



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N° 33

**LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES
FRENTE AL ART. 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL**

Juan Pablo Mañalich R.

OCTUBRE DE 2013

**Consultas sobre este documento:
udpj@dpp.cl**

**Unidad de Defensa Penal Juvenil
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES FRENTE AL ART. 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL

Dr. Juan Pablo Mañalich R.
Profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

1. INTRODUCCIÓN

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado informar en derecho acerca del régimen de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal por referencia a un hecho presuntamente imputable a una persona menor de 18 años, cuando el hecho es presuntamente constitutivo de un delito contra la indemnidad sexual de una persona menor de edad. Específicamente, la pregunta apunta a la relación sistemática en que se encontrarían las reglas del art. 369 quáter del Código Penal, por un lado, y del art. 5° de la Ley 20084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, por otro.

Para responder esta pregunta, se ofrecerá, en primer lugar, una fundamentación de la especialidad del régimen jurídico-penal de menores de edad, para después emprender una determinación del sentido y alcance de la ya mencionada regla del art. 5° de la Ley 20084, que fija plazos especiales de prescripción de la acción penal y de la pena en relación con hechos imputables a personas menores de edad. Con posterioridad a ello, se procederá a precisar el sentido y alcance de la regla del art. 369 quáter del Código Penal, que altera el régimen general de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal. Finalmente, se examinará la cuestión de si la regla del art. 369 quáter resulta aplicable para el cómputo de los plazos establecidos en el art. 5° de la Ley 20084.

2. LA ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL DE ADOLESCENTES BAJO EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El régimen regulativo establecido por la Ley 20084 se encuentra instituido sobre la base del así llamado “principio de especialidad”.¹ En lo fundamental, la implementación legislativa de este principio determina que se trate de un régimen jurídico-penal diferenciado de aquel al cual queda sometido, por defecto, cualquier adulto al cual resulta imputable un hecho de significación delictiva. Esta diferenciación se muestra tanto en la configuración sustantiva como en la estructura procesal del régimen jurídico-penal al que quedan sometidas las personas que, al

¹ Véase por todos Maldonado, Francisco: “La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes”, Justicia y Derechos del Niño 6 (2004), pp. 103 ss., 121 ss.; Couso, Jaime y Duce, Mauricio: *Juzgamiento de penal de adolescentes*, LOM, Santiago, 2013, pp. 21 ss., 301 ss., con ulteriores referencias.

momento del hecho,² son menores de 18, pero mayores de 14 años de edad. Ello se ve nítidamente expresado en el art. 10 N° 2 del Código Penal: desde el punto de vista del régimen jurídico-penal de adultos, la condición de menor de 18 años cuenta como una genuina eximente de responsabilidad, cuyo fundamento consiste en que la condición de menor de edad conlleva una falta de capacidad de culpabilidad, entendida ésta como un presupuesto de la posible imposición de una sanción prevista por el régimen jurídico-penal establecido por el propio Código Penal. De ahí que la segunda parte del mismo art. 10 N° 2 deba ser entendida en el sentido de una auténtica remisión —por lo demás, regulativamente redundante— a un régimen jurídico que resulta cualitativamente distinto del régimen de adultos, del cual los menores de edad quedan estrictamente excluidos en atención a su sola condición de tales.

La consideración precedente exige advertir, empero, la relatividad de toda atribución de culpabilidad jurídico-penal, lo cual exige, a su vez, abandonar la idea de que pudiera haber tal cosa como una “culpabilidad natural”, en el sentido de una culpabilidad pre-jurídica.

La noción de una culpabilidad natural subyace, desde ya, a la no del todo infrecuente representación de las reglas que fijan límites de edad mínima que condicionan el reconocimiento de culpabilidad como si se tratara de reglas que fijan una presunción de derecho.³ El problema de semejante representación es el siguiente: entender las reglas que fijan los presupuestos de la culpabilidad como reglas de presunción *iuris et de iure* supone entender que esas reglas se refieren a algo que ellas mismas no constituyen. Y esto último supondría asumir que, en el algún oscuro sentido, la capacidad de culpabilidad jurídico-penal estaría —por decirlo así— “más allá” del propio derecho penal. Ello desconocería, sin embargo, que la culpabilidad jurídico-penal —al igual que cualquier otro presupuesto de la existencia de un hecho punible— es un *constructo*. Lo cual significa: la culpabilidad jurídico-penal no es *descubierta* como una entidad identificable al margen de la operación del derecho, sino que ella es jurídicamente *atribuida*.⁴

Ahora bien, ello tendría que volver inmediatamente reconocible la *relatividad* de la culpabilidad: en la medida en que la culpabilidad resulta jurídicamente constituida como un presupuesto de la punibilidad de un hecho de determinadas características —esto es: de la sujeción de la persona a la cual ese hecho es imputable a la eventual imposición de una sanción

² Este presupuesto de aplicabilidad del régimen de la Ley 20084 puede volverse especialmente complejo de determinar tratándose de delitos permanentes y, en general, de cualquier hecho delictivo cuya realización se extienda durante algún intervalo de tiempo. Cabe apuntar aquí que la formulación de la regla del inc. 2° del art. 3° resulta bastante poco afortunada, puesto que, en congruencia con el principio de culpabilidad, lo decisivo no puede ser el momento de consumación del delito en cuestión, sino el de la culminación de la ejecución o la omisión de la respectiva acción o actividad, momento que puede ser anterior o posterior al momento de la (eventual) consumación del delito. Véase al respecto Bustos, Juan: *Derecho penal del niño-adolescente*, EJS, Santiago, 2007, pp. 23 s.

³ Véase en este sentido Couso y Duce, *op. cit.*, p. 323. Semejante comprensión de las reglas que fijan el umbral etario mínimo de la capacidad de culpabilidad parece favorecida por el tenor del art. 40.3, letra a), de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige a los Estados partes establecer “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales”. Es crucial no confundir, empero, la manera en que se encuentra formulada una regla en algún tratado internacional (o en alguna ley), por un lado, y la manera en que el discurso dogmático ha de reconstruirla técnicamente.

⁴ Véase sólo Mañalich, Juan Pablo: “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en Kindhäuser y Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdF, Montevideo y Buenos Aires, 2011, pp. 181 ss., 205 ss., con ulteriores referencias.

constitutiva de pena—, las condiciones de la (adscripción de) culpabilidad tendrán que ser inmediatamente sensibles a la específica teleología del correspondiente régimen de sanciones. Lo cual significa: los criterios de adscripción de culpabilidad no pueden sino estar definidos en estricta referencia a parámetros de legitimación del régimen de sanciones cuya imposición queda en efecto condicionada por la correspondiente exigencia de culpabilidad.⁵

Esto último se deja ilustrar a través de un breve excursus. A partir de fines del año 2009, rige en Chile una ley que establece un régimen de responsabilidad jurídico-penal para personas jurídicas. Siendo inequívoco que el catálogo de sanciones previsto por la Ley 20393 es un catálogo de sanciones penales, la tarea capital que impone una adecuada reconstrucción de la regulación consiste en esclarecer, por de pronto, en qué sentido cabe atribuir responsabilidad jurídico-penal a una persona jurídica. Y dado que el presupuesto definitorio de la imposición de una sanción efectivamente constitutiva de *pena* está representado por una adscripción de culpabilidad, la tarea consiste, ni más ni menos, en esclarecer en qué sentido puede haber tal cosa como la capacidad de culpabilidad de una persona jurídica.

La especificidad de semejante régimen de responsabilidad jurídico-penal de personas jurídicas, cuya implementación supone abandonar el dogma según el cual una persona jurídica no tendría capacidad delictiva —*societas delinquere non potest*—, habrá de determinar la consiguiente especificidad de los presupuestos de su culpabilidad, los cuales, con todo probabilidad, no podrán coincidir con los presupuestos de la culpabilidad de una persona “natural”.⁶ Lo importante, empero, es advertir que sería abiertamente implausible la sugerencia de que, ya con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20393, hubiera sido posible “constatar” la culpabilidad jurídico-penal de una persona jurídica.

Nada distinto puede valer, *mutatis mutandis*, tratándose de un régimen jurídico-penal diferenciado para menores de edad. La culpabilidad susceptible de ser atribuida a un menor de edad, bajo el derecho chileno vigente, es estrictamente relativa, en los mismos términos, a los parámetros de legitimación del respectivo régimen sancionatorio, de modo tal que, fuera del contexto de aplicabilidad de las reglas de la Ley 20084, carece de todo sentido siquiera plantear una eventual atribución de culpabilidad jurídico-penal a personas menores de edad.

De lo anterior se sigue que las particularidades del régimen jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad tendrían que poder ser entendidas como congruentes con la especificidad de la culpabilidad que puede fundamentar —o al menos co-fundamentar— la imposición de penas en el marco de ese mismo régimen sancionatorio. En lo que se sigue se intentará determinar, a grandes rasgos, en qué consiste la especificidad de la culpabilidad de cuya efectiva atribución depende la activación del régimen sancionatorio establecido por la Ley 20084.

⁵ Nótese que ello no implica favorecer la articulación de un concepto radicalmente funcionalista de culpabilidad, precisamente porque de lo que se trata es de una especificación de los presupuestos de una adscripción de culpabilidad en atención a parámetros de *legitimación*, y no, en cambio, a consideraciones de adecuación funcional desde el punto de vista de la teleología —esto es, el conjunto de finalidades perseguidas a través de la operación— del respectivo régimen sancionatorio.

⁶ Véase Mañalich, Juan Pablo: “Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 38 (2011), pp. 279 ss., 298 ss., 302 ss.

3. TOLERANCIA ESPECIAL Y PROTO-CULPABILIDAD

Bajo un modelo de derecho penal construido sobre el principio de culpabilidad, el criterio de legitimación de la imposición de una sanción penal no puede ser otro que un criterio de merecimiento. La pena es la materialización de un reproche que expresa decepción por el quebrantamiento imputable de una norma públicamente vinculante. La legitimidad de ese reproche depende de su merecimiento por parte de quien queda expuesto, en tal medida, a padecer la imposición (y ejecución) de la pena en la cual se materializa ese reproche. Y la medida de la culpabilidad por el hecho determina la medida de ese merecimiento.

Con ello, es claro que hay razones para entender que, ya abstractamente, la magnitud del reproche susceptible de ser dirigido a un menor de edad resulta decisivamente más leve que tratándose de un adulto. De acuerdo con von Hirsch, serían fundamentalmente dos las líneas de argumentación conducentes al reconocimiento de un umbral considerablemente más bajo de culpabilidad individual atribuible a menores de edad.⁷

Una primera línea se apoya en razones concernientes al factor constituido por las capacidades de cognición y control volitivo.⁸ Así, y en primer lugar, frente a un menor de edad tendría que verse moderada la expectativa de que, en ejercicio de sus facultades cognitivas, él llegue a advertir las consecuencias interpersonal y socialmente lesivas de su comportamiento. Y esto no meramente porque, como cuestión de hecho, su capacidad individual de reconocer esas consecuencias vaya a ser necesariamente menor que la de un adulto, sino más bien porque, normativamente, cabe asumir que la amplitud de esa posibilidad cognitiva es dependiente “de la experiencia, el aprendizaje y las capacidades de razonamiento moral que se desarrollan durante la adolescencia a medida que transcurre el tiempo”.⁹ En segundo lugar, sería asimismo necesario morigerar la expectativa puesta en el efectivo ejercicio de auto-control volitivo por parte de los adolescentes. También aquí, empero, lo decisivo no es que estadísticamente los menores tiendan a ser menos capaces de auto-control que los adultos, sino más bien la consideración normativa de que, tratándose de una capacidad aprendida, justamente la niñez y la adolescencia habrían de ser vistas como los contextos biográficos en los cuales tendría que desplegarse su aprendizaje.¹⁰

La segunda línea de argumentación, por su parte, se centra en el factor constituido por la “susceptibilidad-a-la-pena”. En general, y muy especialmente tratándose de penas privativas de libertad, los adolescentes exhibirían un grado considerable mayor de susceptibilidad frente a su respectivo “efecto punitivo”.¹¹ Pero tal como von Hirsch lo muestra, hay razones de peso para rechazar la adopción de un “punto de vista subjetivista de severidad penal”. Antes bien, lo crucial sería poner el énfasis en el grado de interferencia que las sanciones distintivamente punitivas

⁷ Von Hirsch, Andrew: “Sentencias proporcionales para menores, ¿Qué diferencia con las de los adultos?”, en *Informes en Derecho. Estudios de derecho penal juvenil III*, DPP, Santiago, 2012, pp. 61 ss., 65 ss.

⁸ Al respecto Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 28 ss.; también Cruz Márquez, Beatriz: “La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del Derecho Penal de adultos”, en *Informes en Derecho. Estudios de derecho penal juvenil III*, DPP, Santiago, 2012, pp. 9 ss., 13 ss., en cada caso con ulteriores referencias.

⁹ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 67 s.

¹⁰ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 68 s.

¹¹ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 70 ss. Al respecto, véase también Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 32 s.

representan para los “intereses especiales” que se dejan asociar, generalizadamente, al periodo de la adolescencia. En lo fundamental, estos intereses especiales se identificarían con un interés en el propio desarrollo y un interés en la preservación de la propia autoestima. Puesto que las formas más características de sanciones penales conllevarían una afectación comparativamente intensificada de tales intereses, “corresponde exigir de los menores un menor grado de resiliencia psicológica al recibir un castigo”.¹²

Ciertamente, una y otra línea de argumentación son compatibles, y hablan conjuntamente a favor de una configuración diferenciada del régimen de responsabilidad jurídico-penal al cual hubieran de quedar sometidas las personas menores de edad. Pero como von Hirsch mismo lo advierte, éstas son simplemente razones para adecuar, en clave de proporcionalidad retrospectiva, la magnitud del reproche, en atención a la posición distintiva en que se encuentra un menor de edad frente a la imposición de una sanción penal. Y esto ciertamente no basta para justificar el reconocimiento de una diferencia cualitativa entre el régimen de sanciones penales al cual pueden quedar sometidas las personas menores de edad dentro de un cierto rango etario, por un lado, y aquel al cual ordinariamente se encuentran sometidas las personas adultas, por otro. Pues

[s]i los delitos (ajustados por los factores de culpabilidad) tienen las mismas calificaciones de gravedad, y si las penas (ajustadas por la mayor vulnerabilidad de los menores) tienen las mismas calificaciones de severidad, entonces los menores y los adultos recibirían penas equivalentes.¹³

Según von Hirsch, el paso decisivo a favor de una auténtica alteración de las convenciones que relacionan gravedad (de los delitos) y severidad (de las penas), en el marco de la configuración de un régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad, consiste en asumir el significado de la adolescencia (o “juventud”) como un periodo de experimentación, y más precisamente, como un periodo “para probar límites” y, por ende, “para cometer errores”.¹⁴ Ello tendría que favorecer la adopción de un principio de “tolerancia especial” para con el comportamiento delictivo de menores de edad, cuyo fundamento último no sería otro que una *apuesta*, a saber: “que muchos o la mayoría de los menores que abusan de tales oportunidades, cuando maduren, aprenderán mejor a vivir en forma autónoma —y no deberían ser cargados indebidamente con las consecuencias penales de sus malas elecciones anteriores”.¹⁵

De acuerdo con von Hirsch, la implementación del principio de la tolerancia especial tendría que manifestarse en una opción por una “convención punitiva” más leve, en el sentido de que tanto la naturaleza como la magnitud de la reacción penal a la que pueda quedar expuesto un menor de edad resulte considerablemente menos drástica que aquella a la cual pudiera verse sometido un adulto.¹⁶ Pues de esto dependería que logren compatibilizarse el objetivo de hacer efectiva la responsabilidad del menor de edad que ha quebrantado el derecho, por un lado, con el

¹² Von Hirsch, *op. cit.*, p. 72.

¹³ Von Hirsch, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 73 ss.

¹⁵ Von Hirsch, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 77 s.

requerimiento de aminorar el impacto de la punición en el proceso de progresiva adquisición de autonomía por parte del menor, por otro.

Es precisamente en este punto donde emerge la clave para reconocer en qué consiste la especificidad de la culpabilidad de cuya adscripción tendría que depender la imposición de una sanción penal sobre un menor de edad. Pues esa culpabilidad consiste, más bien, en lo que cabría caracterizar como una “proto-culpabilidad”. Si un menor de edad es hecho responsable por un comportamiento de significación delictiva, entonces ello ha de tener lugar de un modo que resulte parcialmente anticipatorio del recíproco depósito de confianza implicado en la expectativa de fidelidad al derecho que los miembros adultos de una comunidad política mantienen entre sí. Esto es: la proto-culpabilidad manifestada en el hecho imputable a un menor de edad ha de descansar en una anticipación del reconocimiento de autonomía que está implícito en un reproche *paradigmático* de culpabilidad, esto es, en un reproche de culpabilidad dirigido a un adulto.

Aquí es crucial reparar, de paso, en que se trata de una anticipación de autonomía que no puede ser plena o irrestricta. Por un lado, el menor declarado jurídico-penal culpable es tenido por capaz de autodeterminación —y por ende: de responsabilidad— a sabiendas de que él aún no satisface plenamente los presupuestos de una adscripción de culpabilidad paradigmática, que es aquella susceptible de ser atribuida a un adulto en tanto persona tenida por plenamente capaz de autodeterminación. Pero por otro lado, lo que en tal caso se imputa al menor en cuestión es el quebrantamiento de una norma en cuya producción él no habrá tenido injerencia alguna. Pues en el contexto de una democracia representativa, esta última posibilidad depende de que la persona en cuestión aparezca dotada de autonomía política, estatus que queda formalmente asociado a la condición de ciudadano. De ahí que sea imprescindible no perder de vista que, a diferencia de un derecho penal de adultos, un régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad siempre será *heterónimo* en sentido político.¹⁷ Y esta precisa circunstancia determina que el diseño y la operación institucional de la reacción punitiva al comportamiento delictivo de los menores de edad tengan que asumir operativamente esa misma heteronomía. Ello debería expresarse, entre otras, en una considerable mayor laxitud en la definición de los presupuestos de una eximente por error de prohibición.

El principio de tolerancia especial, apoyado en un modelo de proto-culpabilidad como el aquí (apenas) esbozado, exhibe un alto rendimiento explicativo de algunas notas básicas del régimen de responsabilidad jurídico-penal establecido por la Ley 20084. En primer término, ello hace posible dar cuenta del sentido y alcance del criterio general de determinación de la pena establecido en el art. 20 de la Ley 20084, constituido por “la finalidad de las sanciones”, consistente en “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socio-educativa amplia y orientada a la plena integración social”. El primer componente de la cláusula se corresponde exactamente con la caracterización de la culpabilidad con relevancia para el derecho penal de

¹⁷ Esto tendría que hablar en contra de la sensatez de los esfuerzos, loablemente inspirados, en articular un “modelo de ciudadanía de los menores de edad”; véase al respecto Díaz Cortés, Lina: *Introducción al derecho penal juvenil*, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 137 ss., con ulteriores referencias. Pues semejante modelo en último término llevaría a camuflar la irreductible heteronomía del régimen sancionatorio aplicable a su respecto.

menores como una proto-culpabilidad. Pues “hacer efectiva” su responsabilidad no supone simplemente *constatar* esa misma responsabilidad, sino más bien *activarla*. Pero justamente por el hecho de que esta activación no puede corresponderse con un paso binario desde un estatus de plena irresponsabilidad a uno de plena responsabilidad, la segunda parte de la cláusula del art. 20 dispone que esa activación de la responsabilidad del menor en cuestión ha de enmarcarse en un esquema de “orientación socioeducativa” orientada a “su plena integración social”.¹⁸

Pero el principio de tolerancia especial también hace posible explicar adecuadamente, en segundo lugar, el específico catálogo de sanciones previstas por la Ley 20084, el cual se encuentra enunciado en su art. 6º. La considerable menor severidad de las penas disponibles, en atención tanto a su naturaleza como a su magnitud relativa, no se deja explicar si simplemente asumimos que aquí se trataría, para usar la afortunada expresión de Bustos, de un “derecho penal de adulto de menor nivel”.¹⁹ Antes bien, y con prescindencia del carácter manifiestamente excesivo de una pena privativa de libertad que puede llegar a diez años de internación en régimen cerrado, el establecimiento de un catálogo estrictamente diferenciado de sanciones significativamente menos severas resulta mucho más congruente bajo la hipótesis de que a la regulación legal subyace un postulado equivalente al del principio de tolerancia especial.²⁰

Y simplemente para dar otra muestra: también la regla del art. 18, que establece límites máximos a la extensión de las penas privativas de libertad previstas por la Ley 20084, se deja entender en términos del principio de tolerancia especial. Puesto que la tolerancia para con el quebrantamiento de normas jurídicas por parte de un menor de edad tendría que ser dependiente de la posición relativa en que el menor se encuentre al interior del correspondiente “periodo de prueba”, la tolerancia tendría que “ser mayor en la primera adolescencia y disminuir gradualmente a medida que se acerca la mayoría de edad”.²¹ Precisamente en estos términos cabe explicar, entonces, que el art. 18 fije un límite máximo de cinco años para las penas privativas de libertad susceptibles de ser impuestas sobre menores que al momento del hecho no alcanzan los 16 años de edad, mientras que tratándose de menores cuya edad supere este umbral el límite máximo duplica al anterior. Y esta última demarcación queda asociada, adicionalmente, a la restricción de la punibilidad de los hechos constitutivos de faltas al acotado catálogo establecido

¹⁸ A este respecto, no es baladí enfatizar que el esquema de intervención orientado a la reintegración social es legislativamente definido como el marco en el cual ha de situarse la imposición de la sanción “activadora-de-responsabilidad”. Esto obsta, desde luego, a una interpretación del art. 20 en clave de un modelo “tutelar”, pero así también en clave de un modelo “educativo”. Respecto de uno y otro, véase Maldonado, *op. cit.*, pp. 108 ss., 112 ss.; Díaz Cortés, *op. cit.*, pp. 83 ss., 104 ss., con ulteriores referencias.

¹⁹ Bustos, *op. cit.*, p. 56. Esto no implica, sin embargo, validar la atribución de una finalidad distintivamente preventivo-especial a la *imposición* de tales sanciones, tal como Bustos lo hace. Pues esto resulta incompatible con la interpretación ya sugerida —supra, nota 18— del art. 20. Cuestión enteramente distinta es, desde luego, que las condiciones de ejecución de las penas privativas de libertad hayan de favorecer la reintegración social del menor condenado, tal como dispone, en efecto, el art. 44 de la misma ley.

²⁰ Von Hirsch, *op. cit.*, pp. 78 s.

²¹ Von Hirsch, *op. cit.*, p. 77.

por el inc. final del art. 1º de la Ley 20084, que sólo fundamentan responsabilidad, bajo este mismo régimen, para personas que al momento del hecho fueran mayores de 16 años.²²

4. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD DE LA MATERIALIZACIÓN DE LA REACCIÓN PUNITIVA

En el marco del presente informe, lo que interesa es dar cuenta de la manera en que el principio de tolerancia especial puede arrojar luces acerca del sentido de la regla del art. 5º de la Ley 20084, que establece los plazos a los cuales quedan sometida la prescripción de la acción y la prescripción de la pena bajo el régimen de responsabilidad jurídico-penal aplicable respecto de menores de edad. Para ello es necesario todavía formular explícitamente un principio, complementario del de tolerancia especial, que se deja reconocer en la misma regulación legal, que cabría caracterizar como un principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva a la cual puede quedar sometido un menor de edad.

Este principio se deja entender como una implicación del hecho de que la sanción penal susceptible de ser impuesta sobre un adolescente tenga que constituir una respuesta punitiva adecuada a la culpabilidad expresada en el hecho delictivo a él imputable, la cual, según ya se sugiriera, puede ser entendida como una proto-culpabilidad. La razón para ello se encuentra en una exigencia inmediatamente derivable del principio de culpabilidad: el merecimiento de la sanción de cuya imposición se trata presupone la relativa continuidad biográfica entre el “sujeto histórico”, que perpetra el hecho en el momento t_1 , y el “sujeto procesal”, a quien en efecto se imputa el hecho y sobre quien, consiguientemente, se impone la sanción en el momento t_2 .²³

Para la operación ordinaria del derecho penal (de adultos), esta exigencia de “identidad personal” sólo marginalmente parece volverse problemática, fundamentalmente tratándose de posibles casos extremos de “transformación personal”, en los cuales pudiera admitirse, entonces, una medida relevante de “inidentidad” entre el sujeto histórico y el correspondiente sujeto procesal.²⁴ Para la operación de un régimen de responsabilidad jurídico-penal de menores de edad, en cambio, el problema se vuelve considerablemente más significativo. Pues este régimen sancionatorio especial exhibe características particularísimas, que en su conjunto se dejan entender como implementaciones del ya mencionado principio de tolerancia especial, las cuales precisamente pueden ser entendidas como indicativas de la especificidad de la culpabilidad susceptible de verse expresada en un hecho de significación delictiva imputable a un menor de edad, esto es, de su proto-culpabilidad. Y esto significa, en consecuencia, que la adecuación material de la reacción punitiva al hecho punible imputable a un menor de edad presupone,

²² Véase Bustos, *op. cit.*, p. 26, quien ve en ello una concreción del principio de extrema *ratio*, no obstante denunciar, al mismo tiempo, el “fraude de etiquetas” implicado en la decisión legislativa de transformar la generalidad de las “faltas contenidas en la legislación vigente”, cuando ellas fuesen imputables a adolescentes, en “contravenciones de carácter administrativo”, susceptibles de ser juzgadas y sancionadas en los términos previstos por los arts. 102 A y siguientes de la Ley 19968, de Tribunales de Familia; al respecto *ibid.*, pp. 31 ss., 95 s.

²³ Fundamental al respecto Silva Sánchez, Jesús: “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, en García Valdés *et al.*, *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661 ss., 672 ss.

²⁴ Véase Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 677 s.

idealmente, que exista congruencia entre su constitución personal al momento del hecho, por un lado, y su constitución personal al momento de ser impuesta (y ejecutada) la pena referida a ese hecho, por otro.

El problema que aquí se presenta, empero, concierne justamente a la posibilidad de que el reproche de culpabilidad dirigido a quien ha delinquido siendo todavía menor de edad se materialice, en la forma de la imposición de la pena correspondiente, en un momento en que esa persona ya haya dejado de serlo. Y esto representa un problema, porque el correspondiente régimen de responsabilidad especial se encuentra diseñado en referencia a la particular situación del menor de edad no sólo en tanto “sujeto histórico” que quebranta el derecho, sino fundamentalmente también en tanto sujeto de la imposición y ejecución de una o más de las sanciones previstas por la correspondiente regulación.

Aquí es imprescindible tener en cuenta que el problema recién identificado es, hasta cierto punto al menos, irresoluble. Pues en la medida en que el ordenamiento jurídico binariamente asocia la aplicabilidad de regímenes de responsabilidad diversos según si, al momento del hecho, la persona de cuya responsabilidad se trata es o no mayor de edad, resulta imposible excluir la posibilidad de que el juzgamiento de un hecho perpetrado en un momento en que esa persona era todavía menor de edad tenga lugar cuando esa misma ya haya adquirido el estatus de mayor de edad. Precisamente esto explica la decisión plasmada en el art. 56 de la Ley 20084: en tal caso, el imputado o condenado “continúa sometido a las normas de esta ley” hasta el término del proceso.²⁵

Pero el hecho de que esa posibilidad no pueda ser enteramente neutralizada no significa que el margen de inadecuación entre la proto-culpabilidad expresada en el hecho punible imputable al menor de edad, por un lado, y la reacción punitiva materializada cuando este mismo individuo ya se ha vuelto mayor de edad, por otro, no pueda ser institucionalmente reducido. Y aquí hay que notar que ese margen de inadecuación será mayor mientras mayor sea la edad de la persona al momento en que se le imponga la correspondiente sanción penal con arreglo a las normas de la Ley 20084. De ahí que, en pos de reducir ese margen de inadecuación, la legislación haya de implementar mecanismos tendientes a favorecer un juzgamiento temporalmente lo menos distanciado posible del momento del hecho imputable al respectivo menor de edad. Estos mecanismos serán indicativos, en tal medida, de la adopción legislativa de lo que cabría caracterizar, según ya se sugiriera, como el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva.

Semejante principio encuentra apoyo institucional explícito, por de pronto, en el art. 40.2, letra b), iii), de la Convención sobre Derechos del Niño, que dispone que “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes” se garantice “[q]ue la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente [...]”. Precisamente, esta norma ha sido entendida al modo de una exigencia intensificada de que el proceso respectivo se lleve adelante sin demoras, la cual no sería reducible

²⁵ Si la adquisición de la mayoría de edad se produce ya concluido el procedimiento, pero antes de la completa ejecución de una pena de internación en régimen cerrado que hubiese sido impuesta sobre ella, entonces rigen las reglas de los incisos 2º y siguientes del mismo art. 56.

a la exigencia general, derivada del principio del debido proceso y aplicable respecto de toda persona, de que el juzgamiento tenga lugar sin dilaciones indebidas.²⁶ Lo anterior se ve decisivamente reforzado por lo dispuesto en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como las “Reglas de Beijing”,²⁷ cuyo punto 20.1 reconoce un principio de “prevención de demoras innecesarias” en los siguientes términos:

Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias.

El comentario explicativo de su sentido y alcance, incorporado inmediatamente a continuación de la formulación de la regla, resulta especialmente ilustrativo:

La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra.

El tenor del comentario se ajusta particularmente bien al fundamento que aquí se ofrece para el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva. En efecto, lo decisivo resulta ser la referencia que el comentario hace a la relación que el imputado ha de poder establecer entre el juzgamiento (“el procedimiento y la resolución”), por un lado, y el hecho delictivo que se le imputa, por otro. Justamente aquí se encuentra la clave que sustenta el desiderátum de que la distancia temporal entre el hecho delictivo y su juzgamiento sea la menor posible: mientras más diferido en el tiempo sea el juzgamiento, menor será la probabilidad de que la eventual reacción punitiva sea interpretada por la persona eventualmente condenada como la respuesta jurídicamente adecuada al hecho que se le imputa, que es precisamente el hecho en el cual, en los términos aquí favorecidos, se expresa la proto-culpabilidad de un menor de edad.

El principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva, así fundamentado, se hace reconocible en el diseño del régimen procesal al cual queda sometida la comprobación de la eventual responsabilidad jurídico-penal de una persona por un hecho de significación delictiva perpetrado con anterioridad a su adquisición de la mayoría de edad.²⁸ Muestra de ello son la fijación de un plazo máximo de seis meses para la investigación, según lo establecido en el art. 38, así como la exigencia de que la eventual audiencia de juicio oral haya de tener lugar no antes de quince días ni después de treinta días desde la notificación del correspondiente auto de apertura, tal como dispone el art. 39.²⁹ En lo que aquí interesa, y como se mostrará a continuación, el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva también se

²⁶ En este sentido Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 68 s.

²⁷ Y acordadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su sesión plenaria N° 96, con fecha 29 de noviembre de 1985.

²⁸ En el contexto del derecho alemán, véase sólo Ostendorf, Heribert: *Jugendstrafrecht*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2007, núm. marg. 57.

²⁹ Véase Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 230 ss.

deja reconocer en la fijación de plazos de prescripción de la acción penal y de la pena que resultan considerablemente más breves que aquellos previstos por el Código Penal.

5. LA “ESPECIALIDAD” DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DEL ART. 5º DE LA LEY 20084

El art. 5º de la Ley 20084 establece los siguientes plazos de prescripción de la acción penal y de la pena: tratándose de hechos constitutivos de crímenes o bien de penas correspondientes a crímenes, cinco años; tratándose de hechos constitutivos de simples delitos o bien de penas correspondientes a simples delitos, dos años; y tratándose de hechos constitutivos de faltas o bien de penas correspondientes a faltas, seis meses.

Como es manifiesto, estos plazos resultan ser considerablemente más acotados que los previstos por los arts. 94 y 97 del Código Penal,³⁰ aunque sólo respecto de la acción penal referida a hechos constitutivos crímenes y de simples delitos, así como de la prescripción de las penas específicamente asociadas a crímenes o a simples delitos.³¹ Pues el Código Penal prevé plazos de quince y diez años, tratándose de crímenes y de sus penas, según si el hecho en abstracto tiene asignada una pena privativa o restrictiva de libertad a perpetuidad, tratándose de la prescripción de la acción penal, o bien si la sanción impuesta tiene esa naturaleza, tratándose de la prescripción de la pena; y un plazo de cinco años, tratándose de simples delitos y de sus penas. Tratándose de hechos constitutivos de faltas y de sus correspondientes penas, en cambio, el plazo de prescripción previsto por el Código Penal coincide con el señalado en la Ley 20084, que es de seis meses en ambos contextos.

Esto último resulta ser de la mayor importancia desde el punto de vista de la tesis aquí defendida. Pues a primera vista al menos, parece difícil explicar que la Ley 20084, estableciendo plazos de prescripción considerablemente más breves en materia de crímenes y simples delitos, no haga lo propio en materia de faltas, ámbito en el cual, según ya se indicara, el plazo es idéntico bajo uno y otro régimen de responsabilidad. Ello ha llegado a ser calificado como una extrañeza por parte de alguna parte de la doctrina.³² Pero la extrañeza se disipa una vez que el fundamento para la decisión legislativa plasmada en el art. 5º de la Ley 20084 se identifica con el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva por el hecho imputable a una persona menor de edad.³³

Pues más allá de lo problemático que resulta establecer la finalidad específicamente perseguida a través de la fijación de plazos de prescripción de diferente extensión según cuál sea la gravedad del respectivo hecho punible —tratándose de la prescripción de la acción penal— o bien la severidad de la pena en cuestión —tratándose de la prescripción de ésta—, lo cual a su vez puede estar condicionado por la determinación precisa de la “naturaleza” (sustantiva o

³⁰ Como es obvio, esto no convierte a tales plazos en plazos de “prescripción de corto tiempo”, en el sentido en que esta expresión es utilizada en el inc. final del art. 94, así como en el inc. final del art. 103 del Código Penal. Véase Hernández, Héctor: “La prescripción como causa de extinción de la responsabilidad penal en la Ley 20.084”, en *Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil II*, DPP, Santiago, 2011, pp. 155 ss.

³¹ Véase al respecto Hernández, *op. cit.*, pp. 163 s.

³² Véase Bustos, *op. cit.*, pp. 33 s.

³³ Indiciariamente en este sentido Couso y Duce, *op. cit.*, p. 231, nota 70.

procesal) de las reglas que los fijan,³⁴ en el presente contexto sólo interesa advertir que, bajo el régimen de responsabilidad previsto por la Ley 20084, la considerable menor extensión de los plazos de prescripción tratándose de hechos constitutivos de crímenes y simples delitos, así como de las penas asignadas a ellos, se explica por un requerimiento de celeridad en el juzgamiento. Y este requerimiento de celeridad se ve a todas luces satisfecho a través de la fijación de un plazo de seis meses para la prescripción de la acción penal referida a hechos constitutivos de faltas, así como para la prescripción de las correspondientes a éstos, que es justamente el plazo previsto tanto por el régimen general del Código Penal como por el régimen especial de la Ley 20084. En tal medida, que a este respecto sean idénticos los plazos prescripción en uno y otro contexto se deja simplemente explicar por razones pragmáticas, cuya pertinencia encuentra su límite en el así llamado “principio de no-empeoramiento” de la situación jurídico-penal de las personas menores de edad frente a la de los adultos, que opera en la forma de una “prohibición de un tratamiento penal más severo al adolescente que al adulto”.³⁵

6. LA REGLA ESPECIAL DE CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DEL ART. 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL

Establecida ya la *ratio* del art. 5º de la Ley 20084 en el marco del régimen especial de responsabilidad por hechos imputables a personas menores de edad, cabe ahora examinar la pregunta de si el cómputo de los plazos de prescripción ahí señalados pudiese verse afectado por la regla del art. 369 quáter del Código Penal, que establece una suspensión del inicio del transcurso del plazo de prescripción de la acción “para el menor de edad que haya sido víctima” de alguno delitos tipificados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del mismo código, plazo que empezará a correr “al momento que cumpla 18 años”.

Esta regla, establecida a través de la Ley 20207, de 31 de agosto de 2007, modifica el régimen de prescripción de la acción penal tratándose de delitos de violación, estupro y abusos sexuales *lato sensu* (presuntamente) perpetrados sobre personas menores de edad. Y la modificación consiste en una suspensión del inicio del transcurso del plazo respectivo, suspensión que es relativa a la persona de la (presunta) víctima. Aquí hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el inc. 3º del art. 369 del Código Penal, en relación con el art. 53 inc. 2º del Código Procesal Penal, el régimen de ejercicio de la acción penal referida a hechos de esas características es el propio de la acción penal pública. Sobre esta base, el carácter relativo del efecto suspensivo establecido en el art. 369 quáter se traduce en que el plazo de prescripción para el Ministerio Público corra de acuerdo con la regla general establecida por el art. 95 del Código Penal, a saber: “desde el día en que se hubiere cometido el delito”. Sólo en relación con

³⁴ Véase al respecto Mañalich, Juan Pablo: *Terror, pena y amnistía*, Flandes indiano, Santiago, 2010, pp. 208 ss., con ulteriores referencias.

³⁵ Véase Couso y Duce, *op. cit.*, pp. 316 ss., 319 ss., a propósito de la consagración del principio en el horizonte comparado; en referencia al derecho alemán, véase Ostendorf, *op. cit.*, núm. marg. 56. Bajo la Ley 20084, el principio encuentra expresión en la regla del inc. 2º del art. 26, que impide la imposición de una pena privativa de libertad “si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”.

la propia persona de la (presunta) víctima queda suspendido el inicio del transcurso del plazo de prescripción de la acción penal, hasta el momento en que ella cumpla los 18 años de edad. Y a partir de ese instante, el régimen de ejercicio de la acción penal pasará a ser, en consecuencia, el propio de la acción penal pública previa instancia particular, aunque cualificado como un régimen de denuncia (o en su caso, de querrela) personalísima: únicamente la (presunta) víctima queda facultada para habilitar al Ministerio Público para que ejerza la acción penal, o bien para ejercerla por sí misma, dentro del plazo que empezará a correr el día en que ella haya adquirido la mayoría de edad.³⁶

7. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DEL ART. 5° DE LA LEY 20084 FRENTE AL ART. 369 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL

Lo anterior tendría que bastar para dar cuenta de cuán anómala resulta ser la regla del art. 369 quáter. Sin embargo, aquí no interesa entrar en la cuestión de su legitimidad o ilegitimidad en general, sino únicamente responder la pregunta de si el efecto suspensivo del inicio del transcurso del plazo de prescripción ahí establecido también resulta operativo tratándose de un plazo de prescripción de la acción penal previsto por el art. 5° de la Ley 20084, esto es, referido a un hecho imputable a una persona menor de edad. Valga la observación de que la cuestión sólo se planteará, como es obvio, en la medida en que el presunto hecho no quede comprendido por la regla del art. 4° de la Ley 20084, que establece un obstáculo absoluto a la punición tratándose de delitos tipificados en los párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro II del Código Penal, en tanto perpetrados sobre personas menores de 14 años, siempre que la diferencia de edad entre autor y víctima no sea igual o superior a dos años, tratándose de una presunta violación, o igual o superior a tres años, en los demás casos.³⁷

Con ello, la pregunta resulta ser la siguiente: tratándose de un plazo de prescripción de la acción penal referido, verbigracia, a un presunto delito de violación o de abuso sexual perpetrado sobre un menor de edad por parte de un menor de edad (aunque mayor de 14 años), ¿ha de quedar sujeto su cómputo a la regla especial del art. 369 quáter? Como se mostrará a continuación, la respuesta es negativa.

La clave para ello se encuentra en el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva al hecho imputable a un menor de edad. Pues la efectiva vigencia de este principio se vería radicalmente puesta en cuestión si el art. 369 quáter fuese interpretado de modo tal de resultar aplicable para el cómputo de plazos de prescripción establecidos en el art. 5° de la Ley 20084. Pues imagínese el siguiente caso:

³⁶ Ello ciertamente es compatible que, en caso de que la propia víctima estuviese incapacitada de hacerlo, la denuncia o querrela pueda ser interpuesta por alguna de las personas indicadas en el inc. 2° del art. 108 del Código Procesal Penal, según corresponda.

³⁷ Ello, más allá de que al obstáculo a la punición se atribuya naturaleza sustantiva o bien naturaleza procesal; véase al respecto Mañalich, Juan Pablo: “Error de tipo y error de prohibición en los delitos contra la autodeterminación sexual”, en *Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2011*, DPP, Santiago, 2012, pp. 23 ss., 63.

Justo antes de cumplir 23 años, la persona V denuncia al Ministerio Público haber sido penetrada por vía anal, a la edad de 11 años, por la persona A, que al momento del presunto tuviera 17 años de edad.

En tal caso, el hecho atribuido a A sería presuntamente constitutivo de una violación de un menor de 14 años, tipificada en el art. 362 del Código Penal. Tratándose de un hecho constitutivo de crimen, el plazo de prescripción de la acción penal, con arreglo al art. 5° de la Ley 20084, es de cinco años. De resultar aplicable el efecto suspensivo (relativo) del inicio del transcurso del plazo de prescripción, la acción penal recién prescribiría para V el día en que éste cumpliera los 23 años de edad. Por ende, de efectuar V la denuncia antes de alcanzar los 23 años de edad, la acción penal podría ser ejercida en contra de A, por un presunto delito que éste habría cometido a la edad de 17 años, teniendo actualmente A una edad de 28 o 29 años, según cuál sea la fecha de su natalicio.

Asúmase ahora que la pena a ser impuesta sobre A, en caso de ser declarado culpable, resultase ser alguna de las indicadas en el N° 2 del art. 23 de la Ley 20084. ¿Tendría sentido, en efecto, la imposición de una pena o bien de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, o bien de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, o bien de libertad asistida especial, sobre una persona cuya edad bordea los 30 años al momento de ser pronunciada la sentencia condenatoria? La respuesta tendría que ser negativa, desde ya si se repara en que, en los términos del art. 24 f) de la misma ley, uno de los criterios para la selección de alguna de esas tres penas alternativamente previstas como la pena a ser efectivamente impuesta sobre el condenado A está constituido por su idoneidad “para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y las libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”. Pues parece del todo impertinente hablar siquiera de la contribución de la punición a un fortalecimiento del respeto “del adolescente” por los derechos y las libertades de sus semejantes, así como de la consideración de sus “necesidades de desarrollo e integración social” cuando “el adolescente” en cuestión ya es un treintañero o está ad portas de serlo.

Lo absurdo de esta última sugerencia se explica por su implicación, a saber: el manifiesto desconocimiento del principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva al hecho imputable al menor de edad.³⁸ Una vez reconocido este último principio, por el contrario, desaparece la premisa que lleva a la conclusión absurda, premisa que está justamente constituida por la hipótesis de que la regla del art. 369 quáter del Código Penal reclamaría aplicabilidad tratándose de un plazo de prescripción concerniente a un hecho delictivo (presuntamente) imputable a una persona que, al momento del hecho, era todavía menor de edad. Y la razón para

³⁸ Una muestra especialmente crasa de tal desconocimiento se encuentra en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa rol N° 749-2011-RPP, con fecha 20 de junio de 2011, cuyo considerando 9° simplemente constata que la regla del art. 369 quáter habría entrado en vigencia con anterioridad a la perpetración del hecho, lo cual bastaría para tenerla por aplicable para los efectos del cómputo de plazo de prescripción. La misma falta de toda fundamentación se advierte en la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Puente Alto, RUC N° 0900099337-6, con fecha 28 de enero de 2011, cuyo considerando 15° se limita a invocar la disposición como obstáculo al reconocimiento de la atenuante privilegiada de la así llamada “media prescripción”.

abandonar la premisa problemática es la siguiente: el art. 369 quáter del Código Penal establece una regla de cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal que se integra en el contexto más general de un régimen de responsabilidad jurídico-penal —el configurado por el Código Penal— diseñado para hacerse efectivo respecto de adultos. En tal medida, una interpretación del art. 369 quáter que lleva a negar su aplicabilidad para el cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal previstos por la Ley 20084 no es otra que una interpretación fundada en el principio de especialidad del régimen jurídico-penal aplicable respecto de personas menores de edad,³⁹ uno de cuyos estándares de concreción está representado por el principio de celeridad de la materialización de la reacción punitiva.

Aquí puede ser importante despejar un posible malentendido. La tesis de la inaplicabilidad del art. 369 quáter tratándose de plazos de prescripción de la acción penal referidos a hechos cuya eventual punibilidad y penalidad queda sujeta a las normas de la Ley 20084 no supone en modo alguno pasar por el alto el carácter supletorio que exhiben las reglas del Código Penal para todo aquello que no esté previsto por la propia Ley 20084, según establece el inc. 2º de su art. 1º. Pues la tesis aquí defendida consiste simplemente en la falta de operatividad del efecto suspensivo previsto por el art. 369 quáter, ante lo cual ha de regir, a este respecto, la regla del art. 95 del Código Penal: el plazo de prescripción de la acción penal referida a un delito presuntamente imputable a un adolescente empieza a correr “el día en que se hubiere cometido el delito”.⁴⁰

Precisamente en este último sentido se ha pronunciado, categóricamente, la Corte Suprema en un muy importante fallo reciente de su segunda sala,⁴¹ el cual, reconociendo cabalmente la especialidad del régimen de responsabilidad jurídico-penal establecido por la Ley 20084, resolvió que una condena pronunciada bajo las normas de esta última ley no puede ser considerada para fundamentar una agravante por reincidencia en relación con un hecho punible posterior, imputable a la misma persona, y sometido al régimen de derecho penal de adultos.⁴² Pues bien, en su fundamentación de esta determinación, la Corte se ocupó pormenorizadamente del alcance del carácter supletorio que el art. 1º inc. 2º confiere a las normas del Código Penal, en

³⁹ Véase Laudenthal, Klaus, Baier, Helmut y Nestler, Nina: *Jugendstrafrecht*, 2ª ed., Springer, Heidelberg, 2010, núm. marg. 63, quienes en referencia al derecho alemán llaman la atención acerca de que, por defecto, las reglas sobre prescripción de la acción penal previstas por el Código Penal son concernientes a las consecuencias jurídicas del derecho penal de adultos, razón por la cual se estima necesaria la remisión explícita que a tales reglas introducida por el § 4 de la Ley de Tribunales de Jóvenes (*Jugendgerichtsgesetz*).

⁴⁰ Sobre el problema asociado a la determinación del momento de “la comisión del delito” tratándose de hechos constitutivos de delitos permanentes, así como en general de delitos cuya consumación no (necesariamente) coincide con su terminación, véase Mañalich, *op. cit.* (nota 34) pp. 164 ss., 209.

⁴¹ Rol N° 4419-2013, de 17 de septiembre de 2013.

⁴² Con ello, la Corte Suprema hizo suya una línea de decisión ya significativamente asentada en el nivel de la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones. Véase al respecto, y a modo de ilustración, las sentencias de la Corte de Apelaciones de La Serena, rol N° 262-2010, de 27 de septiembre de 2010, en su considerando 19º; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 245-2011, de 4 de abril de 2011, en su considerando 4º; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 1633-2011, de 20 de enero de 2012, en su considerando 6º; de la Corte de Apelaciones Rancagua, rol N° 98-2012, de 30 de abril de 2012, en sus considerandos 7º y 8º; de la Corte de Apelaciones de Iquique, rol N° 57-2012, de 10 de julio de 2012, en su considerando 5º.

el entendido de que ello ha de resultar compatible con la “especialidad” del régimen jurídico-penal aplicable a menores de edad. A este respecto, la Corte sostuvo 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 [...]. Por tanto, deberá acudir 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 contraríe 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 (cons. 7°).

La propia Corte no deja lugar a duda alguna en cuanto a las consecuencias que se siguen de esta comprensión del carácter supletorio de las normas del Código Penal, al afirmar que

será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley N° 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente, ya sea que se hallen en la propia Ley N° 20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional. Tal ejercicio hermenéutico podrá llevar a decidir que determinadas instituciones, pese a no ser expresamente desarrolladas ni proscritas por la Ley N° 20.084, no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma dubitada le es asistemática (cons. 7°).

Esta última es precisamente la caracterización adecuada de la regla del art. 369 quáter del Código Penal en relación con el régimen de responsabilidad establecido por la Ley 20084: se trata de una regla que, para usar la fórmula de la Corte Suprema, “le es asistemática”. En tal medida, la regla no resulta aplicable para el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal referida a un delito presuntamente imputable a una persona que, al momento del hecho, fuese menor de 18 años.

Ello es todo cuanto puedo a Ud. informar.

Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R.
Facultad de Derecho
Universidad de Chile