leyes Cumplido”. Así, destacan una serie de reformas<sup>47</sup> que, por ejemplo, eliminaron la pena de muerte como sanción a la infracción de los artículos 8°, 10°, 11°, 13° y 14 y sustrajeron de la competencia de los tribunales militares el conocimiento de los delitos de tenencia ilegal, porte ilegal y abandono de armas de fuego. (Eyzaguirre, 1991)

Finalmente, en este periodo se incluyen también las modificaciones realizadas a la LCA en el contexto de su adecuación al nuevo proceso penal a principios del nuevo siglo.

#### 1.2.2. Contra la delincuencia (2005-2018)<sup>48</sup>

Este nuevo periodo se inicia con la dictación de la ley N°20.014, la cual tiene un cariz eminentemente de seguridad ciudadana y combate a la delincuencia, según es posible concluir de los argumentos señalados en la moción parlamentaria que dio inicio a su proyecto de ley.

Entre otros temas, se incluyó -de forma criticable-<sup>49</sup> en la letra d) del artículo 2°, sobre las armas permitidas y sometidas a control, las “bombas incendiarias”; se amplió el rango de elementos prohibidos del artículo 3° a armas que tengan sus números de serie borrados o adulterados, armas de fabricación artesanal o transformadas de su condición original y las bombas o artefactos incendiarios; regló la fiscalización respecto de la tenencia del arma en el lugar para el que fue inscrito (art 5°) así como los requisitos que debe cumplir una persona para poder inscribir un arma (art 5°A); se creó un nuevo tipo penal que castigaba las hipótesis

---

<sup>47</sup> Ley N°19.015 19/01/1991; Decreto N°96 de 30/01/1991; Ley N°19.029 de 23/01/91; Ley N°19.047 de 14/02/91; Decreto 80 de 30/12/91; Ley N°19.126 de 07/02/92; Ley N°19.680 de 25/05/00; Ley N°19.806 de 31/05/02

<sup>48</sup> Ley N°20.014 de 13/05/05; Ley N°20.061 de 10/09/05; Ley N°20.477 de 30/12/10; Decreto 2.467 de 04/11/11; Ley N°20.813 de 06/02/15

<sup>49</sup> El error legislativo radica en que se introdujeron reformas contradictorias en los artículos 2° y 3° de la ley, al incluir en ambos, la hipótesis de “bombas incendiarias” y “bombas o artefactos incendiarios”, respectivamente, lo cual condujo a una evidente contradicción legal entre ambas disposiciones. Este error fue uno de los principales motivos por los cuales se dictó la posterior ley 20.061. Crf. Cea (2005) y Rojas (2017)

de quien no siendo poseedor o tenedor adquiriere municiones o cartuchos, a quien vendiere municiones o cartuchos sin autorización o quien contare con autorización para vender omitiere registrar la venta (9°A); se incorporó una circunstancia eximente de responsabilidad *ad hoc* para los delitos de tenencia ilegal de armas de fuego y tenencia ilegal de armas prohibidas, para quienes realizaran una entrega voluntaria de estas, sin que hubiere mediado actuación policial o de Ministerio Público (14°C).

De este modo, queda claro al estudiar el tenor de las normas incorporadas y modificadas, y de los antecedentes aportados durante el debate legislativo que en la dictación de esta ley se tuvo el foco puesto en generar una herramienta eficaz para el combate contra la delincuencia. Esta característica la refrenda Sergio Cea, quien, en una columna publicada en un medio de comunicación a los pocos meses de ser dictada esta norma, señalaba que:

*“La reforma (...) introduce una serie de modificaciones, las que pretenden reducir el número de armas en condición irregular en nuestro país, con la finalidad de limitar el uso de armas de fuego por parte de delincuentes. Entonces, estas modificaciones reflejan una de las prioridades de la sociedad chilena en la actualidad, cual es el combate a la delincuencia”* (Cea, 2005).

En los mismos términos se manifestaba el propio presidente de la República de aquel entonces, quien a propósito del mensaje con que se ingresa a discusión legislativa la que sería la ley N°20.061, señala que, en referencia a la ley N°20.014:

*“Se buscaba que las normas legales reconocieran que el problema de hoy no decía relación con la existencia de aparatos militares que actuaban en el marco de la subversión, como ocurría al momento de promulgarse la ley a principios de la década de los 70, sino más bien con la violencia y uso de armas por parte de la delincuencia común”* (HDL 20.061, 2005: p.4)

A continuación, la ley 20.061 concurrió a enmendar el error legislativo en que se incurrió al dictarse la ley 20.014, de tipificar en el artículo 2° y en el artículo 3° a las bombas incendiarias. Para este efecto, derogó la inclusión de las bombas en el artículo 2°, quedando solo contempladas como hipótesis del artículo 3°, es decir, como elemento prohibido. Complementariamente aumentó -en dos grados el marco penal- la pena asociada al delito de venta de municiones y cartuchos (9°A); se explicitó que la competencia para conocer de los

delitos de tenencia ilegal, venta de municiones y cartuchos, porte ilegal y delito de abandono, radicaba en los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal.

Como se ve, han sido múltiples las reformas que se han introducido a la original ley 17.798, sin embargo, ninguna de estas disposiciones incorporó una regla especial para sancionar los concursos de delitos entre aquellos consignados en esta ley especial, y aquellos cometidos empleando las armas allí reguladas, razón por la cual se aplicaban de forma consistente las reglas generales de los artículos 74 y 75 del Código Penal, así como la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal.

En otro plano, cabe destacar que estas reformas destinadas a combatir la delincuencia se circunscriben en un contexto regional de reformas orientadas en la misma dirección. Así, es imposible entender este proceso de cambio de norte en la regulación legal de las armas (pasando de un paradigma antisubversivo a un paradigma anti delincencial), iniciado en Chile en 2005, sin reconocer el contexto histórico-cultural en el cual se enmarca. Al respecto, Álvarez ha correctamente señalado que:

*“En América Latina, la CIFTA<sup>50</sup> también inspiró la conformación de regímenes subregionales de control de armas. Por ejemplo, la suscripción en 1998 de la “Declaración presidencial sobre cómo combatir la fabricación y el tráfico ilícito de armas, municiones y materiales relacionados”, entre los países que forman parte del MERCOSUR. En la región andina, la CIFTA fue la antesala de la Decisión 552, adoptada en el año 2002, por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), conocida también como el “Plan andino para la prevención, combate y erradicación del tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos”. Este mecanismo resulta innovador en el llamado que hace a la sociedad civil para participar en los procesos toma de decisiones y en el seguimiento y control de las medidas adoptadas.” (Álvarez, 2016: p. 151)*

Finalmente, llegamos a la dictación en el año 2015 de la ley 20.813, la cual se constituye como el punto cúlmine del proceso de securitización iniciado el año 2005. Por su importancia le dedicaremos una mención aparte.

---

<sup>50</sup> Convención interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, 1997

### 1.2.2.1. Ley 20.813

El hecho de que el origen de la ley 20.813 sea posible de rastrear hasta el Acuerdo Político Legislativo en materia de seguridad Pública del año 2007<sup>51</sup> solo confirma lo que ya hemos venido señalado: que el año 2005 se inició un proceso de viraje del foco político puesto en la regulación de armas en manos de civiles, pasando desde un enfoque de seguridad del Estado, a un enfoque puesto en la seguridad del ciudadano, siendo el año 2015, con la ley 20.813, donde termina de cuajar el *pack* de reformas introducidas al Código Penal, Procesal Penal y leyes especiales. Sin embargo, los primeros esfuerzos del gobierno de la entonces presidenta Bachelet por sacar adelante el proyecto de modificación a la LCA, en el contexto del Acuerdo Político del año 2007, no llegó a implementarse debido a falta de consenso.

No obstante, el 13 de noviembre del 2008, a través de una moción parlamentaria presentada por diputados liderados por la señora María Angélica Cristi<sup>52</sup>, se retoma el truncado proyecto de reforma a la LCA. Al respecto, la moción señala que:

*(...) El año 2005, el Congreso Nacional despachó un importante paquete de modificaciones a la ley N°17.798, sobre control de armas, con miras a modernizar la legislación vigente y aumentar los medios de control, fiscalización y sanción que debe recaer sobre estos elementos, así como sobre sus propietarios y sobre quienes ilegalmente están en posesión de ellos.*

*(...) La aplicación misma de esta legislación, junto con la constatación de ciertos hechos recurrentes en la comisión de delitos, han permitido detectar la necesidad de profundizar algunas de sus normas, especialmente aquellas que dicen relación con el lugar de tenencia de las armas inscritas y con medidas preventivas en el caso de personas que*

---

<sup>51</sup> Este gran acuerdo fue impulsado durante el primer gobierno de Michelle Bachelet y tuvo unánime consenso en los partidos políticos con representación parlamentaria de la época, siendo firmado por todos los presidentes de los partidos políticos del oficialismo -Concertación- y de la oposición -Alianza-. Dentro de los ejes que contemplaba el Acuerdo está: i) Reestructuración del Ministerio del Interior; ii) defensa y protección especial a víctimas de delitos graves; iii) creación de un nuevo servicio público -CONACE- especializado en la prevención del consumo de drogas y alcohol (dependiente del Ministerio del Interior); iv) *pack* de reformas legislativas, incluida la ley 18.216 sobre penas sustitutivas y la propia LCA, esta última con los objetivos de penalizar más duramente a quienes provean armas a menores de edad, introducir la prohibición de tener o portar armas de fuego al catálogo de medidas cautelares del CPP y en las restantes materias, se dejó amplio margen de discrecionalidad al poder legislativo; entre otras reformas. Ver: Acuerdo (2007)

<sup>52</sup> También firmaron los señores diputados Alfonso Vargas Lyng, Alberto Eugenio Cardemil Herrera, Sergio Correa de la Cerda, Jorge Ulloa Aguillón, José Pérez Arriagada, Eugenio Bauer Jouanne, Ignacio Urrutia Bonilla, Gastón Von Muhlenbrock Zamora y Francisco Renán Fuentealba Vildósola.

*habiendo obtenido legítimamente la inscripción de un arma, con posterioridad han estado involucrados en alguna investigación penal” (HDL 20.813, p. 4).*

La moción parlamentaria estaba conformada por dos artículos que modificaban, cada cual, la LCA y el Código Procesal Penal. En cuanto a la regulación de las armas, contenía cambios en los criterios para la inscripción de armas (5°A); tipificación de la venta y traspaso de armas inscritas a su nombre a menores de edad (art 9° inciso 2°, en la moción); y un mayor control de las armas inscritas (14° A, en la moción).

Como se apreciará, la batería de cambios propuesto inicialmente a la LCA era muy diferente a la batería de cambios que finalmente fue aprobada, tras siete años de debate legislativo. Durante este periodo, que tuvo el cambio de gobierno de Michelle Bachelet a Sebastián Piñera y nuevamente a Michelle Bachelet, el debate legislativo transitó por diversos cauces que reseñaremos brevemente.<sup>53</sup>

Las primeras indicaciones realizadas por el gobierno de Sebastián Piñera (octubre de 2010 y abril de 2011), siguieron el foco puesto por la moción parlamentaria, buscando regular de forma más acuciosa la inscripción de armas, el porte y tenencia y la entrega de armas a menores. (HDL 20.813, p. 4-5).

Posteriormente el proyecto siguió su curso a través de la Cámara de Diputados, desde la cual, mediante la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas, se emanó un Primer Informe, que contó con las opiniones durante la discusión en general del director general de Movilización Nacional, del asesor del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Fiscal Nacional y un Juez de Garantía de Viña del Mar. La modificación más importante sufrida por el proyecto en esta etapa, y que dice relación con NNA, es la introducción de un nuevo tipo penal, en el inciso quinto del artículo 10°, que estipulaba la responsabilidad penal de quien tuviere a su cuidado a un menor de 14 años -padre, madre u otro-, y permitiere que tenga en su poder alguno de los elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2°, o en el artículo 3° o que consintiere en ello.

A continuación, ya en el segundo trámite constitucional ante el Senado, se agregan una serie de indicaciones al proyecto de ley, las cuales seguían todas la misma línea de endurecimiento de las consecuencias penales para quienes porten o tengan armas ilegales,

---

<sup>53</sup> Para un exhaustivo análisis de la Historia de la Ley 20.813 ver: Inostroza (2016) y Rojas (2017)

así como para quienes le entreguen un arma a un menor de edad; mayores requisitos y fiscalización en la inscripción legal de armas; incentivos para la entrega voluntaria de armas, entre otras indicaciones que buscaban cautelar la Seguridad Ciudadana.

Todavía en el segundo trámite constitucional ante el Senado, corresponde referirnos al segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado (HDL 20.813, 2015: p. 222 y ss.), pues es en esta etapa legislativa donde, en lo que nos interesa, se introdujeron las más relevantes modificaciones al proyecto, que posteriormente pasaron a ser promulgadas como ley. Lo primero que destaca es la amplia participación de organizaciones de la sociedad civil en la discusión al interior de la Comisión,<sup>54</sup> así como el hecho de que tras esta instancia legislativa ya comienza a perfilarse el contenido definitivo de la ley.

Así, se observa como hito legislativo la proposición hecha por el representante del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, quien, en conjunto con especialistas de dicha cartera, asesores legislativos de los parlamentarios de la Comisión de Constitución del Senado, así como en base a proposiciones realizadas por el profesor Matus, propone una moción de consenso respecto de cinco criterios (HDL 20.813, p. 269):

1. Incorporar un concepto amplio de armas hechizas, que considere todas las armas transformadas para usar en ellas munición real, sin considerar una nueva regulación para la inscripción de los dispositivos que no son armas de fuego, pero que se pueden transformar.
2. Incorporar las armas eléctricas al sistema de control previsto por esta ley.
3. Acometer el tema del concurso real del delito base con el del porte o uso de armas de fuego. A este respecto se consideraron dos posibilidades: establecer en el Código Penal figuras calificadas o, como lo propuso el profesor Matus, introducir en la ley de control de armas una regla expresa que permita la acumulación material de penas cuando se configure un tipo de la ley de control de armas y, a la vez, un ilícito del Código Penal.

---

<sup>54</sup> Participaron los profesores señores Juan Domingo Acosta, José Luis Guzmán y Jean Pierre Matus, los representantes de la Federación Nacional de Tiro Al Blanco de Chile, de la Asociación de Clubes de Armas Neumáticas, de la Federación Chilena de Tiro Práctico, de la Asociación de Airsofters de Chile, y de la Federación Deportiva Nacional ANTRA Chile

4. Distinguir, para efectos de la tipificación y penalización de la tenencia o porte ilegal, entre las armas prohibidas -considerándose en esa calidad las de guerra y las hechizas-, y las que son susceptibles de registro, cuando son utilizadas para la comisión de delitos.
5. Incorporar en la ley de control de armas una norma que sancione el disparo no autorizado en lugares públicos y la colocación de artefactos explosivos, ambos como tipos penales propios e independientes del resultado que puedan provocar, que serán castigado de manera paralela.

Como se observa, este “acuerdo” extraparlamentario al que habrían llegado los asesores de los senadores, académicos y miembros del ejecutivo quedó finalmente plasmado en los artículos 3°, 2°H, 17B, 3°, 9° y 13°, y 14°D, de la ley que finalmente fue promulgada.

Por cuanto el estudio de la suerte de cada uno de estos artículos excede por mucho el objetivo de esta tesis, nos referiremos exclusivamente al devenir parlamentario de la tercera propuesta respecto a la regulación concursal que concluyó en la promulgación del artículo 17 B.

#### 1.2.2.1.1. El artículo 17 B

Recogiendo las inquietudes que surgieron durante el debate legislativo en el segundo paso del proyecto por la Comisión de Constitución del Senado, el profesor Matus propuso incorporar un nuevo artículo 17 B, al siguiente tenor:

*“Artículo 17 B.- Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en los artículos 2° y 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, salvo que el delito de cometa con alguna de las armas de fuego señaladas en la letra b) del artículo segundo o se hubiese empleado una de esas armas u otro de los elementos a que se refieren las letras a), c), d) y e) del artículo 2° o del artículo 3° de tan bajo calibre, poder explosivo o expansivo que no produzca un peligro para otras personas diferentes de la víctima del delito que se trate. En estos casos, sólo se impondrá el máximo del grado o el grado mayor de la pena asignada al delito más grave*

*Para determinar la pena en los casos previstos en los artículos 8°, 9°, 10°, 13, 14 y 14 bis, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar determinará dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito su cuantía, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 72 y 73 del Código Penal, en la ley N°20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.*

*Las penas señaladas para los delitos previstos en los artículos 8°, 9°, 10°, 13, 14 y 14 bis, y para los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior no serán sustituidas por ninguna de las contempladas en la ley N°18.216.”*

Para justificar la inclusión de este nuevo artículo, Matus señaló que la propuesta:

*“(…) Ofrece una solución a la situación que se produce a raíz de que los delitos contemplados en la ley de armas presentan también el problema común del régimen actual de determinación de penas, que se traduce en el hecho de que, por regla general, incluso penas de hasta quince años previstas por la ley para ciertos crímenes pueden terminar sufriendo importantes rebajas judiciales y sustituyéndose por sanciones de la ley N° 18.216. Además, las rebajas penológicas habilitan para salidas alternativas durante el proceso, como la suspensión condicional, que dejan al imputado sin antecedentes para una futura reincidencia” (HDL 20.813, 313)*

Luego, argumentando a favor de la inclusión del inciso primero de la norma propuesta, arguye que:

*“(…) Una errada interpretación de la ley ha llevado a los tribunales a considerar que, especialmente en los tipos cometidos con armas de fuego, la pena en particular de los delitos base debiera absorber la sanción por la posesión, tenencia o porte ilegales. Esta solución, basada en los principios de la inherencia, insignificancia y non bis in ídem, es difícil de controvertir en la práctica, a pesar de que teóricamente es equivocada, dado que*

*los delitos de porte y tenencia de armas son de carácter permanente y, además, de peligro común y, por esa razón, su comisión es independiente de si en un momento determinado se emplean para intimidar, herir o maltratar” (HDL 20.813, 313)*

Como es posible observar, el fundamento principal de la inclusión de este artículo dice relación con hacer frente al “problema” de que utilizando las reglas generales de determinación de pena que se utilizan para todo tipo de delitos, aquellos cometidos con armas terminan siendo condenados a penas más bajas que las establecidas por el legislador en el marco penal. Revalida esta conclusión la opinión del presidente de la Comisión, el Senador Harboe, consignada en la Historia de la Ley inmediatamente a continuación de la exposición del profesor Matus, quien señaló que:

*“(...) Esta fórmula soluciona uno de los problemas básicos que aborda este proyecto de ley, que consiste en establecer una pena mayor a los delincuentes que cometen delitos portando un arma de fuego” (HDL 20.813, p. 314)*

A continuación, se discutió respecto a la excepción contenida en el inciso primero referida a aquellos delitos cometidos con armas “*de tan bajo calibre, poder explosivo o expansivo que no produzca un peligro para otras personas diferentes de la víctima del delito que se trate*”. El motivo de esta regla, según explicó el mismo profesor Matus es: “*entregar una salida razonable al juez cuando el arma empleada en el delito es de un poder muy reducido, cancelando el daño común que implica el porte ilegal de arma de fuego*” (HDL 20.813, p. 314).

Al respecto, tanto el asesor del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, como el Senador Harboe plantearon sus reparos, consignando que la excepción tendría sentido cuando el arma empleada fuera de tipo “bastón eléctrico”, no así cuando el objeto fuera un arma de fuego de cualquier calibre, pues el uso de aquellas es en sí mismo un asunto siempre grave. También se estipuló que era correcta la regla contenida en el inciso tercero del artículo propuesto – prohibición de sustitución de penas de la ley 18.216-, sin embargo, era adecuado estipularla en la propia ley 18.216 y no en la ley 17.798.

Por estas razones, el señor vicepresidente de la República presentó la indicación número 27 A, para introducir un artículo 17 B, nuevo, del siguiente tenor

*“Artículo 17 B.- Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando*

*las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.*

*Para determinar la pena en los delitos previstos en los artículos 8º, 9º, 10º, 13, 14 y 14 D, y en todos los casos en que se cometa un delito o cuasidelito empleando alguna de las armas o elementos mencionados en el inciso anterior, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal y, en su lugar, determinará su cuantía dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En consecuencia, el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54, 72, 73 y 103 del Código Penal, en la ley N° 20.084 y en las demás disposiciones de esta ley y de otras que otorguen a ciertas circunstancias el efecto de aumentar o rebajar dicha pena.”*

Esta indicación fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión de Constitución del Senado<sup>55</sup> y pasó a promulgarse como ley sin ulteriores modificaciones.<sup>56</sup>

En definitiva, como se aprecia de los antecedentes consignados en la Historia de la Ley, las consideraciones dogmáticas y de política criminal que informaron el debate en el congreso que devino en la dictación de la norma del artículo 17B, dicen relación con agravar e imponer penas privativas de libertad mayores y de cumplimiento efectivo a quienes cometan delitos empleando armas de fuego, ya sea a través de la prohibición de sancionar el delito base con el delito de porte o tenencia de arma de fuego con la regla concursal del artículo 75 del Código Penal -curso ideal propio o impropio-, con la prohibición de aplicar las reglas generales de determinación de penas contenidas en el Código Penal en los artículos 65 a 69 (inciso

---

<sup>55</sup> Senadores señores Araya, De Urresti, Harboe, Larraín y Prokurica.

<sup>56</sup> Para adecuar el Código Penal a la inclusión de la nueva regla penológica y concursal del artículo 17 B, a la luz del principio *non bis in ídem*, se procedió a aprobar por unanimidad la propuesta del profesor Matus en torno a incluir un artículo 5º al proyecto de ley 20.813 (HDL 20.813, p 484):

- 1) Eliminar en la circunstancia agravante 20ª del artículo 12, la expresión “de fuego o”
- 2) Derogar el artículo 403 bis
- 3) Suprimir los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 450
- 4) Eliminar, en el artículo 480, la expresión “explosión de minas” y la coma “,” que la antecede
- 5) Sustituir, en el artículo 481, la expresión “bombas explosivas” por “artefactos, implementos”
- 6) Suprimir el número 4 del artículo 494, la expresión “o de fuego”.

segundo) y con la prohibición de acceder a una pena sustitutiva de la ley 18.216 (art 1º, inciso segundo de la ley 18.216).<sup>57</sup>

A modo de conclusión preliminar, creemos necesario mencionar que esta técnica legislativa, de instaurar un régimen concursal estricto para aquellos delitos cometidos con armas, si bien no puede ser criticada -al menos directamente- desde el principio del *ne bis in ídem*, puesto que concordamos con el profesor Mañalich cuando expresa que “*el principio ne bis in ídem es asumido como un estándar vinculante para el adjudicador, aunque no necesariamente para el legislador*” (Mañalich, 2005: p. 1026), puesto que esta decisión del legislador de sobre-valorar una misma propiedad de un determinado hecho, en principio “(...) no es interpretada como redundancia, sino como énfasis en la voluntad legislativa. Lo cual no implica que ese énfasis no pueda ser problemático, marginalmente, bajo el principio de proporcionalidad” (Mañalich, 2005: p. 1026)<sup>58</sup>, sí puede ser criticable desde un punto de vista dogmático, de modo tal que, frente a los delitos posesorios contemplados en la LCA, debería quedar, al menos como una alternativa posible para el juzgador, la posibilidad de ser sancionados en régimen de concurso ideal impropio, si las circunstancias fácticas de los hechos juzgados lo permitieren.

---

<sup>57</sup> Cabe destacar que a la fecha el Tribunal Constitucional ha declarado en cientos de oportunidades la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esta norma, pues ella contemplaría una norma desproporcional, inequitativa, inidónea para fines de reinserción social, además de vulnerar los estándares de racionalidad y justicia (garantizados en el artículo 19 N°2 y 3° inc. VI), que se expresan en el principio de proporcionalidad que deben observar las penas de acuerdo con el delito que las fundamenta. Al respecto, ver los fallos: 3536-17; 3895-17; 3900-17; 4005-17; 4142-17, entre otros. Para un análisis en detalle ver: Nash (2015).

<sup>58</sup> En términos similares, ver: Mañalich (2011)

## Capítulo IV: Adolescentes en la Ley de Control de Armas

En lo que sigue realizaremos una integración de lo que hemos venido señalando en los capítulos anteriores, con el objetivo de, primeramente, ensayar un acercamiento deóntico a la aplicabilidad de la regla del artículo 17B inciso primero en causas seguidas contra adolescentes. Posteriormente, una vez aclarado este punto desde el marco conceptual construido en los capítulos anteriores, nos abocaremos a un estudio óntico para dilucidar de qué manera la jurisprudencia ha reaccionado ante la concurrencia de hipótesis que -eventual, pero erróneamente como veremos- habilitarían a los tribunales a aplicar, en toda circunstancia, una acumulación material de penas, conforme a la regla del inciso primero.

### 1. Aplicabilidad del artículo 17B inciso primero

Es relevante volver a destacar que no existe en la historia de la ley 20.813, que incorporó el artículo 17B a la LCA, fundamentación alguna respecto de la inclusión -supuesta- de los adolescentes en la regla del inciso primero, ni de su exclusión -expresa- de la regla del inciso segundo.

Así, la redacción primigenia de la norma surgida durante la Comisión de Constitución del Senado fue la que finalmente se promulgó, sin modificaciones<sup>59</sup>, en la ley 20.813. Es decir, durante el debate legislativo, consignado en la historia de la ley, no se promovieron modificaciones en cuanto a la aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas a adolescentes, ni quedó consignado debate alguno respecto de las razones de esto y aquello.

Lo anteriormente descrito podría llevar a un intérprete incauto a concluir que mientras la regla del inciso segundo no les es aplicable a los adolescentes, por expresa disposición de la ley, la regla del inciso primero sí les es plenamente aplicables, por falta de exclusión expresa. Sin embargo, esta interpretación debe ser desechada por diversos motivos.

En **primer lugar**, pues presupone una errada comprensión y valoración de los fines y objetivos que informaron y sustentaron todo el debate legislativo en torno a instaurar un régimen especial de responsabilidad penal adolescentes conforme con las obligaciones internacionales contraídas por Chile, tratados en los capítulos I y II; en **segundo lugar**, por

---

<sup>59</sup> Como se vio en el capítulo III, la única diferencia entre la propuesta y el artículo finalmente promulgado fue la de trasladar el inciso tercero del artículo 17B a la ley 18.216.

presentar una deficiente comprensión sistémica del régimen de concurso de delitos, el cual es piedra angular del procedimiento de determinación de la pena, asunto que respecto de adolescentes, como se vio, rige íntegramente por la LRPA; y en **tercer lugar** porque dicha interpretación implica una pobre comprensión respecto de los compromisos y deberes del Estado al suscribir los Tratados Internacionales mentados en el capítulo I

### 1.1. Desde los fines y objetivos de la LRPA

Antes que todo, conviene recordar lo señalado en el capítulo II referido a las razones que motivaron la dictación de la LRPA. Entre estas se encuentran, precisamente, incorporar a la legislación penal un sistema especial de responsabilidad penal adolescente, con el objetivo de adecuar el tratamiento a NNA en conflicto con la ley penal con los estándares del *corpus juris* del DIDH a los que Chile se había obligado con la firma y ratificación de diversos Tratados Internacionales. En este ámbito, destacan aquellos TTII relativos a derechos y garantías generales como la CADH (art 19) y el PIDCP (art 24), y aquellos referidos a derechos y garantías especiales para NNA, como la CDN, todos los cuales se encuentran incorporados al ordenamiento jurídico chileno con rango constitucional (Nash, 2012: pp. 19-23) (Berríos, 2005)

Como vimos en el capítulo I, de acuerdo con el *corpus juris* del DIDH, el cual no se agota en los Tratados Internacionales suscritos por Chile, sino que abarca diversos instrumentos internacionales que sirven para interpretar e integrar las obligaciones y derechos reconocidos en los Tratados Internacionales (CIDH, 1999a; CIDH, 1999b), es posible reconstruir criterios y estándares referidos a la administración de justicia penal adolescente tales como:

- Deber de establecer una normativa especialmente benigna, tanto sustantiva como procesalmente, cualitativa y cuantitativamente, destinada a incorporar al reproche punitivo las consideraciones de edad, desarrollo y menor culpabilidad en que se encuentran los NNA (Bustos, 1989);
- Materializar una limitación general del *ius puniendi* a través de una respuesta proporcional al desarrollo y menor grado de culpabilidad del adolescente infractor;
- Establecimiento de medidas alternativas a la judicialización;
- Incorporación de penas y medidas alternativas a la privación de libertad, la cual debe obedecer a un criterio de excepcionalidad especialmente calificada, y en caso de imponerse debe siempre tener como objetivo la plena integración del niño a la

sociedad, estar morigerada por consideraciones tanto de prevención especial positiva como de prevención general, impuesta en consideración del interés superior del niño, así como ser una medida de último recurso y por el periodo más breve que proceda. (Couso, 2007: p. 226-227)

En otras palabras, los NNA infractores de ley tienen derecho a una respuesta tanto cualitativa como cuantitativamente diferenciada respecto de los adultos, conforme a su interés superior (art. 3 CDN) no limitándose esta respuesta solo a la consideración de la privación de libertad como una medida de último recurso y por el periodo más breve que proceda, sino que a todo el abanico de sanciones, y en general, a todos los ámbitos de la respuesta penal (art. 37 y 40 CDN).

En definitiva, la adecuación de la normativa al *corpus juris* del DIDH (principalmente el mandato de especialización y proporcionalidad en la respuesta) y las garantías fundamentales consagradas en la propia Constitución, fueron la principal razón por la cual se dictó la LRPA, consagrando en ella procedimientos y reglas especiales destinadas a reconocer las particularidades que, de hecho, tienen los NNA respecto de los adultos, y materializando una limitación del *ius puniendi* a través de una respuesta proporcional al menor grado de desarrollo y culpabilidad del adolescente infractor, y es a la luz de estos principios respecto de los cuales debemos entender e interpretar el sistema especial de responsabilidad penal adolescente.

Por esta razón, ante el silencio de la ley respecto de la aplicabilidad del artículo 17B inciso primero en causas contra adolescentes, no es coherente con la *ratio legis* de la LRPA aplicarla, pues los adolescentes tienen un régimen de determinación de penas especialmente diseñado para ellos, conforme al DIDH y la propia Constitución, y es precisamente al interior de dicho régimen en el cual debemos ubicar las reglas de concurso de delitos.

Dicho de otro modo, podemos sostener que de los antecedentes legislativos que sustentaron el debate que arribó a promulgar la LRPA, no quedan dudas que el sistema contenido en dicho cuerpo legal es de carácter especial, más benigno que el referido a los adultos, y plenamente aplicable, sin distinción alguna, a todos aquellos niños que ya cumplieron los catorce años y aún no cumplen los dieciocho, y en caso de conflicto de leyes, deben primar aquellas dictadas especialmente para los adolescentes.

## 1.2. Desde la interpretación sistémica de la LRPA

Sobre este punto, un correcto primer acercamiento nos lo presenta Mañalich, quien propone que: *“Para una adecuada reconstrucción de la doctrina del concurso resulta indispensable no perder de vista que su posición sistemática se encuentra en la teoría de la determinación de la pena.* (Mañalich, 2005, p. 1025)

En el mismo sentido se ha manifestado Maldonado al señalar que: *“el concurso deja de ser un ámbito referido a la aplicación de las penas y pasa a ser tratado como parte de la determinación de la pena”*. A continuación, el mismo Maldonado complementa y constata que esta postura es defendida también por Novoa, quien:

*“(…) Incorpora las normas que regulan algunas formas de concurso de delitos entre los eventuales factores que concurren a determinar la pena (Novoa, p. 356 y ss), y por Mir Puig, quien, a partir de la legislación española, “incluye entre los elementos que inciden en la determinación de la pena las normas que regulan la aplicación del concurso de delitos y del delito continuado. En este sentido también se pueden interpretar las expresiones de ETCHEBERRY (II, P. 116).”*<sup>60</sup>(Maldonado, 2011: p. 174).

Así también, debemos recordar, tal como vimos en el capítulo II, que el Código Penal y las leyes especiales acuden supletoriamente al régimen de responsabilidad penal especial adolescente, consagrado en la LRPA, solo *“en lo no previsto por ella”* (art 1º, inciso 2º LRPA), y en este caso, el tratamiento concursal, como elemento conformante del régimen de determinación de penas, se encuentra íntegramente regulado por la LRPA, según se desprende del artículo 1º inciso primero cuando señala que:

*“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”*.

Así lo confirma, además, el nombre con el cual se designó el párrafo 5º del título I de la LRPA, el cual se titula, precisamente, *“De la determinación de las sanciones”*, por lo que el artículo 17B inciso primero, al ser una norma concursal y por tanto de determinación de pena, por letra expresa de la LRPA, no puede ser aplicado en causas seguidas contra adolescentes, pues dicha materia se encuentra íntegramente tratada por el sistema especial de

---

<sup>60</sup> La cita debe entenderse hecha a Novoa (2005), Mir Puig (2005) y Etcheberry (2004).

responsabilidad, el cual debe primar por sobre el régimen general, de acuerdo al mandato de especialidad que inspiró la dictación de la LRPA, de acuerdo al DIDH, aun cuando este se encuentre, por mera dispersión normativa característica del sistema penal chileno, al interior de leyes especiales, lo que no le hacen perder el carácter de normas generales, en contraposición a las normas “especiales” que conforman el régimen especial de responsabilidad penal adolescente.

Refuerza el punto que venimos sosteniendo lo que ya señalamos en el capítulo III<sup>61</sup>, respecto de los argumentos esgrimidos por la Comisión de Constitución del Senado para desechar la incorporación del artículo 25bis<sup>62</sup> que regulaba de forma especial el régimen concursal en causas contra adolescentes. En dicha instancia, se decidió no incorporar el mentado artículo pues “(...) *Para los efectos de los concursos, se aplican precisamente las normas generales.*” (HDL 20084, 2007: 677). En cuanto a esto, lo que evidentemente se debe entender es que es el propio sistema especial consagrado por la LRPA el que regula el régimen de concurso de delitos, empleando la técnica legislativa de remisión a la normativa general del Código Penal, lo que por cierto no es igual a decir que las normas generales son las que regulan el concurso de delitos, pues como ya hemos reiterado, la determinación de la pena es un ámbito exclusivo y privativo de la ley 20.084, para la cual utiliza reglas enteramente propias (art 21, primera parte; art 22; art 23 y art 24) y aplicación de reglas generales (art 21, segunda parte), las cuales al formar parte de un sistema de determinación de penas especial adquieren, también, dicha característica.

Robustece lo señalado, un notable pronunciamiento de la Corte Suprema ya citado (Rol 4419-2013), en el cual señaló que<sup>63</sup>:

*“(...) Como lo anuncia el propio nomen iuris de la Ley N° 20.084, ella establece un “sistema” de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal y, en concordancia con este rótulo, el inciso 1° de su artículo primero, dispone que mediante este cuerpo normativo se regulará la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución*

---

<sup>61</sup> Ver punto: 1.1.2.2.

<sup>62</sup> “Artículo 25 bis.- Concurso. El concurso de delitos se regirá por lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, debiendo, en todo, darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.”

<sup>63</sup> En términos similares ver: Sentencia Corte Suprema Rol 4760-2012 y Sentencia Corte de Apelaciones de Copiapó Rol 127-2014

de éstas. La creación de este “sistema de responsabilidad penal especial”, fue por lo demás la intención claramente manifestada por el Ejecutivo en el Mensaje 68-347, de 2 de agosto de 2002, con que se acompaña el proyecto de la Ley N° 20.084 al enviarla a la Cámara de Diputados, en respuesta a los mandatos contenidos en el artículo 40 N° 3 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Más allá de lo inacabada y lagunar de esta regulación legal -desde luego la ausencia de un catálogo propio de delitos y de un procedimiento autónomo de enjuiciamiento, obliga a acudir a otros cuerpos normativos- lo primordial es que, satisfactoriamente o no, se consagra un sistema o régimen que busca abarcar todos los aspectos –o al menos todos los trascendentales y distintivos- relativos a la respuesta del Estado frente al delito cometido por un adolescente.” (Considerando 5°)

Y posteriormente, en la misma sentencia precisa de manera contundente que, por tanto:

“(…) La ley N°20.084 viene a consagrar una categoría más sofisticada que un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos.

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

La lectura de esta última norma permite asentar en un primer paso, que el Código Penal y las demás leyes penales especiales, tienen únicamente un carácter “supletorio” respecto del sistema de responsabilidad penal consagrado en la Ley N° 20.084, es decir, cumplen o integran lo que falta en esta ley, o remedian sus carencias (si se sigue como es usual, la definición que respecto del término “suplir” nos entrega la Academia especializada). Por tanto, deberá acudirse a las disposiciones del Código Penal o de otras leyes especiales sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando

*naturalmente toda norma que contraría no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.” (Considerando 7°)*

Esta última argumentación, que acude a la letra expresa de la LRPA para desechar la posibilidad de aplicar el artículo 17 B inciso primero en causas por RPA, concurre también para desacreditar otra plausible -pero incorrecta- interpretación respecto de su posibilidad de aplicación. Aquella, consiste en señalar que al ser el artículo 17B inciso primero posterior a la dictación tanto de la ley 20.084 como del propio Código Penal (que contiene, como se vio, en los artículos 74 y 75, la regla general aplicable a casos de concursos de delitos), operaría una derogación tácita de estas normas previas. No obstante, no podemos compartir dicha apreciación, puesto que, valga redundar, la determinación de la pena de adolescentes es un asunto que el legislador decidió -de nuevo: adecuando el estatuto jurídico de los adolescentes a los mandatos del DIDH- entregárselo por completo a la ley 20.084 (de ahí que la redacción del artículo 1° esté conformada por expresiones absolutas), razón por la cual, si el legislador el año 2015 hubiese querido modificar el régimen concursal aplicable a adolescentes, y, por consiguiente, la determinación de la pena, debió haber incorporado una modificación a aquellas normas que, precisamente, regulan dicho régimen, estas son, las contenidas en el párrafo 5° de la LRPA.

Por tanto, solo es razonable concluir que el artículo 17B inciso primero aplica al sistema general de determinación de penas para adultos y no al sistema especial consagrado en la LRPA, lo cual se devela aún más evidente cuando observamos que la *ratio legis* de la dictación de la ley 20.813, y en concreto del artículo 17B inciso primero, fue la de incorporar sanciones más severas a quienes cometieren delitos empleando armas de fuego (ver supra. Cap. III), razón que encuentra acogida en la legitimidad de la soberanía nacional para determinar aquellos bienes jurídicos que desea proteger con mayor severidad, pero que es enteramente incompatible con los fines informantes del proyecto de ley que concluyó con la dictación de la LRPA y, evidentemente, con las obligaciones contraídas por el Estado de Chile tras la ratificación de la CDN y tratados afines.

Por otro lado, este mismo orden de ideas contribuye a desacreditar una eventual argumentación consistente en establecer que en consideración a que el legislador no

distinguió sobre la aplicación del artículo 17B, no le sería lícito al intérprete distinguir. Sin perjuicio de que dicha argumentación pueda ser criticable desde una perspectiva de DIDH y del rol que deben cumplir los actores del sistema judicial en causas por RPA, además, debe ser desechada por la sencilla razón de que si el legislador hubiera querido que el régimen concursal en causas seguidas por RPA, al alero de la LCA, quedara sometido a la regla del artículo 17 B inciso primero, debió haber consignado expresamente la hipótesis de excepción a **la regla** que regula dicha institución en el sistema especial de RPA, o, haber incluido una remisión expresa y directa al régimen especial contenido en el artículo 17B inciso primero, al momento de definir el contenido y competencia de la ley 20.084 en su artículo primero, en vez de realizar una remisión supletoria –“en lo no previsto”- a las leyes especiales, y por tanto, al propio artículo 17B<sup>64</sup>.

### 1.3. Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En otro plano, enfrentando el problema de la aplicabilidad del artículo 17B inc. 1° en causas seguidas contra adolescentes desde las herramientas que nos entrega el propio *corpus juris* del DIDH, y en especial la CDN, conviene recordar que la materialización del mandato de especialización, sentido y razón del sistema de RPA, no queda circunscrito solo a aquellas normas positivizadas en la ley 20.084, sino que incluye, evidentemente, aquellas normas incorporadas a la propia Constitución Política, y, por aplicación tanto del artículo 5° inciso segundo de la CPR, como del artículo 2° inciso segundo de la ley 20.084, se debe concretar a la luz de los estándares internacionales proporcionados tanto por la CDN como por los restantes instrumentos que conforman el *corpus juris* del DIDH de NNA (ver capítulo I).

En el mismo sentido se manifiesta Couso:

*“De hecho, si el legislador ha establecido reglas diferenciadas explícitas, es precisamente en aplicación de esos principios especiales, o a causa de su reconocimiento*

---

<sup>64</sup> Nótese que hablamos de ‘la regla’ y no ‘la regla general’ o ‘las reglas’, pues lo que venimos sosteniendo es precisamente que para la determinación del régimen concursal aplicable, en el contexto de la determinación de la pena a imponer a un NNA, solo existe una única regla -más precisamente, un único régimen- por lo cual no cabría designarla bajo el rótulo de ‘regla general’, pues para que existiera tal, es presupuesto que haya al menos una excepción que establezca reglas especiales u otra regla alternativa, ambas situaciones que no ocurren respecto de la determinación de la pena en causas seguidas contra adolescentes, por expresa disposición del artículo 1° inciso primero y del párrafo 5° del Título primero de la LRPA.

*de la especial situación del adolescente y de la relevancia que ello tiene para aplicar en forma diferenciada los principios generales” (Couso, 2008: p. 100)*

Así, constatamos por un lado la existencia de principios, estándares y directrices impuestas por el DIDH, la Constitución y la propia ley 20.084, que buscan entregar una respuesta proporcionalmente diferenciada -por benigna - para adolescentes infractores de una ley penal en comparación a la misma conducta cometida por un mayor de dieciocho años, y por otro, la presencia de una norma en nuestro ordenamiento jurídico (art 17B inc. 1°), que impone al juez la obligación de sancionar con el régimen penológico más severo que existe, dictada sin ningún tipo de argumentación ni debate legislativo respecto de su aplicabilidad en causas contra adolescentes, que pretende ser aplicada en causas seguidas por LRPA

Dilucidado el quid del asunto, una solución armónica, desde el DIDH, apunta a que cada vez que esta norma se intente aplicar respecto de algún adolescente, su defensa debería recurrir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional dirima si en el caso concreto dicha norma implica una vulneración a las garantías y principios consagrados tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales suscritos por Chile, tales como los principios de especialización (art. 40 CDN), materializados en la obligación estatal de juzgar a los NNA infractores de leyes de una forma más benigna que si de adultos se tratase, de especial protección del desarrollo del NNA y de sus derechos, de orientación de las sanciones al interés superior del niño (art 3.1 y 40.1 CDN), entendido este desde hace veinte años como<sup>65</sup>: “(...) *(La) protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención.*” (Cillero, 1998: p.60)<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Sobre la materialización de estos principios, Couso (2012: p. 293) lúcidamente ha señalado que: “*Del principio de responsabilidad penal 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.*

*Del principio de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado: i) intervención mínima y desjudicialización; ii) excepcionalidad de la privación de libertad; y iii) mayor brevedad posible de la privación de libertad*

*Del principio de especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva, se desprenden el siguiente estándar de juzgamiento diferenciado: i) proscripción de las justificaciones meramente incapacitadoras en la individualización judicial de las sanciones; y ii) Juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal”*

<sup>66</sup> Evidentemente, dicho recurso contaría con mejores oportunidades de ser acogido si la defensa lograra demostrar, que, en el caso en concreto, al adolescente le sería aplicable la regla concursal y su consecuencia enológica del artículo 75 del Código Penal y esta le resulta más favorable que la regla del artículo 17B inciso primero de la LCA (es decir, la regla del artículo 74 del Código Penal)

El Comité, en su Observación General N°14 del año 2013 lo ha profundizado, señalando que: “*El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño*” (ComDN, 2013: Párr. 4), y en el párrafo 32 complementa señalando que:

*“El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso<sup>67</sup>. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.”* (ComDN, 2013: Párr. 32)

Respecto de la utilidad de estos principios, coincidimos con Cillero cuando argumentó, hace más de veinte años, pero aún vigente, que:

*“La teoría supone que ellos [Los principios] se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente ‘inspirar’ las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.”* (Cillero, 1998: p. 56)

---

<sup>67</sup> Desde este mandato de materialización casuístico que impone el DIDH para determinar el interés superior del niño, es posible construir una crítica genérica a la interpretación favorable de la aplicabilidad del artículo 17B inciso primero en causas por RPA, consistente en señalar que el juez debería tener la mayor de las libertades en el marco penal y en el régimen concursal a aplicar para entregar una respuesta penal orientada hacia la prevención especial positiva y la cautela de los derechos del NNA sometido a enjuiciamiento penal.

Más recientemente ha señalado, respecto a la utilidad de los principios constitucionales en materia penal, que operan:

*“(…) En un doble sentido, por una parte, cumplen una función constitutiva, limitadora y orientadora, y por otra, sirven como ‘razones de corrección’, para superar las antinomias que son inherentes a la lógica de funcionamiento del Derecho penal, que sanciona con un mal para lograr un efecto positivo de protección de bienes jurídicos” (Cillero, 2004: p. 37)*

En consecuencia, y siguiendo a Cillero, existiría respecto de los NNA una verdadera “hermenéutica de los derechos fundamentales de los niños” (la expresión es suya, en el texto citado), conformada por un lado por los derechos y garantías de carácter general y por el otro por aquellos derechos y garantía de carácter especial para NNA, incluyendo en ambos, por cierto, las garantías de orden penal. De este modo, las garantías de carácter general, como la presunción de inocencia, el debido proceso, la prohibición de torturas, entre otras, deben ser complementadas con aquellas garantías y derechos especiales de los NNA en cuanto tales, como la proporcionalidad en la respuesta penal, la mínima intervención judicial, el interés superior del niño, la privación de libertad como medida de último recurso y por el periodo más breve que proceda, y, en general, todas las garantías que se desprendan del *corpus* internacional. El objetivo de esta integración de normas es contar con una herramienta completa y efectiva que limite el ejercicio del ius puniendi, tanto en un plano legislativo como judicial y contribuya a colmar lagunas de la legislación especial, a dirimir antinomias entre normas en conflicto o a desarrollar una interpretación de normas respetuosa de estos derechos y garantías de rango, al menos, constitucional.

En cuanto a la correcta aplicación del principio del interés superior del niño, en sede judicial, el autor citado señala la ya clásica precisión respecto de que:

*“(…) [Se] Requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.” (Cillero, 1999: p. 60)*

Ahora bien, respecto al modo de concretar y materializar de forma efectiva los estándares de DIDH en causas seguidas contra adolescentes, el camino que proponemos es aquel

contemplado por el ya mencionado Control de Convencionalidad que están llamados a realizar los jueces nacionales.

Como ya señalamos, la voz “Control de Convencionalidad” fue acuñada por primera vez por la Corte en las sentencias del caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, en el voto de minoría del Juez Sergio García Ramírez (Párr. 27), y asentado como criterio uniforme en la sentencia del caso Almonacid Arellano vs. Chile. En este último caso, verdadero hito jurisprudencial, la Corte precisa sus principales elementos, estableciendo que:

*“(…) La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (CIDH, 2006: Párr. 123)*

El objetivo de dicha institución radica en asegurar que las disposiciones de la Convención no se vean menguadas por la aplicación de leyes internas de cada Estado contrarias a su fin. Esto, se transforma en una obligación para los jueces quienes tienen la obligación de velar por la correcta aplicación de los tratados internacionales ratificados por Chile.

En cuanto a su fundamento, concordamos con Henríquez y Núñez en cuanto a considerar que este:

*“(…) Se halla en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, artículos 1, 2, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también la Convención), por cuanto la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y estos deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto, protección y promoción de aquellos. Además tendría fundamento en los principios pacta sunt servanda y bona fide, que en conjunto impedirían a los Estados invocar*

*disposiciones de Derecho interno como razón para dejar de cumplir dichos compromisos.”*  
(Henríquez y Núñez, 2016: p. 330-331)

Posteriormente, la Corte Interamericana ha precisado el alcance del Control de Convencionalidad en su cuadernillo de jurisprudencia N°7 del año 2017:

*“[El control de Convencionalidad]: a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”. (CIDH, 2017: pp. 4-5)*

Por su parte, para autores como Claudio Nash, debe ser entendido como:

*“La obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia”. (Nash, 2013: p. 494)*

Por último, en cuanto a los objetos de comparación, no quedan dudas que en su manifestación interna el Control de Convencionalidad conmina a los jueces a realizar una comparativa entre su norma interna (leyes, decretos y la propia Constitución) y el *corpus juris* del DIDH, incluyéndose en él, por cierto, la CDN y en general los instrumentos internacionales pertinentes.

Respecto de este punto es interesante el razonamiento de la Corte Suprema en la sentencia de Casación Rol 288-2012 referida al secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz a partir del 27 de noviembre de 1974. En esta, la Corte realiza un Control de Convencionalidad explícito de la normativa interna frente al DIDH no interamericano, en concreto sobre los Convenios de Ginebra de 1949, materializando así la extensión del elemento de derecho

internacional comparativo al Corpus general del DIDH, no circunscribiéndolo a aquellos instrumentos respecto de los cuales la CIDH tiene competencia.<sup>68</sup>

En síntesis, el control de convencionalidad aparece como una herramienta jurídica, que busca lograr el cumplimiento, interpretación y debida implementación de los tratados internacionales, convenciones ratificadas por nuestro país y jurisprudencia de organismos internacionales, en las decisiones adoptadas en el marco de la jurisdicción interna de cada Estado.<sup>69</sup>

Sobre esta institución incorporada por la Corte nos remitimos a lo que ya hemos señalado en el capítulo I de esta tesis, y complementamos aquello con la precisión realizada por Nogueira en cuanto a que:

*“El juez nacional debe aplicar no sólo el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, sino también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH: la interpretación evolutiva, dinámica y finalista; el uso de principios básicos de interpretación de derechos: ‘pro homine’ o ‘favor persona’, progresividad, proporcionalidad, para sólo señalar algunos de ellos, los que constituyen una fuente de ampliación de su potestad jurisdiccional...”* (Nogueira, 2012: p. 82)

Complementa Nash, indicando que:

*(...) Es importante recalcar que este control [de convencionalidad] es un mecanismo de garantía interpretativo, similar al que realiza la Corte IDH, pero que las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada operador de justicia y, por tanto, esto no necesariamente implica que los jueces tengan la facultad de expulsar normas del sistema interno (...) Teniendo claro esto, podemos afirmar que lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno”* (Nash, 2011: p. 60)<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Para un detallado análisis de la sentencia, véase: Aguilar (2012) y en de forma tangencial Henríquez y Núñez (2016)

<sup>69</sup> Para un análisis en detalle de la institución de Control de Convencionalidad, y su aplicación en Chile, ver: Núñez (2014); Silva (2016); Alvarado y Herrera (2017).

<sup>70</sup> En similares términos: Nash (2013: p. 492)

A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha dicho, en la sentencia de la causa Rol N° 4183-2007, que:

*“(...) En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no solo deriva del mencionado artículo 5º, sino también del artículo primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales (...)”<sup>71</sup>(Considerando 66)*

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas oportunidades la incorporación del DIDH al bloque constitucional chileno, así, a modo de ejemplo citamos la sentencia Rol 2493-2013, donde señala que:

*“(...) En la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (...)”*

*Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política;” (Considerandos 6º y 7º)*

Más recientemente el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol 3327-2017 que se pronuncia sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ha reconocido explícitamente la incorporación del DIDH como límite al ejercicio punitivo, señalado que:

---

<sup>71</sup> Caso Ricardo Troncoso Muñoz y otros. (2007), Corte Suprema, 6 de abril de 2007, Rol N° 4183, considerando 66

*“(...) Los límites de la política criminal estatal se fundan en el principio de la dignidad humana, en el consecuente humanitarismo penal, en el deber de promoción y respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sea que sean establecidos por la Constitución (artículos 19, numerales 1°, 7° y 26° de la Constitución) como por los tratados internacionales que estén vigentes y ratificados en Chile. Por lo mismo, cabe examinar estas consideraciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz de las exigencias del artículo 5° inciso segundo de la Constitución; (...)*

*Que, podemos colegir que en este ámbito internacional de los derechos humanos, existe un reconocimiento de finalidades de la prisión, reclusión o privación de libertad de la que carece nuestro texto constitucional. Sin embargo, a objeto de configurar obligaciones en la imposición de penas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad se encarga de precisar elementos externos a la decisión estatal (...)* (Considerando décimo quinto y vigésimo segundo)

Y en cuanto a la obligación de los jueces internos de realizar una interpretación de derechos “a favor de la persona”<sup>72</sup> (*pro persona*), acude como útil la definición -ya clásica- acuñada por Pinto al señalar que este:

*“(...) Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”* (Pinto, 1997: p. 163)

En el año 2014, Nogueira señaló, en una cita que es recogida recientemente por la Corte Suprema<sup>73</sup>, que la interpretación que realicen los jueces nacionales de su normativa

---

<sup>72</sup> Contendida en el artículo 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos

<sup>73</sup> La sentencia de la Corte Suprema en causa Rol 92904/2016 señala que: “Que, por lo tanto, las prácticas antisindicales están instituidas con la finalidad de tutelar la libertad sindical, derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de la República y en la normativa internacional, a saber, en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 22 del de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica , en los artículos 1 a 10 del Convenio 87, en los artículos 1 a 4 del Convenio 98 y en los artículos 1, 4, 5 y 6 del Convenio 151, todos de la Organización Internacional del Trabajo, que, al tenor de lo que dispone el artículo 5 de la Carta Fundamental, forman parte del

interna debe efectuarse a la luz del principio “de progresividad, favor persona o pro homine”, lo cual implica que:

*“(…) Se debe aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos. En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan”* (Nogueira, 2014: p. 139)

Más recientemente, Aguilar y Nogueira han delimitado este principio como aquel que:

*“(…) Emanan del objeto y fin de los tratados internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos, determinando una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica del o de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos que los garantiza más ampliamente”* (Aguilar y Nogueira, 2016: p. 17)

---

denominado bloque de constitucionalidad , por lo que la interpretación de las normas internas referidas al derecho de que se trata debe efectuarse a la luz del principio de progresividad, favor persona o pro homine , que postula “que se debe aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos. En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan” (Nogueira Alcalá, Humberto, Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad, México D.F., Editorial Ubijus, 2014, p.139). También que “... es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (Pinto, Mónica, El principio pro homine. Criterios de “hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en” <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>)” (Considerando 4°)

Integrando lo anterior, acude como un elemento útil para mostrar la evidente incongruencia entre el artículo 17B inciso primero, y el baremo impuesto por el DIDH, el hecho de hacer notar que las consecuencias tanto declaradas durante el trámite legislativo, así como aquellas efectivamente acaecidas por la aplicación de la regla de marras, consiste en agravar la pena que debe ser impuesta en delitos que impliquen el uso de alguna de las armas reguladas en la ley 17.798 a través de la solución penológica de la acumulación material de penas. Este fin, tal como fue fundamentado -superficialmente, como se vio- durante la discusión en el parlamento, y de emplearse en causas contra NNA, riñe con aquellos principios y estándares emanados del corpus juris del DIDH en orden a que, como vimos, la respuesta punitiva del estado debe ser determinada para cada caso en particular y estar morigerada por criterios de proporcionalidad y especialidad, conforme a su interés superior, y las penas privativas de libertad concurren como último recurso, y por el periodo más breve que procedan.

Sin embargo, de aplicarse la regla que cuestionamos, y por la actual redacción del artículo 23 N°1 de la LRPA, que establece la así llamada “conversión de penas”, existe la posibilidad cierta de dejar al juez obligado, en teoría, a sancionar al adolescente con una pena superior cuantitativa y cualitativamente a la que le correspondería de observarse las reglas generales de la teoría de concursos en el contexto de la determinación de pena (pues como vimos, esta es la *ratio legis* del artículo 17B inciso primero), así como a imponer, en la mayoría de los casos, penas o medidas cautelares privativas de libertad, asunto sobre el cual volveremos más adelante.

Por lo expuesto, solo es dable concluir que sin perjuicio de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que cabría respecto del artículo 17B inciso primero en causas contra adolescentes, todos los jueces de la república, para decidir respecto de la procedencia de la aplicación de dicha norma en alguna causa penal seguida contra adolescentes, deben realizar un control de convencionalidad y control de constitucionalidad de la norma. En dicho control deben someter a comparación crítica el estándar y la regla fijada por la norma interna, con las normas, reglas, principios, estándares y directrices emanadas del DIDH, incorporadas, como ya se vio, de diversas formas a la legislación interna. Luego, en el contexto de este análisis comparativo al que es sometida la norma, deben emplearse los criterios hermenéuticos contemplados en el propio DIDH, tal como es el principio *pro persona* (pro niño, más precisamente) para decidir respecto de la correcta interpretación de las normas internas a la luz de los estándares impuestos por la CDN y el resto de instrumentos internacionales que conforman el *corpus juris* en esta materia.

Esto último debe conducir al intérprete celoso del DIDH, en la circunstancia de encontrarse ante una norma que introduce consecuencias cuantitativa y cualitativamente más gravosas para los derechos de los NNA de ser aplicada respecto de ellos, y habida consideración existir dudas respecto de su aplicabilidad respecto de adolescentes, preferir aquella interpretación de la norma que mejor se avenga con los estándares de DIDH, que mayor amplitud le den al reconocimiento de dichas garantías e impliquen un menor grado de afectación de derechos para el NNA, lo que para el caso en concreto implica la desestimación de la procedencia de aplicar la norma cuestionada en causas contra adolescentes.

Así las cosas, una vez situados en este estadio de la interpretación judicial, no existe alternativa compatible con el *corpus juris* del DIDH, salvo la no aplicación del artículo 17B inciso primero en causas contra adolescentes por su *inconveniencia* respecto de los principios de especialidad, y de interés superior del niño, los cuales tienen como una de sus materializaciones más concretas y fundamentales, el mandato para los Estados de contemplar una respuesta penal excepcional, morigerada y proporcional con el menor grado de desarrollo y culpabilidad del menor, y que en caso de imponerse una pena privativa de libertad, esta concorra siempre como medida de último recurso, y por el periodo más breve que proceda, todos estos criterios que quedan en una complicada tesitura de materializarse el mandato legislativo de sancionar con una acumulación material de penas el concurso de delitos existente entre aquellos contemplados en la LCA y aquellos cometidos con los elementos ahí regulados.

En otras palabras, situado el juez chileno ante la disyuntiva de decidir si aplicar el artículo 17B inc. 1° en una causa por RPA, debe inclinarse por aquella alternativa que sea compatible de una mejor forma con la Constitución (Control de Constitucionalidad) y con el DIDH ratificado por Chile (Control de Convencionalidad), lo cual, si es realizado correctamente por el juez, lo debe conducir inexorablemente a la no aplicación del mentado inciso –y, por consiguiente, aplicar la regla contemplada en el párrafo 5° del título I de la LRPA, que a su vez remite al Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69- por ser la regla del artículo 17B inciso primero contraria a los principios, normas y directrices emanados del *corpus juris* del DIDH. De lo contrario, es decir, de no realizar este Control obligatorio para todo intérprete de una norma interna, el Estado estaría incurriendo en una grave inobservancia de sus obligaciones y garantías comprometiendo su responsabilidad internacional

Esta interpretación ha sido recogida también por la Corte Suprema en una importante sentencia del año 2017 (Rol: 120-2017), en la cual sentencia:

*“(…)Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a adaptar y entender la normativa interna, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de la preceptiva internacionales ratificada por la nación, con la finalidad de cubrir con el manto de resguardo a todos los habitantes y en todos sus derechos, para profundizar los colofones que de aquélla resultan especialmente favorables para sujetos en condición de vulnerabilidad, única manera de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales.”* (Considerando undécimo)

74

Frente a un eventual argumento de quienes breguen por aplicar dicha norma en causas seguidas contra adolescentes, basándose en la “soberanía estatal” materializada en la legítima dictación de normas a través de un poder legislativo democráticamente electo, conforme a los conductos regulados por la Constitución Política vigente, debemos recordar que es precisamente en virtud de dicha soberanía que han suscrito y ratificado los instrumentos de Derecho Internacional, como la CDN, que someten al país a respetar los derechos allí consagrados (Bazán, 2011: p.23).

En definitiva, las interpretaciones literalista, histórica, sistémica, teleológica, constitucional y convencional de la ley 20.084 y de la ley 17.798 conducen a la misma conclusión: el artículo 17 B inc. 1° no puede ser aplicado en causas seguidas contra adolescente tanto por ser la determinación de la pena un asunto íntegramente tratado por la ley 20.084, que se mantuvo incólume tras la dictación de la ley 20.813, así como porque su aplicación vulneraría el DIDH de NNA, situación que los jueces de la república están llamados a enfrentar con la herramienta del Control de Convencionalidad, a través de una interpretación de la norma controlada que sea compatible con el *corpus juris* del DIDH de los NNA.

Por último, debemos precisar una cuestión que por más que resulte obvia no podemos ignorar. Lo que venimos señalando no implica, en caso alguno, que los tribunales a la hora de juzgar un concurso de delitos cometido por un adolescente empleando una de las armas a que

---

<sup>74</sup> Esta interpretación también ha sido incorporada por la Corte Suprema en los fallos Rol: 9.931-2013; 27.543-2016. Asimismo, la Corte de Apelaciones de Temuco ha sido especialmente llana a incorporar esta obligación de Control en la interpretación de las normas en los fallos Rol: 454-2012; 624-2012; 461-2012; 17-2012 y 192-2014

hace referencia el artículo 17B inciso primero no puedan someter dicho concurso al régimen consagrado en el artículo 74 del Código Penal (concurso real con acumulación material). Sino que, por el contrario, lo que venimos señalando es que el adjudicador que conozca de dicha situación deberá tener a su disposición tanto la norma del artículo 74 como la norma del artículo 75 (concurso ideal propio e impropio con absorción agravada), y finalmente utilizar aquella que corresponda de acuerdo con las características propias del caso en observancia a las herramientas que entrega la dogmática penal.<sup>75</sup>

## 2. Aplicación del artículo 17B inciso primero

Una vez descartada la aplicabilidad del artículo 17B inciso primero de la LCA en causas seguidas contra adolescentes, nos corresponde referirnos en este apartado a cómo ha operado en la práctica judicial la relación entre LRPA y LCA

De la jurisprudencia que se tuvo a la vista posterior al año 2015, constatamos que sin perjuicio de ser cuantitativamente ínfimos aquellos casos respecto de los cuales era factible acudir al artículo 17B inciso primero a fin de determinar el régimen concursal aplicable, en todos los casos analizados los jueces aplicaron un régimen de acumulación material de penas entre los delitos bases y los delitos específicos de la LCA<sup>76</sup>

Así, destaca como un ejemplo de lo anterior la sentencia dictada en la causa RIT 203-2016<sup>77</sup> de la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en la cual,

---

<sup>75</sup> Como se señaló en el capítulo III, cuando vimos los argumentos ofrecidos por el profesor Matus y el Senado Harboe para la incorporación del artículo 17B, ambos reconocían que este artículo venía a hacer frente a la tendencia jurisprudencial de sancionar bajo la hipótesis de concurso medial los delitos posesorios o de tenencias contemplados en la LCA con los delitos cometidos con las armas allí reguladas.

<sup>76</sup> Hay que tener en consideración que de las 19.934 condenas registradas por delitos contemplados en la LCA entre los años 2009 y 2017, de ellas solo 2.056 corresponden a adolescentes, cifra que corresponde al 10,31% de las causas terminadas en condenas. No obstante, de las sentencias dictadas durante esos años que se tuvieron a la vista para esta tesis, en la mayoría de ellas el artículo 17B no era plausible de ser aplicado porque el arma no fue empleada para la comisión de un delito -presupuesto básico de su procedencia-. (Información extraída a partir de datos proporcionados por Ministerio Público vía Transparencia. Carta DEN/LT N°493/2017 de 04.10.2017, solicitados en el marco del Proyecto Fondecyt Regular 2017 N°1170068: “La ley de control de armas y sus reformas. La eficacia de la herramienta punitiva v/s las garantías”, cuya investigadora responsable es Myrna Villegas D.)

<sup>77</sup> Los hechos respecto de los cuales el tribunal adquirió convicción son: “El día 11 de marzo de 2016, a las 20.00 horas aproximadamente, los acusados D.T y A.A actuando en forma conjunta, ingresaron al Supermercado Unimarc ubicado en calle Nicaragua N°1571, La Serena, con la intención de sustraer especies para lo cual el acusado D.T. se dirigió a los pasillos del local, sustrayendo varios aerosoles de insecticidas y desinfectantes del mencionado establecimiento comercial, guardándolas en un bolso que llevaba oculto en sus vestimentas, para esos fines, retirándose del lugar con dichas especies en su

conociendo el Tribunal de una acusación por robo con homicidio frustrado y porte ilegal de arma de fuego sin número de serie (art 14 en relación con artículo 3°) en concurso ideal con el delito de porte ilegal de municiones (este último, solo respecto de la menor), cometido en coautoría por D.N.D.T, chileno de 19 años y M.A.A.A chilena de 15 años, condenó a la adolescente, tras una recalificación, por un del delito de robo con violencia y porte ilegal de arma de fuego sin número de serie en concurso ideal con porte de municiones, a una doble pena de cuatro años y un día de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el delito de robo con violencia, y a una pena de trescientos sesenta y cuatro días de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

En cuanto a la forma de determinación de pena de la adolescente, más allá de consideraciones genéricas en cuanto a la naturaleza del delito de porte (de peligro abstracto) y de la procedencia de sancionar en concurso ideal el porte de arma con el porte de municiones, nada se dijo respecto del régimen concursal que se aplicó para sancionar como dos delitos autónomos el porte con el robo, sin perjuicio de que es evidente que se aplicó una regla de acumulación material de penas, conforme a lo que dispone el propio artículo 17B inciso primero. Asimismo, destaca como un elemento cuestionable del fallo las consideraciones de la gravedad del ilícito y de las características psicológicas de la niña para descartar la posibilidad de aplicar una sanción no privativa de libertad:

*“(...) Para determinar cuál de las distintas penas previstas en la ley debe aplicarse a la joven de 15 años de edad a la fecha de los hechos, conforme el certificado de nacimiento acompañado por la Fiscalía, ha de considerarse que se trata el presente de un delito grave, en atención a que es de aquellos que la ley considera constitutivos de crimen, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal; la adolescente participó en calidad de autora en los hechos, lo que hace desestimar que el tipo de sanción solicitado por la defensora de tres años de libertad asistida especial, tenga el efecto de prevenir que la adolescente incurra nuevamente en conductas similares, la que conforme [con] el propio informe psicológico acompañado por su defensa prevalece la impulsividad de su actuar,*

---

poder, traspasando las líneas de cajas, en tanto la acusada A.A. lo esperaba en el pasillo exterior a fin de prestarle cobertura y cuando sale lo sigue. En el estacionamiento el acusado D.T. es reducido por los guardias oponiendo resistencia, momentos en que el acusado le dice a acusada A.A “dispara dispara”, quien, premunida de un arma de fuego cargada con municiones, apta para el disparo, la que portaba entre sus ropas, disparó a la cabeza del guardia de seguridad don Juan Manuel López Soto-Aguilar, quien cayó al suelo, para luego apuntar a los otros guardias que retenían al acusado D.T., siendo reducida por estos. A consecuencia de los anterior, la víctima resultó con herida de bala en la cabeza” (Considerando Octavo)

*escaso pensamiento analítico, presenta rasgos antisociales de personalidad y es capaz de persistir en la acción de imponer sus ideas por sobre otros, lo hacer estimar a estos sentenciadores que sea necesario aplicar una que le contenga de manera más firme posible, y que resulte idónea no sólo para satisfacer sus necesidades de desarrollo e integración social, sino que para fortalecer el respeto del joven por los derechos y libertades de las personas (...)*” (Considerando Décimo Noveno)

Como se ve, fueron criterios de prevención especial negativa, llamados por los adjudicadores “contención” y en segunda instancia criterios de prevención especial positiva, llamados por los adjudicadores “necesidades de desarrollo e integración social”, los que determinaron la condena que finalmente se le impuso. Esta argumentación del tribunal no solo es cuestionable por la inobservancia de los fines que debe perseguir la pena en adolescentes, ni por la nula fundamentación respecto del régimen concursal aplicable para ambos delitos, sino que también por la irreflexiva desconfianza en penas de régimen abierto para la satisfacción de los legítimos fines del *ius puniendi*, circunscribiendo las posibilidades solo a penas privativas de libertad, en circunstancias en que les era posibles, para ambos delitos, condenar a penas no privativas de libertad, por encontrarse en los marcos regulados en los numerales 2 y 3 del artículo 23 de la LRPA, lo cual los dejaba posibilitados de sancionar con, al menos, Libertad Asistida especial.

Una lógica similar es la que plantean los adjudicadores de la segunda sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la Serena, en la sentencia de la causa RIT 331-2016, en la cual se condena al adolescente A.I.G.G., chileno, de 17 años, a dos penas independientes y acumuladas materialmente por los delitos de robo con violencia y porte ilegal de arma de fuego y munición correspondientes a tres años y un día de internación en régimen semicerrado y a quinientos cuarenta y un días de libertad asistida especial, respectivamente.

Se aprecia que, si bien los jueces en esta causa no aplicaron respecto del delito de porte una pena privativa de libertad, principalmente en virtud del informe psicológico favorable a este presentado por su defensa, la lógica sigue siendo la misma de la sentencia anteriormente reseñada: establecer un régimen de acumulación material de penas, sin establecer bajo qué artículo es amparada dicha decisión, ni fundamentación alguna respecto de las consideraciones dogmáticas, fácticas y legales que llevaron a los adjudicadores a preferir el régimen penológico más gravoso de nuestro ordenamiento jurídico.

Otro punto en común entre las dos sentencias anteriores es que en ninguna las defensas intentaron construir una argumentación destinada a alterar el régimen concursal consignado por el Ministerio Público en su acusación, consistente en presentar ambos delitos como dos circunstancias típicas absolutamente independientes entre sí, desconociendo que como se ha visto, al menos dogmáticamente, correspondería para la satisfacción de un adecuado estándar profesional que los defensores de los adolescentes planteen dicho argumento, independientemente de que este sea acogido o desestimado por el tribunal.

La situación de que los jueces aplicaran tácitamente el artículo 17B inciso primero para la determinación de penas (es decir, el artículo 74 del CP) en causas contra adolescentes, sin fundamentación alguna, ni planteamiento en contrario de defensores o fiscales se repite en la sentencia de la causa RIT 817-2015 del sexto TOP de Santiago.

Para tener una perspectiva más completa de cómo están siendo abordados por los tribunales de justicia las causas de adolescentes por LCA, hemos analizado las cifras entregadas por el Ministerio público a través de la solicitud de Transparencia ya citada<sup>78</sup> correspondientes a las condenas, términos y prisiones preventivas ocurridas entre el 01 de enero de 2009 y 31 de agosto del año 2017. Estos datos arrojaron los siguientes resultados:

*I. Internaciones provisionarias*

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	<b>Total</b>
Varón	2	3	5	3	3	4	11	6	11	<b>48</b>
Mujer	0	0	0	0	0	2	2	2	2	<b>8</b>

*II. Condenas*

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	<b>Total</b>
Varón	273	271	255	259	300	268	258	79	47	<b>2.001</b>
Mujer	9	8	4	5	4	3	8	3	2	<b>46</b>

<sup>78</sup>Ver nota 76

Para complementar estos datos, solicitamos a SENAME, vía Transparencia, la cantidad de adolescentes ingresados en Internación en Régimen Cerrado con programa de reinserción social (RC) y en Internación en Régimen semicerrado con programa de reinserción social (RSC) entre los años 2010 y 2017, obteniendo los resultados que a continuación se señalan:<sup>79</sup>

### III. Internación en RC

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	<b>Total</b>
Varón	0	2	0	0	1	0	2	1	1	<b>7</b>
Mujer	0	0	0	0	0	0	0	1	0	<b>1</b>

### IV. Internación en RSC

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	<b>Total</b>
Varón	0	7	5	3	4	1	2	3	0	<b>25</b>
Mujer	0	0	0	0	0	0	0	0	0	<b>0</b>

Lo primero que salta a la vista es que a partir del año 2015 se experimenta una consistente alza en la dictación de la medida cautelar de internamiento provisorio, la cual se aprecia tanto en hombres como mujeres, pero es en varones donde este fenómeno se vislumbra con mayor claridad. Respecto de mujeres, se consolida un alza que había comenzado el año 2014, y en cuanto a hombres, solo en el año 2015 hubo más internamientos provisorios que en los tres años anteriores juntos, y en el año 2016, en el cual hubo la mitad de los internamientos provisorios en comparación a los años 2015 y 2017, esta cifra es superior a cualquiera de los años anteriormente considerados.

<sup>79</sup> Información extraída a partir de datos proporcionados por el Servicio Nacional de Menores (SENAME) vía Transparencia. Carta N°541/2018 de 30.05.2018,

En contraste con lo manifestado por las cifras de internamiento provisorio, las condenas tras la dictación de la ley 20.813 caen a mínimos históricos. Observamos que, si bien el año 2015 se mantuvieron relativamente similares a las del año 2014, salvo en mujeres donde se aprecia una leve alza respecto de los cuatro años anteriores, durante el año 2016 y 2017 se experimentó una fuerte baja comparativa con los años anteriores. El año 2016 la cifra se redujo a menos de un tercio en comparación con el año 2015, y el año 2017 no llegó a alcanzar un quinto de los condenados el año 2014 y anteriores.

Lo reseñado en los dos párrafos anteriores podría sintetizarse en constatar el hecho de que se ha constituido una relación inversamente proporcional entre condenas e internamientos provisorios, lo cual implica que mientras las primeras se redujeron, al menos, en un tercio, las segundas experimentaron un alza de, al menos, el doble. Esta situación podría encontrar una explicación en la existencia de una especie de “control de daños” de la judicatura en orden a morigerar las -desmedidas- consecuencias penales que establece el legislador para adolescentes que cometan delitos empleando armas de las controladas en la LCA. Es decir, al aumentar la prognosis de pena por la existencia una norma penológica-concursal que hipotéticamente obliga a establecer una acumulación material de penas, el juez de garantía se vería impelido a decretar esta gravosa medida cautelar, sin embargo, una vez desarrollado el Juicio Oral, el Tribunal Oral en lo Penal, observando las necesarias consecuencias de una condena -acumulación de penas- aumenta el estándar exigido al Ministerio Público decantándose por la absolución con mayor frecuencia que en aquellos casos en que una condena no implicaba, necesariamente, consecuencias penales tan graves como las que implica la aplicación del artículo 17 B inciso primero.

No obstante, lo último no lo podemos afirmar pues para ello requeriríamos datos e información con la cual es difícil contar, pero lo que sí podemos concluir es que la medida cautelar de prisión preventiva adolescente ha aumentado, en términos absolutos y relativos, de forma considerable tras la dictación de la ley 20.813, mientras que las condenas han disminuido de la misma forma. Esto, nos lleva a establecer que la medida cautelar se ha constituido como una respuesta más frecuente que los años anteriores, pero esta se ha utilizado como una herramienta para imponer una pena sin sentencia.

Confirma lo anterior las cifras de las tablas III y IV, donde se muestra que las condenas a penas privativas de libertad experimentan una leve alza en comparación con los años anteriores, muy por debajo del crecimiento de los internamientos provisorios, materializándose

una importante brecha entre uno y otro. Por ejemplo, en el año 2015 hubo 13 internamientos provisorios y 4 condenados a penas privativas de libertad; en 2016 la relación fue de 8 internamientos provisorios y 2 condenados a penas privativas de libertad; en 2017 la misma relación fue de trece internamientos provisorios y solo un condenado a pena privativa de libertad.

Considerando todas las cifras, podemos concluir que entre el año 2010 y el año 2014 inclusive, (es decir, hasta antes de la dictación de la ley 20.813) la relación que había entre adolescentes varones sometidos a una medida cautelar de internamiento provisorio y adolescentes varones condenados a una pena privativa de libertad era de 20 a 23; este mismo criterio, pero referido a mujeres, reflejaba una relación de 2 a 0. Sin embargo, considerando las cifras correspondientes a los años 2015 a 2017, esta misma proporción en varones es de 28 a 9 y en mujeres de 6 a 1. Si excluimos del análisis a las penas de régimen semicerrado, estas proporciones aumentan considerablemente.

Lo que nos dicen estas cifras es que hubo casos en que adolescentes fueron sometidos a privación de libertad durante el tiempo que duró el proceso penal en su contra, y una vez concluido este, o fueron absueltos o condenados a penas no privativas de libertad, lo que denota que esta medida cautelar ha sido utilizada de forma desproporcionada por los tribunales nacionales, al imponerla en casos en que o no habían antecedentes suficientes para presumir la participación o culpabilidad del imputado o en aquellos casos que la condena que arriesgaban de ser declarados culpables no implicaba necesariamente una pena privativa de libertad. Esta situación ya la había constatado Berríos (2011: p. 186) respecto del sistema en general, y con los antecedentes obtenidos vía Transparencia nosotros las refrendamos respecto de los delitos contemplados en la LCA.

No obstante, este fenómeno no es exclusivo de la LCA, sino que se replica cuando comparamos el total de internamientos provisorios con el total de condenas a penas privativas de libertad. Por ejemplo, el año 2017, según cifras publicadas por SENAME, de los 9.521 NNA ingresados por sanción o medida cautelar, 1.873 correspondieron a ingresos por internación provisorio (19,7%), 756 a ingresos en régimen cerrado (7,9%) y 421 a ingresos en régimen semicerrado (4,4%) (SENAME, 2018: p. 176).

El año 2016 los ingresos por internación provisorio alcanzaron un 20,8%, mientras que como sanción a régimen cerrado o semicerrado alcanzó un 7,6% y 3,9%, respectivamente. (SENAME, 2016: p. 207)

Estas últimas cifras, las cuales se mantienen constantes durante los últimos años, nos permiten esbozar algunas consideraciones necesarias. Primero, se aprecia lo que ya hemos señalado en cuanto a que el ingreso de NNA por delitos cometidos en el contexto de la LCA corresponden a un porcentaje menor en comparación al ingreso total de adolescentes al SENAME, y segundo, que la medida cautelar de internación provisoria se constituye como una respuesta general por parte de la judicatura, lo cual riñe abiertamente con los fines que deben informar el sistema de RPA.

Para concluir, debemos mencionar que las cifras con las cuales fueron construidas las tablas I, II, III y IV del presente Capítulo fueron obtenidas a través de Transparencia en requerimientos al Ministerio Público y al SENAME. Sin embargo, los datos contenidos en dichas misivas no coinciden con los datos publicados por SENAME en sus Anuarios Estadísticos que publican cada año. Así, y solo a modo de ejemplo, en el anuario estadístico del año 2015, SENAME consignó, por delitos relacionados con la LCA, 28 IP; 27 RC y 31 RSC (SENAME, 2015: p. 145-152), en circunstancias que según las cifras que obtuvimos por transparencia, en el mismo periodo, sólo hubo 13 IP; 2 RC: 2 RSC. Asimismo, en el anuario estadístico del año 2016, SENAME consignó, por delitos relacionados con la LCA, 27 IP; 6 RC y 2 RSC (SENAME, 2016: p. 209) y según las cifras que obtuvimos por Transparencia solo hubo 8 IP, 2 RC y RSC.

Creemos que esta divergencia tan grande entre las cifras constituye una situación preocupante pues denota una desorganización y déficit de coordinación institucional entre los servicios públicos encargados, de una u otra manera, de la integración social de los NNA infractores de ley. Al respecto, cualquier política pública que se quiera implementar con el objetivo de reorganizar el sistema de responsabilidad penal adolescente debe contar, como primer requisito, con cifras claras, completas y que reflejen fehacientemente la realidad que se vive en los centros del SENAME.

## Conclusiones

De lo que hemos expuesto en las páginas anteriores podemos colegir las siguientes conclusiones:

**Primero.** Existe un *corpus juris* de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, relativo a los criterios de procedencia, limitación, derechos y garantías que se deben observar, respetar y garantizar por el Estado de Chile, en la respuesta penal que comuniquen a adolescentes infractores de la ley penal, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Al interior de este *corpus*, conformado por Tratados Internacionales, Reglas, Observaciones Generales, Recomendaciones, jurisprudencia, interpretaciones realizadas por los organismos con competencia internacional, entre otros, es posible ubicar aquellos derechos y garantías establecidos para todos los humanos, en general, los cuales son plenamente aplicables en causas contra NNA, así como también se incorporan los instrumentos internacionales que tienen como objetivo central la protección de la infancia.

**Segundo.** En cuanto a los criterios sustantivos que contempla dicho *corpus*, podemos mencionar:

- Necesidad de contar con un estatuto jurídico diferenciado, por su especialidad, para investigar, juzgar y sancionar a los adolescentes infractores de la ley penal, conforme a criterios de proporcionalidad, observantes de las diferencias que hay, de hecho, en el grado de desarrollo de los adolescentes en comparación a sus pares adultos. Esta respuesta penal debe entregar a los adolescentes una consecuencia punitiva tanto cualitativa como cuantitativamente morigerada respecto de los adultos.
- Una limitación general a todo el *ius puniendi* estatal, destinada a morigerar sus consecuencias, cuando el sujeto objetivo de la norma sea un ser humano que aún no cumple los dieciocho años.
- En la materialización de tal mandato de especialidad, es un deber inexcusable para los Estado el incorporar normas, procedimientos e instituciones que establezcan la desjudicialización de los conflictos en que intervengan adolescentes como agentes infractores de la ley, a través de, por ejemplo, salidas alternativas, ampliación de facultades de no perseverar, entre otras.
- En cuanto a la privación de libertad, ya sea como medida o como sanción, esta debe ser impuestas como medidas de último recurso, como consecuencia del criterio de

propender a la desjudicialización de los casos, y por el periodo más breve que proceda. Asimismo, para la privación de libertad en cuanto medida cautelar del procedimiento (esto es, internación provisoria) se deben establecer criterios explícitos, taxativos y calificados que orienten y limiten al juez en su imposición.

**Tercero.** La LRPA, que entró en vigor durante el 2007, vino a adecuar la legislación chilena, referida a la responsabilidad penal adolescente, a los estándares de Derecho Internacional que encontramos en, entre otros, la Convención de los Derechos de Niño, y a la propia Constitución Política de la República. Dentro de las novedades que incorporó la ley 20.084 se encuentran, entre otras, una regulación especializada y sistémica de la determinación de las sanciones a imponerse al adolescente, la forma de ejecución de estas sanciones, así como un catálogo propio, diferenciado del de los adultos, de sanciones que le pueden ser impuestas al adolescente culpable de una infracción penal.

**Cuarto.** De la historia de la ley, de su articulado, así como de los objetivos y fines expresados tanto en el mensaje con que fue enviado el proyecto como en su trámite legislativo, se desprende claramente que, en virtud de la adecuación de dicho estatuto jurídico diferenciado para adolescentes al *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos, lo regulado ahí debe primar respecto de las restantes normas existentes en el ordenamiento jurídico chileno, y solo en lo no previsto por la LRPA, rige, supletoriamente, el Código Penal y las leyes especiales.

**Quinto.** Que de la historia de la ley -al no considerarse la propuesta del artículo 25bis durante el segundo trámite legislativo ante la Comisión de Constitución del Senado-, de su propia literalidad respecto de los términos empleados en sus artículos 1°, 2°, 20° y siguientes, así como de los fines y objetivos perseguidos por su promulgación, queda evidenciado que el sistema de determinación de penas adolescentes rige íntegramente por las normas contenidas en el párrafo quinto del título I de la LRPA (Artículos 20 a 26).

**Sexto.** La ley 17.798, promulgada durante el gobierno de Salvador Allende, tuvo en un comienzo, como primer objetivo, ser una herramienta útil para combatir a los grupos insurgentes que proliferaban producto de la crispación política del momento. Posteriormente, durante la dictadura cívico-militar y los primeros dos gobiernos de la Concertación, este cuerpo normativo sufrió importantes reformas que lo adecuaron a las necesidades coyunturales de los respectivos momentos, sin cambiar su objetivo originario: servir de herramienta punitiva en contra de los grupos insurgentes que cuestionaban el monopolio estatal de las armas

**Séptimo.** En el año 2005 esta situación da un vuelco y comienzan una serie de reformas legales que implicaron el cambio de foco de la norma, transitando desde el combate a la insurgencia hacia el combate a la delincuencia. El último hito de este nuevo proceso vivido por la regulación de las armas en Chile es la dictación, el año 2015, de la ley 20.813, la cual, dentro de sus diversas modificaciones -nuevos tipos penales, nuevos elementos regulados, y nuevo sistema de control, entre otros- incluyó la incorporación de un nuevo artículo 17B, que en su inciso segundo estableció una nueva forma de determinación de pena para los delitos de los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14, excluyendo de dicha regla a los adolescentes, y en su inciso primero, incorporó una regla especial para los concursos de delitos suscitados entre aquellos contemplados en la propia LCA y aquellos delitos cometidos empleando los elementos en ella regulados.

**Octavo.** El artículo 17B inciso primero implica la prohibición para el tribunal de sancionar los concursos de delitos conforme a las reglas generales construidas por la dogmática penal, y a *contrario sensu*, obliga a los adjudicadores a sancionar siempre, en toda circunstancia, sin mayores consideraciones, el concurso de delitos bajo la hipótesis de concurso real del artículo 75 del Código Penal, con su respectiva consecuencia penológica de acumulación material de penas.

**Noveno.** En la historia de la ley que registra el paso del proyecto por la Comisión de Constitución del Senado, instancia de la cual surgió el citado artículo, no se consignaron consideraciones, explicaciones ni motivos respecto de la pertinencia de dicha norma, más allá de expresiones genéricas del profesor Matus -invitado a la comisión- y del senador Harboe, de que esta norma serviría para sancionar de forma más dura a quienes cometieran delitos empleando armas de fuego. Sin embargo, no hubo consideración ni argumentación alguna respecto de la procedencia, conveniencia o convencionalidad de incorporar (o excluir) a los adolescentes de la regla del inciso primero.

**Décimo.** En virtud de los consideraciones anteriormente expuestas, arribamos a la conclusión de que la norma del artículo 17B inciso primero no puede ni debe ser aplicada en causas seguidas contra adolescentes, toda vez que esta norma, según palabra de sus propios artífices, que constan en la historia de la ley, viene a incorporar un régimen de mayor severidad tanto cualitativa como cuantitativamente para quienes cometan delitos empleando armas de fuego, lo cual colisiona con los mandatos de DIDH de NNA respecto de los cuales Chile se encuentra obligado.

Así, enfrentado el tribunal, durante la audiencia de determinación de penas del artículo 343 del Código Procesal Penal, a la posibilidad de aplicar, según los hechos probados durante el Juicio, el régimen concursal contemplado en el artículo 75 del Código Penal, debe preferirlo, siempre y cuando esta alternativa sea más favorable para el adolescente que la mera acumulación de penas ordenada por el artículo 74.

**Undécimo.** Las otras razones que concurren para sostener que el citado inciso no puede aplicarse para adolescentes son: de carácter literalista, sistémica y teleológicas, pues la LRPA define su ámbito de aplicación y señala textualmente que esta rige para la determinación de la pena, razón por la que cualquier regla concursal, como eje de todo sistema de determinación de penas, ajena a la LRPA, no puede ser aplicada en causas contra adolescentes;

De carácter histórico, por las consideraciones en cuanto a los criterios informadores y *ratio legis* tanto de la LRPA (instaurar un régimen especializado y proporcional para los NNA infractores de ley) como de la propia ley 20.813 (endurecer las sanciones, es decir, consideraciones preventivas especiales y generales negativas);

De carácter Constitucional y Convencional, pues como vimos, en virtud de los tratados suscritos por Chile, este debe incorporar un diseño legislativo y una práctica judicial tendiente a garantizar, como objetivo principal, la protección y el interés superior del NNA y propender a la desjudicialización, morigeración de las consecuencias penales y excepcionalidad de las penas privativas de libertad (art 19 CADH; art 24 PIDCP; art 37 y 40 CDN, por citar algunos), todos mandatos que quedan en una compleja situación de aplicarse el artículo 17B inciso primero en causas contra adolescentes.

**Duodécimo.** La práctica judicial sigue estando al debe en garantizar los Derechos Humanos de los adolescentes, según consta en las cifras entregadas por el Ministerio Público y SENAME vía Transparencia, toda vez que la medida cautelar de internamiento provisorio se sigue utilizando de forma desproporcionada en casos en los que finalmente el adolescente resulta absuelto o condenado a una pena no privativa de libertad. Preocupante es el hecho de que tras la promulgación de la ley 20.813 hayan aumentado los internamientos provisorios y disminuido las condenas. Esta situación puede encontrar su explicación en diversos motivos, tales como un eventual control de daños de la judicatura en orden a decretar privaciones de libertad en la etapa de investigación, para inocuizar al adolescente por algún tiempo, para posteriormente, ante el elevado estándar de condena que impone el artículo 340 del Código Procesal Penal, absolver.

**Decimotercero.** Asimismo, ponderamos que ante esta preocupante situación de vulneración de derechos humanos de NNA, la responsabilidad no recae exclusivamente en el Poder Judicial, pues no debemos olvidar que aquellos únicamente aplican las leyes (obviamente su obligación incluye, como vimos, respetar y garantizar el DIDH y la propia Constitución en el contexto de la interpretación de las normas), por lo que las responsabilidades también debemos encontrarlas en el poder legislativo, el cual ha sido incapaz de ofrecer a la ciudadanía leyes eficaces en el combate de la delincuencia que no impliquen socavar los estándares que ordena un estado de derecho liberal respetuoso de la dignidad humana. También vemos con preocupación e identificamos como una de las causas del exacerbado expansionismo penal de los últimos años la actitud de los medios de comunicación, los cuales a través de líneas editoriales tendenciosas condicionan la discusión pública, impidiendo que enfrente de forma seria el problema de los adolescentes infractores de ley, el cual creemos, no será solucionado a través de la judicialización y el derecho penal, habida consideración de que la inmensa mayoría de los delitos por los cuales los adolescentes son condenados son delitos contra la propiedad (Berríos, 2011)

Al respecto, proponemos que una correcta y eficiente forma de enfrentar el problema de la responsabilidad penal adolescente es a través de reformas estructurales a los sistemas de salud, educación, vivienda y alimentación, que ataquen de forma sistémica una de las más graves vulneraciones de derechos humanos que puede sufrir un niño: la de nacer en la pobreza. Con esto, lograremos que las necesidades materiales más básicas no sean un factor tan preponderante, como lo es hoy, en la ecuación que lleva a un niño a blandir un arma y delinquir. De lo contrario, corremos el riesgo de seguir siendo un país que encarcela a la infancia pobre

**Decimocuarto.** En definitiva, ante las consideraciones aquí expuestas, consideramos que de aplicarse el artículo 17B inciso primero en causas contra adolescentes, la permanente tensión que existe entre las legítimas herramientas punitivas con que el Estado debe enfrentar los actos delictuales y los derechos y garantías fundamentales de los habitantes de la república, se inclinaría de forma ilegal, inconvencional, inconstitucional e irreflexiva, en favor de las herramientas punitivas en desmedro de las garantías de los adolescentes, quienes son sujetos de especial protección según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## Bibliografía

### Doctrina

1. Aguilar Cavallo, G. (2012). El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012. *Estudios Constitucionales de Chile*. (Vol. 10, N°2), pp. 717 – 750.
2. Aguilar Cavallo, G. y Nogueira Alcalá, H. (2016). El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de derecho público*. (Vol. 84), pp. 13-43. DOI: 10.5354/0719-5249.2016.43057
3. Bazán, V. (2011). El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En: Bazán, V. y Nash, C. (Ed.), *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales* (pp. 17-57). Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y Konrad-Adenauer-Stiftung.
4. Álvarez Velasco, C. (2016). Armas pequeñas y países pequeños: armas de fuego en la agenda de seguridad internacional. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, (55), pp. 139-159. Recuperado de: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=50945652007>> [Consulta: 11.12.2018]
5. Berrios Díaz, G. (2005). El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. *Revista de Estudios de la Justicia* (N°6), pp. 161-174
6. \_\_\_\_\_(2011). La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política Criminal*. (Vol. 6. N°11), pp. 163-191
7. \_\_\_\_\_(2012). Los adolescentes mapuche y las reformas a la Ley No. 18.314 sobre Conductas Terroristas. *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile* (N°8), pp. 147-154
8. Bustos Ramírez, J. (2007). *El derecho penal del niño-adolescente. Estudio de la Ley de Responsabilidad penal del adolescente*. Santiago, Chile: Ediciones jurídicas de Santiago.
9. \_\_\_\_\_(1989). Imputabilidad y edad penal. En: Echeburúa y De la Cuesta (coord.). *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. (pp. 471-482). Bilbao, España: Kriminologiaren Euskal Institutoa.

10. Cea Cienfuegos, S. y Morales Contardo, P. (2018). *Control de Armas*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
11. Cea Cienfuegos, S. (2005). *Análisis de la reforma a la ley sobre control de armas*. El Mostrador. Recuperado de: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2005/06/27/analisis-de-la-reforma-a-la-ley-sobre-control-de-armas/> [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2018]
12. Cillero Bruño, M. (1996). Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos. En: C. Medina y J. Mera (Ed.) *Sistema Jurídico y derechos Humanos. El derecho nacional y la obligación internacional de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.
13. \_\_\_\_\_ (2004). La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. En: García, E. (Comp.). *Infancia y Democracia en Argentina. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes*. 1 ed. (pp. 35-42). Buenos Aires, Argentina: Del Signo.
14. \_\_\_\_\_ (2005) *Chile: Breve reseña de la nueva Ley sobre responsabilidad penal juvenil chilena*. Revista General de Derecho Penal, 4. Granada, España.
15. \_\_\_\_\_ (2006a). *Ley N.º 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes*. Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile (Nº2). Santiago, Chile
16. \_\_\_\_\_ (2006b). Comentario a la ley de responsabilidad penal adolescente. En: UNICEF (Ed.) *Revista Justicia y Derechos del niño* (Nº8), pp. 105-113
17. \_\_\_\_\_ (2007). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. En: UNICEF (ed.) *Justicia y Derechos del Niño*. (Nº9), pp. 125-143.
18. \_\_\_\_\_ (2008). *Consideraciones para la aplicación del Criterio de Idoneidad en la Determinación de las sanciones en el derecho penal del adolescente chileno*. Documento de trabajo N°13. Unidad de defensa penal juvenil. Santiago, Chile: Defensoría penal pública.
19. Couso Salas, J. y Duce Julio, M. (2012). *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago, Chile: LOM Ediciones.
20. Couso Salas, J. (2012). La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº38), pp. 267-232

21. \_\_\_\_\_ (2007). Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil En: UNICEF (Ed.) *Justicia y Derechos del Niño*. (N°9), pp. 219-232.
22. Díaz-Muñoz Bagolini, A. (2013). Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las leyes 19.970 y 20.084. *Revista de Estudios de la Justicia* (N°19), pp. 161-174
23. Etcheberry Orthusteguy, A. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. 3° ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
24. Eyzaguirre Baeza, C. (1991). *Leyes Cumplido: Análisis jurídico de la Ley No. 19.047 que modifica diversos textos legales a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas*. 1° Ed. Santiago, Chile: editorial Ediar
25. Henríquez Viñas, M. (2008). Jerarquía de los tratados de Derechos Humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. En: *Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*. Año 6 (N°2), pp. 73-119.
26. Henríquez Viñas, M. y Núñez Leiva, J. (2016). El control de Convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? En: *Revista Boliviana de Derecho* (N°21), pp. 326-339.
27. Hernández Basualto, H. (2007). El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito". *Revista de Derecho (Valdivia)*, (N°20, vol.2), pp. 195-217.
28. Horvitz Lennon, M. (2006). Determinación de las sanciones juveniles en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. *Revista de Estudios de la Justicia* (N°7), pp. 97-119
29. Maldonado Fuentes, F. (2011). Determinación de la pena y concurso de delitos en la Ley 20.084. En: *Informes en derecho. Estudios de Derecho penal juvenil II. Centro de documentación de la Defensoría Penal Pública*, pp. 169-238
30. Mañalich Raffo, J. (2005). El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el derecho penal de Puerto Rico". En: *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (vol. 74), pp. 1021-1211
31. \_\_\_\_\_ (2011). El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno. En: *Revista de Estudios de la Justicia* (N°15), pp. 139-169
32. Matus Acuña, J. (2008). Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley N°20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. En: *Ius et Praxis* (Vol.14 N°2), pp. 525-559

33. \_\_\_\_\_ (2015). *¿Hacia un nuevo Código Penal? Evolución histórica de la legislación penal chilena desde 1810 hasta nuestros días*. 1° ed. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing.
34. Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 7°Ed. Barcelona, España: Reppertor.
35. Nash Rojas, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
36. \_\_\_\_\_ (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (Vol. XIX) pp. 489-509
37. Nogueira Alcalá, H. (2012). El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010. *Revista Chilena de Derecho*. (Vol. 39), pp. 149-187
38. \_\_\_\_\_ (2014). *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. Ciudad de México, México: Editorial Ubijus.
39. Novoa Monreal, E. (2005). *Curso de Derecho Penal chileno*. 3° Ed. Santiago, Chile: editorial Jurídica de Chile
40. Núñez Ojeda, R, y Vera Vega, J. (2012). Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno. *Política Criminal*. (Vol. 7. N°13), pp. 168-208.
41. Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Abreú y Courtis (Comp.) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Argentina: editorial Puerto-CELS.
42. Silva Abbott, M. (2016). Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales* (Vol. 14, N° 2), pp. 101-142.
43. Tiffer Sotomayor, C. (2011). La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil". En: *Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil II. Centro de documentación Defensoría Penal Pública N°2*, pp. 11-43
44. Villegas Diaz, M. (2008). Juventud, pobreza y marginalidad. La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en Chile y su inadecuación a los Tratados Internacionales. En Portal

Iberoamericano de las Ciencias Penales, [www.cienciaspenales.net]. [consultado el 26/07/2017]

### **Tesis de pregrado**

1. Inostroza Oñatt, A. (2016). *Nuevas figuras típicas en conformidad a ley 20.813 que modifica la ley 17.798 sobre control de armas*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile
2. Núñez Donald, C. (2014). *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile
3. Rojas Acuña, J. (2017). *Historia de las modificaciones a la ley sobre control de armas hasta el año 2015*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.
4. Alvarado Parra, E. y Herrera Quezada, J. (2017). *Análisis crítico del Control de Convencionalidad en Chile: fundamentos teóricos y practica jurisprudencial*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.
5. Maldonado Carvajal, A. (2016). "Bases normativas y aplicación jurisprudencial de las garantías penales juveniles en Chile, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

### **Otros documentos**

1. Acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública. (Acuerdo). (2007). Disponible en: [https://www.emol.com/especiales/acuerdodeseguridad/Acuerdo\\_Seguridad\\_publica.pdf](https://www.emol.com/especiales/acuerdodeseguridad/Acuerdo_Seguridad_publica.pdf) [Fecha de consulta: 08 de diciembre de 2018]
2. Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional (Comité). (1989). *Observación General N°17*. 35° periodo de sesiones.
3. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). (2005). *UNICEF manifiesta su preocupación frente a la aprobación de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes*. En: sitio web oficial de UNICEF <http://unicef.cl/web/unicef-manifiesta-su->

preocupacion-frente-a-la-aprobacion-de-la-ley-de-responsabilidad-penal-de-los-adolescentes/ [consultado el 25/07/2018]

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1999b). *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consultar en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva N°16 (OC-16/99)
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*.
6. Comité de los Derechos del Niño (ComDN). (2007b). *Los derechos del niño en la justicia de menores*. Observación General N°10. CRC/C/GC/10.
7. Comité de los Derechos del Niño (ComDN). (2007a). *Examen del segundo informe periódico presentado por Chile*. CRC/C/CHL/CO/3.
8. Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas (ComDN). (2013). *Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial*. Observación General N° 14.
9. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH). (2011). *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. Washington, Estados Unidos.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad*
11. Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI). (2017). *Decálogo iberoamericano sobre justicia juvenil restaurativa*. Comisión Iberoamericana de Mecanismos Alternativos, Restaurativos de Resolución de Conflictos y Terapéuticos: Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol.

### **Historia de la Ley**

1. Historia Fidedigna de la Ley N°17.798 [En línea]. 21 de octubre, 1972. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/2450/>> [consulta: 05 de diciembre de 2018]
2. Historia Fidedigna de la Ley N°20.014 [En línea]. 07 de noviembre, 2005. <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5593/>> [consulta: 10 de noviembre de 2018]
3. Historia fidedigna de la Ley N°20.061. [En línea]. 10 de septiembre, 2005. <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5559/>> [Consulta: 10 de diciembre 2018]

4. Historia Fidedigna de la Ley N°20.084 [En línea]. 07 de diciembre, 2005. < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/>> [Consulta: 5 de octubre 2018]
5. Historia Fidedigna de la Ley N°20.191 [En línea]. 02 de junio, 2007. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5357/>> [Consulta: 10 de octubre 2018]
6. Historia Fidedigna de la Ley N°20.813 [En línea]. 06 de febrero, 2015. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/3960/>> [Consulta: 02 de noviembre 2018]

## Jurisprudencia

### Tribunal Constitucional

Rol	Caratulado	Fecha	Página
786-07	Requerimiento presentado por un grupo de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del artículo único, número 3º, del proyecto de ley modificatorio de la Ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N°1 del citado cuerpo legal.	13.06.2007	58
2.493-13	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano respecto del artículo 5º, numerales 1º, inciso primero, y 3º del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11463-2013, RUC N°1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.	06.05.2014	90
3.327-17	Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Oscar Maldonado Pérez respecto del inciso segundo del artículo 1º de la Ley N°18.216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley N°17.798, en el proceso penal RUC 1600317376-7, RIT 746-2016, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Coronel.	18.07.2017	90 y 91

### Corte Suprema

Rol	Caratulado	Fecha	Página
4183-07	Judith Sepúlveda Acevedo	13.09.2007	90
288-12	C/Conrado Sesnic Guerricabeitia, Hugo González	24.05.2012	88
4760-12	Contra Kevin Vilches Cabrera.	31.07.2012	80
4419-13	C/ Max Alexander Oñate Salas	17.09.2013	19 y 80
9931-13	Loyola Lara Julia Del Carmen / Isapre Cruz Blanca SA	25.08.2014	95
27.543-16	Juan Escobar Zepeda (Fuerza Aérea de Chile Contra Bachelet y Otros)	03.10.2016	95
92.904-16	Juan Francisco Fuentealba Ortiz, Pablo Fernando Aravena Grandon con Municipalidad de Tome.	06.04.2017	91
120-17	Tejeda/Hospital Regional Rancagua	15.05.2017	95

### Corte de Apelaciones de Temuco

Rol	Caratulado	Fecha	Página
454-12	MINISTERIO PUBLICO C/ ANTONIO LIEMPI MARILEO CATRIPI	13.06.2012	95
461-12	MINISTERI PUBLICO C/ RAMON ULICES CACERES RIQUELME	26.06.2012	95
624-12	MP C/ OSCARIN HERNAN PENA PRADENAS	31.08.2012	95
192-14	MINISTERIO PUBLICO FISCALIA CONCEPCION. C/ JORGE ENRIQUE RUIZ LARA	04.04.2014	95

### Corte de Apelaciones de Copiapó

Rol	Caratulado	Fecha	Página
127-14	MINISTERIO PUBLICO C/ PABLO ALEJANDRO SIERRA OLIVAREZ	30.05.2014	80

### Tribunal Oral en lo Penal de La Serena (Segunda sala)

Rit	Caratulado	Fecha	Página
203-16	C/ DIEGO NICOLÁS DÍAZ T	24.08.2016	96-98
331-16	C/ ALEXANDER ISRAEL GONZÁLEZ G	22.11.2016	98

**Tribunal Oral en lo Penal de Santiago (Sexta sala)**

<b>Rit</b>	<b>Caratulado</b>	<b>Fecha</b>	<b>Página</b>
817-15	C/ FRANCISCO ANDRÉS AGUILERA M	26.01.2016	99

**Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

<b>Año</b>	<b>Caratulado</b>	<b>Fecha</b>	<b>Página</b>
2003	Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 101	25.11.2003	14
2004	Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. No. 112	02.09.2004	30
2006	Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 154	26.09.2006	14-15
2006	Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas	01.02.2006	31
2014	Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 281.	27.08.2014	52

