TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
11:01:33
01-04-2022
CHILE

Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Requirente: **Jim Michaele Jara Mora**, imputado **adolescente** a la fecha de los hechos.
Norma Impugnada: Artículo 450 inciso primero del Código Penal
Ruc: 2001083036-3
Rit: 92-2021
Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, en actual conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema bajo el Rol Penal N°49.322-2021.
Gestión Pendiente: Examen de admisibilidad y posterior vista del recurso de nulidad
Imputado Privado de libertad: No.
Defensora Titular: Diana Valdés Aguayo.

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. **PRIMER OTROSI**: ACOMPAÑA DOCUMENTOS QUE INDICA. **SEGUNDO OTROSI**: SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. **TERCER OTROSI**: ACREDITA PERSONERÍA. **CUARTO OTROSI**: SEÑALA FORMA DE NOTIFICACIÓN.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JAVIER RUIZ QUEZADA, MARCELA BUSTOS LEIVA Y SEBASTIÁN UNDURRAGA DEL RIO, Abogados de la Defensoría Penal Pública, todos domiciliados para estos efectos en Av. Alameda Bernardo O´Higgins 1449, Torre 1, piso 8, Santiago, actuando en representación según se acreditará de don **JIM MICHAELE JARA MORA** cédula nacional de identidad Nº 21.191.453-K, para estos efectos del mismo domicilio, a VS. Excma., con respeto decimos:

Que, en la representación que investimos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, interponemos requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, **en contra del artículo 450 inciso primero del Código Penal**, por cuanto la aplicación concreta de este precepto legal en el proceso penal **RUC N° 2001083036-3, RIT N° 92 – 2021** del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio**, **en actual conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema bajo el Rol Penal N°49.322-2021,** seguido en contra del imputado adolescente a la fecha de los hechos **JIM MICHAELE JARA MORA**, por el presunto delito de **robo con intimidación**, contemplado en el artículo 436

inciso primero en relación con el artículo 432 del Código Penal, infringe los artículos 1° y 19, numerales 2° y 3°, de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 3°, 37°, en particular la letra b y 40 n°4 de la Convención sobre los Derechos del niño.

I. BREVE SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

1. El proceso penal seguido en contra de nuestro representado inicia con fecha 24 de octubre de 2020 en Audiencia de Control de Detención ante el Juzgado de Garantía de San Antonio. En dicha oportunidad, el Tribunal declaró la legalidad de la detención practicada el 23 de octubre de 2020, procediendo a continuación el Ministerio Público a formalizar la investigación en contra de nuestro representado como autor del delito de robo con violencia en virtud del artículo 436 inciso 1° en relación con el artículo 432 del Código Penal. Asimismo, se decretó en contra de nuestro representado la medida cautelar de internación provisoria, la cual se mantuvo hasta el día 8 de febrero de 2022.

2. Posteriormente, una vez cerrada la investigación, y con fecha 18 de febrero de 2021, el Ministerio Público formuló acusación en contra de nuestro representado en los siguientes términos:

a) Hechos: *"El día 23 de octubre de 2020, alrededor de las 14:45 horas, el acusado, junto a otro sujeto no identificado, previamente concertados para la ejecución del delito, y utilizando elementos contundentes, concurrieron hasta la joyería de nombre Pimpinela ubicada en calle Centenario Nº 71, comuna de San Antonio, donde quebraron los ventanales de vidrio del citado local comercial, ingresando a éste intimidando y amenazando a las personas que se encontraban trabajando, para luego quebrar las vitrinas donde se encontraban las joyas, sustrayendo y apropiándose de esta forma, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, de diversas especies consistentes en 46 aros de oro de 18 quilates de diferentes diseños, 11 colgantes de oro*

de 18 quilates de diferentes diseños, 7 cadenas de oro de 18 quilates de diferentes diseños y una argolla de oro de 18 quilates, y al momento de huir fueron sorprendidos por Carabineros que transitaban en la vía pública de civil, quienes detuvieron al acusado, logrando el segundo sujeto huir del lugar el que para ello golpeó con el elemento que portaba tipo combo, en la cabeza al carabinero Diego Araya Cornejo ocasionándole fractura de cráneo de carácter grave."

b) Calificación jurídica: En el libelo acusatorio, el Ministerio Público calificó los hechos como constitutivos del crimen de robo con violencia descrito y sancionado en el art. 433 N°3 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado y atribuyendo participación a nuestro representado en calidad de autor de conformidad al art. 15 N°1 del Código Penal.

c) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal: Asimismo, el ente persecutor consideró concurrentes las circunstancias agravantes del art. 12 N°16 del Código Penal -reincidencia específica- y del art. 449 bis del mismo cuerpo legal -pertenencia a agrupación delictiva- sin que concurran circunstancias atenuantes.

d) Pena solicitada: Finalmente, el ente persecutor solicitó en su libelo acusatorio la sanción de 8 años de régimen cerrado con programa de reinserción social, más incorporación de huella genética según la Ley 19.970 y condena en costas.

3. Cabe destacar que nuestro representado nació el 30 de noviembre de 2002, de forma que a la fecha de los hechos que se le imputan en la acusación (23 de octubre de 2020) tenía 17 años 11 meses, por tanto, se trataba de alguien mayor de catorce y menor de dieciocho años, haciendo plenamente aplicable a la presente causa el estatuto de responsabilidad penal de los adolescentes contemplado en la Ley 20.084 conforme a los arts. 1° y 3° de dicha ley.

4. Con fecha 29 de marzo de 2021 se lleva a cabo Audiencia de Preparación de Juicio Oral, ingresando el auto de apertura con fecha 1° de abril de 2021 al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio.

5. Luego, entre los días 30 de junio y 1° de julio de 2021 se llevó a cabo el Juicio Oral en contra de nuestro representado, comunicándose con fecha 6 de julio del presente año la sentencia condenatoria en los siguientes términos:

a) Hechos acreditados por el Tribunal: El Tribunal tuvo por acreditados, en el considerando noveno de la sentencia, los siguientes hechos:

"El día 23 de octubre de 2020, alrededor de las 14:45 horas, JIM MICHAELE JARA MORA, junto a otro sujeto no identificado, previamente concertados, y utilizando cada uno un elemento contundente consistente en un martillo tipo "combo", concurrieron hasta la joyería de nombre Pimpinela ubicada en calle Centenario Nº 71, comuna de San Antonio, donde quebraron los ventanales de vidrio del citado local comercial, ingresando JARA MORA al interior del mismo, intimidando a las personas que ahí se encontraban, para luego quebrar las vitrinas donde se encontraban las joyas, tomando diversas especies consistentes en joyas de distinta naturaleza, siendo sorprendidos en ese instante por funcionarios de Carabineros de civil, aprehendiendo uno de ellos a Jara Mora, lográndose la recuperación de las especies".

b) Calificación jurídica de los hechos acreditados: Luego, el Tribunal calificó los hechos, en el considerando undécimo de la sentencia, como constitutivos de un delito de robo con intimidación, en grado de frustrado, previsto y sancionado en el art. 436 inciso primero en relación con los arts. 432 y 439, todos del Código Penal, atribuyendo participación a nuestro representado en calidad de autor de conformidad a lo dispuesto en el art. 15 N°1 del Código Penal.

c) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal: Asimismo, el Tribunal estimó concurrente la circunstancia atenuante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos (art. 11 N°9 del Código Penal), y ninguna circunstancia agravante, rechazando en este respecto las alegaciones del Ministerio Público.

d) Determinación de la pena y aplicación del art. 450 del Código Penal: Acto seguido, en cuanto a la determinación de la pena, el Tribunal resolvió dar aplicación a la norma contenida en el art.450 del Código Penal (precepto legal

cuya inaplicabilidad se solicita), conforme a lo razonado en el considerando décimo sexto de la sentencia:

"***<u>DÉCIMO SEXTO</u>***: […] *A su turno, habiéndose determinado que el grado de desarrollo del ilícito corresponde a frustrado, deberá determinarse si, en la especie, corresponde acceder a lo solicitado por la defensa en orden a imponer la pena en grado inmediatamente inferior, conforme lo establece el artículo 51 del Código Penal o si, por el contrario, tendrá que regir lo dispuesto por el artículo 450 inciso primero del mismo cuerpo legal, norma que sanciona como consumados a ciertos delitos contra la propiedad, dentro de los cuales se incluye el robo con intimidación, desde que se encuentre en grado de tentativa.*

Para estos efectos, resulta menester tener presente que el artículo 21 de la citada ley 20084, al referirse a la determinación de las penas, hace aplicables a los menores las reglas del párrafo 4 del título III del Libro I del Código Penal, salvo el artículo 69. Luego, entre las referidas normas se encuentra el artículo 55 de dicho compendio normativo, regla que prescribe que las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes –dentro de los cuales se incluye el artículo 51 mencionado en el párrafo anterior- no tienen lugar cuando el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley. En el caso del delito del presente juicio existe una norma específica, el referido artículo 450, el que precisamente establece una disposición que prevé que los delitos que contempla esa norma desde que se encuentren en grado de tentativa, han de penarse como consumados. Por consiguiente, encontrándose los grados imperfectos, tanto de tentativa como de frustración referidos a esta clase de delitos, especialmente castigados por el legislador y, en atención a lo estatuido por el señalado artículo 55, no rige el artículo 51, siendo improcedente la rebaja en grado, debiendo imponerse el artículo 450 del código de castigo, norma que por ser especial prevalece sobre la regla general del artículo 51, por lo que no habrá de bajarse la pena en grado, castigándose el robo del presente juicio como consumado. De esta manera se ha resuelto por los Tribunales superiores de justicia, a modo ejemplar, sentencia dictada en causa ROL 3731-2020 por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel.

A mayor abundamiento, en el fallo recién citado, se estableció que, de seguir el argumento de la defensa, "no tendrán tampoco aplicación respecto de los adolescentes

las disposiciones penales que contienen tipos privilegiados, o las circunstancias atenuantes especiales, como así tampoco las que contienen reglas también particulares de autoría y participación, ni otras disposiciones de este carácter con influencia en la determinación de la sanción penal, con todo lo cual la consecuencia de facto y de iure sería la de excluir en gran medida a los adolescentes de la aplicación del Código Punitivo, efecto que por sí solo evidencia lo errado de los argumentos esgrimidos por la defensa, pues no tiene asidero legal, ni lógico, ni se compadece tampoco con la historia fidedigna del establecimiento de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente".

e) **Pena impuesta:** Finalmente, el Tribunal resolvió condenar a nuestro representado a cumplir una pena de cuatro (4) años de régimen cerrado con programa de reinserción social, como autor ejecutor del delito frustrado de robo con intimidación, previsto y sancionado en el art. 436 inciso primero en relación con el art. 432, ambos del Código Penal.

6. Luego, con fecha 16 de julio de 2021, la defensa de nuestro representado interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, fundado de forma principal en la causal del art. 373 letra a), por haberse infringido durante la realización del juicio oral el derecho constitucional a un procedimiento racional y justo, particularmente en su dimensión del derecho a la defensa; y de forma subsidiaria en la causal del art. 373 letra b) por haber incurrido el Tribunal en una errónea aplicación del derecho en la determinación de la pena, particularmente al aplicar el art. 450 inciso primero del Código Penal cuya inaplicabilidad se solicita en el presente libelo.

7. El recurso de nulidad fue concedido con fecha 19 de julio de 2021 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, ingresando a la Excelentísima Corte Suprema con fecha 21 de julio bajo el Rol Penal N°49.322-2021. **Actualmente, se encuentra la vista de la causa fijada en tabla los días martes.**

8. Cabe agregar que con el día 8 de febrero de 2022, el TOP de San Antonio desestimó la solicitud de la defensa respecto a la modificación de la medida

cautelar de internación provisoria, para efecto de que nuestro representado pudiera cursar estudios superiores. Dicha resolución fue apelada por la defensa y con fecha 14 de febrero de 2022 la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocó la resolución en alzada, dejando sin efecto la medida cautelar, para efecto de que nuestro representado pudiera comenzar a cursar sus estudios superiores.

II.-PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

Mediante la presente acción constitucional de inaplicabilidad, se impugna el artículo que a continuación se menciona:

Artículo 450 del Código Penal, el cual señala en su **inciso primero**:

"Los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa".

Este precepto es una norma jurídica de rango legal, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N° 4 de la Ley N° 17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

III.- CARÁCTER DECISIVO DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA

Es necesario, para la procedencia del presente requerimiento, que el precepto legal sea susceptible de ser aplicado en la gestión que se encuentra pendiente, es decir, que exista un efecto contrario a la Carta Fundamental que la acción constitucional de inaplicabilidad pueda evitar. Así las cosas, se exige la posibilidad y no certeza de la aplicación del precepto en la gestión pendiente, tal como lo ha expresado este Excelentísimo Tribunal Constitucional: *"para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad es suficiente la posibilidad y no la certeza plena de que el precepto legal*

impugnado sea aplicable en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha presentado[1]*"*. En la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad es muy probable que los preceptos legales impugnados sean aplicados.

Nuestro representado fue condenado por el presunto delito de robo con intimidación (art. 436 CP), y si se considera la penalidad de este ilícito (presidio mayor en sus grados mínimo a máximo y la etapa de ejecución imperfecta en la que se encuentra -**frustrado**- se aplicará necesariamente el artículo 450 de Código Penal —tal como lo hizo el TOP de San Antonio— la cual : i) impide mantener la razonabilidad en el marco jurídico aplicable al caso de mi representado; ii) eleva desproporcionadamente la pena aplicable al caso concreto; iii) obsta a que se acepte una rebaja en la sanción; y por consiguiente, en la especie, configura un tratamiento legal diferenciado que resulta contrario a la Carta Fundamental.

En caso de no acogerse el requerimiento de inaplicabilidad, en la gestión pendiente invocada, es altamente probable que la Excma. Corte Suprema, conociendo del recurso de nulidad, resuelva rechazarlo, manteniendo firme la plena aplicación del precepto legal cuestionado que ya fue utilizado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, para efecto de fundar la sentencia condenatoria y la pena impuesta a nuestro representado.

IV.- EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL

Tal como se expresó en el apartado I, el presente requerimiento incide en el proceso penal **RUC N° 1801085162-5, RIT: 92-2021 del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio** y en actual conocimiento de la **Excma. Corte Suprema** en **Rol 49.322-2021**, para que esa Corte conozca del recurso de nulidad impetrado, en representación del imputado en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, según, se acreditará en el certificado de gestión pendiente.

[1] Considerando 7° de STC de fecha 12-08-2008, Rol N°808.

Es en dicho proceso penal en el que existe la posibilidad cierta de que el precepto legal impugnado mediante la presente acción constitucional sea aplicado con infracción a la Constitución Política de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, tal como se expondrá a continuación.

El imputado adolescente Jim Michaele Jara Mora, se encuentra representado por la Defensora Penal Pública **Diana Valdés Aguayo.**

V.- FUNDAMENTO PLAUSIBLE.

La aplicación en el caso concreto de la disposición legal cuestionada implica una infracción de las normas constitucionales y suprelegales que consagran el derecho fundamental de **igualdad ante la ley y la garantía de no discriminación arbitraria, por la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y, asimismo, al derecho fundamental a un procedimiento y una investigación racional y justa.**

Cabe destacar que, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se enfatiza como derechos inherentes al adolescente reforzadamente, su interés superior, participación, el derecho a la no discriminación y al respeto y promoción de su supervivencia, desarrollo y protección. En particular los artículos 3°, 37 y 40, los últimos relativos a la reintegración del adolescente e internación como última ratio, siempre en el marco del interés superior y derecho a vivir en familia, recordando que en su calidad de menor de edad es un sujeto de especial consideración, disposiciones y principios que se ven afectados, como se verá, en el caso concreto por la aplicación del art. 450 del Código Penal.

A continuación, identificaremos las normas afectadas y nos referiremos al sentido y alcance de las disposiciones legales cuestionadas, para concluir la existencia de una infracción a los principios **de razonabilidad y proporcionalidad**.

En cuanto a la afectación al derecho fundamental a un procedimiento e investigación racionales y justos consagrados en el inciso 6° del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, este se produce en razón que la aplicación del precepto cuestionado al caso concreto determina una dramática limitación de la capacidad del juez de actuar con justicia según las características del caso y del sujeto penalmente responsable.

A.- NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE TRATADOS INTERNACIONALES QUE SERÁN INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO DEL 450 DEL CÓDIGO PENAL

A.1.- Normas constitucionales y de tratados internacionales ratificados por la República que consagran el principio de no discriminación y la igualdad ante la ley:

1.- Artículo 1° de la Constitución Política de la República.

La igualdad es reconocida como un valor constitucional básico en el inciso 1° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, en los siguientes términos: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Lo que reconoce nuestra Carta Fundamental, en términos simples, pero no menos potentes es que todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; que ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y en derechos. Como señala Humberto Nogueira: "[…] *interpretada en sentido finalista y sistemático, la igualdad importa el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones, todo lo cual exige una coherencia interna del ordenamiento jurídico*"[2].

La igualdad, considerada por la Carta Fundamental como un valor constitucional, constituye sin duda una opción ética social básica, que el Estado debe propugnar y

[2] Al respecto, Mario Verdugo Marinkovic y otros, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 108 y ss.

concretar. Constituye un objetivo fundamental para el Constituyente y prioritario para la sociedad. De allí que la igualdad, categorizada por el Código Político como un valor de tal entidad, presida el ordenamiento constitucional y los principios técnicos-jurídicos operativos, a través de los cuales se realizan los valores[3].

Cabe agregar que la igualdad no sólo se vincula con los derechos fundamentales, sino que su aplicación se expande por todo el ordenamiento jurídico en su estructura objetiva completa, expresando un canon general de coherencia. En efecto, la naturaleza jurídica del principio de igualdad ante la ley lo tipifica como una regla de interpretación aplicable, de manera general y sin excepciones, a todo el ordenamiento jurídico, a la par que sirve de sostén o soporte al derecho público subjetivo consistente en no ser objeto de tratos discriminatorios.

2.- Artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República.

En el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República se establece: *"La Constitución asegura a todas las personas* […] *2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*
Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Uno de los principios en que se cristaliza el valor constitucional de la igualdad es el de no discriminación. Tal valor es desarrollado en el artículo 19 N°2 de la Constitución el que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley: "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Este principio impone al legislador y a cualquier autoridad la obligación de no establecer diferencias en forma irracional, arbitraria e injusta. En palabras simples: la igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de los mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de razas,

[3] Ibid.

ideológicas, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal[4].

La igualdad ante la ley supone una distinción razonable, siendo la razonabilidad el cartabón o estándar en virtud del cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad. De esta forma lo ha resuelto esta magistratura al expresar que: ***"la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad***"[5].

De esta manera, para que un tratamiento desigual sea considerado discriminatorio, depende del reconocimiento de la <u>inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual</u>[6], o, en palabras del Tribunal Constitucional alemán: *"cuando para la diferenciación legal no sea posible encontrar* […] *una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible*[7]*"*.

Existirá un tratamiento discriminatorio cuando **el trato desigual adolezca de razonabilidad, es decir, cuando sea susceptible de ser calificado de arbitrario**, debiendo esta magistratura determinar si se está en presencia de una diferencia o igualación razonables o ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en

---

[4] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 25-11-1970, R.D.J. t.67, sec. 1era, P.530, citada por Humberto Nogueira en Op. Cit. P.215.

[5] Considerando 19° Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20-12-2007. En el mismo sentido STC 1254 c.46, STC 1399, c.12, STC 17232, c.49, STC 1812, c.26, STC 1951, c.15, STC 1988, C.64, STC 2014, c.9, STC 2259, C.27, STC 2386, c.13, STC 2438, c.28, STC 2489, c.18.

[6] Fernández, M.A., *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Jurídica Conosur, p.53.

[7] Citado por Fernández G., M.A., Op. Cit. P.54.

el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato.

Así las cosas, hablar de **razonabilidad** en el Derecho supone analizar si las soluciones a los conflictos de relevancia jurídica son o no "razonables", o sea, si las "razones" que hay detrás de aquéllas son o no ajustadas a la razón (…) y por ello la consecución de sus fines últimos, la justicia, de ser esta posible, y que sólo puede alcanzarse a través de aquélla, y la seguridad jurídica[8].

3.- Artículo 19 N°3 inciso 6° de la Constitución Política de la República

La Constitución en este precepto asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. En su inciso cuarto prescribe: "*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*".

Sumado a lo anteriormente dicho, la razonabilidad y la justicia son los principios y fines que permean este precepto. Es necesario que tengamos como ciudadanos la garantía de que, tanto la investigación como la sentencia sea racional y justa, lo que viene inevitablemente dado por que, al momento de pronunciarse una sentencia condenatoria, la pena impuesta se adecúe a los límites fijados por el principio de proporcionalidad, con especial consideración de los fines particulares que justifican la imposición de sanciones en materia de responsabilidad penal adolescente.

4.- Artículos 2.1, 15 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 2.1 del PIDCYP establece: *"cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin*

[8] Martínez, J.I; Zúñiga F., *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Estudios Constitucionales, Vol.9, N°1 Santiago, 2011.

distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condiciones social". Por su parte, el artículo 26 del mismo tratado señala: "*todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".*

El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por su parte establece que: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el
momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".

Con relación a este tema, el comité de Derechos Humanos – órgano de supervisión del Pacto- ha señalado que *"la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos*". Y agrega, "el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley (…) A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía prevista en el artículo 2 sino que establece en su un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que

el contenido de dicha ley no sea discriminatorio". Por último, indica el comité que "no toda diferenciación es razonable y objetiva y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del pacto[9]".

5.- Artículos 1.1, 9 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, la convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 1.1 establece: "obligación de respetar los derechos (...) 1. Los estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Y señala en su artículo 24: "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los Derechos Humanos instaurado por la OEA[10]. La Corte Interamericana, por su parte, sostuvo que "La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos"[11]. Y agregó, que "posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos"[12].

El artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone los principios de legalidad y retroactividad: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho

---

[9] Observación General N°18. No discriminación (37° período de sesiones, 1989), Comité de Derechos Humanos.

[10] CIDH, Caso 11.625, Informe N°4/01, María Eugenia Morales de la Sierra, Guatemala, 10 de enero de 2001, publicado en OEA/Ser/L/V/II.111 Doc.20 Rev., 16 de abril de 2001, párr. 36.

[11] Opinión Consultiva OC 18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

[12] Ibid., párr. 88.

aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Por otro lado, de la definición de discriminación, los organismos internacionales de derechos humanos han entendido que no habrá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente. La distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma[13]. Es por ello que la Corte ha establecido, al igual como lo han hecho otros organismos y tribunales internacionales[14], que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por si misma, de la dignidad humana"[15].

En este sentido, la Corte advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"[16], pues existen ciertas desigualdades de hecho que puede traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe el principio de no discriminación. Al respecto, la Corte estableció que "no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir

---

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párr. 47.

[14] El Comité Internacional de Derecho Humanos ha señalado en el mismo sentido: "Una diferenciación basada en criterios objetivos y razonables no reviste el carácter de discriminación prohibida en los términos del artículo 26". CDH, Caso Brocks contra los Países Bajos, Comunication No. 172/1984, opinión adoptada el 9 de abril de 1987, Informe de Comité de Derechos Humanos 1987, Doc. De la ONU A/42/40, Anexo VIII B., 139.

[15] Corte IDH, Opnión consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 55.

[16] Ibid.

fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"[17].

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido que una distinción es permisible cuando concurren dos elementos: 1) el tratamiento diferenciado persigue un fin legítimo, y 2) existe una relación razonable entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido[18].

En síntesis, para identificar un trato discriminatorio, por lo tanto, es necesario comprobar una diferencia en el trato entre personas que se encuentren en situaciones suficientemente análogas o comparables y que las distinciones de tratamiento sean contrarias a la justicia, la razón o a la naturaleza de las cosas y que no guarden una conexión proporcional entre las distinciones y los objetivos de la norma.

6.- Artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. El principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

El principio del interés superior del niño (niñas y adolescentes) se encuentra consagrado en los siguientes términos: "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

De acuerdo a lo que ha establecido el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General N° 14, el interés superior del niño es un concepto triple en cuanto es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.

En cuanto derecho sustantivo, el niño, niña o adolescente tiene el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta

[17] Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84, supra nota 16, párr. 57.
[18] Corte EDH, Caso Pretty contra el Reino Unido, supra nota 39, párr. 88.

al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión que lo afecte a él, a un grupo de NNA concreto o a los niños, niñas y adolescentes en general. En esta calidad, el interés superior tiene aplicación directa e inmediata y puede invocarse ante los tribunales.

Como principio jurídico interpretativo fundamental, el interés superior del NNA determinará que una disposición jurídica que admita más de una interpretación debe ser interpretada de la manera que más efectivamente le satisfaga. La interpretación que se haga en el caso concreto debe demostrar la relación de causalidad entre esta y el interés superior del niño, de modo que no bastará una motivación abstracta de la sentencia.

Finalmente, el interés superior del NNA como norma de procedimiento significará que su evaluación y determinación requieren de garantías procesales y que las decisiones deben indicar cómo se ha determinado y ponderado el interés superior en el caso concreto. En esta dimensión, el interés superior del NNA es "semejante a un derecho procesal que obliga a los Estados Partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño"[19]. Las garantías procesales descritas no serán suficientes, en todo caso, si quienes llevan adelante el proceso de toma de decisiones no cuentan con la capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y la protección efectiva de los derechos de estos.

7. Artículo 40.3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Principio de especialidad en el juzgamiento de jóvenes infractores de ley.

En este precepto, la Convención establece que "*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* […]".

[19] Observación General N°12 (2009), "El derecho del niño a ser escuchado" (51° período de sesiones, 25 de mayo a 12 de junio de 2009", Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, párr. 70.

Este mandato ha sido reforzado por la opinión que sobre la materia ha elaborado el Comité de Derechos de Niño, el que ha señalado en su observación Nº 10, que "los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como en sus necesidades emocionales y educativas. Estas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflicto con la justicia. **Estas y otras diferencias justifican la existencia separada de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños"[20].**

En este mismo sentido las **Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), Regla Nº 2.3**: "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".

También encontramos este principio en las **Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, directriz 52: "**Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes".

Este principio no sólo viene a reforzar la consagración de los derechos humanos en relación al tratamiento punitivo, sino que una revisión de instrumentos generales que se refieren a la materia permite identificar que también se trata de un derecho reconocido con la misma fuerza en ese nivel.[21]

8. Artículo 40.4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Principios de proporcionalidad y bienestar del menor.

[20] Observación General N°10 (2007), "los derechos del niño en la justicia de menores" (44° período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 2007", Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, párr. 10.

[21] Couso J., Duce M., Juzgamiento Penal de Adolescentes, Edit. Lom, año 2013, p. 49.

Dicho artículo establece:

"Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades 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."

9. Artículo 37 b) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de un niño.

El artículo señalado establece:

"Los Estados Partes velarán por que:

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."

10. Artículo 40.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Finalidad resocializadora de la pena.

Este artículo reza:

"Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera 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."

A.2.- Norma constitucional que consagra el principio de proporcionalidad:

El principio de proporcionalidad y, especialmente, el principio de proporcionalidad de las penas, se puede reconocer en nuestro ordenamiento constitucional, como garantía del derecho a un procedimiento racional y justo establecido en el inciso sexto del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

En efecto, el principio de proporcionalidad de las penas es definido como adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental. Esta disposición asegura a todas las personas "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral"[22].

Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho: "El principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones (…), ha de determinar la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos "[23].

En el ámbito de determinación de la pena, la proporcionalidad es un cálculo de ponderación en el proceso de aplicación de la pena. Esto, colisiona con un criterio de rigidez legal al que los jueces pudieran estar sometidos. Como se explicará, en el

[22] En este sentido, Aldunate Lizana, E., Derechos Fundamentales, Legal Publishing, 2009, pp. 205 y 206.
[23] SCS ROL N°5019-2006.

caso sub lite, de aplicarse los preceptos impugnados, la Excma. Corte Suprema en el conocimiento del recurso de nulidad interpuesto por la defensa de nuestro representado verá severamente limitada su capacidad jurisdiccional de actuar con justicia según las exigencias constitucionales del justo y racional procedimiento.

B. ARTÍCULO 450 INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL, CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA.

El artículo 450 del Código Penal dispone: *"Los delitos a los que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa".*

La disposición recién citada altera las normas generales de punibilidad de la tentativa y la frustración establecidas en los artículos 50 y 51 del Código Penal, buscando igualar las penas aplicables a todos los delitos consumados de robo con violencia o intimidación en las personas, robo con sorpresa y robo en lugar habitado, sin tener en consideración el grado de desarrollo del delito o *iter criminis*. Considerando que las penas establecidas para estos delitos ya poseen una penalidad alta -en referencia a otros delitos que afectan bienes jurídicos más importantes como los delitos contra la vida- es de esperar que parte de la jurisprudencia y amplia doctrina critiquen esta disposición, argumentando que es injustificada e inconveniente.

Garrido Montt señaló que "*esta regla no es conveniente porque altera los principios generales que rigen la aplicación de las penas, y desde una visión política criminal resulta inefectiva en cuanto a su eficacia. De otro lado, su aplicación práctica, trae aparejadas situaciones de evidente desequilibrio en cuanto a las sanciones; sistemas como el señalado debería quedar, en cuanto a su aplicación, entregados a la apreciación del tribunal que está en condiciones de valorar las circunstancias reales de cada caso*".[24]

[24] Garrido Montt, Derecho Penal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, p.253.

Por otra parte, Jorge Mera ha afirmado que las alteraciones, por regla general, que pueda hacer la ley a la graduación de tentativa y frustración vulneraría el principio de proporcionalidad[25].

Es más, si se analiza el artículo 450 sin considerar el caso particular se podría deducir que establece una situación que infringe la normativa constitucional, en efecto, se salta el principio de tipicidad que consagra la pena más gravosa frente al hecho objetivo que el delito no se consumó, situación que claramente dista de la realidad objetiva la cual debe ser el ámbito de aplicación del derecho sustantivo por el Juez de la causa[26]. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago[27] apoya esta teoría al señalar que "no puede ignorarse el esquema según el cual las penas que la ley contempla para las conductas que describe lo son siempre y cuando éstas se encuentren consumadas. Otros grados de desarrollo del iter criminis se castigan únicamente en la medida en que armonicen con lo que el ordenamiento ha expresamente conceptualizado como frustración o tentativa. En estos eventos, ha sido el propio legislador el que ha determinado una penalidad distinta a la que prevé para el ilícito finito".

C. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES

Los niños, niñas y adolescentes constituyen un grupo que requiere especial protección en relación con su grado de vulnerabilidad dentro de la sociedad, lo que ha originado una normativa especial en derechos humanos que tiene como finalidad precisamente el reforzamiento de los derechos y garantías internacionalmente reconocidos a todas las personas, y atendiendo las características y condiciones diferenciadas y propias a su categoría etaria.

---

[25] Mera Figueroa J., Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1998, p.100.

[26] Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de fecha 3 de agosto de 2006, RIT 30-2006.

[27] Sentencia ROL 8173-03 del 13 de mayo de 2003.

El artículo 10 N° 2 del Código penal exime de responsabilidad a los menores de 18 años, no obstante nos reconduce a un sistema penal especializado para adolescente cuyo origen como modificación legal se basó principalmente en que "la antigua *legislación de menores, en no pocas materias, entraba en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneraban estos cuerpos jurídicos*, por tanto entre sus objetivos se pretendió adecuar la normativa interna *considerando 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, además de estudios realizados por* otros *organismos internacionales de DDHH*"[28].

En definitiva, según indica Couso, "*en general, la doctrina y la normativa internacional le otorgan al sistema penal de adolescentes un vínculo simultáneo con tres finalidades: la protección de bienes jurídicos —en términos político-criminales, formulada generalmente como reducción del delito o de la reincidencia—; un estatuto de garantías frente a la persecución penal estatal, y la protección del desarrollo e integración social de los adolescentes. En el ámbito de la finalidad de las sanciones, se utilizan conceptos como integración social o readaptación social, que se vinculan con lo que en doctrina se denomina prevención especial positiva o resocialización.*"[29].

Un esfuerzo reciente de la doctrina iberoamericana por realizar un análisis detallado y una acabada propuesta en materia de responsabilidad penal adolescente se encuentra en el libro "Proporcionalidad de la Sanción Penal de Adolescentes: Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica", el cual propone, entre otros, los siguientes principios rectores y que deben ser asegurados en los sistemas de justicia juvenil:

[28] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

[29] Couso, Jaime; Cabrera Martín, Myriam; Cillero Bruñol, Miguel en Proporcionalidad de la Sanción Penal de Adolescentes. Estudio Comparado y Estándares Comunes para Iberoamérica. Editorial Legal Publishing, 2021.

a) Legalidad de la sanción, igualdad de trato y certeza jurídica: rol de los principios y reglas legales: entre otras cosas, los autores señalan que "la aplicación efectiva del principio de legalidad de la sanción debe asegurar igualdad en el trato proporcionado a diversos adolescentes frente a situaciones equivalentes y una certeza jurídica que permita razonablemente predecir la intensidad de la sanción que arriesga un adolescente al perpetrar determinado tipo de delito"[30].

b) Justicia y adecuación de la sanción en el caso individual: sobre este respecto, los autores comentan que "sin perjuicio de la necesidad de que la ley enmarque la actividad jurisdiccional de determinación de la sanción penal de adolescentes, debe entregarse a los tribunales competencia para que valoren las circunstancias que diferencian el caso particular de los demás de su clase porque disminuyen la culpabilidad individual del adolescente."[31]

c) Interés superior del adolescente: Sobre este punto, los autores comentan: "El principio del interés superior del niño tiene una importante función que cumplir en la justicia juvenil, elevando en términos relativos la prioridad que, ante la innegable colisión de intereses presente en los conflictos de naturaleza criminal, debe asignarse a los intereses propios de las y los adolescentes acusados o condenados por un delito.".[32]

d) Tramos de penalidad y criterios flexibles: "Con el objeto de dar concreción al principio de que la privación de libertad debe utilizarse tan solo como último recurso (exigencia de excepcionalidad) y por el más breve tiempo posible (exigencia de brevedad), la ley debe fijar tramos (o escalas) de penalidad, u otro tipo de reglas apropiadas, que gradúen la intensidad de la sanción tanto a la gravedad del injusto penal como a la de la culpabilidad del autor del delito."[33]

Como se puede apreciar, el principio de proporcionalidad en materia de responsabilidad penal adolescente juega un rol fundamental, siendo una de sus

[30] Ibid.
[31] Ibid
[32] Ibid
[33] Ibid

dimensiones la necesaria proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito, donde los autores resaltan la importancia de poner un mayor énfasis en la culpabilidad por sobre otros factores, como la gravedad objetiva del delito o la magnitud del daño ocasionado.[34] Así, señalan los autores que "ello debe llevar a atribuir un menor desvalor a conductas cuya lesividad objetiva no puede ser suficientemente comprendida por adolescentes sin la experiencia o conocimientos requeridos, o cuyas especiales exigencias subjetivas no se encuentran presentes en un comportamiento presidido por otro tipo de motivaciones, típicas de los adolescentes. Y también debe llevar a reconocer menor culpabilidad cuando el delito es perpetrado en una situación que, a un adolescente con mayor frecuencia que a un adulto, puede llevarlo a delinquir."[35]

Como se verá, la aplicación del artículo 450 inciso primerp del Código Penal y sus consecuencias pugnan con los principios que inspiran nuestro régimen de responsabilidad penal adolescente y que encuentran arraigo en normas tanto constitucionales como convencionales.

Al respecto, podemos adelantar que e**l artículo 24 letra b) de la Ley 20.084, contempla el grado de ejecución del delito dentro de los factores a considerar para la determinación de la pena:**

> "Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. 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:
>
> […]
>
> b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y **el grado de ejecución de la infracción".**

Lo anterior resulta particularmente relevante si consideramos que el legislador ha establecido fines diferenciados y especiales para la pena en materia de responsabilidad penal adolescente, fines que se ven distorsionados por la aplicación

[34] Ibid
[35] Ibid

del art. 450 inciso primero del Código Penal en el caso concreto, como veremos más adelante.

VI.- LA FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA, EN ABSTRACTO, INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DE TRATADOS ANTES REFERIDAS

La aplicación del artículo 450 del Código Penal infringe las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales de tal manera que afecta los principios de proporcionalidad, igualdad y razonabilidad y, en materia de responsabilidad penal adolescente, además el principio del interés superior del adolescente consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los derechos del niño, el principio del juzgamiento especializado para infractores de ley menores de edad según el artículo 40 de la Convención, el principio de proporcionalidad y bienestar del menor, el principio de la privación de libertad como medida de último recurso artículo 37 letra b de la Convención y el principio del fin resocializador de la pena.

Lo anterior se retrata en la siguiente tabla en donde, en primer lugar, se muestra la pena del delito de robo con intimidación frustrado según un régimen considerado "común", es decir, sin aplicación del artículo 450 del Código Penal. Luego, podemos observar la pena de este mismo delito bajo las reglas de determinación de la pena de la responsabilidad penal adolescente el cual quedaría en el tramo establecido en el artículo 23 Nº 3 de la Ley 20.084, ya que al encontrarnos bajo el amparo de la ley 20.084, las reglas aplicables a la determinación de la sanción penal están contenidas en el párrafo 5° de la ley 20.084 (artículos 20 al 26), y en virtud de la remisión contenida en la regla del artículo 21 de dicho cuerpo legal, en el párrafo IV del Título II del Libro I del Código Penal, a excepción del artículo 69 del Código Penal.

La sanción penal que debe imponerse a un adolescente que sea culpable de la realización de un hecho punible se determina por medio de un mecanismo complejo, estructurado en dos etapas sucesivas, que llamaremos "niveles de determinación de la sanción penal juvenil". El primero de estos niveles está destinado a establecer 1)

la extensión temporal de la sanción penal juvenil que será impuesta y en función de dicha duración y 2) las sanciones penales juveniles aplicables a la infracción cometida, que son de naturaleza considerablemente disímil. El segundo nivel de determinación tiene como propósito establecer cuál es la sanción penal juvenil especifica que se impondrá al condenado, de entre aquellas que resultan aplicables conforme al primer nivel de determinación. Este segundo nivel, que es conocido como "individualización" de la pena, está destinado a la fijación de la pena concreta que se impondrá al joven infractor, la que está informada por criterios político-criminales establecidos expresamente en la ley 20.084. La determinación de la pena en su segundo nivel impone al juez o tribunal un deber de fundamentación altamente exigente[36].

Ahora bien, si se aplica el artículo 450 del Código Penal, se modifica el tramo de penas posibles a aplicar. El marco penal abstracto del cual partiríamos sería el de presidio menor en su grado máximo, por tanto, de acuerdo al artículo 23 de la Ley 18.024 corresponderían las siguientes penas: (i) internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, (ii) libertad asistida en cualquiera de sus formas y (iii) prestación de servicios en beneficio de la comunidad

Para la confección de la tabla, se han tenido en especial consideración las siguientes normas de determinación de la pena en materia de Responsabilidad Penal Adolescente contenidas en la Ley 20.084:

"Artículo 21.- Reglas de determinación de la extensión de las penas. 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".

[36] RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE (2019). Lopez Reyes, Mauricio. Ediciones DER, Santiago de Chile, p. 97.

"Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. 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.

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."

"Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. 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:

a) La gravedad del ilícito de que se trate;

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

c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;

d) La edad del adolescente infractor;

e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y

f) 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."

Delito	**Marco penal sin aplicación 450 Código Penal**	**Marco penal agravado con aplicación del Art. 450 del Código Penal**
Robo con intimidación consumado.	Art. 436 CP: Penado con **presidio mayor en sus grados mínimo a máximo (5 años y 1 día a 20 años)**	No aplica.
Robo con intimidación frustrado.	Art. 51 del CP: **A los autores de crimen o simple delito frustrado** y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, **se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito**. En consecuencia, sin aplicar el art. 450 del Código Penal, **el marco penal se reduciría a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.** **(5 años a 15 años)**	ART. 450 del CP: Los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. En consecuencia, **se mantiene el marco penal abstracto de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo.** **(5 años y 1 día a 20 años)**

Robo con intimidación frustrado con concurrencia de una circunstancia atenuante (como en el presente caso)	Art. 68 inciso segundo CP: Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, **no aplicará en el primer caso el grado máximo** ni en el segundo el mínimo. En consecuencia, el marco penal se reduce a **presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.** **(3 años y 1 día a 10 años)**	Art. 68 inciso segundo CP: Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, **no aplicará en el primer caso el grado máximo** ni en el segundo el mínimo. En consecuencia, el marco penal se reduce a **presidio mayor en su grado mínimo a medio.** **(5 años y un día a 15 años)**
Régimen de responsabilidad penal adolescente (RPA): robo con intimidación consumado	Aplicando la rebaja en un grado al mínimo de las penas conforme al art 21 Ley 20.084: **marco penal abstracto es presidio menor en su grado máximo.** **(3 años y un día a 5 años)**	**No aplica.**

RPA: Robo con intimidación frustrado	Art. 51 del CP: **A los autores de crimen o simple delito frustrado** y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, **se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito**. En consecuencia, sin aplicar el art. 450 del Código Penal, **el marco penal se reduciría presidio menor en su grado medio.** **(541 días a 3 años)**	Si se aplica por especialidad el art. 450 y no se aplica el 51, marco penal abstracto es de **presidio menor en su grado máximo.** **(3 años y un día a 5 años)**
RPA: Robo con intimidación frustrado con una circunstancia atenuante (como en el presente caso)	Art 67, inciso 2do CP: Si concurre sólo una **circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum y en el segundo en su máximum**. En consecuencia, deberá aplicarse el *mínimum*, es decir 541 a 818 días, por lo que las alternativas de pena	Art 67, inciso 2do CP: Si concurre sólo una **circunstancia atenuante o sólo una agravante, la aplicará en el primer caso en su mínimum y en el segundo en su máximum** En consecuencia, el deberá aplicarse el *mínimum*, es decir 3 años y un día a 1461 días, por lo que las alternativas de pena que ofrece nuestro legislador

	que ofrece nuestro legislador respecto a ese rango están contenidas en el artículo 23 N° 3 de la LRPA, en el que se dispone: i)internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, ii) libertad asistida en cualquiera de sus formas y iii) prestación de servicios en beneficio de la comunidad.	respecto a ese rango están contenidas en el artículo 23 N° 2 de la LRPA, en el que se dispone: i) internación en régimen cerrado con programa de reinserción social ii) internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social iii) libertad asistida especial

Tal como se muestra en la tabla anterior, no es posible señalar que exista proporcionalidad ni razonabilidad cuando la aplicación del art. 450 del Código Penal nos sitúa en el tramo del artículo 23 Nº 3 de la Ley 20.084, el cual contempla la sanción más gravosa del estatuto de responsabilidad penal adolescente que es la de régimen cerrado con programa de reinserción social.

Como es posible apreciar, si se aplica a la justicia especializada adolescente una norma de determinación de la pena contemplada en el régimen común —para adultos— en el Código Penal, esta termina por tergiversar el especialísimo régimen de sanciones adolescentes, toda vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del adolescente, al contrario, va directamente contra dicho principio y los fines resocializadores de la pena referidos a la justicia de infractores adolescentes, pues se trata de una ficción jurídica imposible de comprender para un menor de edad y que no refleja la entidad de la lesividad en relación al grado de

desarrollo del delito, por lo que malamente puede ser beneficioso para los intereses del joven y su adecuada reinserción social.

También, al aumentar esta ficción jurídica inmediatamente los grados de la penalidad, es posible apreciar que quedamos en un tramo que contempla las dos penas privativas de libertad en materia penal adolescente, dejando sólo en su mínimo la más gravosa de aquellas en libertad, por lo que claramente atenta contra el principio de *ultima ratio* de la privación de libertad de los menores de edad infractores de ley penal. Sobre este punto, señala Couso que *"la decisión judicial que más sensible resulta desde el punto de vista de la exigencia de proporcionalidad entre la severidad de la sanción y gravedad del delito es la de si se debe castigar un delito con una sanción de encierro o con otro tipo de sanción."*

VII.- LA FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES CUESTIONADAS EN EL CASO CONCRETO, INFRINGEN LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y DE TRATADOS ANTES REFERIDAS.

El problema en el presente caso se suscita particularmente porque se aplicó en la sentencia definitiva, la cual debe ser revisada aún por la Corte Suprema, el artículo 450 del Código Penal, de forma que el aumento de la pena es gravoso, afectando particularmente en este caso los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

1.- Infracción al principio de igualdad, por estar ante una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar. Diferencia que carece de fundamentos razonables y objetivos.

El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una

determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 19 Nº2 de la CPR, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que queda calificar de arbitrarios o carentes de justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, **son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables**, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

Cabe destacar que la pena, en materia de responsabilidad penal adolescente, tiene ciertas finalidades especiales y diferenciadas, cuestión que resulta de suma relevancia por cuanto dichas finalidades fijan el estándar de razonabilidad de las diferencias de trato que pueda hacer el legislador. Así, dichas finalidades están establecidas en forma clara en el art. 20 de la Ley 20.084 al señalar que "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". Dichos principios de proporcionalidad, integración social y la finalidad socio-educativa de la pena, asimismo, se relacionan principalmente con el principio rector que regula esta materia contemplado en el artículo 2 de la Ley en cuestión, esto es, el interés superior del adolescente.

En este caso, el juicio de igualdad se relaciona con la aplicación art. 450 del Código Punitivo, puesto que el sistema de determinación de la sanción adolescente se aplicará sin tener en consideración las rebajas en grado a las que obligan los artículos 51 y 52 del código penal, sancionándolo -a pesar de contar con una ejecución imperfecta- de la manera más gravosa posible. En el caso concreto, estamos

hablando de sancionar a una persona con 4 años de régimen cerrado con programa de reinserción social y,, sin la aplicación de esta norma, esta sanción privativa total de libertad y la más gravosa que existe en el sistema de responsabilidad penal juvenil, no podría ser aplicada, siendo la máxima sanción posible, una internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

De esta forma, aplicando criterios que informan sobre el juicio de igualdad, es posible afirmar, en primer lugar, que la diferenciación efectuada por el legislador **no posee una base objetiva ni una justificación razonable en el caso concreto de mi representado**. Puede concluirse, por tanto, que el legislador ha establecido una diferencia entre situaciones iguales –afectación al bien jurídico propiedad- respondiendo el más gravoso régimen de determinación de pena a la comisión de delitos que afectan el mismo bien jurídico protegido.

Lo anterior configura claramente una diferencia injustificada de trato entre personas que se encuentran en una situación similar. En efecto, estas se presentan con un efecto discriminador en perjuicio de mi representado, sin que exista una razón reconocida como relevante, razonable y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado como propio de un Estado democrático de derecho, que permita tener como tolerable la distinción que en la práctica se efectúa. De tal modo, el trato desigual antes denunciado, deviene en arbitrario pues, como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, se trata de una diferenciación o distinción **que aparece** "como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable"[37].

2.- Infracción al principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad ha sido identificado por la doctrina[38] y jurisprudencia con el concepto de prudencia. Más aún, se ha entendido que la justicia depende de la *prudentia,* virtud intelectiva que implica *"saber lo que conviene o no conviene hacer"*.

[37] STC de 318/01/2008, C.20°, Rol N°811-2007.
[38] Martínez, J.I; Zúñiga F., Op.Cit.

En este sentido, parece fundamental controlar que el ejercicio de regulación, complementación o limitación de los derechos se haga respetando los límites materiales de éstos. En efecto, el control de constitucionalidad es una de las herramientas más importantes para controlar la observancia de aquellas exigencias. Este control apunta entonces, a determinar si existe o no correspondencia entre el ejercicio de la potestad normativa y el fin perseguido por ésta: *"esa correspondencia involucra, de una parte, que el acto normativo sea efectivamente la vía idónea para conseguir el fin, y, de otra, que las regulaciones, complementaciones o, en su caso, limitaciones al ejercicio de los derechos, sean razonables"*[39]. Así las cosas, un control de constitucionalidad implica necesariamente un juicio de razonabilidad, al punto que *"ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad"*[40].

Tal como se ha señalado, en el Art. 19 N°2, junto con reconocer la igualdad ante la ley, se prohíbe establecer diferencias arbitrarias, exigiendo por tanto, implícitamente razonabilidad a cualquier diferenciación que se efectúe. En el caso concreto y según los términos recién mencionados, cabe cuestionarse: ¿es "razonable" aplicar el artículo 450 del Código Penal en un proceso penal seguido ante una persona que supuestamente comete el delito de robo con intimidación en grado de frustrado, significando aumentar la pena arriesgada a una sanción privativa total de libertad y la más gravosa en el sistema penal adolescente? ¿Es "razonable", en el caso concreto, obviar el grado de frustración en que se encuentra la comisión del delito y considerarlo como consumado? En este sentido Fernández ha señalado que la verificación de la razonabilidad es un "juicio de igualdad", lo que conlleva el examen de proporcionalidad de la actuación pública[41].

La vulneración al estándar de razonabilidad es aún más notoria al tratarse de un imputado adolescente, pues los fundamentos que pudieren haber existido para intensificar la reacción punitiva en la forma en que lo hace el art. 450 del Código Penal, se vuelven aún más débiles a la vista de los principios especiales que rigen el

---

[39] Ibid.

[40] Haro, Ricardo (2001), La razonabilidad y las funciones de control, Ius et Praxis, Talca, v.7 N°2 p. 180.

[41] Citado por Fernández G., M.A., Op. Cit. P.256 y ss.

estatuto de responsabilidad penal adolescente. Este fenómeno ha sido advertido por Couso, al señalar que "las intensificaciones punitivas en contra de los adolescentes también se producen, a veces, por efecto de reformas a la legislación penal común en materia de circunstancias modificatorias de responsabilidad, de reglas de determinación de la pena (con efecto indirecto, a veces, en la procedencia del internamiento cautelar o detención preliminar —v. los informes de México, Perú y Chile—) y de la regulación del acceso a beneficios en fase de ejecución de la pena. Pese a ello, en algunas de las jurisdicciones estudiadas se aprecian esfuerzos de la doctrina, recogidos por la defensa y a veces por la jurisprudencia, de impedir ese efecto reflejo o *de arrastre*, de intensificación punitiva, argumentando a partir de la autonomía de los fines, principios y reglas de determinación de las sanciones penales de adolescentes (así ocurre en Chile, para impedir la aplicación de agravantes que no son compatibles con los principios del sistema penal de adolescentes, algo que en Perú viene asegurado por una regla legal que expresamente excluye la aplicación de las agravantes comunes). Las cláusulas legales o, en su defecto, la doctrina jurisprudencial que sostiene que la aplicación supletoria de la legislación penal común solo procede en aquello que no sea contradictorio con los fines y principios propios de la legislación penal de adolescentes, ha servido en ocasiones para evitar ese efecto reflejo de las reformas penales comunes (así se advierte en los informes de Chile y México)"[42].

3.- Infracción al principio de proporcionalidad

Para determinar si el legislador penal ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la configuración de los tipos penales y de sus sanciones habrán de utilizarse los siguientes criterios: a) comprobación de que el bien jurídico protegido por la norma cuestionada –o, mejor, los fines mediatos e inmediatos de protección de la misma – son lo suficientemente relevantes como para motivar la intervención del *ius puniendi*; b) comprobación de que la medida en cuestión era idónea (juicio de idoneidad) y necesaria (juicio de necesariedad) para alcanzar esos fines; y c) verificación de la existencia de una proporción en sentido estricto entre las respectivas gravedades del delito y de la pena (o juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

[42] Couso, Jaime; Cabrera Martín, Myriam; Cillero Bruñol, Miguel. Op. Cit.

En la siguiente tabla se muestran algunos delitos que afectan bienes jurídicos más relevantes que la propiedad, a saber, la vida, la integridad física y la indemnidad sexual que, en el sistema de sanciones previsto en la Ley N° 20.084, resultan posibles de ser castigados con igual o menor penalidad que los delitos contra la propiedad cuya pena se ve incrementada por la aplicación del artículo 450 del Código Penal, lo que afecta el principio de razonabilidad y proporcionalidad de forma manifiesta:

ART. CÓDIGO PENAL	DELITO	PENA ASIGNADA AL DELITO	PENA APLICABLE CON REBAJA ART. 21 DE LA LEY 20.0084.	PENA APLICABLE SEGÚN GRADO DE PARTICIPACION	PENA APLICABLE SEGÚN GRADO DE DESARROLLO DE DELITO.	SANCIONES POSIBLES
ART. 391N°2	**Homicidio**	Presidio mayor en su grado medio.	Presidio mayor en su grado mínimo.	AUTOR Presidio mayor en su grado mínimo.	FRUSTRADO Presidio menor en su grado máximo.	Art. 23 N°2.[43]
ART. 342 N°1	**Aborto con violencia**	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	AUTOR Presidio menor en su grado máximo.	FRUSTRADO Presidio menor en su grado medio	ART. 23 N°3[44]
ART. 363	**Estupro**	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo	Presidio menor en su grado medio.	AUTOR Presidio menor en su grado medio.	CONSUMADO Presidio menor en su grado medio.	Art. 23 N°3.
ART. 395	**Castración**	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio.	Presidio menor en su grado máximo	AUTOR Presidio menor en su grado máximo	CONSUMADO Presidio menor en su grado máximo	Art. 23 N°2

0000040
CUARENTA

ART. 365 bis N°1	**Abuso sexual agravado calificado**	Presidio mayor en su grado mínimo a medio	Presidio menor en su grado máximo	AUTOR Presidio menor en su grado máximo	CONSUMADO Presidio menor en su grado máximo	Art. 23 N°2
ART. 141 inciso primero	**Secuestro**	Presidio reclusión menor en su grado máximo	Presidio menor en su grado medio.	AUTOR Presidio menor en su grado medio.	CONSUMADO Presidio menor en su grado medio.	Art. 23 n°2.

0000041
CUARENTA Y UNO

[43] 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.
[44] 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.

Asimismo, la aplicación del art. 450 del Código Penal, establecido para reforzar la sanción punitiva ante ciertos delitos contra la propiedad en etapa de ejecución imperfecta, se desvirtúa al tratarse de un imputado adolescente, dadas las características particulares que el examen de proporcionalidad debe cumplir en materia de responsabilidad penal adolescente. Al respecto, señala Couso que: "*Los sistemas penales juveniles, para reflejar la relación entre severidad de la sanción y gravedad de la infracción, suelen contener cláusulas que remiten a la pena que la respectiva infracción tiene señalada en la legislación penal general (por ejemplo, las cláusulas que indican qué tipo de infracción podrá o deberá ser objeto de una sanción de encierro para el adolescente). Ello puede conspirar contra la autonomía del régimen de determinación de sanciones de los adolescentes, si con ello la sanción juvenil depende muy estrechamente de cualquier cambio en la intensidad punitiva que esa infracción ha de recibir en la legislación penal general; por ejemplo, una reforma que la somete a un estatuto punitivo intensificado, por razones de política criminal. Legislaciones que con alguna frecuencia experimentan ese tipo de reformas en Iberoamérica son las relativas a los delitos terroristas y a la criminalidad organizada.* ***Cuando esas reformas pasan por una intensificación punitiva para los adultos, indirectamente determinan un cambio en los factores que deciden la sanción de adolescentes****. En tales casos se plantea la cuestión de si los fines de política criminal que presidieron esas reformas (eventualmente, teniendo en cuenta un problema político criminal general, y no específico de la criminalidad de adolescentes) son compatibles con las especiales finalidades y los principios que deben presidir la determinación de las sanciones de adolescentes, y si los tribunales deben permitir ese efecto indirecto o deben evitarlo considerando a tales estatutos punitivos intensificados ajenos al subsistema penal de adolescentes.*"[45].

"*Respecto de esta cuestión, la mayoría de los ordenamientos jurídicos estudiados efectivamente da cuenta de que esas reformas, presididas por preocupaciones que no necesariamente tienen relación con la política criminal de adolescentes, en diversa medida producen un impacto en los sistemas de determinación de sus sanciones, intensificando el tratamiento punitivo. En los sistemas de justicia juvenil que regulan la procedencia de las*

[45] Ibid.

sanciones privativas de libertad —entre otras condiciones— según la pena que el respectivo delito tiene señalada en la legislación penal común, es inevitable cierto impacto de las reformas que modifican esta pena. Es cierto que este efecto no puede considerarse, por definición, impertinente. Pues, si la valoración social sobre la gravedad relativa de unos y otros delitos se modifica, ello también debe considerarse al sancionar adolescentes. Sin embargo, dado que para la culpabilidad de los adolescentes parece ser más relevante su disposición subjetiva o personal frente a los derechos de las demás personas, y considerando además que a su respecto las razones para evitar cruzar la frontera hacia las sanciones de encierro son más apremiantes, es preocupante que aumentos de pena basados más bien en objetivos simbólicos, centrados en factores como la alarma social producida por ciertos fenómenos o tendencias agregadas (más que por cada delito singular), que con frecuencia afectan a bienes jurídicos colectivos —por ejemplo, el incremento del tráfico de drogas o de la presencia de armas en las calles—, se traduzcan en una intensificación punitiva para los adolescentes, sin consideración a su culpabilidad o a los mayores perjuicios que para ellos supone admitir sanciones de encierro."[46]

4- Infracción al principio del interés superior del adolescente.

La Ley Nº 20.084, en su artículo 21, consagra la plena vigencia respecto de los adolescentes, de las reglas generales relativas a la sanción de etapas imperfectas de desarrollo del delito contenidas en los artículos 51 y siguientes del Código Penal. Lo dispuesto en el artículo 55 del mismo cuerpo normativo, no altera la conclusión anterior ya que, tratándose de adolescentes, "la Ley" a que se refiere esta disposición, en virtud de lo regulado en los artículos 1 y 6 de la Ley 20.084, debe entenderse referida a ésta última, pues en ella se consagra un régimen especial y diferenciado para los adolescentes infractores. Además, cabe agregar, que el artículo 24 letra b) de esta Ley, contempla el grado de ejecución del delito dentro de los factores a considerar para determinar la pena, siendo ello relevante para los fines especiales y diferenciados que el legislador ha querido determinar para los adolescentes y que se recoge principalmente en el principio rector que regula esta materia contemplado en el artículo 2 de la Ley, esto es, el interés superior del

[46] Ibid.

adolescente; además de ser concordante con los principios de proporcionalidad, integración social y la consideración al fin socio-educativo de la pena.

En base a estos razonamientos, en consecuencia, la aplicación del artículo 450 del Código Penal, significaría desconocer los principios y fines de la normativa especializada adolescente, y en el caso concreto de nuestro representado **,significa aplicar una pena privativa de libertad que no se encuentra contemplada en el catálogo de penas que corresponde al grado de desarrollo frustrado del delito**, imponiendo la privación de libertad sin justificación alguna en base al principio del interés superior del adolescente, toda vez que el legislador jamás contempló el beneficio resocializador y de integración socio educativo de los menores de edad en la ficción del artículo impugnado, sino que muy por el contrario, se trata de una norma pensada para adultos y endurecedora de la pena en términos no proporcionales y en evidente pugna con el interés superior del adolescente en su alcance de lograr la integración social como menor de edad infractor de ley.

VIII.- COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.

Sin embargo, "el mérito del acto impugnado" no puede inhibir al Tribunal Constitucional, sin reemplazar la voluntad del legislador, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la aplicación de ley en el caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales.

POR TANTO,

Conforme lo disponen los artículos 1°, 5° inciso segundo, 19 números 2 y 3; y 92 y siguientes de la Constitución Política de la República; artículos 1.1, y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; y demás antecedentes que he expuesto y que se acompañan,

PEDIMOS A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente en causa penal **RUC N° 2001083036-3, RIT N° 92 – 2021** del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio**, **en actual conocimiento de la Excelentísima Corte Suprema bajo el Rol N°49.322-2021** seguido en contra del adolescente **JIM MICHAELE JARA MORA**, por el presunto delito de robo con intimidación, contemplado en el artículo 436 inciso primero en relación al artículo 432, ambos del Código penal admitirlo a tramitación y declarar en definitiva **que el artículo 450 inciso primero del mismo cuerpo legal no es aplicable** en la causa pendiente ya individualizada, por cuanto su aplicación al caso concreto infringe los artículos infringe los artículos 1° y 19, numerales 2° y 3°, de la Carta Fundamental; los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los artículos 2.1 y 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 3°, 37°, en particular la letra b y 40 n°4 de la Convención sobre los Derechos del niño.

PRIMER OTROSI: Pedimos a SS. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

1.- Certificado Patrocinio y Poder.

2.- Certificado de gestión pendiente.

3.- Acusación.

4.- Sentencia Condenatoria.

5.- Recurso de Nulidad.

6.-Informe en derecho: *"Inconstitucionalidad de la aplicación del Artículo 450 inciso primero del Código Penal a Adolescentes Infractores"* elaborado por el profesor Miguel Cillero Bruñol.

SEGUNDO OTROSI: De conformidad con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dada la inminente posibilidad de que se verifique el examen de admisibilidad y posterior vista del recurso de nulidad tramitado ante la Excma. Corte Suprema, y atendido además la gravedad de lo que se denuncia, sumado a que de llevarse a cabo este juzgamiento podría tener consecuencias insalvables para el requirente de autos y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicitamos a S.S. Excma. decretar la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a VSE, tener presente que en virtud de Oficio N° 70 de 8 de febrero de 2019 expedido por la Sra. Defensora Nacional (S) que señala defensores autorizados para comparecer ante el Excmo. Tribunal Constitucional, los abogados de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional: Claudio Fierro Morales; Marcela Bustos Leiva; Javier Ruiz Quezada y; Sebastián Undurraga del Río, asumiremos personalmente el patrocinio y poder del requirente, en los términos señalados en el Certificado de Patrocinio y poder acompañado en el primer otrosí de esta presentación, fijando todos domicilio en Av. Bernardo O'Higgins 1449 Torre 1 Piso 8, Santiago.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a VSE, practicar las notificaciones que se pudieren dictar en esta causa a las siguientes direcciones de correo electrónico: sebastian.undurraga@dpp.cl y ucorte@dpp.cl