



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**COMPATIBILIDAD ENTRE EL SISTEMA DE SANCIONES Y LOS
FINES DE LA PENA ESTABLECIDAS EN LA NUEVA LEY DE
RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL**

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

MARÍA FERNANDA CORNEJO SANDOVAL
PAULA CECILIA HOLLSTEIN BARRÍA

Profesor guía:
Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago, Chile
2008

Tabla de Contenido

<u>Introducción</u>	4
<u>Capítulo 1: Sistema de sanciones en la ley de responsabilidad penal adolescente.</u>	
1.1.- Orientación político criminal en el sistema de sanciones de la ley de responsabilidad penal juvenil chilena.	8
1.2.- Análisis del sistema de sanciones de la ley 20.084.	
1.2.1.- Naturaleza jurídica de las medidas ambulatorias.	15
1.2.2.- Terminología.	17
1.2.3.- Clasificación y enumeración.	18
1.2.4.- Descripción pormenorizada de las sanciones de la ley 20.084.	
1.2.4.1.- Sanciones <u>no</u> privativas de libertad:	
• Amonestación	20
• Multa	23
• Reparación del daño	25
• Servicios en beneficio de la comunidad	28
• Prohibición de conducir vehículos motorizados	29
• Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos	31
• Libertad asistida	31
• Libertad asistida especial	34
• Sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.	36
1.2.4.2.- Sanciones privativas de libertad:	
a) ¿Qué se entiende por privación de libertad?	42
b) Alternatividad de la privación de libertad en el Derecho penal Juvenil.	43
c) Procedencia excepcional de las penas privativas de libertad	44
d) Tratamiento que da la ley 20.084 a la privación de libertad	46

• Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.	48
• Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social	51
• Sanciones mixtas	53
• Límite máximo a las penas privativas de libertad	57

Capítulo 2: Sistema de determinación de sanciones y salidas alternativas

2.1.- Sistema de determinación de las sanciones	62
2.2.- Posibilidad de suspensión, sustitución y remisión	78
2.3.- Consideraciones finales en torno a la privación de libertad	85
2.4.- Salidas alternativas y vínculo con el nuevo sistema procesal penal	
2.4.1.- Diversión	90
2.4.2.- Salidas alternativas en la LRPJ	93
2.4.3.- Medidas alternativas establecidas en la Ley 18.216.	98
2.4.4.- Justicia especializada	101

Capítulo 3: Fines de la pena en la ley de responsabilidad penal adolescente

3.1.- Fines de la pena expresamente declarados en la LRPJ	106
3.2.- Acerca del concepto de educación	115
3.3.- Legitimidad en la prevención especial positiva	120
3.4.- La prevención especial positiva entendida como “límite”	123
3.5.- Fines de la pena efectivamente perseguidos en el sistema penal juvenil implementado por la ley 20.084	126

Capítulo 4: Principales críticas a las nuevas formulaciones del Derecho penal juvenil

4.1.- ¿El amplio catálogo de sanciones es sinónimo de	129
--	-----

integración socioeducativa y despenalización?

4.2.- ¿La nueva justicia penal juvenil respeta el principio constitucional de igualdad?

4.2.1.- Necesaria diferenciación entre adultos y menores de edad	143
4.2.2.- Principio de individualización	145
4.2.3.- Principio de oportunidad	150

5.- Conclusiones

5.1.- Diagnóstico	155
--------------------------	-----

5.2.- El debate está abierto	160
-------------------------------------	-----

6.- <u>Bibliografía</u>	165
--------------------------------	-----

Introducción

La crisis de los regímenes autoritarios, primero en Europa, entre finales de los años cuarenta y finales de los setenta, y después en América Latina, a finales de los años ochenta, ha permitido, entre otras cosas, evaluar, de acuerdo a cada realidad nacional, la importancia del restablecimiento y del desarrollo del Estado democrático de Derecho para el reconocimiento normativo y la real protección de los derechos de los niños y de los adolescentes.

Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños y de los adolescentes, en base a una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas, especialmente en la creación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que inaugura la Doctrina de la protección integral de los derechos de la Infancia, situando en la anormalidad a la vieja doctrina de la situación irregular, que ve en los niños, niñas y adolescentes objetos de compasión-represión, siendo esta ideología el telón de fondo de todas las políticas jurídicas y socio-educativas vigentes en América Latina desde que Argentina promulgara, en 1919, la primera legislación de menores de la región.

Según la Doctrina de la protección integral, las legislaciones encargadas de regular los derechos y deberes de los niños y adolescentes, deben dirigirse al conjunto de la población infanto-juvenil, incluyendo a todos los niños y adolescentes, sin excepción alguna.

No se limita a la protección y vigilancia, sino que busca promover y defender todos los derechos de todos los niños y adolescentes, incluyendo la supervivencia (vida, salud y alimentación), el desarrollo personal y social (educación, cultura, recreación y capacitación profesional) y la integridad física, psicológica y moral (respeto, dignidad, libertad y convivencia familiar y comunitaria). Además de ponerlos a salvo de todas las formas de situación de

riesgo personal y social (negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión).

De esta forma se supera el binomio protección – represión, pasando a considerar al niño y al adolescente como sujetos de derechos contemplados por la ley.

Bajo esta óptica, en diversos países latinoamericanos, el tema de la infancia ha sido en el transcurso de los últimos diez años, objeto y motor de una movilización de la sociedad civil y del proceso democrático. El primer país del área en proceder a la adecuación de su legislación a la letra y espíritu de la Convención fue Brasil, con la promulgación de la ley 8069/90 (Estatuto del niño y del adolescente).

Este proceso si bien se inició en Chile, una vez ratificada la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en agosto de 1990, no pudo concretizarse a través de una ley específica que estableciera las innovaciones esperadas, sino en junio del año 2007, al entrar en vigencia la ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad adolescente por infracciones a la ley penal.

Dicha ley se inspira, al menos en su proceso de creación, en una orientación de corte garantista-minimalista, que asume como pena el espacio de libertad restringido a propósito de las sanciones establecidas en dicha ley y por ello rodea tanto al proceso, como a la ejecución de dichas medidas, de las garantías clásicas penales establecidas ya para los adultos, además de establecer como medida de último recurso la privación de libertad.

Es bajo dicha perspectiva que se crea en esta nueva ley un catálogo amplio de sanciones, que difieren de las establecidas para los adultos no sólo porque se contemplan medidas que no figuraban antes en nuestro ordenamiento jurídico, porque se establecen límites a dichas medidas, porque se hace mención a salidas alternativas con otros criterios de selección, sino también y sobre todo porque se le encomiendan a dichas medidas

determinados objetivos (fines y funciones de la pena) que al menos formalmente no estaban del todo incorporados al alero del Derecho Penal de adultos.

Es el análisis de estas medidas nuestro centro de atención, análisis que se torna interesante no sólo porque se concentrará en su novedad, sino también y sobre todo en la reflexión en cuanto a su eficacia del punto de vista de los fines que les son atribuidos expresamente por la propia ley, en este sentido, la problemática objeto de nuestro trabajo, consiste en dilucidar si la Ley de Responsabilidad penal adolescente al establecer un amplio catálogo de sanciones conseguirá utilizar la privación de libertad en último recurso y si acaso dicha circunstancia permitirá cumplir con los fines preventivo-especiales establecidos en su artículo 20, considerando que dichas aspiraciones son de difícil realización debido a las consecuencias atribuidas a la infracción de las medidas ambulatorias establecidas en la ley penal juvenil y sobre todo, por lo que significa una intervención socioeducativa en un contexto de restricción de derechos.

Con el objeto de llegar a una conclusión a este respecto, en nuestro primer capítulo analizaremos cada una de las sanciones establecidas en la LRPJ, tanto en lo que se refiere su orientación político-criminal y naturaleza jurídica, como en lo relativo al detalle de su regulación.

En segundo término, en el capítulo 2, analizaremos el sistema de determinación de sanciones, instituciones novedosas de aplicación post-condena y las salidas alternativas susceptibles de aplicación en los procedimientos juveniles, todo a efectos de poder vislumbrar con claridad las reales características del sistema de sanciones de nuestra ley penal juvenil, sobre todo en lo relativo a la importancia que tiene la privación de libertad en esta normativa.

En el capítulo siguiente trasladaremos nuestro centro de atención a lo que constituyen los fines de la pena en el Derecho penal juvenil, análisis que se

referirá no sólo a los fines de la pena declarados en la LRPJ, sino que también y principalmente a las orientaciones doctrinarias en la materia, la normativa internacional pertinente y las críticas que a este respecto puedan formularse.

En el capítulo cuarto esbozaremos un examen crítico respecto de ciertas formulaciones doctrinarias, que pese a contar con la aquiescencia de la normativa internacional en la materia, no dejan de ofrecer reparos a los ojos del mandato de restricción en el uso del internamiento y a la vez porque se ven frustrados los objetivos de igualdad que prescribe la doctrina de la protección integral, dicho razonamiento se torna urgente considerando que dicha orientaciones dogmáticas fueron, en cierta medida, incorporadas en la LRPJ, y éstas a la vez forman parte del eje central del sistema de sanciones de la citada ley.

En nuestro último capítulo (conclusiones), a la luz de las características previamente analizadas del sistema de sanciones que establece nuestra ley penal juvenil, ofrecemos nuestra posición respecto a la idoneidad de dicho sistema en cuanto a la consecución de los fines de la pena que la propia ley declara, especialmente en lo que a integración socio-educativa se refiere.

Capítulo 1: Sistema de sanciones en la Ley de Responsabilidad penal adolescente.

1.1.- Orientación político criminal en el sistema de sanciones de la Ley de responsabilidad penal juvenil chilena.

En los inicios del proceso de elaboración de la hoy vigente ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad adolescente para jóvenes infractores de la ley penal, se tuvieron en vista una serie de principios ya reconocidos en el escenario normativo internacional, pero por sobre todo se pretendió instaurar un modelo de justicia para menores que guardara armonía con la concepción del niño y/o joven inaugurada por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), esto es, aquella visión que concibe a los adolescentes de una manera absolutamente diferente a como se les concebía tradicionalmente, se les considera como **sujetos de derechos originarios con plena capacidad de autodeterminación**, ya no una persona incompleta, un “anormal” (en oposición a la adultez, que era considerada hasta hace poco la etapa “normal” de la vida), un incapaz ante el derecho, sino una persona plena, titular de derechos y capaz de ejercer dichos derechos.

Ahora, en razón de dicho reconocimiento, se les asigna también un específico tipo de responsabilidad; que debe ser necesariamente distinta a la de los adultos pues su nivel de autonomía es también más reducido, por su condición de “sujeto en desarrollo”. Bajo este postulado el Estado aumenta los niveles de exigencia progresivamente en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto; esta forma de proceder del Estado, y en específico, del ordenamiento jurídico, toma forma de principio,

al cual se le denomina principio de **autonomía progresiva**, reconocido en el artículo 5 de la CDN¹.

En la referida calidad el menor es titular de manera autónoma de los derechos que son comunes a toda persona humana, asumiendo además los derechos fundamentales que le asisten en su condición de menor de edad. Este, por así decirlo, doble resguardo jurídico, por medio del cual el niño goza de determinados beneficios jurídicos “extras” se le llama “**Doctrina de la Protección integral de los derechos del niño**”.

Dicha protección especial y el establecimiento de un tipo de responsabilidad diversa derivan principalmente de dos factores:

1. Su menor culpabilidad (explicada por el período de experimentación y aprendizaje en el que se encuentran los adolescentes, no por una menor capacidad intelectual y de autorregulación) y,
2. Las necesidades de formación, desarrollo o educación que le asisten a los adolescentes, que están reconocidas constitucionalmente².

Dadas estas consideraciones, no se discute que, la respuesta punitiva estatal para los jóvenes infractores de la ley penal debe ser fundamentalmente distinta de la contemplada para los adultos. Ahora, cabe preguntarse: ¿Cuál es la diferencia que se debe establecer entre el sistema penal de adultos y el sistema penal de adolescentes?

En primer término, existe cierto consenso, dentro de los partidarios del modelo de responsabilidad o de justicia, que dicha opción debe ser ejercida

¹ “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

² Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 28 de la CDN, el cual tiene jerarquía constitucional por aplicación del artículo 5 inciso 2º de nuestra Constitución Política de la República.

dentro del marco que otorga el derecho penal mínimo, es decir, la intervención punitiva estatal debe reducirse al mínimo inevitable y cuando dicha intervención se produzca esta debe ser limitada y controlada por un conjunto de garantías tanto sustantivas, como procesales que deben gozar del más irrestricto respeto en un Estado democrático de Derecho. Pero no basta con implementar en los sistemas de justicia juveniles los postulados clásicos del derecho penal liberal, es necesario además ir mucho más allá en el encargo de establecer un Derecho Penal diferenciado, se trata de ofrecer un “derecho penal de alternativas” que contemple un catálogo amplio de sanciones, donde la privación de libertad se utilice como “último recurso” y por el más breve tiempo posible y donde las salidas alternativas juegan un papel preponderante tanto al inicio, como durante el proceso.

Sin perjuicio de lo anterior hay que tener presente que, pese a la adscripción cerrada a los postulados del derecho penal mínimo, en razón de la antedicha calidad de persona de que goza el adolescente, se le otorga cierta responsabilidad, que en el ámbito penal hace renunciar al poder político a la opción de la completa inimputabilidad; se trata de que el adolescente asuma, aunque de manera atenuada, las consecuencias de la comisión de sus delitos, pese a sus necesidades de formación y la mera irrogación de mal que constituye la pena.

De esta manera podemos diferenciar al Derecho penal adulto del juvenil, pues en este último se conjugan los mandatos de un derecho penal mínimo con un derecho penal de alternativas, expresándose esta mixtura en cuatro grandes principios, llamados “las 4 D”, a saber:

- **Descriminalización:** Consiste en la reducción del catálogo de delitos del Código Penal, para efectos de seleccionar sólo aquellos que serán aplicables a los jóvenes infractores.
- **Desformalización, desjudicialización o diversión:** Se traduce en el reclamo más intenso de la utilización de salidas alternativas

en el proceso penal juvenil sobre todo el principio de oportunidad, dando lugar a que actúen otras vías de prevención del delito, como por ejemplo los programas de protección y ayuda adolescente.

- **Desinstucionalización o diversificación:** Se expresa a través de la existencia de un catálogo amplio de sanciones, donde la privación de libertad deberá ocupar el último lugar de la tipología de sanciones, en otras palabras, lo realmente alternativo y excepcional debería ser el internamiento.
- **Debido proceso de ley:** Este principio no sugiere el solo respeto de las clásicas garantías constitucionales del proceso penal sino que además se requiere un mayor celo en su aplicación, tornándose más exigente la observación de dichas garantías en el proceso penal juvenil.

La adopción de esta postura se explica fundamentalmente por los conocidos efectos negativos de la privación de libertad, como son la profunda estigmatización sufrida al interior de las cárceles, la reafirmación de la identidad delictual, para quienes ya empezaron la carrera del delito, la escalada de procesos de socialización negativa en la familia y en los barrios de quienes son encarcelados, y sobre todo porque la restricción de derechos – en este caso la libertad principalmente, pero no sólo este derecho – se produce, en el caso de los niños y adolescentes, en espacios de plena formación personal.

Por otra parte, respecto de las sanciones menos afectantes, no se ha podido comprobar un efecto desfavorable sobre la cuota de reincidencia o de criminalidad³, además muchos estiman que los jóvenes son un campo apropiado para poner en funcionamiento nuevas ideas y nuevos objetivos, pues si con algún grupo de la población la sociedad puede sentirse más generosa,

³ ALBRECHT, Peter Alexis, Respecto del futuro del derecho penal de menores-peligros y chances, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un Derecho Penal del Menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.65.

más solidaria, es con los jóvenes, a quienes se le ofrece una oportunidad para cambiar⁴.

Además se estima que no sólo la privación de libertad se considera estigmatizante y negativa, sino que también el solo paso por el proceso condiciona una cierta lógica de rivalidad por parte de la sociedad hacia el joven, bastante entusiasta en el caso de los medios de comunicación, y no sólo eso, éste tiende a confirmar una ya configurada rebeldía en esta experiencia, es por eso que las medidas tendientes a evitar este dramático encuentro con la justicia son recomendadas para los niños y jóvenes.

En concomitancia con ello la CDN en su artículo 37 letra b) establece imperativamente que: “Ningún niño será 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 utilizarán tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.” Además se complementa tal obligación estatal, con lo dispuesto en el artículo 40.4 el cual señala que “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...”. La CDN además de proponer la implementación de un sistema penal juvenil de sanciones alternativas a la privación de libertad, considera también la opción de la desjudicialización de las soluciones en su artículo 40.3 letra b) el cual señala que: “Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”

⁴ GIMÉNEZ Esther y COLOMER Salinas, La Justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un Derecho Penal del Menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.47.

Similares prescripciones establecen Las Reglas Mínimas para la administración de Justicia de Menores, conocidas como “Reglas de Beijing”⁵, en sus artículos 19 y 18.1⁶, en relación al artículo 17.1 letras b) y c)⁷. Además debe tenerse en cuenta lo que señalan las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)⁸ en su regla 5 del título I : “Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás...”

Esta, por así llamarla, ideología del modelo de justicia juvenil fue la que inspiró a Ley de responsabilidad penal adolescente chilena (o LRPJ) en sus inicios, en su fase de anteproyecto y proyecto de ley⁹, pero que fue poco a poco desfigurándose en su lento paso por el Congreso, principalmente en su tránsito por el Senado, donde las modificaciones legislativas aprobadas hacen difícil sustentar hoy que el modelo descrito sea el que haya adoptado nuestra ley, no

⁵ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

⁶ Artículo 19: “Carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios”: 19.1.- El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible. / Artículo 18: “Pluralidad de medidas resolutorias”. 18.1.- Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; h) Otras ordenes pertinentes.

⁷ Artículo 17.1 letra b).- Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; letra c).- Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada.

⁸ Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

⁹ Véase DE FERARI, Luis Ignacio, Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes de Chile, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, págs. 113 a 158.

sólo por el relajo desmesurado de los límites máximos a la pena privativa de libertad de 5 y 10 años, sino también y sobre todo por el protagonismo que adquiere la privación de libertad al establecerse en cuatro de los cinco tramos de la tabla demostrativa que establece las penas aplicables, restringiendo además la facultad del juez para prescindir de ella en determinados casos. Con ello, lo que tenemos es una legislación, que en el ámbito de las declaraciones y la forma pretendió incorporar una respuesta superadora del viejo sistema tutelar de menores, vanguardista y acorde a los mandatos de los compromisos internacionales en materia de sanciones juveniles, pero que en su configuración final relativiza la puesta en práctica de las orientaciones descritas condicionando la vigencia de la CDN a una “buena práctica judicial”, esto porque nuestro poder político prefirió abrir paso a las orientaciones defensistas de tolerancia cero que respetar en forma plena la CDN, como veremos a continuación al detallar el sistema de sanciones de nuestra ley.

1.2.- Análisis del sistema de sanciones de la Ley 20084.

1.2.1.- Naturaleza jurídica de las medidas ambulatorias

Las medidas ambulatorias, alternativas o socioeducativas del Derecho penal juvenil son un conjunto de variadas respuestas con las que enfrenta el ordenamiento jurídico penal el delito cometido por un menor de edad, a las cuales generalmente se les atribuye determinados fines preventivo especiales y entre las cuales se encuentran a modo de ejemplo la libertad vigilada, los servicios en beneficio de la comunidad, la reparación del daño cometido, etc. y surgen, como ya hemos señalado, como una alternativa a la privación de libertad.

En razón de ello, las medidas ambulatorias, son juzgadas corrientemente como una institución de corte despenalizador, pero la verdad es que ocupan un lugar intermedio entre la corriente despenalizadora y la intervencionista, y éstas son valoradas desde uno y otro punto de vista; el que sean estas medidas lo uno o lo otro depende de una serie de variables: si acaso los asuntos derivados a los programas les son “arrebatados” a los centros de internación o más bien a la familia, la escuela y los servicios sociales normales, ampliando en tal caso las redes de control, si el cumplimiento de la medida viene reforzado o no por el contexto coactivo de una orden judicial, la amenaza de una sanción por incumplimiento, etc.¹⁰ Por eso, a propósito de las medidas ambulatorias debemos concluir que no siempre debe mirárseles con un grado de optimismo cegado a toda crítica sino que simplemente han sido consideradas para efectos de su incorporación en el derecho penal adolescente como “un mal menor”, pues más que sus efectos educativos o resocializadores el principal argumento

¹⁰ COUSO Salas, Jaime, Principio educativo y (re)socialización en el Derecho Penal Juvenil, En: UNICEF, Justicia y Derechos del niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág. 53 y 54.

a su favor ha sido sólo la imposibilidad de poder renunciar derechamente a la pena.

Precisamente su naturaleza jurídica consiste en ello, una pena, que por más que se les nombre como “medidas” en consideración a su diversidad y finalidad, esto no nos debe llevar nuevamente a tropezar con el famoso equívoco denominado ampliamente como “fraude de etiquetas” al que ya estábamos habituados en el viejo derecho tutelar de menores, y que consistía en “etiquetar” o rotular las medidas susceptibles de ser aplicadas a los adolescentes con nombres que denotaban protección y cobija que para éstos, y que pretendían diferenciarse radicalmente con las penas del derecho penal clásico de adultos; pero que en la práctica y en el fondo, seguían siendo penas equivalentes, con el agravante de que no se consideraba en lo absoluto las características particulares de los destinatarios de ellas.

Y en consideración a lo expuesto, adscribimos a la posición que sostiene en forma categórica que la consecuencia jurídica atribuida a un delito cometido por un menor de edad debe necesariamente medirse en relación al hecho cometido y su gravedad, quedando terminantemente proscrito la consideración de circunstancias personales para establecer una sanción, salvo que por aplicación del principio de culpabilidad se morigere el rigor de la misma. De esta forma, debemos resolver que las consecuencias jurídicas del derecho penal juvenil tienen necesariamente como fundamento la declaración de responsabilidad en la comisión de una infracción a la ley penal por parte de un adolescente, lo que es reafirmado por el artículo 1 inciso 1° y 20 de la LRPJ¹¹. Con esto se pretende eliminar los ribetes de derecho de autor del cual se

¹¹ Artículo 1 inciso 1°: Contenido de la Ley: “La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que comentan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.” Artículo 20: Finalidad de las sanciones y otras consecuencias: “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socio – educativa amplia y orientada a la plena integración social.”

rodeaba el antiguo derecho de menores y en su lugar perfilar un derecho penal del acto, recogiendo de esta forma la garantía sustantiva constituida por el principio de nulla poena sine culpa, responsabilidad o culpabilidad.

1.2.2.- Terminología

La ley 20.084 regula las medidas a imponer a los adolescentes en el título I denominado: “Consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal” donde se utiliza la voz preferentemente de “sanciones” para denominar a las consecuencias jurídicas de los delitos cometidos por adolescentes, sin embargo también utiliza la expresión “pena” sobre todo a propósito del sistema de determinación de las sanciones, ámbito en el cual el derecho penal de adultos guarda estrecho vínculo con el juvenil, como veremos.

En otras legislaciones se prefiere utilizar una terminología propia llamando a dichas consecuencias jurídico-penales “medidas socio-educativas”¹² o simplemente “medidas”¹³; dichas denominaciones tienen la virtud de expresar que todas las medidas, aún la privativa de libertad, si bien no se aplican “para educar”, deben respetar los principios de dignidad personal, responsabilidad y orientarse hacia la efectiva integración social. La dificultad de esta noción es que el concepto socio-educativo, al no estar suficientemente definido, tiende a interpretarse como una intervención psicosocial destinada a modificar el sujeto¹⁴.

¹² Se utiliza dicha expresión, a modo de ejemplo, en el Estatuto del niño y del adolescente (ECA-1990) de Brasil.

¹³ Como ocurre a modo de ejemplo en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de España del año 2000 y en la Ley del Menor Infractor de El Salvador.

¹⁴ CILLERO, Miguel y MADARIAGA, Hugo, Infancia, Derecho y Justicia: Situación de los derechos del niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los 90, Chile, Coediciones UNICEF – Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2002, pág.87.

Estimamos que, siendo coherentes con una definición de pena sustancial-material y con los postulados básicos del minimalismo penal, resulta un avance el reconocimiento explícito de la naturaleza principalmente afflictiva de tales medidas, y de esta manera se abandona la ingenua creencia de que por no consistir en total privación de libertad en la mayoría de dichas sanciones o por atribuírsele determinados objetivos resocializadores se neutraliza su esencia marcadamente penal.

1.2.3.- Clasificación y enumeración

Existen diversas clasificaciones a nivel de derecho comparado, entre ellas se encuentra la ya clásica distinción del derecho alemán¹⁵ entre medidas educativas o formativas, disciplinarias o de corrección y penas, que permite expresar claramente la diferencia entre consecuencia jurídica y tratamiento marcando de manera clara la incompatibilidad entre pena y asistencia.

También podemos elaborar una clasificación de las penas atendida su naturaleza en penas de delitos (para el caso que éstas sean consecuencia de la comisión de un simple delito o crimen) o penas de faltas; en cuanto a su carácter en penas principales y accesorias; en cuanto a su entidad en penas simples o mixtas; y finalmente en cuanto al derecho afectado, en penas privativas y no privativas de libertad, es esta última clasificación la utilizada precisamente por nuestra ley.

La clasificación contenida en la ley 20.084, como acabamos de ver, se estructura en función del grado de restricción de derechos que importan las medidas, y distingue entre sanciones privativas y no privativas de libertad. Este criterio parece ser el más adecuado en un enfoque garantista, ya que permite superar cualquier fraude de etiquetas; sin embargo esta distinción tenía mayor

¹⁵ También recogida en el Código de la niñez y la adolescencia de Paraguay en los artículos 200 y siguientes.

sentido en el proyecto enviado por el Ejecutivo al Congreso pues se reservaban las sanciones privativas de libertad, únicamente para las infracciones graves, taxativamente identificadas. Hoy dicha taxatividad desaparece, adoptándose un modelo donde se vincula la sanción aplicable a los adolescentes con la pena establecida para el Derecho Penal de adultos por medio de un sistema de conversión, como veremos más adelante.

El artículo 6 de la ley de responsabilidad adolescente por infracciones a la ley penal contempla la escala general de sanciones aplicables a los adolescentes, la cual está compuesta de las siguientes sanciones:

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

Debe tenerse presente que la ley 20.191¹⁶, modificatoria de la ley 20.084, eliminó la diferenciación que hacía dicha escala de las penas de delitos y de penas de faltas, donde las penas para los delitos eran las seis primeras y las penas para las faltas eran las 4 últimas.

Además se contemplan como “penas accesorias” en el mismo artículo:

- a) Prohibición de conducir vehículos motorizados;
- b) Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos.

¹⁶ Promulgada el día 30 de mayo del año 2007 y publicada parcialmente en el Diario Oficial el día 2 de junio del mismo año, ad portas de la entrada en vigencia de la ley el día 8 de junio del año 2007.

En el artículo 7 de la LRPJ se contempla una “sanción accesoria” a las previstas en el artículo 6 de la ley consistente en el tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

También se contemplan “sanciones mixtas” en el artículo 19 donde se combinan la internación en régimen cerrado con la de régimen semicerrado en el caso de crímenes y en los demás casos la internación en régimen cerrado o semicerrado puede complementarse con una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas ya sea con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad o en forma previa a su ejecución.

1.2.4.- Descripción pormenorizada de las sanciones de la ley 20.084.

1.2.4.1.- Sanciones no privativas de libertad: Reguladas en el párrafo 2° del título I.

- Amonestación:

Esta medida ha sido ampliamente considerada en diversas legislaciones juveniles debido a que ha mostrado gran eficacia respecto de delitos de poca o mediana gravedad. Esta efectividad se ha visto plasmada en un doble ámbito, por una parte, la sanción individualmente considerada impuesta al adolescente infractor, y por otra, las consecuencias, que a propósito de esta sanción, usualmente se producen en el ámbito de la reparación a la víctima.

Centrándonos en el tratamiento que nuestra legislación le ha dado a la amonestación, podemos decir que esta medida se enmarca dentro de las sanciones llamadas correccionales o disciplinarias, y a pesar que en nuestro sistema aparece como una sanción atenuada dentro de la escala de sanciones posibles a aplicar, es una medida que tiene una naturaleza principalmente

responsabilizante donde el juez puede llamar seria e intensamente la atención al adolescente haciéndole ver las consecuencias de su conducta.

Está regulada en el artículo 8 de la LRPJ, el cual señala que “consiste en la represión enérgica al adolescente hecha por el juez, en forma oral, clara y directa, en un acto único, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, tanto para la víctima como para el propio adolescente, instándole a cambiar de comportamiento y formulándole recomendaciones para el futuro”.

En relación a las recomendaciones que debe realizar el juez al menor, estimamos que es cuestionable desde el punto de vista de un Estado democrático que bajo el alero de un contexto punitivo se le “inste” al menor a la modificación de su conducta actual y futura pues dicha intromisión vulnera el libre desarrollo de la personalidad del joven; ninguna pena, tampoco la amonestación, está legitimada para invadir la esfera íntima del sujeto, son otros los canales, de naturaleza completamente opuesta, los llamados a persuadir al joven a un comportamiento legal; un ordenamiento respetuoso de los derechos fundamentales sólo se limita a atribuir determinadas consecuencias jurídicas a una conducta, y el individuo libremente elige si desea soportarlas o no, sin embargo una especie de “escarmiento” judicial se aleja de la esfera donde es permitido actuar al Estado; además este juez sermonioso bastante se parece al antiguo juez de menores.

Por otra parte la disposición señala que: “La aplicación de esta sanción, en todo caso, requerirá una previa declaración del adolescente asumiendo su responsabilidad en la infracción cometida.”

En este caso faltó contemplar los resguardos adecuados para que dicha declaración sea prestada en forma libre, dado que, lo que es una premisa básica “indubitada” en el nuevo proceso penal, debiera serlo con toda razón tratándose de los menores de edad, esto en conformidad a la nueva concepción del niño ya apuntada.

Con el objeto de hacer partícipes a los padres en el proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 15.2 de las Reglas de Beijing¹⁷, se establece en el inciso final del mencionado artículo que: “Los padres o guardadores del adolescente serán notificados de la imposición de la sanción, en caso de no encontrarse presentes en la audiencia.”

Con respecto a esta notificación hay autores como Juan Bustos Ramírez que se muestran a favor de esta posibilidad señalando que “...aparece como importante el conocimiento por parte de los padres o guardadores, con el objeto de que su cuidado resulte mayor, a fin de que el reconocimiento de responsabilidad por parte del adolescente, efectivamente signifique que no vuelva a cometer hechos de carácter delictivo”¹⁸. Sin embargo el autor plantea que la real eficacia de la medida estaría dada por la presencia de los padres a una audiencia especial de notificación bajo pena de multa en caso de no concurrir.

Se nos hace necesario señalar nuestro absoluto desacuerdo con la medida propuesta por el autor, ya que significa en definitiva hacer responsables de un delito a quienes no lo son, es decir, otorgar cierta responsabilidad a los padres, quienes en muchas ocasiones han sido determinantes en la creación de un clima propicio para que los jóvenes delincan, contribuyendo con diversos estímulos a la carrera delictiva, como son el abandono, la despreocupación o bien en el otro extremo excesivo autoritarismo, entre otras razones.

El éxito de un sistema penal para adolescentes no pasa por cambiar al personaje que se hace cargo de estos jóvenes (el Estado o los padres), sino muy por el contrario el objetivo pasa por reconocer que los jóvenes, en esta etapa específica de su vida, están más propensos que otras personas a

¹⁷ Artículo 15.2: “Los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación, si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.”

¹⁸ BUSTOS Ramírez, Juan, Derecho Penal del Niño – Adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente, Santiago – Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, Pág 50.

cometer errores, pero para que ellos incorporen estos errores como parte normal de su vida y se hagan cargo de ellos, es básico que se les reconozca una cierta capacidad de enmendar el rumbo tomado y de hacerse responsables por la comisión de los delitos que cometan, de lo contrario pensamos que el punto de partida del sistema es evidentemente errado, ya que se traduce en el siguiente absurdo: “para que el adolescente que delinquirió se haga responsable notifiquemos a los padres”, y en ese sentido el fin se desvirtúa y el fracaso de la tan anhelada incorporación de los jóvenes a la sociedad como personas autónomas y capaces, es inminente.

- **Multa:**

Esta sanción también guarda relación con las medidas de corrección, pero a pesar de ello se contempla en las leyes juveniles fundamentalmente por ser una medida menos aflictiva que otras. Sin embargo ello no la exime de otros cuestionamientos que parten de una situación bastante obvia, cual es, que los adolescentes infractores no tienen edad para trabajar y por lo tanto en la gran mayoría de los casos no están incorporados al sistema laboral y por lo tanto, no tienen ingresos propios para responder de una sanción de esta naturaleza.

La sanción se traducirá entonces en que, la pena de multa recaerá sobre los padres y no sobre quien directamente cometió el ilícito. Esta sanción pugna con uno de los principios básicos del derecho penal, que señala que las penas, y por ello la responsabilidad penal, son personalísimas, es decir, sólo pueden ser impuestas a la persona misma que cometió el hecho ilícito. Las penas deben estar relacionadas con un delito cometido por una persona y en este caso la única razón para imponer una pena sería la relación parental.

Por otra parte es también cuestionable que esta pena en la práctica no cumpla con ningún fin preventivo, ni resocializador, menos aun si consideramos que el adolescente infractor ni siquiera asume su responsabilidad de acuerdo a

lo dispuesto en la propia ley, pues ésta señala que se debe atender a las condiciones económicas de los padres del adolescente infractor o de quien lo tenga su cuidado, lo que a todas luces guarda más armonía con un sistema de responsabilidad civil, pero jamás con uno de responsabilidad penal.

Es necesario sí reconocer que el hecho que se consideren las facultades económicas del infractor permite conjugar adecuadamente el principio de igualdad ante la ley con la situación socio-económica del adolescente, pues dependiendo de esta variable multas de distintas cantidades serán consideradas igualmente gravosas dependiendo del patrimonio al cual afecten (sin perjuicio de la “puesta en jaque” del principio de legalidad de las penas, reconocido constitucionalmente en el artículo 19 número 3 inciso final de la Constitución Política de la República de Chile)

Esta sanción se regula en el artículo 9, el cual nos señala que: “El juez podrá imponer una multa a beneficio fiscal que no exceda de 10 unidades tributarias mensuales. Para la aplicación y determinación de su monto, además de los criterios señalados en el artículo 24 de la presente ley (criterios de determinación de la pena), se considerarán la condición y las facultades económicas del infractor y de la persona a cuyo cuidado se encontrare.”

Continúa señalando el artículo antedicho: “El juez, a petición del adolescente o su defensor, podrá autorizar el pago de la multa en cuotas.”

Por último se establece la posibilidad de conmutar la multa por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad: “La multa será conmutable, a solicitud del infractor, por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres unidades tributarias mensuales.”

Este último inciso merece mayor reparo desde el punto de vista de la igualdad ante ley, pues, muy probablemente en la aplicación de esta sanción, los que opten por conmutar esta pena serán a quienes en función de los criterios del artículo 24, y a pesar de sus reducidas facultades económicas, no se les pueda fijar una cantidad demasiado baja de dinero, en razón de una

considerable reunión de variables agravantes. De esta manera, los que no tengan posibilidad alguna de pagar la cantidad establecida por el tribunal, recibirán una sanción más gravosa que aquellos que sí puedan pagar el monto fijado.

- **Reparación del daño:**

Esta sanción surge como consecuencia no sólo de la búsqueda de alternativas a las clásicas sanciones del derecho penal sino también como resultado de la valorización de la víctima dentro del proceso ocurrida en las últimas décadas; valorización que se confirma gracias a tres órdenes de ventajas: En primer término, el infractor, en este caso adolescente, en el proceso de conciliación-reparación puede dimensionar el daño producido a su víctima, permitiéndosele empatizar con ella y de esta forma, hasta se le ofrece la oportunidad tangible del arrepentimiento, logrando así un mayor grado de responsabilización; por otra parte la víctima también podrá conocer y hasta en alguna medida comprender al delincuente, se sentirá escuchada y hasta sus miedos podrán disiparse aunque sea de manera parcial, reduciéndose de esta forma, su sentimiento de venganza. Y en tercer lugar vemos como de esta manera se contribuye a crear un mejor clima social.

Estas ventajas han sido comprobadas empíricamente en aquellos países donde el modelo se encuentra vigente desde hace algunos años, como Canadá, Nueva Zelanda, Austria y Gales. A grandes rasgos, los estudios del funcionamiento práctico del modelo arrojan como resultados positivos una importante disminución del número de jóvenes condenados a penas privativas de libertad o su condena a penas de prisión más cortas¹⁹. Quizás el ejemplo

¹⁹ Informe final del proyecto del Servicio Nacional de Menores: "Seguimiento y validación de los proyectos de reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad", en Revista de Estudios de la Justicia N° 5 (2005), Centro de estudios de la justicia, Universidad de Chile, págs.225 a 243.

más notable sea el caso neozelandés y su modelo de las Family Group Conferences (Conferencias de Grupo Familiar), que consiste básicamente en una reunión en la que participan, bajo un coordinador, el niño o adolescente infractor, su familia, la víctima y todos aquellos que puedan tener un legítimo interés, con el objeto de obtener una solución a la dificultad del joven y una decisión relativa a su comportamiento criminal. Este sistema tiene la ventaja de que no sólo se logran los objetivos relacionados con la reparación sino que también permite deliberar acerca de la necesidad social de la pena.²⁰

Hay que hacer presente en todo caso que la medida o sanción de reparación del daño debe distinguirse totalmente de lo que constituye una conciliación-reparación víctima-delincuente, ya que en esta última la reparación es una solución dada dentro del proceso y en forma “previa a la condena judicial”, donde son las mismas partes, auxiliadas por fiscal y defensor, quienes logran obtener una solución al problema producido, y donde a consecuencia de la renuncia a la intervención penal se produce el sobreseimiento de la causa. Sin lugar a dudas esta última vía maximiza las virtudes enunciadas, no sólo por el carácter autocompositivo de ésta sino también porque evita al joven el tránsito por todo el proceso penal, donde el resultado final suele ser una solución que se siente ajena, doblemente gravosa y muchas veces injusta, porque en este caso se trata de una forma de intimidación individual y no una forma de pacificar el conflicto.²¹

La sanción de reparación del daño está regulada en el artículo 10 de la LRPJ el cual señala en que consiste esta medida: “La reparación del daño consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de

²⁰ COUSO Salas, Jaime, Derecho Penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?. Revisión del sistema de medidas en el anteproyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal, Chile, Santiago, Coediciones UNICEF – Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 1999, pág.s 65, 66, 67 y 68.

²¹ COUSO Salas, Jaime, Derecho Penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?. Revisión del sistema de medidas en el anteproyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal, Op. cit, pág. 50.

la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima.”

Que la sanción de reparación del daño se traduzca en la realización de un servicio no remunerado no tiene necesariamente que ver con la imposibilidad de otorgar una determinada cantidad de dinero, sino también en caso que la compensación no pueda adquirirse de forma cabal con la mera prestación pecuniaria, por ejemplo en casos de daño de objetos reparables, puede ocurrir que no exista una persona adecuada para su reparación en el lugar del ilícito y el trabajo lo tenga que realizar así el adolescente, o puede ocurrir también que el adolescente tenga los recursos económicos solamente para pagar los materiales de la obra, pero no para pagar el servicio de reparación o construcción.

También es válida en este caso la observación que señalábamos a propósito de la amonestación, en cuanto a que tampoco se señalan en la disposición en comento los resguardos básicos que deben tomarse para que la expresión de voluntad del adolescente se manifieste de forma libre.

En cuanto a la compatibilidad de esta sanción con la responsabilidad civil que se derive del ilícito penal cometido, el inciso final del artículo 10 nos señala que: “El cumplimiento de la sanción no obstará a que la víctima persiga la responsabilidad contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, pero sólo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente.”

A partir de este inciso concluimos que la naturaleza de la sanción de reparación del daño fuera de ser una medida de carácter punitivo, además tiene una naturaleza compensatoria.

- Servicios en beneficio de la comunidad:

“Esta es una de las nuevas sanciones que se aplican hoy en el campo general del derecho penal y ciertamente es sumamente adecuada respecto de la responsabilidad penal adolescente, en cuanto le significa sumir su responsabilidad y asumir un servicio respecto de los demás, que implica un respeto por los derechos de los otros, lo cual es parte de un proceso de formación para el adolescente y el niño en general.”²²

Los servicios en beneficio de la comunidad al igual que la medida de reparación del daño, forma parte del modelo de justicia restaurativa o reparatoria. En el panorama comparado es de frecuente previsión, y suele ser enmarcada dentro de lo que son las “penas comunitarias”, por permitir la conservación de los vínculos familiares y sociales del infractor adolescente. Este tipo de medidas refuerzan la orientación preferentemente educativa y no punitiva que se pretende que tengan las penas en el derecho penal juvenil, por tratarse de personas que están en etapa de pleno desarrollo. Pero con ello, no se pretende decir que a través de esta sanción se persigan deliberadamente estos fines reeducativos, sino que por medio de su aplicación simplemente se consiguen mejor, sobre todo en el ámbito de la responsabilización; además, se destaca su carácter no segregativo.

Esta sanción está regulada en el artículo 11 de la LRPJ el cual nos señala que consiste en: “...la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad.”

El inciso segundo de dicho artículo fija los límites en la aplicación de esta medida: “La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120.”

²² BUSTOS Ramírez, Juan, Op. Cit. Pág 52

Este inciso al establecer de modo imperativo la compatibilidad entre la sanción de servicios en beneficio de la comunidad y las actividades educacionales o laborales del menor guarda armonía con el propósito integrativo del artículo 10 de las Directrices de RIAD el cual señala que: “Deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, los grupos de jóvenes que se encuentren en condiciones similares, la escuela, la formación profesional y el medio laboral, así como mediante la acción de organizaciones voluntarias. Se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración.”

El último inciso del artículo 10 nos indica la necesidad del cumplimiento de un requisito previo para la imposición de esta sanción: “La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad.”

En este caso es válida también la observación expuesta a propósito de la pena de amonestación y de la pena de reparación del daño.

- **Prohibición de conducir vehículos motorizados:**

Se trata de una sanción de carácter accesoria que sólo puede imponerse cuando la conducta en que se funda la infracción por la cual se le condena haya sido ejecutada mediante la conducción de vehículos. Por ejemplo: delito de daño, en que éste se haya producido mediante un choque con automóvil a una casa o cerco, o delito de lesiones, homicidio o cuasidelito de ambos causados a efecto de un atropello por medio de vehículo motorizado a una o varias personas. En estos casos los diferentes delitos que pueden estar involucrados en la conducción de un vehículo serán sancionados con las penas

respectivas (en este caso, principales) que establece la LRPJ, y el sólo hecho de que dichos delitos se hayan cometido mediante la conducción de automóviles o similares hace acreedor al infractor de la prohibición señalada.

Se encuentra regulada esta sanción en el artículo 12 de la LRPJ, el cual señala en su inciso 2° los límites temporales de esta pena accesoria: “La sanción se hará efectiva desde el momento de dictación de la sentencia condenatoria y su duración podrá extenderse hasta el período que le faltare al adolescente para cumplir veinte años.”

Respecto de la extensión de la sanción el profesor Juan Bustos Ramírez señala: “La redacción es extraña, pues si es una pena accesoria, debería seguir la suerte de la principal, pues si dura más que ella se convertirá también en principal y entonces tendríamos un hecho con dos sanciones, lo cual va en contra de los principios garantistas del derecho penal, en especial del non bis in idem. Por consiguiente, el texto debería expresar que en caso alguno esta pena podrá exceder el período que le falta para cumplir con los veinte años, sobre la base que si el adolescente llevó a cabo su hecho delictivo cerca de los 18 años, su pena puede, según el caso, exceder el límite de veinte años.”²³

Por otra parte aclara además el mismo artículo lo ocurrido en caso de quebrantamiento de la condena, la cual se entiende que ocurre con la sola conducción de un vehículo motorizado sin necesidad que a consecuencia de ello se hubiere cometido un delito; el inciso 3° reza de la siguiente forma: “En caso de quebrantamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de esta ley, a menos que a consecuencia de la conducción se hubiere afectado la vida, la integridad corporal o la salud de alguna persona, caso en el cual se remitirán los antecedentes al Ministerio Público para el ejercicio de las acciones que correspondan.”

²³ BUSTOS Ramírez, Juan. Op. cit. Pág 53.

- **Comiso de los objetos, documentos e instrumentos de los delitos:**

Esta sanción fue agregada, como accesoria, a la ley 20.084, mediante la ley 20.191, sin establecer para ella una regulación especial, sino que se señala en el artículo 6 que, esta sanción se regirá según lo dispuesto en el Código Penal, el Código Procesal Penal y las leyes complementarias.

Esta manifestación de referencia en integridad a la legislación procesal-penal “adulta” será una constante de los “acomodos” que sufrió la ley en aras de su pronta aplicación y de querer otorgarle elementos de corte peligrosistas y fines retributivos, que no sólo contradicen las orientaciones de la dogmática en esta materia, sino que también relajan las exigencias de especialización contenidas en los instrumentos internacionales.²⁴

- **Libertad asistida:**

“Ciertamente, la libertad asistida debiera ser la sanción principal para delitos graves del adolescente, pues es aquella que mejores resultados puede lograr desde una perspectiva preventivo especial, pues no tiene los graves efectos sobre el adolescente que tiene la pena privativa de libertad, si partimos del principio que la libertad es el fundamento básico para la convivencia social y por consiguiente no se puede forma en libertad privando de libertad.”²⁵

En realidad, esta sanción es una de las típicas medidas de derecho penal juvenil; también se le denomina libertad “vigilada” enfatizando con esta denominación el aspecto controlador de esta pena; se contempla en diversas legislaciones, y se le suelen atribuir esperanzas resocializadores o de corte educativo; es una de las medidas más gravosas o restrictivas de derechos

²⁴ Art. 52 de las Directrices de RIAD y art. 2.3 de las Reglas de Beijing.

²⁵ BUSTOS Ramírez, Juan, Op. cit. Pág 54.

dentro de las no privativas de libertad, y consiste, de acuerdo al artículo 13 de la LRPJ en: "...la sujeción del adolescente al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo personal basado en programas y servicios que favorezcan su integración social."

Como podemos apreciar, la sanción de libertad asistida tiene un objetivo específico, cual es, "favorecer la integración social del adolescente"; si bien la disposición no nos señala qué debemos entender por integración social, uno podría entender que lo buscado por la ley es que el niño o joven se integre a las instituciones sociales formales adoptando un comportamiento deseable de acuerdo a lo que socialmente se entiende por tal, es decir, que un adolescente concurra diariamente al colegio, responda a las exigencias de éste, viva con sus padres o tutores, y desarrolle las actividades recreativas lícitas propias de su edad. Sin embargo, debemos entender este favorecimiento por la integración de una manera bastante más acotada, pues como veremos en el capítulo próximo el único objetivo defendible constitucionalmente del derecho penal de menores es la "dirección parcial del comportamiento" en el sentido de la exigencia de comportamiento legal²⁶, es decir, no es posible requerir de parte del adolescente un comportamiento deseable o ideal, no se trata de la búsqueda de una sumisión cabal, sino solamente de sancionar las conductas ilícitas de un punto de vista penal.

El inciso 2° del artículo en cuestión nos muestra cual es la tarea del delegado respecto del menor: "La función del delegado consistirá en la orientación, control y motivación del adolescente e incluirá la obligación de procurar por todos los medios a su alcance el acceso efectivo a los programas y servicios requeridos."

Esta disposición nos muestra la real naturaleza de lo que constituye la libertad asistida; ésta como puede apreciarse y explícitamente es señalado por el artículo no consiste en una mera "asistencia" como pudiera darlo a entender

²⁶ ALBRECHT, Peter Alexis, Op.cit. , pág.63.

el nombre de la sanción, sino que fundamentalmente está orientada al control y supervisión del adolescente infractor, por lo que se requiere una especial capacitación del delegado, dado que será la obediencia o desobediencia al programa diseñado por el delegado la que determinará el quebrantamiento de la medida o su cumplimiento. Si el adolescente al final del proceso dio cumplimiento cabal a la sanción impuesta, pero pese a ello no resultó orientado o motivado a un comportamiento socialmente adecuado, esto no determina un incumplimiento de condena; la orientación o motivación serían sólo elementos que contribuyen a que el adolescente cumpla de manera voluntaria su pena. En definitiva, el éxito de esta medida dependerá en gran medida de la habilidad del delegado quien debe manejarse muy en el límite y con bastante sutileza en las relaciones que logre establecer con el adolescente infractor, a fin de que su plan no sea percibido por el joven como invasivo a su intimidad o una carga de tedioso cumplimiento lo que obviamente podría llevar al fracaso de la pena desde el punto de vista de sus fines resocializadores.

Esto es confirmado con la sola lectura del inciso 3° del artículo 13 el cual nos relata la forma como el delegado ejercerá sus funciones de control: “El control del delegado se ejercerá en base a las medidas de supervigilancia que sean aprobadas por el tribunal, que incluirán, en todo caso, la asistencia obligatoria del adolescente a encuentros periódicos previamente fijados con él mismo y a programas socioeducativos. Para ello, una vez designado, el delegado propondrá al tribunal un plan personalizado de cumplimiento de actividades periódicas en programas o servicios de carácter educativo, socio-educativo, de terapia, de promoción y protección de sus derechos y de participación. En él, deberá incluir la asistencia regular al sistema escolar o de enseñanza que corresponda.”

Como se puede apreciar, el legislador pretendió inyectarle a esta medida un fuerte contenido preventivo especial positivo (educación y/o resocialización) que guarda estrecha armonía con los fines atribuidos a la pena en el artículo 20;

sin embargo hay que hacer presente en este punto, que, como analizaremos detenidamente en lo sucesivo, la sola enunciación triunfalista de los principios maximalistas de corte resocializador no convierte a esta medida en una vía para que éstos se conviertan en realidad, no sólo, ni principalmente tal vez, por un tema de disponibilidad de recursos económicos sino sobre todo por constituir la atribución de fines educativos una inclusión desnaturalizada si se realiza en el seno de un contexto principalmente coactivo.

El inciso cuarto del comentado artículo señala ciertas medidas que pueden incluirse en el plan propuesto por el delegado: "...como la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, de visitar determinados lugares o de aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas, u otras condiciones similares."

Respecto de estas prohibiciones, cabe señalar que éstas pueden ser apreciadas como una mera afirmación de sugerencias, pues no se especifica en la LRPJ, ni se vislumbra la forma mediante la cual se controlará su cumplimiento.

Finalmente el inciso final del artículo 13 nos señala el límite máximo de duración de esta sanción la cual no puede exceder de tres años. Límite que fue paulatinamente ampliado respecto de aquellos que se contemplaban en el Anteproyecto de ley los cuales no podían superar uno o dos años.

- **Libertad asistida especial:**

Esta sanción es la modalidad "más intensa" de lo que constituye la libertad asistida, y por ende en ella están más acentuados los elementos de control y supervisión, en combinación con una mayor carga obligacional por parte del adolescente infractor. Es por ello que se trata de una sanción predominantemente orientada hacia la responsabilización y la retribución. Se

trata de la más invasiva de las sanciones no privativas de libertad, y por lo mismo se ha considerado como alternativa al régimen cerrado.

“Esta pena, por sus características, está pensada para adolescentes con mayores problemas de convivencia o con más deficiencias en su formación, por consiguiente se requiere una mayor atención y protección por parte del delegado durante el cumplimiento de la condena, lo cual exige no sólo mayor preparación, sino también mayor experiencia del delegado. Es por eso que se plantean actividades intensivas socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario, de modo que ello posibilite el proceso de educación formal, capacitación laboral y fortalecimiento de los vínculos con su familia o adulto responsable. Al mismo tiempo, se prevé que el adolescente esté en condiciones de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros acreditados.”²⁷

Está regulada en el artículo 14 de la LRPJ el cual señala que: “En esta modalidad de libertad asistida, deberá asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable.”

Como se puede apreciar, es una constante del legislador penal juvenil el querer vincular las consecuencias jurídicas de la infracción penal adolescente tanto al derecho a la educación y formación profesional del joven, como a su derecho a no quebrantar vínculos familiares y sociales.

El inciso 2º nos señala que la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios y las tareas de supervisión que ejercerá el delegado deben ser fijadas por el tribunal en la resolución que apruebe el plan. Respecto de esta

²⁷ BUSTOS Ramírez, Juan, Op. cit., pág.s 55 y 56.

facultad judicial es posible señalar que es objetable considerando el principio de determinación legal de las penas, pues si bien la libertad asistida especial tiene un máximo de duración que de acuerdo al inciso final del artículo 14 es de 3 años, la permisividad o severidad en cuanto a la frecuencia y duración de los encuentros obligatorios, y por ende el mayor o menor control del delegado es más bien incierto, pudiendo variar demasiado de un caso a otro, haciendo imposible prever las tan disímiles consecuencias que puede tener la infracción penal adolescente.

- **Sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol:**

Esta sanción de tipo accesorio está regulada en el artículo 7 de la LRPJ el cual señala escuetamente lo siguiente: “El juez estará facultado para establecer, como sanción accesoria a las previstas en el artículo 6° de esta ley y siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.”

Además, el recién comentado artículo 14, que describe la sanción de libertad asistida especial, señala expresamente que el programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social debe contemplar la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes.

Adicionalmente al referirse el legislador a la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, el artículo 17 inciso 2°, impone la obligación de “...asegurar el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello.”

De estas disposiciones, se puede deducir, la evidente preocupación del legislador de la Ley 20.084, por el tema de la adicción a las drogas y al alcohol

y la influencia que dicha dependencia tendría en la actividad delictiva de los jóvenes. Esta preocupación se explica fundamentalmente porque existen algunos estudios en nuestro país que indican el consumo de drogas y/o alcohol como “factores asociados a la delincuencia”, además hay que hacer presente que la información existente sin ser demasiada es altamente influyente por la difundida representación social que hay de la relación drogas y alcohol - delincuencia juvenil (especialmente popular) y porque además al parecer aun subsiste el viejo ideal positivista de la rehabilitación.

Esta sanción se aleja notablemente del resto de las sanciones contempladas en el artículo 6° de la LRPJ, principalmente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, en primer lugar porque esta sanción accesoria no participa de la categoría de privativa ni de no privativa de libertad; esta situación parece tener su explicación en que este tratamiento puede tener el carácter de ambulatorio o implicar la internación en un centro especial de tratamiento, por lo tanto, podría tener el carácter de privativa o no privativa de libertad, siguiendo en cada caso la naturaleza de la acción principal.

En segundo lugar, esta medida pareciera no tener como fundamento la declaración de responsabilidad del adolescente, sin perjuicio de que constituya dicho elemento un requisito previo para imponerla, esto dado lo dispuesto en el artículo 7° el cual señala que la obligación se impondrá: “...siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente.”; de acuerdo a la redacción del artículo podemos establecer que la finalidad perseguida y el fundamento de esta sanción accesoria es superar la adicción del adolescente y por lo tanto ya no estaríamos en presencia de lo que es una pena sino que estaríamos frente a una “verdadera medida de seguridad”, esto trae como consecuencia una serie de cuestiones que pueden dar lugar a dudas y respecto de las cuales es preciso enunciar un breve análisis.²⁸

²⁸ Véase al respecto GÓMEZ Raby, Alejandro; Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la ley N° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de tratamiento de

Como señalábamos, esta sanción sólo se puede imponer como consecuencia de la declaración de responsabilidad fundada en la comisión de un ilícito penal, es decir, como accesoria a las penas previstas en el artículo 6°; de ello se concluye que esta medida de seguridad no está prevista para un joven cuya alteración psíquica producto de su adicción sea tal que lo sitúe en alguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. La duda que surge es: ¿Qué respuesta debe darse a este adolescente que no es responsable? En primer término las normas del Código Procesal Penal no son aplicables puesto que el artículo 27 de la LRPJ sólo señala su aplicación supletoria respecto de la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de un adolescente. Ahora, en el caso que exista una vulneración derechos, el asunto tendría que derivarse a los tribunales de familia conforme al párrafo 1° del título IV de la ley 19.968. Sin embargo la duda real que se plantea es en el caso de que no exista vulneración de derecho alguno.

En primer término hay que dilucidar bajo qué circunstancias un juez está facultado para aplicar esta sanción, la expresión ya aludida de “...siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente.”, es una expresión bastante vaga y se puede prestar para variados abusos, Alejandro Gómez Raby nos propone una interpretación racional para poder guiar la aplicación judicial de esta medida, considerando las observaciones formuladas por el Tribunal Constitucional español a propósito de las medidas de seguridad y que posteriormente fueron incorporadas al Código Penal de 1995, que consta de las siguientes exigencias:

- 1) Las medidas de seguridad deben estar resguardadas por el **principio de legalidad**: La sanción accesoria del artículo 7 presenta la dificultad de que no se encuentra definido por la ley el contenido de la misma,

rehabilitación y otras cuestiones no resueltas; En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 197 a 217.

ni siquiera en cuanto a sus características más gruesas. Tratando de dar alguna solución a este inconveniente podríamos señalar que pese a que en estos casos no es aplicable el Código Procesal Penal de manera supletoria, pues como señala el artículo 27 éste es sólo aplicable a propósito de la investigación, procedimiento y ejecución de la responsabilidad juvenil, en virtud del principio de igualdad se deben aplicar a lo menos los principios de idoneidad y extensión contenidos en el artículo 481 inciso 1° del Código Procesal Penal²⁹. Adoptar estos principios implica que la sanción accesoria en cuestión sólo se justifica mientras sea idónea, es decir, sólo puede durar mientras subsisten las condiciones que motivaron su imposición, y respecto de la extensión máxima, tomando en consideración que en el caso se impondrá una sanción principal, debería estar vinculada la medida con dicha sanción principal. Ahora, respecto de aquellas sanciones que no tienen una extensión temporal clara, dicha extensión puede determinarse por aplicación de los artículos 21 y 22 de la LRPJ, señalándolo el tribunal en su sentencia.

- 2) Las medidas de seguridad deben ser **post – delictuales**: Queda claro que la sanción de tratamiento por adicción a las drogas o al alcohol, sólo puede aplicarse como consecuencia de haberse declarado la responsabilidad del adolescente en la comisión de una infracción a la ley penal juvenil.
- 3) La aplicación de medidas de seguridad debe verse rodeada de las mismas **garantías que rigen para las penas**: En relación a este punto se plantean una serie de dudas respecto de la sanción que estamos analizando. De partida, la aplicación de esta medida puede

²⁹ Artículo 481 inciso 1°: “Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo.”

afectar seriamente el principio de non bis in idem y el principio de igualdad respecto de aquellos que no padecen adicción, si bien es cierto en el derecho penal juvenil existe una mayor flexibilidad en la aplicación de las sanciones dado el establecimiento de fines especiales en su declaración de responsabilidad (artículo 20 LRPJ), esto no puede servir de pretexto para que jóvenes en determinada situación de desventaja sean afectados más duramente, sobre todo considerando los principios orientadores del nuevo derecho penal de adolescentes, especialmente las directrices entregadas por los artículos 37 y 40 de la CDN, que ordenan en esta materia acuñar de manera absoluta los principios de excepcionalidad y brevedad en la privación de libertad, principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

- 4) Si a un hecho le corresponde una pena y una medida de seguridad, éstas no pueden acumularse sin más con el pretexto de que obedecen a fundamentos distintos, lo correcto es el **sistema vicarial**: En este punto el artículo 7 no señala ningún límite, pero lo más adecuado sería pensar que si la aplicación de la sanción principal y accesoria puede ser coetánea, ello resulta más beneficioso para el adolescente y para los fines perseguidos por el artículo 20 de la LRPJ. Ahora bien, en la medida que se vayan cumpliendo los objetivos de la sanción accesoria y los del artículo 20, es plausible sostener que se deberían aplicar las normas sobre sustitución y remisión de condena. (artículos 53, 54 y 55 de la LRPJ, que más adelante analizaremos)
- 5) Además debemos agregar que el fundamento de toda medida de seguridad es la **peligrosidad delictual**: En interpretación del artículo 7 en cuestión, debemos señalar que para que un adolescente sea merecedor de esta medida, se deben cumplir dos requisitos: 1) Se

debe ser adicto a las drogas, es decir, no basta un consumo ocasional y ni siquiera una situación de intoxicación; pero además de ello será necesario, 2) El establecimiento procesal de la peligrosidad criminal como pronóstico de comisión de futuros delitos, es decir, reuniendo estos dos elementos, tenemos que se debe dar por establecido en el proceso, con todas las garantías procesales, que la adicción del joven lo va a inducir a cometer nuevos delitos.

En cuanto al objetivo de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, pareciera ser, de acuerdo al texto de ley que el fin perseguido por el legislador sería conseguir que el adolescente deje de consumir drogas o alcohol; sin embargo el sistema penal no puede ir más allá de los cometidos propios que le corresponden, esto es, disminuir la violencia en un grupo social, no la recuperación de la salud del menor, esto le corresponde al sistema de protección o bien al sistema de salud; por ello la sanción accesoria de que hablamos sólo puede tener por objetivo que el consumo de drogas y/o alcohol que afecta al adolescente no influya de la manera que lo hizo en la infracción que motivó su sanción principal. Lo anterior no significa que no deban desarrollarse acciones, programas o intervenciones en este ámbito, sino que ellas no pierdan de vista las finalidades del sistema penal adolescente y sobre todo sus posibilidades.

En relación al obligado, respecto del tratamiento al menor que es adicto ya sea al alcohol o a las drogas, el artículo 42 de la ley parece radicar dicha responsabilidad en el Servicio Nacional de Menores quien deberá cumplir los mandatos que la ley le encomienda a través de instituciones colaboradoras que hayan celebrado los convenios respectivos con dicha institución, y a quienes les corresponderá la ejecución de los programas respectivos.

En concomitancia con lo anterior si quien resulta realmente obligado es el SENAME, habrá que dilucidar la actitud a adoptar frente a un adolescente que no acepte la intervención.

Respecto de las consecuencias para el adolescente que no cumple la sanción accesoria hablaremos en el capítulo 3 junto con señalar los demás casos de quebrantamientos a propósito de cada una de las sanciones.

1.2.4.2.- Sanciones privativas de libertad: Reguladas en el párrafo 3° del título I.

a) ¿Que se entiende por privación de libertad?

Es fundamental esclarecer este punto puesto que en muchas ocasiones las penas del derecho penal juvenil, dado el contenido “educativo” que generalmente se les atribuye, tienden a verse como “medidas de carácter benigno” y al ser juzgadas de dicha manera producen una cierta amnesia en cuanto a su naturaleza penal. Y a su vez, esta suerte de ambigüedad muchas veces simpatiza con un cierto relajamiento en cuanto al respeto a las garantías penales sustantivas y procesales, justificada en aras del supuesto “bien del menor”.

Para esclarecer dudas estimamos adecuado citar la definición de privación de libertad contenida en las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Al respecto señala la regla 11 letra b): “A los efectos de las presentes reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes: b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”

Podemos colegir del precedente concepto que toda forma de detención, encarcelamiento o internación ordenada por alguna autoridad pública es privación de libertad, y por ende, no importan los fines o condiciones que tenga dicha privación. De todas maneras no altera su naturaleza principalmente

afictiva y respecto de la cual, como consecuencia, hay que aplicar el máximo de garantías legales, tanto sustantivas, como procesales.

b) Alternatividad de la privación de libertad en el derecho penal juvenil.

En los sistemas de justicia adolescentes, como ya hemos señalado, lo realmente alternativo y excepcional es la privación de libertad³⁰. Esta situación deriva fundamentalmente de la distinta responsabilidad que tienen los jóvenes respecto de los adultos dado por su menor culpabilidad y por sus necesidades de formación y/o desarrollo.

Esta situación es recogida por los instrumentos internacionales relacionados con la niñez y la adolescencia, los cuales formulan verdaderas “obligaciones de resultado” para los Estados que han ratificado la CDN³¹, en cuanto a que tanto la procedencia como la duración de la privación de libertad debe aplicarse con un criterio restrictivo. Ya hemos citado el artículo 37 letra b) de la CDN el cual prescribe de manera tajante que la pena en cuestión debe utilizarse como “último recurso” y por el período más breve que fuere posible, pero además es necesario citar el artículo 40.1 de la Convención a efectos de contextualizar la señalada obligación y poder dimensionar la real y auténtica importancia que tiene en el marco de un derecho penal de menores moderno la vinculación con este mandato.

El artículo 40.1 de la CDN señala lo siguiente: “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

³⁰ BELOFF, Mary; Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006); En: UNICEF, Justicia y Derechos del niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.14.

³¹ CORTÉS Morales, Julio; Derechos Humanos, Derechos del niño y privación de libertad; En: UNICEF, Justicia y Derechos del niño N° 7, Asunción-Paraguay, Impresión: Grafitec, 2005, pág.82.

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 de la sociedad.”

Como vemos la disposición recoge entre otros principios, el principio de la humanidad o de la dignidad de la persona, el cual nos obliga a buscar medidas que no se traduzcan en la degradación o sometimiento del adolescente, por ello es que se deben buscar alternativas que excluyan por sobre todo el contacto con el ambiente carcelario; además esta garantía es complementaria a la prohibición de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

c) Procedencia excepcional de las penas privativas de libertad.

Pese a lo expuesto existen ciertas situaciones respecto de las cuales no se ha podido contemplar decididamente la exclusión lisa y llana de la privación de libertad, y en respuesta y reconociendo esta realidad los instrumentos internacionales han decidido regular los casos específicos donde es posible aplicar dicha pena.

Las reglas de Beijing en su artículo 17.1 letra c) señalan taxativamente los casos donde es factible utilizar la pena en comento; señala dicho artículo: “Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;”. De esta disposición podemos extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar podemos señalar que esta disposición contempla sólo dos casos en que la pena de privación de libertad puede ser aplicada, éstos son:

- 1) En caso de condena por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona y,
- 2) En la reincidencia en cometer otros delitos graves.

De acuerdo a ello es preciso señalar que no basta con que un menor cometa un delito penal de los denominados “graves” para que sea procedente su privación de libertad, sino que además se le añade otro requisito adicional, y es que debe concurrir imperativamente violencia contra persona o bien que haya reincidencia en la comisión de estos tipos de ilícitos.

Pero además, aún en estos casos, el juez nunca está obligado a imponer esta pena, pudiendo siempre disponer la aplicación de una medida no privativa de libertad en el caso que resulte más adecuado.

Por lo tanto a los dos requisitos señalados anteriormente hay que agregar uno tercero que consiste en la verificación por parte del sentenciador de que no existe otra respuesta más adecuada a aplicar por la comisión del delito del joven infractor.

Esto último se traduce en que “la carga de la prueba” radica en la autoridad que está adoptando como sanción el internamiento, en cuanto a que debe demostrar que agotó todas las otras posibilidades que implicaban no privar de libertad al adolescente, y por ello, en el caso que adopte entonces como medida la privación de libertad, dicha decisión, dicho fallo, debe estar latamente fundamentado.

Esto se explica debido a que desde la entrada en vigencia de la CDN de lo que se trata fundamentalmente es de potenciar todos los espacios de autonomía que la Convención consagra, y asumir que cualquier restricción a esa autonomía y cualquier restricción de derechos fundamentales de los niños y jóvenes en este nuevo contexto está obligada a fundamentarse de manera muy seria y muy detallada, pues se debe tener en cuenta el conjunto de derechos involucrados³².

³² CORTÉS Morales, Julio, Op.Cit, pág. 81.

Un ejemplo en este sentido lo constituye el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay³³ que en su artículo 76.12, que refiere al contenido de la sentencia, exige al juez fundamentar porqué no es posible aplicar otra medida distinta de la privación de libertad.

d) Tratamiento que da la ley 20.084 a la privación de libertad.

Las sanciones privativas de libertad están tratadas en el párrafo 3° del título I de la ley, artículos 15 a 18. Sin embargo, el principio rector (o que debiera serlo) se encuentra en el párrafo 5°, que regula el régimen de determinación de las sanciones, que en su artículo 26 prescribe lo siguiente: “Límites a la imposición de sanciones. La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso.” Y en su inciso 2° se señala otro límite: “En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.”

Este artículo, en su inciso 1°, es el corolario del artículo 37 letra b) de la CDN ya mencionado anteriormente, sólo que en nuestro artículo 26 no se menciona la exigencia de brevedad a la que sí hace mención no sólo el artículo de la Convención sino que también las disposiciones 17.1 letra b) y 19 de las Reglas de Beijing y artículos 1 y 2 de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad³⁴.

En el inciso 2° del artículo 26 se establece una verdadera garantía para los jóvenes, en cuanto a que si producto de las reglas de determinación de las penas que se establecen en el Código Penal y los beneficios que establece la Ley 18.216, un delito cometido por un adulto es sancionado finalmente con una

³³ Sancionado por la ley 17.823 del 7 de septiembre de 2004, el cual deroga el Código del Niño de 1934, con el propósito explícito de adecuar la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del niño.

³⁴ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

pena que debiere cumplirse en libertad, en el caso de los adolescentes (menores de 18 años), frente a los mismos hechos, jamás se le podría imponer una pena privativa de libertad. Este derecho de los adolescentes imputados tiene su fuente de inspiración en la necesaria diferenciación que debe existir entre el sistema penal de adultos y el sistema penal juvenil. No obstante, a nuestro juicio, este criterio objetivo rasero de la aplicación de la privación de libertad, no tendrá en la práctica mucha incidencia en los marcos penales efectivos, dado que como veremos a propósito del sistema de determinación de las penas, la situación jurídica del adolescente es bastante semejante a la de los adultos. En efecto, si bien no puede ser más gravosa, el artículo 26 no urge a que la aplicación de la sanción mire a otras condiciones que la hagan menos gravosa, la disposición sólo nos señala que uno de los criterios para no aplicar la privación de libertad se sitúa fuera del derecho penal juvenil, con esto más bien se acusa el déficit de especialidad de la ley penal juvenil.

Veamos a continuación en detalle en qué consisten las sanciones privativas de libertad en la ley penal juvenil chilena.

El artículo 15 de la ley nos señala en qué consisten las sanciones privativas de libertad mencionando la existencia de dos modalidades: la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social y la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Como vemos, ambas penas hacen explícito ya en su nomenclatura la finalidad a la cual están encaminadas, todo esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 20 de la LRPJ.

El inciso 2° de esta norma señala que estos programas de reinserción social se realizarán, en lo posible, con la colaboración de la familia. La inclusión de la familia se explica en razón de la importancia que tiene para niños y adolescentes en pleno desarrollo y formación el hecho de salvaguardar aunque sea mínimamente las condiciones de un ambiente familiar que favorezca su acogida y socialización, además del propósito de querer respetar el derecho de

todo niño o joven a la comunicación con sus padres; tema considerado en los tratados internacionales del área, en el artículo 15.2 de las Reglas de Beijing, como señalábamos a propósito de la sanción de amonestación; sobre todo otorgan una trascendental prioridad a la familia las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil en sus artículos 11 a 18.

- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social:

Esta modalidad de privación de libertad se encuentra regulada en el artículo 16 de la ley, el cual nos señala que esta sanción consiste en: "...la residencia obligatoria del adolescente en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción social a ser desarrollado tanto al interior del recinto como en el medio libre."

Como vemos la característica distintiva de esta sanción privativa de libertad respecto de la otra modalidad existente es que, en ésta el programa de reinserción social se desarrolla tanto al interior del centro privativo de libertad como en el exterior. Es decir, se contempla en esta pena la implementación de actividades a desarrollarse fuera del ámbito penitenciario.

El inciso 2° del mencionado artículo nos señala que: "Una vez impuesta la pena y determinada su duración, el director del centro que haya sido designado para su cumplimiento, propondrá al tribunal un régimen o programa personalizado de actividades...". Importante es recalcar la intención legislativa de querer eliminar el tratamiento burocrático – totalizante de lo que fueron "los reformatorios" del viejo sistema tutelar de menores caracterizados por ser grandes internados de niños donde el trato impersonal y marcadamente disciplinario era su característica más notable. En su lugar se pretende otorgar un programa personalizado que considere las cualidades, vulnerabilidades e intereses del joven.

Este programa debe considerar una serie de prescripciones:

a) Las medidas a adoptar para la asistencia y cumplimiento del adolescente del proceso de educación formal o de reescolarización. El director del centro deberá velar por el cumplimiento de esta obligación y para dicho efecto mantendrá comunicación permanente con el respectivo establecimiento educacional;

El programa debe contemplar esta medida en razón de la gran importancia que se le otorga en el área de la reinserción social a la educación y al alto índice de procesos de deserción escolar que presentan generalmente los jóvenes que delinquen; hay que hacer hincapié en todo caso que pese a que la asistencia en un establecimiento de educación normal es favorable en el proceso de socialización del joven por su contacto diario con la comunidad y por una posibilidad de vivenciar la experiencia común en el ámbito de la escolaridad, también es igualmente cierto que por muchos se ha estimado que la respuesta de la educación formal para estos jóvenes es insuficiente, debido a que éstos, en muchas ocasiones, han vivenciado procesos de vulneración de derechos muy profundos y que por tanto exigen respuestas de mayor complejidad. Con esto no queremos decir que por dichas situaciones de aflicción en sus derechos éstos jóvenes debieran tener menor grado de libertad o bien abogar por una educación segregada y diferenciada, sino que simplemente se trata de poner en tabla la particular dificultad que se produce en este ámbito.

El artículo 16 en su inciso final nos señala que: “El director del centro informará periódicamente al tribunal acerca del cumplimiento y evolución de las medidas a que se refiere la letra a).”

De esta forma la ley 20.084, particularmente en esta sanción, rodea al proceso educacional, de algo que le es bastante ajeno, de un contexto fuertemente coactivo. De esta manera control social y educación se intentan

mezclar forzosamente, sin que se pueda, aun en el más optimista de los escenarios, augurar buenos resultados (en lo que a educación se refiere).

Otro elemento de contenido obligatorio en el programa personalizado para el joven lo señala la letra b): “El desarrollo periódico de actividades de formación, socioeducativas y de participación, especificando las que serán ejecutadas al interior del recinto y las que se desarrollarán en el medio libre,”

La letra c) del mismo artículo nos señala el mínimo de horas que deben contemplarse para las actividades a desarrollar en el medio libre y en que horarios ellas deben ejecutarse: “Las actividades a desarrollar en el medio libre contemplarán, a lo menos, ocho horas, no pudiendo llevarse a cabo entre las 22.00 y las 7.00 horas del día siguiente, a menos que excepcionalmente ello sea necesario para el cumplimiento de los fines señalados en las letras precedentes y en el artículo 20.”

La redacción de este artículo adolece de un serio defecto en lo que a técnica legislativa se refiere, sobre todo considerando que estamos en presencia de lo que es una descripción de pena: la norma no hace mención a si las ocho horas contempladas para el desarrollo de actividades en el exterior del recinto son diarias o semanales (o en otra unidad de tiempo mayor), tampoco está aclarado del todo si dichas actividades contemplan la asistencia al colegio o no. Pareciera que lo más racional es creer que dichas ocho horas son referidas a un día, contemplando las actividades educativas, puesto que la letra c) habla de “las actividades a desarrollar en el medio libre”, sin distinguir si se refiere únicamente a las de la letra b) o si se refiere indistintamente a las de las letras a) y b). Además cuando se hace alusión a los horarios en que deben llevarse a cabo dichas medidas, se señala que no pueden llevarse a cabo entre las 22 horas y las 7 horas “del día siguiente”; otra interpretación nos llevaría a absurdos: Por ejemplo si pensamos que las ocho horas son semanales y que deben contemplar todas las actividades en el medio libre: se traduciría en un régimen de privación de libertad no semicerrado sino que casi por completo

cerrado que no permitiría la asistencia a un establecimiento educacional, o si pensamos que dichas ocho horas son diarias pero que no incluyen las horas destinadas a la jornada escolar: ello constituiría un exceso, dado que en combinación con las horas de asistencia al colegio excedería de los parámetros normales de actividad fuera del hogar de cualquier persona. Sin embargo existe otra interpretación posible y es que dichas horas sean semanales y sólo para actividades que no contemplen las horas de escolaridad, es decir, fuera de las horas que el niño asiste al colegio diariamente, en la semana tiene 8 horas más a distribuir para el resto de las actividades orientadas a la integración social.

Finalmente el inciso penúltimo nos señala el momento en el cual será aprobado el plan personalizado propuesto por el director respectivo: “El programa será aprobado judicialmente en la audiencia de lectura de la sentencia o en otra posterior, que deberá realizarse dentro de los quince días siguientes a aquélla.”

- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social

Esta sanción es la que produce la restricción de derechos más intensa de todas las contempladas en la ley 20.084, y originalmente estaba contemplada sólo para infracciones de carácter grave que se encontraban taxativamente señaladas en lo que fue el ante y proyecto de ley, y aún así su aplicación no era de carácter automática.

Se encuentra regulada en el artículo 17 el cual nos señala que consiste en: “...privación de libertad en un centro especializado para adolescentes, bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de esta ley.”

En lo que se refiere a la especialidad del centro, debemos hacer notar que ésta se refiere al hecho de que en el recinto penitenciario no puede cumplir

pena ningún adulto, y también a que dicho recinto debe estar acondicionado, equipado y orientado a satisfacer las necesidades de los adolescentes, especialmente en lo que dice relación con los fines que prevé el artículo 20 de la ley.

El inciso 2° del artículo en cuestión establece el contenido necesario del programa de régimen cerrado: “..., dicho régimen considerará necesariamente la plena garantía de la continuidad de sus estudios básicos, medios y especializados, incluyendo su reinserción escolar, en el caso de haber desertado del sistema escolar formal, y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal. Además, deberá asegurar el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello.”

Podemos concluir que el contenido del régimen cerrado, al menos en un plano formal, es bastante similar al establecido para el régimen semicerrado, esto por la importancia otorgada al proceso educativo y por contemplar también el desarrollo de diversas actividades socioeducativas. Sin embargo, a diferencia de la regulación que establece el artículo 16 para el régimen semicerrado, se contempla “expresamente” el acceso a un programa de tratamiento y rehabilitación de drogas, lo que no obsta a que en el programa propuesto por el director del centro de régimen semicerrado con programa de reinserción social también se contemple esta posibilidad, dado los términos en que se prevé esta sanción accesoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7° de la LRPJ.

Pero a propósito del mandato del artículo 17, en cuanto a que se debe “asegurar el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello”, surgen las siguientes dudas: ¿Se está aludiendo a la sanción accesoria del artículo 7 o más bien se trata de otra hipótesis configurada más bien como “oferta de ayuda”?; si estimamos que la regulación del artículo 17 hace referencia a la sanción accesoria del artículo 7 ¿podemos concluir entonces que toda sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación

por drogas o alcohol es “voluntaria”, en términos que se debe acceder a ella para que sea factible su aplicación?; con la expresión “para quienes lo requieran” ¿se está haciendo referencia a quienes demanden, piden o soliciten el tratamiento o más bien se está aludiendo a quienes lo necesiten?. Son dudas que surgen dada la evidente ambigüedad y confusión del legislador de la ley 20.084 en esta materia y en otras, donde se siente tentado a creer que la pena, cualquiera que fuese, en este caso la sanción accesoria, puede tener resultados a fin de cuentas benéficos para el adolescente infractor.

- Sanciones Mixtas:

Tratamos esta sanción a propósito de las sanciones privativas de libertad, pues sólo a propósito de éstas pueden tener cabida. Están reguladas en un párrafo aparte de las demás, que es el párrafo 4º, que contiene un artículo único (artículo 19) el cual se titula “sanciones mixtas” y reza de la siguiente forma en su inciso 1º: “En el caso del numeral 1 del artículo 23, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado, después del segundo año del tiempo de la condena.”

Este primer inciso fue agregado por la ley 20.191, pero esta modificación concreta del artículo 19, no fue promulgada y publicada junto con las demás modificaciones de dicha ley, puesto que este nuevo inciso que se pretendía instaurar fue objeto de requerimiento constitucional junto con la modificación al artículo 23 N°1, en conformidad al artículo 93 N°3 de la Constitución Política de la República³⁵, con fecha 19 de mayo de 2007, por treinta y tres señores diputados³⁶; sin embargo con fecha 13 de junio del año 2007 el Tribunal

³⁵ Artículo 93: Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

³⁶ La nómina de los diputados requirentes es la siguiente: señores Enrique Accorsi, Sergio Aguiló, René Alinco, señora Isabel Allende, señores Pedro Araya, Jorge Bustos, Juan Bustos, Guillermo Ceroni, Alfonso de Urresti, Marcelo Díaz, Gonzalo Duarte, Alvaro Escobar, Ramón

Constitucional rechazó el requerimiento indicado y en mérito de ello el día 15 de junio de 2007 se procedió a complementar la promulgación de la ley 20.191 con la disposición ya citada y el nuevo artículo 23 N°1.

Concretamente la disposición nos señala que en el caso de que la extensión de la pena, determinada conforme a las reglas de los artículos 21 y 22 de la ley, supere los 5 años de privación de libertad, situación en la cual el juez sólo puede aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, el tribunal sólo podrá imponer complementariamente la sanción de internación en régimen semicerrado (y nunca otra sanción como la libertad asistida, como ocurría con anterioridad a la modificación legal mencionada), y además con otra importante limitación a la libertad del joven: sólo puede imponerse esta sanción complementaria después del segundo año del tiempo de la condena.

Es decir, necesariamente el joven condenado por un ilícito que sea considerado “crimen”, permanecerá los dos primeros años de su condena privado totalmente de libertad, en un régimen que como ya se explicitó es “intra-muro” las 24 horas del día. Hipótesis que invierte el principio de carga de la prueba cuando se quiere imponer la privación de libertad en el derecho penal del menor, por cuanto ahora se le quita la facultad al juez de tratar de reducirla, más bien la ley ahora impone su aplicación irrestricta durante los dos primeros años de cumplimiento de la pena.

Con este nuevo agregado a la ley 20.084, vemos como la privación de libertad va adquiriendo un protagonismo inusitado que amenaza seriamente en convertir el mandato de “último recurso” del internamiento en una falacia, que adquiere consagración normativa como “declaración de principios”, como una estrategia burda de compatibilizar en apariencias la CDN con nuestra ley.

Farías, Guido Girardi, Rodrigo González, Jorge Insunza, Enrique Jaramillo, Tucapel Jiménez, Antonio Leal, Manuel Monsalve, Carlos Montes, señora Adriana Muñoz, señor Marco Antonio Núñez, señora Clemira Pacheco, señores Iván Paredes, Jaime Quintana, Fulvio Rossi, señoras María Antonieta Saa, Laura Soto, Carolina Tohá, señores Eugenio Tuma, Esteban Valenzuela y señora Ximena Vidal.

El inciso 2° de este artículo, que antes era considerado el inciso 1°, sólo fue modificado en cuanto ahora entre las palabras “los” y “casos” se agregó la expresión “demás”, con el objeto de adecuar este inciso al nuevo inciso 1° que establece la primera hipótesis de sanción mixta. El ahora inciso 2° establece que: “En los demás casos en que fuere procedente la internación en régimen cerrado o semicerrado, ambos con programa de reinserción social, el tribunal podrá imponer complementariamente una sanción de libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un máximo que no supere el tiempo de la condena principal.”

Esta disposición prescribe que para los casos, en que del resultado del juego entre el artículo 21 y 22, resulte una pena igual o inferior a 5 años de privación de libertad y copulativamente el juez imponga una pena privativa de libertad (cualquiera de sus dos modalidades), se puede imponer complementariamente por el tribunal la sanción de libertad asistida, ya sea simple o especial, por un período que no puede exceder del que se haya establecido para la pena privativa de libertad.

Esta disposición, que consagra lo que fue la sanción mixta en su espíritu original, permite liberar al adolescente de la privación de libertad por alguna parcialidad del total de su condena y de esta forma se cumplen de mejor manera los principios de restricción en cuanto a la aplicación del internamiento y en cuanto a su duración. De este modo el “Derecho de las alternativas” se concretiza, al ofrecer diversos caminos al juez para que opte por aquellos que causen menores efectos criminógenos y de victimización y sobre todo en este caso, aun optando en su sentencia por el camino de la privación de libertad se permita morigerar el rigor de la misma colocando a disposición del adolescente una alternativa menos dañina e invalidante.

El momento y la forma en que se debe cumplir la sanción de libertad asistida se detallan a continuación del inciso 2° en las letras a) y b): “Esta última se cumplirá: a) Con posterioridad a la ejecución de la pena privativa de libertad,

siempre y cuando en total no se supere la duración máxima de ésta. b) En forma previa a su ejecución. En este caso la pena principal quedará en suspenso y en carácter condicional, para ejecutarse en caso de incumplimiento de la libertad asistida en cualquiera de sus formas, en el caso de las penas que se extienden hasta quinientos cuarenta días.”

Por lo tanto la sanción de libertad asistida complementaria se puede establecer una vez ejecutada la pena privativa de libertad, y en este caso reduce la duración de ésta, o bien se puede ejecutar en forma previa a la internación, y en este caso adquiere la pena de privación de libertad el carácter de condicional, pues sólo se tendrá que cumplir con ella en caso de incumplimiento de la sanción de libertad asistida, en cualquiera de sus formas; sin embargo el carácter condicional de la privación de libertad está supeditado a que la pena que corresponda al menor infractor, y que fue determinada conforme a las reglas de los artículos 21 y 22, sea igual o inferior a quinientos cuarenta días. Para penas superiores, según entendemos, la libertad asistida también se puede establecer complementariamente en forma previa a la ejecución de la pena privativa de libertad, pero en este caso la condicionalidad de la internación desaparece, estando el menor obligado a cumplir con ella por el tiempo que fije el tribunal y en forma posterior al cumplimiento de la sanción de libertad asistida.

Si bien por una parte reconocimos la virtud de esta norma al relativizar el cumplimiento efectivo de la privación de libertad, por otra parte esta disposición crea la posibilidad cierta de agravar la sanción de libertad asistida, pues podría ocurrir que los tribunales adoptaran la modalidad de sanción mixta con ejecución previa de libertad asistida, con la finalidad de en cierta medida “caucionar” el cumplimiento de ésta ya sea con el régimen semicerrado de privación de libertad (situación de menor gravedad dado que frente al quebrantamiento de condena de ésta es ésta la sanción que se impone de acuerdo al artículo 52 de la ley) o con el régimen cerrado de privación de

libertad, lo que constituye una posibilidad cierta sobre todo en el tramo que establece las sanciones a imponer desde tres años y un día a cinco años. Con todo creemos que los tribunales deben guiarse en la aplicación de estas disposiciones por los principios recogidos en la CDN principalmente, que más bien orientan la interpretación de las leyes hacia soluciones que prioricen la libertad y el bienestar de los adolescentes, antes que su excesivo control y prisionización.

- Límite máximo de las penas privativas de libertad.

En razón del mandato categórico de restricción en cuanto a la procedencia y durabilidad de las privaciones de libertad, nuestra ley de responsabilidad penal juvenil establece en su artículo 18 los límites máximos que puede imponer un juez en el caso de las penas privativas de libertad. Señala dicho artículo: “Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad.”

En cuanto a los máximos establecidos en esta disposición, se pueden hacer los siguientes comentarios:

En primer lugar, debemos hacer notar que estos límites, si es que en el ámbito del derecho penal adolescente pueden considerarse como tal, no son los que se establecieron en los inicios de esta legislación; en el Anteproyecto del año 98 los plazos de las medidas de privación de libertad no podían superar los tres años, aplicándose la internación solamente a los adolescentes mayores de 16 años y, excepcionalmente, a los mayores de 14 cuando la consecuencia directa de la comisión del delito sea la muerte de una persona; en el Proyecto de ley enviado por el poder ejecutivo el año 2002 al parlamento, la duración máxima de la pena privativa de libertad, en sus dos modalidades, aumenta a

cinco años. Sin embargo, el 11 de mayo del año 2005, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³⁷ tomó decisiones, que fueron acordadas por unanimidad, que voltearon el modelo de responsabilidad votado por los diputados, convirtiéndolo en un sistema que enfatiza los criterios de represión del delito expresados en uso extensivo de la privación de libertad, estableciendo los límites tal como se encuentran hoy en día.

Si bien existe una mayor cantidad de elementos que incluir en el análisis de lo que fue el crecimiento en importancia del internamiento; con esta información podemos concluir que la evolución de la privación de libertad fue notablemente “de menos a más” a lo largo de la historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.084, desde la incorporación en un programa residencial, o la internación en un centro cerrado de privación de libertad, pasando por los cinco años del Proyecto del año 2002, hasta las penas de internamiento con programa de reinserción social de la ley: La duración máxima ha variado desde los 3 hasta los 10 años.

A nuestro juicio, los límites máximos establecidos por los senadores³⁸, inauguran profundas contradicciones en nuestro sistema de responsabilidad adolescente, pues una condena de internamiento de 6 a 10 años se asemeja más bien a una sanción incapacitadora o inculpativa, con evidentes finalidades de mero castigo, cuyos efectos directos se traducen más en dejar “fuera de circulación” al joven condenado por un tiempo bastante extenso – imagine su vida, entre los 16 años y los 26 años, en un centro amurallado o rodeado por alambres, custodiado por gendarmería - , que a una medida que “forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”, según declara el artículo 20 de la LRPJ.

³⁷ La comisión estaba integrada por los senadores Alberto Espina (RN), Andrés Chadwick (UDI), Marcos Aburto (senador designado), Andrés Zaldívar (DC) y José Antonio Viera-Gallo (PS).

³⁸ Los autores de la indicación que fija el límite máximo de las sanciones privativas de libertad fueron los senadores Andrés Chadwick y Alberto Espina. Véase el boletín 3021-07, segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, pág.123.

Los defensores de estos límites, no obstante, no encontraban razón para alarmarse. Confiaban en que la regla de los 10 años operaría para pocos casos, pues del juego entre las normas sobre determinación de la pena de la LRPJ y las normas del Código Penal adulto, resultarían contadas hipótesis que autorizarían su imposición. Más bien, estaba pensada para crímenes atroces, pero poco habituales. Sin embargo, podemos vislumbrar que no existe ninguna certeza de que la incidencia estadística de la internación de diez años sea mínima, sobre todo porque dado el sistema de determinación de penas adolescentes que se estableció en el Senado, el cual se configura mediante un vínculo directo con el sistema penal de adultos, podemos establecer que las diversas mutaciones que se verifiquen en el Derecho penal adulto (que no han sido pocas en el último tiempo) incidirán automáticamente en el sistema penal de adolescentes.

En segundo término, debemos señalar que somos el país con los límites máximos de privación de libertad más elevados de la región³⁹, salvo por el caso

³⁹ En el Estatuto del niño y del adolescente de Brasil el límite máximo establecido es de 3 años; el Código de los niños y los adolescentes de Perú coincide con la legislación brasileña al establecer 3 años como máximo de privación de libertad; la Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia de Guatemala fija la duración máxima de la privación de libertad en 6 años para adolescentes entre los 15 y los 18 años, y de dos años, para adolescentes con edades entre los trece y los quince años; el Código de la Niñez y de la adolescencia de Honduras establece como límite máximo de la internación 8 años sin que se distingan a estos fines subgrupos de edad; el Código de la niñez y adolescencia de Nicaragua distingue entre adolescentes entre 15 y 18 años no cumplidos y quienes tienen entre 13 y 14, estos últimos no pueden ser sometidos a medidas que impliquen privación de libertad, estándar importante que ha sido posteriormente retomado por otras legislaciones, como ha ocurrido en México, respecto del tope máximo de la internación éste se establece en 6 años; en Bolivia el código del niño, niña y adolescente establece un máximo de 5 años para adolescentes entre 14 y 16 años y de 3 años para aquellos comprendidos entre las edades de 12 a 14; el Código de la niñez y la adolescencia de Paraguay establece un tope máximo de 4 años, que se puede extender a 8, si el hecho es calificado como crimen por el Derecho penal general; en Ecuador, el Código de la niñez y la adolescencia prescribe que el internamiento institucional se puede aplicar únicamente a adolescentes infractores mayores de 14 años de edad; el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana establece un máximo de 3 años para el adolescente entre 13 y 15 años de edad y de 5 años para el adolescente entre 16 y 18 años no cumplidos; la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente de Venezuela prevé un máximo de 5 años para aquellos adolescentes mayores de 14 años y tratándose menores el máximo es de 2 años; el Código de la niñez y la adolescencia del Uruguay establece una duración máxima de privación de libertad

de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica (Ley N° 7576 aprobada el 6 de febrero del año 1996), que establece límites de 10 años, para jóvenes comprendidos entre los 12 y 15 años, y de 15, para aquellos jóvenes entre 15 y 18 años no cumplidos.

Y en último lugar no podemos dejar de manifestar nuestra posición en cuanto a que los máximos de privación de libertad establecidos en nuestra LRPJ son inconstitucionales, dado lo establecido en el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República⁴⁰ y a la luz de los tratados internacionales que versan sobre los derechos humanos de los niños ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. No sólo en este caso se infringen las disposiciones que ordenan un deber de restricción por parte del Estado en cuanto a la duración de la privación de libertad (artículo 37 letra b) de la CDN, artículo 19 de las Reglas de Beijing y artículo 1 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad) sino que también se pone en entredicho todo el ethos de la legislación infanto-juvenil en esta materia, se vulnera en específico el principio del interés superior del niño, el principio de autonomía progresiva de los derechos del niño y sobre todo el mandato de respeto a la dignidad de los niños y adolescentes que consagra en materia penal juvenil el artículo 40.1 de la CDN al señalar que: “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,...” . No puede ser más claro, un ordenamiento jurídico que contempla la posibilidad de que a una persona se le prive no sólo de libertad,

de 5 años; el recientemente aprobado por ambas Cámaras, proyecto de Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia establece un máximo de 8 años; la Ley del Menor Infractor de El Salvador establece un máximo de privación de libertad de 7 años; y el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia de Panamá también establece un máximo de privación de libertad de 7 años.

⁴⁰ Artículo 5 inciso 2°: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

sino que también de vida social, de condiciones básicas de subsistencia, en suma, de dignidad, durante tantos años, en etapa de plena formación de su personalidad, es un ordenamiento jurídico reñido con la Constitución, no sólo por lo prescrito específicamente en los tratados internacionales en la materia, sino también por transgredir el mandato último y primero en una sociedad democrática, cual es, que la persona humana debe ser el eje central, la preocupación mayor en un Estado de Derecho.

Capítulo 2: Sistema de determinación de sanciones y salidas alternativas.

2.1.- Sistema de determinación de las sanciones.

Decidimos incluir esta temática, dado que el análisis del sistema de determinación de las penas es determinante para poder establecer realmente como juegan principios como el de proporcionalidad, alternatividad de la privación de libertad, utilización prioritaria de medidas que fomenten el bienestar del menor, diversión o diversificación, derecho penal del hecho, etc. Es decir, podremos descubrir si las normas internacionales en materia de legislación penal de menores fueron respetadas, como lo indicaba el mensaje del Presidente de la República al momento de presentar la ley 20.084 al Congreso, o bien vislumbrar que esta ley y su propósito de adecuar la legislación chilena a la CDN fue sólo usada como un instrumento más de populismo efectista en torno a la “lucha contra la delincuencia”.

El régimen de determinación de las sanciones de la ley de responsabilidad penal juvenil se encuentra regulado en el párrafo 5° del título I, el cual se titula: “De la determinación de las sanciones”, y va desde el artículo 20 al artículo 26.

En primer lugar, debemos hacer notar que ésta fue una de las áreas que se vio mayormente modificada en lo que fueron las distintas instancias legislativas en el parlamento, y que constituye por ello y por su importancia en el sistema de sanciones juveniles, un núcleo de fuerte polémica e intenso debate en lo que es la legislación penal adolescente. Veamos:

En el Anteproyecto del año 98 se establecía un régimen propio para definir los marcos penales según la clase de infracción juvenil –simple o grave– que se le imputara al adolescente. Las reglas de determinación de la pena, fundamentalmente los artículos 24 y 25 del anteproyecto, consideraban tres

aspectos básicos: la edad del infractor, la gravedad del hecho, y la satisfacción y mejor logro de los objetivos asignados a las medidas en el artículo 21⁴¹. Para evaluar la gravedad de la infracción el artículo 25 señalaba un conjunto de circunstancias que debían ser consideradas por el juez, en primer lugar se debía determinar si la infracción correspondía a una simple infracción o una infracción grave, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° de la ley, puesto que la privación de libertad sólo podía aplicarse a los jóvenes que han sido declarados responsables por la comisión de una infracción juvenil grave o en el caso del artículo 123 de la ley (incumplimiento grave, reiterado e injustificado de las medidas no privativas de libertad). En todo caso hay que hacer presente, que incluso en estas hipótesis, la privación de libertad no era automática, como lo disponía el inciso 3° del artículo 34: “La imposición de una medida privativa de libertad nunca será obligatoria para el tribunal y sólo se dictarán cuando concurriendo los requisitos legales, no exista otra medida adecuada a las circunstancias de la infracción y del autor.” Las otras circunstancias a considerar por el intérprete eran: la extensión del mal causado, el grado de ejecución del hecho o la participación del joven infractor. De esta manera, no existían reglas que establecieran como eje del marco penal una medida o sanción concreta asociada a cada infracción juvenil, y que fundasen dicha asociación en las que componen la legislación penal general. Por el contrario, las valoraciones utilizadas y que se mencionan en el artículo 25 constituyen más bien un criterio primario para apreciar la proporcionalidad que debe existir entre el hecho ilícito y su consecuencia. La metodología de este régimen de sanciones procuraba ensanchar la discrecionalidad del juez juvenil, liberándolo de las usuales tasaciones que realizan las leyes penales de adultos.

⁴¹ El fin de las sanciones consistía en “fortalecer el respeto del joven por los derechos y libertades de las demás personas y promover su desarrollo personal, educación e integración social.” Pero dicha finalidad penal tenía un límite: la dignidad personal del adolescente (art.21 inciso 2°)

El Proyecto enviado por el poder ejecutivo el año 2002 al Parlamento mantuvo este sistema de determinación de sanciones en líneas generales, pero una vez que dicho proyecto llega al Senado de la República y específicamente a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento el catálogo de infracciones graves fue despedido sin cargo de conciencia alguna, echándose mano a otro criterio para definir cuando se debería internar a un joven: las penas de los adultos. Esta sustitución de facto del contenido del proyecto fue tolerada por el Ejecutivo, paralizándose la vía de recuperar el proyecto original, y optándose por la negociación dentro de los márgenes que fijaron los senadores integrantes de la comisión.

Como veíamos, la mayor innovación de los acuerdos se produjo en la temática de la determinación de las penas, que se sujetaría ahora a los parámetros del derecho penal de adultos. Como señala Luis Ignacio de Ferari: “Desde un punto de vista dogmático, los acuerdos de la Comisión modificaron la frontera que separaría a ambos sistemas, transformando al derecho penal juvenil en uno de código penal máximo...”⁴².

Veamos ahora el resultado final de los cambios introducidos en la Comisión antedicha y que permiten sentar conclusiones tan alarmantes como la de Luis Ignacio de Ferari.

Comienza el tratamiento del tema con el artículo 20 que establece la finalidad de las sanciones y otras consecuencias, explicitando por primera vez en nuestra legislación penal lo que son los fines de la pena en un ámbito específico de lo que es la criminalidad en general; este paso se decide dar a propósito de la iniciativa de legislar en el ámbito de la delincuencia juvenil, en razón de la preeminencia que otorgan los tratados internacionales y la literatura pertinente a los fines preventivo-especiales y sobre todo al rol de la educación en el ámbito de la legislación penal juvenil. Sin embargo, esta materia será tratada más extensamente en el capítulo 2° de este trabajo, donde

⁴² DE FERARI, Luis Ignacio, Op cit., pág. 141.

analizaremos in extenso la real dimensión que tiene contemplar estos principios como fundamentos y finalidades de las sanciones penales adolescentes.

A continuación el artículo 21 contempla las reglas de determinación de la extensión de las penas, el cual señala lo siguiente: “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.”

Con respecto a esta norma hay que realizar una serie de observaciones. En primer lugar hay que señalar que este artículo fue modificado ad portas de la entrada en vigencia del sistema penal juvenil, mediante la ley 20.191; el antiguo artículo 21 se titulaba “pena asignada a los delitos” y señalaba: “Para los efectos de la presente ley, se entenderá que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley al ilícito correspondiente”. El actual artículo 21 pasa a ocupar el título del antiguo artículo 22 y agrega el contenido del primer inciso de dicho artículo que prescribía la aplicación de las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal.

En segundo lugar debemos señalar que el marco penal aplicable (“pena inferior en un grado al mínimo”) es tributario del artículo 72 inciso primero del Código Penal⁴³, lo cual nos hace sostener que con las modificaciones en el sistema de determinación de sanciones impulsadas en el Senado se estableció un fuerte vínculo, no recomendado, con el derecho penal de adultos fundamentado en criterios de retribución y prevención; se siguieron las orientaciones que habían dominado la escena pública en cuanto que la ley

⁴³ Artículo 72 inciso 1° del Código Penal: “Al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados en la ley para el delito de que sea responsable.”

penal adolescente constituía una “verdadera rebaja de imputabilidad “, lo que no es pretendido por la CDN, ni por los impulsores de la reforma de la Infancia, puesto que la capacidad de responsabilidad adolescente se estima fundamentalmente distinta a la de los adultos y también por ello, como ya hemos señalado, debe tener una respuesta diferenciada, lo que en este punto se pone en entredicho, dado que cualquier modificación legislativa en la penalidad adulta repercutirá directamente (y no proporcionalmente, como veremos) en las sanciones juveniles.

El aludido vínculo con el Derecho penal de los mayores se refuerza con la aplicación de las reglas previstas en el Párrafo 4° del Título III del Libro I del Código Penal, el cual se titula “De la aplicación de las penas” (artículos 50 a 78) y que regula todo el sistema de determinación de las penas para adultos (iter críminis, participación, atenuantes, agravantes, concurso de delitos, etc). La aplicación de estas reglas es prácticamente íntegra, salvo en lo relativo al artículo 69 que establece que dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, ello porque la LRPJ contiene su “propio artículo 69” en el artículo 24.

Por lo tanto, tenemos que para determinar la duración de la sanción, primero se debe determinar la pena abstracta prevista para el delito respectivo y luego se debe recurrir directamente a las normas sobre aplicación de las penas del Código Penal.

Sin embargo el ejercicio aritmético no termina ahí, pues se debe tener en consideración lo dispuesto en el ahora artículo 22 que señala como y cuando se deben aplicar los límites máximos de las penas privativas de libertad del artículo 18: “Si la sanción calculada en la forma dispuesta en el artículo precedente supera los límites máximos dispuestos en el artículo 18, su extensión definitiva deberá ajustarse a dichos límites.”

Antes de la ley 20.191 el contenido de este artículo se establecía en el inciso final del artículo 22. Ahora se establece en el artículo 21 con el objetivo de dejar en claro que luego de las operaciones del artículo 21 procede la aplicación de estos límites. Límites, que como vimos anteriormente, distan de las pretensiones que se intentaron formular en el espíritu reformador del movimiento abolicionista del derecho tutelar de menores.

Ahora, una vez determinada la extensión de la sanción, mediante las operaciones anteriores, el resultado de éstas debe utilizarse para seleccionar la posible pena a aplicar, dentro de la diversidad de ellas que otorgue el tramo correspondiente de la escala del artículo 23. Este artículo contiene un breviarío para armar el juego de sanciones que pueden aplicarse en el caso concreto, el que se determina en función de la duración de la pena, o su cuantía.

El artículo 23 se titula: “Reglas de determinación de la naturaleza de la pena” y señala que: “La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a lo adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:...”

La primera regla que establecía el artículo 23, en forma previa a la modificación impuesta por la ley 20.191, señalaba que: “1. Si la extensión de la sanción resulta equivalente a una pena de crimen, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado o internación en régimen semicerrado, ambas con programa de reinserción social.”

Sin embargo el artículo fue modificado por la ya señalada ley estableciéndose un contenido diverso, rezando el numeral de la siguiente manera: “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.”

De partida, tenemos que la voz “sanción” fue sustituida por la de “pena”, en razón de que en el articulado se está haciendo referencia al resultado de la operación realizada a partir del derecho penal de adultos (pena en abstracto) y

a propósito de éste es correcto utilizar la expresión de pena; además con esta palabra se pretende distinguir el resultado arrojado a partir del Código Penal respecto de las medidas concretas a aplicar que serían las sanciones juveniles (pena en concreto) y más generalmente, con ello se trata de evitar confusiones en cuanto a los pasos que deben seguirse en esta compleja operación.

En segundo lugar, vemos que se sustituye la frase: “resulta equivalente a una pena de crimen” por “supera los cinco años de privación de libertad”. Esto es explicado en el Mensaje Presidencial de la ley 20.191, señalando que se producían incertidumbres en la interpretación de los artículos 6, 21, 22, 23 y 32 determinadas por el sentido que se le atribuya a las expresiones “crimen”, “simple delito” o “falta”. Por eso se prefirió utilizar una expresión que revistiera de mayor objetividad y que no planteara dudas acerca de la aplicación de esta norma.

Sin embargo, la mayor novedad en esta materia se planteó a propósito de la restricción a las facultades del juez, en cuanto, a la elección de sanciones a imponer al joven infractor. En un inicio el sentenciador podía elegir entre el régimen cerrado o semicerrado, ambos con programa de reinserción social, lo que ya daba pie a discusión en cuanto a la compatibilidad de dicha norma con los mandatos de restricción en la procedencia de la privación de libertad y con la facultad del juez, ahora limitada, de poder escoger la medida más adecuada en relación con el interés del menor. Luego de la indicación del senador Larraín en este artículo, la situación es tanto más gravosa para la situación de los adolescentes declarados culpables de cometer un crimen, puesto que al tribunal se le han cercenado las ya limitadas facultades que tenía de poder escoger la medida más adecuada. Ahora sólo cabe decretar la internación del joven en un régimen, que como ya hemos dicho, es intra-muro las veinticuatro horas del día, es decir, sólo puede imponerse al joven la pena más aflictiva de todas. Más aun, la consagración de esta única posibilidad viene de la mano con la modificación ya comentada de las sanciones mixtas, que al agregar un nuevo

inciso primero establece que la sanción de régimen cerrado sólo puede complementarse con la de régimen semicerrado y sólo a partir del segundo año de la condena de total internamiento.

Casi innecesario resulta señalar que estas nuevas restricciones a la recomendada libertad judicial constituyen un flagrante incumplimiento a las obligaciones del Estado chileno en materia de derechos de los niños, no sólo la reserva de la privación de libertad para casos calificadísimos fue vulnerada, sino que también se rompió con toda la mecánica que guiaba el sistema sancionatorio de los adolescentes, marcado por una fuerte discrecionalidad del juez, de manera que éste pudiera escoger la medida más adecuada al interés del niño, niña o adolescente, y donde era un dato obvio de la causa que esa sanción, debía ser casi en la totalidad de los casos no privativa de libertad.

Por estas razones dicha modificación propuesta fue objeto de requerimiento constitucional, junto con la indicación que agregaba un nuevo inciso primero al artículo 19, sin embargo el Tribunal Constitucional rechazó tal requerimiento promulgándose el nuevo número uno del artículo 23 el día 15 de junio de 2007.

La segunda regla del artículo 23 señala que: “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.”

En este artículo también se sustituyó la voz sanción por pena y además se aclaró que no sólo las penas privativas de libertad de tres años y un día a cinco se consideraban en el marco penal aplicable a esta sección, sino también las penas restrictivas de libertad superiores a tres años. En las opciones otorgadas al juez para determinar la sanción concreta a aplicar se encuentran las dos modalidades de privación de libertad y se agrega la libertad asistida

especial. De todas maneras, la presencia de la privación de libertad sigue siendo muy influyente.

La regla tercera del artículo que busca determinar la naturaleza de la pena indica que: “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.”

En esta regla también se incluyó, dentro de la pena abstracta extraída del derecho penal de adultos, la restricción de libertad. Como vemos, la posibilidad de utilizar una medida privativa de libertad subsiste aún, sólo desaparece la más totalizante de dichas sanciones.

La regla cuarta del artículo 23 reza de la siguiente manera: “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.”

Vemos que, a propósito de este rango de delitos pervive la sanción de régimen semicerrado, y de esta forma se presenta como “la regla general de las sanciones en el sistema juvenil chileno” puesto que aparece en la mayoría de los tramos de esta escala. Sólo a propósito de este escalafón aparece una manifestación más completa de lo que es la justicia reparatoria, restricción inexplicable a la luz de lo que son los principios educativos y conciliatorios en el derecho penal juvenil, que sugieren abogar por la máxima cabida a estas instancias “extra-penales”, dado los efectos perjudiciales que provoca no sólo la sanción penal sino también el sólo paso por un proceso de carácter penal.

La última regla se expresa del modo siguiente: “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.”

Tenemos que hacer notar que sólo a propósito del último escalafón de cinco que contempla el artículo 23 aparecen dos sanciones que no habían estado presentes con anterioridad, la multa y la amonestación, lo cual revela la desproporción en la aplicación de las distintas sanciones de toda la gama que propone el artículo 6 de la ley. Mientras algunas de ellas se encuentran presentes en casi la totalidad de los tramos del artículo 23, como la sanción de régimen semicerrado con programa de reinserción social, hay algunas que sólo aparecen en escena en una de los cinco secciones que la ley prevé. Con esto, lo que queremos señalar es que la variedad de sanciones que se contemplan en el ámbito de esta ley, conduce a equívocos, pues si bien la enunciación realizada por el artículo 6 nos induce a creer que la gama de sanciones es diversa y que las opciones del sentenciador son múltiples, dado el rígido esquema de determinación de sanciones las posibilidades se reducen completamente y lo peor es que se reducen en el sentido inverso al ordenado en la normativa internacional, las sanciones ambulatorias o alternativas ceden su protagonismo a la privación de libertad.

A continuación de la enunciación de las cinco reglas, el artículo 23 ilustra una Tabla demostrativa, que expresa en término más didácticos la relación, expresada por los números anteriores, entre extensión de la sanción y penas aplicables. Además con la dictación de la ley 20.191 se agregó un inciso final al artículo 23 que señala: “La duración de las sanciones de libertad asistida, libertad asistida especial y prestación de servicios a la comunidad se regirá por lo dispuesto en los artículos 11, 13 y 14 de la presente ley.” Con este agregado se permite diferenciar con mayor nitidez la pena abstracta y su extensión, que permite dilucidar la naturaleza de la pena que es factible aplicar, y la sanción concreta que se impondrá al adolescente y su particular cuantía.

Sin embargo, pese al gran recorrido que ya hemos descrito, el álgebra aun no termina, porque para determinar la naturaleza y la cuantía específicas de la sanción que se deberá imponer, es preciso atenernos a las reglas enunciadas en el artículo 24 que se titula: “Criterios de determinación de la pena” que señala lo siguiente: “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.”

Nos llama poderosamente la atención que algunos de los criterios que considerará el juez – la gravedad del hecho, la edad del adolescente y la idoneidad de la sanción para lograr los objetivos que se señalan – sean similares a los que contemplaba el artículo 24 del Anteproyecto de ley del año 98. Asimismo, el proyecto de ley, consideraba una serie de circunstancias para evaluar la gravedad del hecho, que se mencionaban en su artículo 20, y que ahora se recogen en las letras b, c y e del artículo 24 de la LRPJ. De esta constatación podemos concluir que, el régimen de determinación de las sanciones que nace en 1998 y permanece en el proyecto, subsiste en este artículo, pero acotado a la elección de la condena dentro del marco penal definido conforme a las normas que se aplican a los mayores de edad, en

conjunto con las correcciones y los reemplazos punitivos previstos por la Comisión y por los nuevas indicaciones realizadas por la ley 20.191.

Cabe señalar a este respecto, la importante discusión que plantea el profesor Juan Bustos Ramírez en su última obra “Derecho penal del niño-adolescente” en el sentido que eventualmente la disposición del artículo 24 de la LRPJ podría estar vulnerando el principio general de Derecho penal del “non bis in idem”, que se traduce en que un delito no puede ser castigado dos veces o doblemente con pena sobre pena. El autor plantea esta inquietud a partir de que las circunstancias del artículo 24 letras b) y c) es decir, la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción y la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal, podrían estar siendo consideradas o valoradas dos veces.

Ello porque ambas circunstancias ya han sido previamente consideradas para establecer la extensión de la sanción en virtud de la aplicación del artículo 21 de la Ley, y nuevamente para la aplicación del artículo 24 estaría utilizándose los mismos criterios para elegir dentro de los tipos de sanción del tramo correspondiente del artículo 23, la sanción concreta a aplicar.

El citado autor señala que es a todas luces una vulneración al principio del non bis in idem y que por lo tanto se debe descartar toda posibilidad de ocurrencia, la consideración como fundamento de la sanción concreta, las circunstancias agravantes que concurren, pues ellas ya determinaron la extensión de la pena y por lo tanto, no podrían ser consideradas nuevamente como fundamento para la sanción que finalmente se imponga en forma concreta. Pero en relación a las circunstancias atenuantes su opinión varía: “...hay un argumento de fondo en contra de la aplicación del non bis in idem en este caso, que dice relación con el sentido de esa garantía, esto es, está referida a la protección de la persona frente al Estado, pero no al revés. Luego, si la doble valoración no está para desprotegerlo, sino por el contrario

para una mayor protección de sus derechos, ciertamente no hay infracción al non bis in idem.”⁴⁴

Pese a la posición trascrita, el mismo profesor Bustos da un argumento en contra de quienes sostienen que existe en este caso una hipótesis de vulneración del non bis in idem, señalando que “...se trata de dos valoraciones diferentes, una es la que hace la ley y otra la que hace el juez.” Sin embargo también hace presente que: “...Pero tal planteamiento pasa por alto lo fundamental, esto es, que ambas valoraciones se refieren al mismo objeto, esto es, las circunstancias que fundamentan las agravantes”.⁴⁵

Por nuestra parte pensamos que la vulneración del principio non bis in idem es de todas maneras patente considerando esta última distinción, con más argumentos que hacen pensar que existe una trasgresión de dicha garantía que argumentos que permitan sostener su acatamiento, ya que aunque las valoraciones son hechas en dos momentos distintos (Parlamento y Tribunal), no debemos perder de vista que la valoración que hace la ley necesariamente va a tener relevancia en el proceso, cuando la ley sea aplicada en plenitud; y por ende, la incorporación de la ley al proceso necesariamente se fusionará con la que haga a su vez el juez. Así entonces el principio en comento de todas formas es vulnerado, poniendo en entredicho los principios clásicos del Derecho penal, y con ello infringiendo los derechos y garantías fundamentales de los menores de edad.

A continuación de la normativa analizada se contempla, en el artículo 25, la posibilidad de que el juez pueda aplicar más de una sanción, el artículo se titula: “Imposición conjunta de más de una pena” y señala lo siguiente: “En las situaciones regladas en los numerales 3 y 4 del artículo 23, el tribunal podrá imponer conjuntamente dos de las penas que las mismas reglas señalan, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo.

⁴⁴ BUSTOS Ramírez, Juan, Op. Cit., Pág 65.

⁴⁵ BUSTOS Ramírez, Juan, Op. Cit., Pág. 66.

Lo dispuesto en el inciso precedente tendrá lugar sólo cuando ello permita el mejor cumplimiento de las finalidades de las sanciones de esta ley expresadas en el artículo 20 y así se consigne circunstanciadamente en resolución fundada.”

A propósito de este artículo vemos como el legislador de la ley 20.084 no tiene mayor problema, en este caso, con otorgar cierto ámbito de discrecionalidad al tribunal, pero vemos que esta confianza al poder judicial sólo se produce si dicha discrecionalidad es otorgada para intensificar la respuesta punitiva al menor. Estimamos que este artículo constituye un resabio de la ideología tutelar al estimar que los fines preventivo-especiales justifican una mayor intervención punitiva y que a fin de cuentas esta mayor intervención constituye “un bien” para el joven delincuente, y que en el bien “no hay exceso”, sin perjuicio de que además, pueda considerarse que este artículo vulneraría a su vez el referido principio de non bis in idem.

Finalmente el régimen de determinación de sanciones, en su artículo 26, establece la regla de clausura de utilización de la privación de libertad como último recurso, ya comentada anteriormente y que como podemos ahora apreciar constituye un verdadero “saludo a la bandera” a la CDN.

Finalmente, es preciso bosquejar un panorama indicativo las principales dificultades técnicas del sistema, sin perjuicio de las que ya hemos considerado⁴⁶:

- En cuanto a la determinación de la extensión de la pena, surge la interrogante de si la aritmética del artículo 21 y 22 obliga al juez cuando fija la duración concreta de la pena ya seleccionada o sólo sirve para determinar el tramo que seleccionará la naturaleza de la sanción. Una interpretación considera que el criterio de la duración de la pena sólo satisface la condición legal para seleccionar que tipo de pena se impondrá dentro del marco penal del artículo 23. Por lo tanto, el juez es

⁴⁶ El autor de la fórmula propuesta fue el senador Alberto Espina.

soberano para decidir la duración de la pena concreta a imponer que estime aconsejable dentro de los límites generales establecidos en la ley. Sin embargo, existe otra interpretación que sostiene que las reglas del artículo 21 y 22 cumplen dos funciones: servir de base para determinar el marco penal y además proporcionarle al juez la cuantía definitiva de la pena, la que deberá respetar cuando dicte la condena.

- Otro problema lo constituye la aplicación automática de idénticos criterios de agravación de las sanciones para adultos y adolescentes, haciéndose caso omiso de las distinciones que la criminología describe entre las conductas delictivas de adultos y la de los jóvenes. Un ejemplo en esta materia de este desconocimiento lo constituye el hecho que se establezca como agravante, la concurrencia de pluralidad de hechos, circunstancia que desde el punto de vista de los análisis de la criminalidad adolescente no tiene sentido caracterizarla legalmente como indicativa de mayor gravedad.
- Pero sin duda uno de los principales defectos del sistema se descubre luego de su examen al alero del principio de proporcionalidad, en razón de la problemática ya analizada y que denuncia entre otros el profesor Juan Bustos Ramírez, dificultad que consiste en la posibilidad de que se lleguen a valorar doblemente algunas de las circunstancias agravantes, en las sucesivas etapas que la ley establece. Esta deficiente técnica legislativa se puede explicar porque las modificaciones producidas en el Senado se “agregaron” al sistema de determinación propuesto por el ejecutivo, duplicándose algunas reglas y haciendo perder sentido otras.
- Pero no sólo eso, además, dado que para determinar la extensión de la pena que fije el marco penal general, se debe rebajar en un grado al

mínimo de la pena contemplada para los adultos y adicionalmente a la rebaja se pone un tope máximo a la privación de libertad, se produce el problema de que el sistema aprobado favorece proporcionalmente más a las penas que sobrepasen el máximo que a aquellas que queden dentro de los rangos inferiores. Esto se produce porque hay delitos que, pese a la rebaja en un grado del mínimo, quedarían sobre el límite establecido en el artículo 18 y por ello se benefician de una segunda rebaja. Esta situación conduce a que se rompa la proporcionalidad interna del sistema penal de adolescentes y a que, las penas más altas no se reserven para los delitos más graves. La razón que explica este problema es que el legislador equivocadamente vincula dos escalas de penas de duraciones diferentes, la de adultos con un máximo de cuarenta años y la de adolescentes con un doble máximo de diez y cinco años, a través de un mecanismo no proporcional como es la rebaja en un grado al mínimo.

Debemos señalar que las legislaciones técnicamente más avanzadas elaboran, como lo hacía el Anteproyecto del año 98 y el proyecto de ley enviado al Parlamento, una escala de sanciones “independiente” de la de los adultos, que recoge las valoraciones específicas adecuadas a las necesidades preventivas de la criminalidad adolescente, resguardan el principio de proporcionalidad y establecen topes máximos que respeten el principio de brevedad y restricción en la procedencia de las sanciones privativas de libertad. (37 letra b) de la CDN)

2.2.- Posibilidad de suspensión, sustitución y remisión.

No podemos concluir el análisis del sistema de sanciones de la LRPJ, sin hacer referencia a las nuevas posibilidades que tiene el juez penal juvenil en la ley 20.084 con las instituciones de la suspensión, sustitución y remisión de condena, que tienen como eje orientador abrir paso a una mayor flexibilidad judicial en pro de dar una respuesta más adecuada y menos dañina para el menor, exigencia que se torna importantísima considerando que la adolescencia es una etapa de plena formación personal y donde consecuentemente cualquier restricción a los derechos del menor produce efectos de carácter permanente y más bien impeditivos.

- Suspensión:

La suspensión está regulada en el párrafo 5º (Juicio oral y sentencia) del título II (Procedimiento), en el artículo 41 que se titula: “Suspensión de la imposición de condena” que señala en su inciso 1º: “Cuando hubiere mérito para aplicar sanciones privativas o restrictivas de libertad, iguales o inferiores a 540 días, pero concurren antecedentes favorables que hicieren desaconsejable su imposición, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses”

En primer lugar hay que señalar que, el legislador limitó la aplicación de esta institución a sanciones cuya cuantía sea igual o inferior a 540 días, no obstante, en este caso, vuelven a surgir las dudas en cuanto a si para la correcta aplicación de esta restricción se debe considerar la extensión de la pena fijada por los artículos 21 y 22, o si se trata de la extensión final (la pena concreta) ya calculada para la sanción escogida. Consideramos que probablemente el legislador, en su deficiente técnica legislativa, se ha referido a la primera de las opciones expuestas, puesto que de lo contrario sería difícil comprender que un

juez una vez valorada completamente todas las circunstancias y especificado la extensión final de la sanción, luego decide suspenderla porque decide revalorar antecedentes favorables o bien descubre “otros” que hacen aconsejable optar por la suspensión.

Considerando la interpretación aludida y evaluando las posibilidades que podría habernos ofrecido la suspensión, nos percatamos que, en realidad, esta institución bien poco puede contribuir a relativizar la aplicación de la privación de libertad, puesto que esta facultad judicial sólo puede utilizarse en los dos últimos tramos de la escala del artículo 23 de la ley, y en estos tramos, pese a que se contempla la versión más benigna del internamiento, las posibilidades de que el juez aplique una sanción distinta a ella son bastante amplias. En razón de ello, el efecto que podría producirse es que las medidas ambulatorias menos severas sean las elegidas para suspenderse. Lo que no debiera considerarse necesariamente negativo de un punto de vista de derecho penal mínimo o abolicionista, pero que sin embargo puede llevarnos a una aplicación de la normativa sancionatoria “poco gradual”, y por ende, reñida con el principio de proporcionalidad; donde se de la situación que para delitos que se sancionen con penas superiores a 540 días las respuestas sean intensas, con libertad asistida o privación de libertad, y respecto de delitos que sancionen con penas inferiores, se verifique la suspensión como una respuesta sancionatoria mas bien imperceptible.

En segundo lugar, no ilustra, ni ejemplifica el artículo cuales podrían ser los antecedentes que hicieren desaconsejable la imposición de la condena, lo que crea un nicho de incertidumbre que podría dar lugar a desiguales aplicaciones de la ley.

El inciso segundo del artículo 41 señala: “Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin

efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.”

Vemos que a propósito de la suspensión de la imposición de condena es necesario que el adolescente no realice ninguna conducta delictiva en el plazo de seis meses, y si esto ocurre se decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, de esta manera se le ofrece al joven la oportunidad tangible de que no desarrolle una carrera delictiva a través de un mecanismo de incentivos, donde la ventaja obtenida por éste, el premio a otorgar, será el perdón de la sociedad por el delito ya cometido.

El inciso 3º nos señala que: “Esta suspensión no afectará la responsabilidad civil derivada del delito.”

Y el inciso final sienta la plena compatibilidad entre la institución en estudio y la suspensión condicional del procedimiento. Puesto que ésta constituye una “salida alternativa al procedimiento”, que se produce en forma previa a la imposición de una condena y donde el juez de garantía establece las condiciones a las que deberá someterse el imputado en un plazo determinado y que pueden ser variadas (y generalmente van más allá de la mera obligación de no reincidir).

- Sustitución:

La sustitución de condena está regulada en el Párrafo 3º (Del control de la ejecución de sanciones) del título III (De la ejecución de las sanciones y medidas), en el artículo 53 que se titula: “Sustitución de condena” y que prescribe en su inciso 1º: “El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.”

Como podemos apreciar esta institución opera ya en el momento de ejecución de la pena, cuando ya se ha iniciado su cumplimiento, y en razón de ello el tribunal competente para decretar la sustitución de condena es, de acuerdo al artículo 50 de la ley 20.084, el juez de garantía del lugar donde la sanción deba cumplirse.

Los legitimados para solicitar la sustitución de condena son: el propio adolescente o su defensor, sin perjuicio que el juez competente la puede decretar de oficio en el caso que se cumplan los requisitos para ello. Dichos requisitos son:

1) Cuando la sustitución parezca más favorable para la integración social del infractor, esto de acuerdo a las finalidades que establece el artículo 20 de la LRPJ y,

2) Se hubiere iniciado el cumplimiento de la sanción.

No es requisito para sustituir la condena, haber cumplido parte determinada de ella, sólo basta que se haya iniciado la ejecución de la misma.

Sin embargo y pese al cumplimiento de estos dos requisitos, el artículo 53 establece una importante limitación a las facultades discrecionales del juez, y es que sólo puede sustituirse la pena en cumplimiento “por una menos gravosa”. Sin embargo, no cualquier pena menos gravosa es sustituible por la privación total de libertad, el inciso final del artículo en análisis establece una limitante que: “En caso alguno la internación en un régimen cerrado podrá sustituirse por una de las sanciones previstas en las letras e) o f) del artículo 6º”. Dichas sanciones son la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño causado. Este inciso nos permite concluir que la posibilidad de sustitución no está sujeta a las limitaciones de elección de pena que establece el artículo 23, puesto que si dicho inciso proscribiera la sustitución indicada significa que permite aquellas donde las medidas que sustituyen la sanción en cuestión se encuentren sobre las mencionadas en dicha norma, es decir, se permitiría por ejemplo sustituir la pena de internación

en régimen cerrado por la sanción de libertad asistida simple, situación que si nos atenemos a lo prescrito en el numeral 2 del artículo 23 no sería factible. De este modo, la sustitución de condena sí permite en cierta medida flexibilizar los rígidos criterios de determinación de pena del articulado ya estudiado.

El inciso 2º nos señala la forma cómo debe tomarse la decisión de sustitución, por el juez de control de la ejecución, se señala: “Para estos efectos, el juez, en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, examinará los antecedentes, oír a los presentes y resolverá. A esta audiencia podrán asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos últimos no será nunca obstáculo para el desarrollo de la audiencia.”

De esta forma, concluimos que el juez tomará la decisión “previa audiencia”, donde debe examinar todos los antecedentes, sobre todo aquellos que tenga que allegar la institución encargada de la ejecución de la sanción en cuanto al comportamiento del joven, y además debe oír a los presentes. En esta audiencia, deben estar presentes obligatoriamente: el condenado, su defensor, el fiscal y un representante de la institución encargada de la ejecución. Los demás intervinientes mencionados en el artículo, si bien están facultados para asistir a la audiencia e intervenir, su ausencia no es obstáculo para el desarrollo de la misma.

El inciso 3º del artículo en análisis nos señala que la resolución dictada en esta audiencia, sea o no favorable a la sustitución, será susceptible de apelación para ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El artículo 54 regula la sustitución “condicional” de las medidas privativas de libertad; nos señala dicho artículo que: “La sustitución de una sanción privativa de libertad podrá disponerse de manera condicionada. De esta forma, si se incumpliere la sanción sustitutiva, podrá revocarse su cumplimiento

ordenándose la continuación de la sanción originalmente impuesta por el tiempo que faltare.”

Este artículo regula la posibilidad de establecer la sustitución condicional de las medidas privativas de libertad, sin embargo, esto no quiere decir que toda sustitución de una sanción de internamiento necesariamente debe ser condicional, puede ser pura y simple, conforme a la modalidad que establece el artículo 53, esto dependerá fundamentalmente de los antecedentes que alleguen los distintos intervinientes a la audiencia respectiva.

- Remisión:

La remisión está regulada a continuación de la sustitución de condena en el artículo 55 el cual dispone en su inciso 1º: “El tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena cuando, en base a antecedentes calificados, considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición. Para ello será aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo.

Para los efectos de resolver acerca de la remisión, el tribunal deberá contar con un informe favorable del Servicio Nacional de Menores.

De esta forma tenemos que los requisitos exigidos por la ley para la utilización de esta institución, son los siguientes:

1) La existencia de “antecedentes calificados”, configurándose una exigencia mayor que la establecida para la sustitución y suspensión, que sólo mencionan la necesidad de que existan antecedentes (favorables). Sin embargo, el artículo no especifica en qué consiste la calificación que deben tener dichos antecedentes.

2) Consideración por parte del tribunal de que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición; estos objetivos no pueden ser otros que los establecidos en el artículo 20 de la LRPJ.

3) Informe favorable del SENAME.

Sin embargo, a propósito de las penas privativas de libertad, se establece una exigencia adicional en el inciso final del artículo en análisis: *“Tratándose de una sanción privativa de libertad, la facultad de remisión sólo podrá ser ejercida si se ha cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.”*

Entonces, tenemos que a propósito de una sanción privativa de libertad, pese a que existan antecedentes calificados y que se hayan cumplido con los fines preventivo-especiales que la ley señala, necesariamente se debe cumplir más del 50% del tiempo de la duración total de la pena impuesta. Esto nos hace reflexionar, acerca de cual es la verdadera justificación de esta pena y cuáles son los fines que se persiguen en su cumplimiento.

Pongámonos en la situación hipotética que los fines de integración social - educativa estuvieren satisfechos, hecho acreditado mediante diversos informes favorables por parte de la institución encargada de la ejecución de la pena, sin embargo pese a ello como aun no se alcanza la mitad del tiempo de condena, no es factible la remisión. Con ello podemos apreciar que las únicas razones visibles o imaginables para mantener a este joven en cumplimiento de su pena serían razones de prevención general o bien razones de corte retributivo, razones que no gozan de mayor aceptación en cuanto a la justificación de la pena, en materia de derecho penal juvenil.

No deja de ser una paradoja que en cuanto más urgente se torna la remisión de la condena, por constituir la privación de libertad la pena más dañina para los adolescentes, más trabas se diseñan para poder aplicarla a cabalidad.

2.3.- Consideraciones finales en torno a la privación de libertad

Como hemos insinuado latamente en este trabajo, la ley 20.084 otorga una entusiasta acogida y un pedestal de suma importancia a una de las sanciones de las enumeradas en el artículo 6º, en perjuicio de las demás: “la privación de libertad”, en sus dos modalidades, internación en régimen cerrado y semicerrado ambas con programa de reinserción social. Podemos dar cuenta de ello, a través del examen de la evolución que ha seguido esta pena en los diferentes institutos en que tiene incidencia dentro de nuestra LRPJ: la laxitud de los llamados límites máximos de privación de libertad (de cinco y diez años, dependiendo de la edad del menor); las marcadas restricciones que se imponen a los jueces, en las sanciones mixtas, en la suspensión, sustitución y remisión de condena, en cuanto a poder morigerar la aplicación de las penas privativas de libertad; y por sobre todo el sistema de determinación de sanciones, que en cuatro de sus cinco tramos de elección de pena, contempla la privación de libertad.

El por qué esta pena pasó de ser alternativa a ser la principal de las sanciones a imponer a propósito de la aplicación de nuestra ley penal juvenil, se explica en función de las consideraciones peligrosistas y de tolerancia cero que dominaron el discurso político mediático, criterios que fueron acentuados en algún momento por instancias electorales, donde surgieron voces que detonaron una falsa alarma: que en Chile había que romper con la “impunidad” de los delitos cometidos por menores de edad, impunidad que más bien nunca existió, pues pese a que los jóvenes de 14 a 16 años y los de 16 a 18 declarados sin discernimiento, no estaban sujetos a la aplicación del sistema penal, de todas formas recibían verdaderas penas a propósito de la aplicación de ciertas “medidas correccionales” del viejo derecho de menores (frente a las cuales ni siquiera se exigía la comisión de un delito).

También influyó de forma considerable el empíricamente erróneo postulado de que al revestir estas sanciones de un cierto contenido educativo e integrador, no había mayor inconveniente en extender su uso para alcanzar los fines propuestos, obviándose de manera increíble la larga historia de abusos y fracasos del sistema tutelar de menores, que también se inspiró en ideologías de corte resocializador. La argumentación vertida por el Señor Senador Sergio Fernández, a propósito del límite máximo de privación de libertad, es ilustrativa al respecto:

“Señor presidente, es importante señalar que aquí no se trata del presidio, sino simplemente de un programa para rehabilitar a los adolescentes. Por lo tanto, el tiempo destinado a lograr efectivamente ese objetivo puede ser muy relevante.

No estamos hablando de penas de prisión que, de una manera u otra, impliquen un castigo que no rinda ningún fruto. Por el contrario, estamos frente a un programa que, llevado a cabo en la forma debida, puede ser muy beneficioso para los adolescentes.

Por ello, soy partidario de mantener lo que discutimos en la sala y que fue aprobado por la comisión, en cuanto a mantener los plazos superiores...”

Estas consideraciones olvidan que las medidas de internamiento también en el derecho penal de adolescentes – a pesar de todas las buenas intenciones- por sobre todo limitan y es por esta razón que siempre son una carga y un daño para el joven, ya que la privación de libertad es también privación de vida social, familiar, escolar, afectiva, de desarrollo sexual, etc. y por ello se da al adolescente el trato estatal más inhumano y perjudicial que pueda darse en una sociedad que se dice respetuosa de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Además, hay que considerar, que las sanciones de prisión se reservan preponderantemente para una clientela ya dañada masivamente desde una

perspectiva social, donde precede a la reacción estatal represiva una situación social de desclasización.⁴⁷

Para Albrecht “las chances están exclusivamente fuera de los muros”, por ejemplo en comunidades de trabajo, en escuelas laborales, en comunidades de habitación de jóvenes y en otras tentativas de mejoramiento de las chances futuras, económicas y sociales de los afectados. Ciertamente no se discute que con ello se corren riesgos respecto de la seguridad. Pero la ejecución penal de menores custodial, burocrática y terapéutica, no protege mejor a la sociedad. Ella desplaza los riesgos de seguridad únicamente al período posterior a la puesta en libertad, y con ello además los potencia (en razón de los efectos criminógenos que científicamente se le atribuyen a la prisión).

No hay que olvidar, más bien se debe insistir en el hecho que la cárcel siempre ha sido, y probablemente será por un buen tiempo, mucho más que una privación abstracta de libertad. Aun en la actualidad esta pena ha conservado su carácter inútilmente aflictivo a nivel corporal y psíquico.

Los conocimientos de la psicología del desarrollo sobre la necesidad de experimentar de los menores con los límites personales, sociales y sobre todo normativos, debiera ser razón suficiente para una mayor tolerancia y disposición con aquellos que están en una etapa de desarrollo personal, que se condice, por cierto, dentro de parámetros psicológicos estimados del todo normales.

Un gran aporte constituyen los conocimientos criminológicos que señalan que la intervención estatal represiva trae como consecuencia procesos de definición negativa de identidad en el afectado, que en este caso se producen en personas en cuya psiquis todo es posible y nada es definitivo, llegando a ser la experiencia del encierro profundamente traumática. Definitivamente con la implementación del sistema de sanciones de la ley 20.084 se llega a la conclusión de que no existe conciencia del real daño que se hace con la

⁴⁷ ALBRECHT, Peter Alexis; Op. cit, págs: 63, 65 y 69.

“etiquetación”, sanción social incomparable con cualquier tipo de condena específica pues el tratamiento como delincuente se vuelve de esta forma en una condena perpetua.

“Las medidas impuestas a adolescentes y niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes, de las instituciones totales considerablemente agravados, porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente **impeditivo** de la evolución más o menos común de la persona.”⁴⁸

Tras la revisión de lo que constituye el sistema de sanciones de nuestra ley de responsabilidad penal adolescente, uno puede poner bastante en duda que lo que se haya implementado en nuestro país haya sido en realidad el paradigma del derecho penal mínimo y de alternativas, que prescriben como piso de exigencia los tratados internacionales en la materia, a pesar que las Directrices de RIAD utilizan más bien un lenguaje abiertamente abolicionista en la materia.

En relación a la situación existente en Chile pre-adopción del modelo de responsabilidad, hoy en día al parecer, el desplazamiento del *ius puniendi* se tradujo más bien en una reducción cuantitativa del ámbito juvenil en el cual estos sistemas están llamados a operar, pero respecto de los sectores que sí atrapa el poder coactivo del Estado, existe una intensificación de las penas, incluso en relación a lo que ocurría en el derecho de menores. Es más, no falta quien haciendo un diagnóstico de lo ocurrido en la región, ha hablado de “La doble crisis de los derechos de la Infancia”, haciendo referencia a los problemas de implementación y de arbitraria interpretación que han venido de la mano de las reformas en materia de derecho penal juvenil en América Latina y donde se

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires – Argentina, EDIAR, 2002, pág. 178.

señala que “Nada representa mejor esta crisis que el mal uso y tergiversación de la medida de privación de libertad para los adolescentes.”⁴⁹

⁴⁹ GARCÍA Méndez, Emilio, Entre el autoritarismo y la banalidad: Infancia y derechos en América Latina, En: UNICEF, Justicia y derechos del niño N° 6, Santiago-Chile, 2004, pág. 23.

2.4.- Salidas alternativas y vínculo con el nuevo sistema procesal penal

2.4.1.- Diversión

En los modelos de justicia juvenil actuales no se recomienda como respuesta única y preferente, frente a la comisión de una infracción penal, la imposición de una sanción que se traduzca en la implementación de una medida ambulatoria; estos sistemas deben introducir una serie de “válvulas de escape” que posibiliten que el conflicto jurídico penal se resuelva en forma previa a una sentencia, a través de las salidas alternativas al procedimiento. Éstas permiten satisfacer diversos requerimientos en orden a consideraciones de justicia restaurativa o reparatoria, economía procesal y por sobre todo ello, en el ámbito adolescente, por prescripciones de corte criminológico que denuncian los efectos estigmatizantes y criminógenos del proceso penal en sus diversas etapas (detención policial, los interrogatorios, las audiencias, los centros de diagnóstico y los centros de internación.)

Esta estrategia alternativa forma parte de las enunciadas “4D”, conociéndosele como “diversión o desjudicialización”, porque lo que se pretende es diversificar las respuestas dadas a los adolescentes evitando que los menores entren al circuito judicial. Más bien, lo que se pretende es mantener a los adolescentes infractores en sus familias y escuelas, y derivándolos, sólo en ciertos casos a servicios sociales que les presten asistencia en sus hogares y comunidades.

Esta variante despenalizadora, parece tener más convicciones en relación con lo que no hay que hacer con los menores que con lo que hay que hacer con ellos. Y de esta forma el objetivo resocializador de la justicia de menores se lograría, no por lo que la justicia de menores hace, sino por lo que deja de hacer, o más exactamente, gracias a que este sistema de justicia

cuenta con instituciones procesales que permiten sacar del ámbito judicial a un buen número de casos, o evitando que entren en él, permaneciendo en un espacio más adecuado para socializarse.

Ahora, esta actitud político-criminal encuentra una justificación criminológica: buena parte de la criminalidad adolescente (toda la de bagatela y de “conflicto”) es episódica y desaparece espontáneamente sin intervención institucional alguna.⁵⁰La criminología moderna designa todo esto como el planteamiento preventivo de la no intervención.

Estas consideraciones fueron tomadas en cuenta por la CDN en su artículo 40.3 letra b) el cual señala lo siguiente: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. También las Reglas de Beijing prescriben el mismo principio en su regla 11.1: “Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.”

De este modo, tenemos que concordar que “las alternativas” ofrecidas por el derecho de los menores, no se agotan en la implementación de una variada gama de sanciones que difieran de la tradicional privación de libertad; se trata del recorrido cuidadoso de un trazado donde las instancias de control deben detenerse en cada etapa para examinar en cual de aquellas su presencia debe retirarse en pro de dar la respuesta más adecuada al joven. Se impone un

⁵⁰ COUSO Salas, Jaime, Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil, Op. Cit, pág.53.

cierto “orden de prioridad” en el recurso a las diversas alternativas de resolución de un caso de delincuencia juvenil:

1. Primera opción: **Desestimar la causa, dejando de intervenir**, para no entorpecer el proceso de socialización del adolescente. Esta desestimación se produce ya sea porque en el ámbito de la legislación penal juvenil se ha decidido descriminalizar ciertas conductas delictivas o bien porque, pese a que se ha cometido un hecho tipificado como delito, se ha dado aplicación al principio de oportunidad.
2. Segunda opción: **Desestimar el caso en la justicia juvenil y derivar el asunto a los servicios sociales regulares y de protección**. Esto ocurre en el caso que el adolescente tenga necesidades educativas y de protección insatisfechas, derivadas de alguna situación de vulneración de derechos. En este caso la ayuda que se preste jamás podrá traducirse en una sanción encubierta. Para que esta derivación constituya una real alternativa susceptible de considerarse, debe haberse implementado necesariamente en forma paralela e independiente al sistema de justicia, una red de protección y apoyo al joven o niño en situación de vulnerabilidad.
3. Tercera opción: Procurar un entendimiento entre el adolescente autor y la víctima, que puede conducir a una **reparación**.
4. Cuarta opción: Imponer una **medida o sanción ambulatoria**, de las que ya hemos hecho referencia.
5. Quinta opción: Imponer una **sanción privativa de libertad, por el plazo más breve posible**.

Para que un sistema de justicia juvenil pueda otorgar soluciones acertadas en atención al tipo de criminalidad, al grado de compromiso delictual, al contexto social-familiar del infractor y fundamentalmente considerando las consecuencias negativas de su actuar, debe necesariamente adoptar mecanismos que permitan baipasear en forma adecuada los casos de delito

adolescente, de tal manera que el ordenamiento jurídico penal sepa discriminar cuando y donde debe dejarse caer.

Esta suerte de racionalidad sistémica puede esperarse de legislaciones que se preocupen, fundamentalmente, de dar una amplia cabida no sólo a la oportunidad sino que también a las vías conciliatorias, fuera de la consideración de variadas sanciones que se utilicen con prioridad a la pena de internamiento. Pero además, la justicia juvenil requiere de un “auxiliar” al cual se deriven los casos de afectación de derechos fundamentales: se trata de la instancia administrativa que otorgue protección y ayuda no sólo al adolescente, sino que también a su familia.

2.4.2.- Salidas alternativas en la LRPJ.

La importancia de éstas en nuestra legislación radica no sólo en forjar la compatibilidad y coherencia entre nuestras normas penales juveniles y las prescripciones de los tratados internacionales y estudios criminológicos en la materia, sino también en vista que los legisladores de la ley 20.084 optaron por reproducir casi en integridad la parte especial del Código penal de adultos (salvo en lo relativo a las faltas), en razón de ello es necesario que los delitos de bagatela o mediana gravedad, atendida su menor lesividad social, deban ser atendidos por estas instancias, pues de lo contrario la regular normalización del comportamiento que se produce con la llegada a la adultez se truncará por haber incorporado al infractor al circuito penal.

Es decir, debido a que se escogió no descriminalizar ninguna conducta delictiva, necesariamente los diferentes institutos de término del proceso sin condena deben operar eficazmente, de modo que no sólo se otorgue una respuesta adecuada al problema delictual sino que también se evite la llegada de nuevos clientes al sistema penal.

Además, considerando la situación de los jóvenes que cometen un delito más o menos leve, en forma ocasional, y que no han tenido mayor contacto con la justicia, el empleo de medidas o sanciones educativas o ambulatorias, tiene un significado más bien intervencionista, que sólo puede explicarse por una cierta profesión de fe en la capacidad (re)socializadora de la justicia de menores y sus instituciones, que no es propia de la variante despenalizadora.⁵¹

Las vías de solución del conflicto penal alternativas a la sentencia, a analizar, son los siguientes: el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento.

a) Principio de Oportunidad.

En cuanto al principio de oportunidad hay que señalar que es aplicable en el proceso penal juvenil, según lo dispuesto en el artículo 27 inciso 1º, que dispone la aplicación supletoria del Código Procesal Penal que lo contempla en el texto del artículo 170⁵².

⁵¹ COUSO Salas, Jaime, Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil, Op. Cit, pág. 54

⁵² Artículo 170 del Código Procesal Penal: Principio de Oportunidad: "Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

La decisión que el juez emitiere en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público.

Pero además la LRPJ complementa la normativa del citado Código, en el artículo 35 que señala lo siguiente: “Para el ejercicio del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, los fiscales tendrán en especial consideración la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado.

Asimismo, para la aplicación de dicha norma se tendrá como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley.”

No aclara la ley de qué forma debe ser valorada la incidencia que la decisión del fiscal podría tener en la vida futura del adolescente imputado. Pero nos imaginamos, a partir de las premisas expuestas más arriba, que si se trata de adolescentes que han cometido delitos insignificantes, en forma excepcional y su contacto con la justicia penal es primerizo, debe abogarse siempre por esta vía informal de término del procedimiento, pues proseguir con la secuela del juicio podría producir consecuencias disociales en el joven.

De todas formas la consideración a evaluar por el fiscal está redactada de manera bastante imprecisa, puesto que la no aplicación de la oportunidad siempre tendrá repercusiones en la vida futura del joven y siempre esas implicancias, en la continuación del procedimiento penal formal, serán negativas y estigmatizantes para el menor.

Podría uno pensar que respecto de adolescentes reincidentes la desestimación del principio no produce mayores efectos en el joven, puesto que el estigma de criminal ya se encuentra configurado, sin embargo, no es correcto concluir que existe una nula incidencia, puesto que con cada nuevo paso por el sistema se va produciendo la confirmación de esa identidad ya creada.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Si el criterio para la aplicación de este principio va a ser el grado de avance en la carrera delictual del joven, podemos ya adelantar que esto puede conducir, con seguridad, a prácticas arbitrarias y que agudizarán más aun el carácter selectivo del sistema penal. Esto sin considerar que, con el solo hecho de contemplar la oportunidad, ya se producen importantes desigualdades en la aplicación del derecho, que algunos han criticado fuertemente por constituir además un autodespojo de poder político jurídico del poder legislativo.⁵³

Por esta razón, el principio de oportunidad se ha considerado sólo como un complemento a la acción descriminalizadora del legislador, a quien corresponde legítimamente ser el diseñador de la política criminal de una Nación.

Para la aplicación de este principio se requiere que el delito cometido no tenga una pena mínima que exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Para la correcta aplicación de estos márgenes, respecto de adolescentes imputados se debe tener como base la pena resultante de la aplicación del artículo 21 de la presente ley.

Respecto de este cálculo, hay que considerar que el artículo 21 de la LRPJ fue modificado, en el sentido que se agregó a la base “pena inferior en un grado al mínimo” el completo entramado de aplicación de las penas del Código Penal regulado en el párrafo 4 del título III del libro I. Por esta razón se produce una incoherencia respecto de la base a considerar para la aplicación del principio en los jóvenes, puesto que los márgenes de aplicación del artículo 170 del CPP se refieren a parámetros abstractos de pena, mientras que los del artículo 21 devinieron en concretos, luego de la modificación que introdujo la ley 20.191.

⁵³ ALBRECHT, Peter Alexis, Op cit, pág.s 58, 59 y 60.

b) Acuerdos Reparatorios.

Respecto de los acuerdos reparatorios la LRPJ no contiene una regulación expresa al respecto, sin embargo ésta salida conciliatoria es aplicable plenamente en virtud del artículo 27 inciso 2º.

Como decíamos con anterioridad, hay que distinguir plenamente lo que es la conciliación-reparación, de las medidas de reparación del daño causado y los trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que la primera constituye una forma de resolver el conflicto sin recurrir una medida judicial y gracias a ello esta instancia adquiere otra significación: ya no son formas de intimidación individual, sino formas de pacificación del conflicto.

Las ventajas de esta alternativa son variadas, particularmente en el ámbito de la delincuencia juvenil. Desde el punto de vista de la víctima: Se trata de una forma mucho más concreta de considerar su posición y sus necesidades, no sólo de una reparación material, sino también de superar la frustración que le provoca ser la afectada por un delito. Del punto de vista del adolescente infractor: La medida evitará intervenciones punitivas más severas y permite resolver un conflicto que en ciertos casos puede volverse contra el propio adolescente; además se le suele asignar una cierta eficacia preventivo-especial, porque la confrontación directa del joven con su delito, reduce las posibilidades del desarrollo de las técnicas de neutralización, habituales en pandillas juveniles. Del punto de vista de la comunidad la conciliación tiene la ventaja de representar un “equivalente funcional a la pena”, mucho menos costoso y sin sus efectos contraproducentes.

Debido a todos estos aspectos positivos, es que la falta de una referencia explícita a salidas conciliatorias con contenido reparatorio en la LRPJ se torna sumamente criticable, pues si bien no existe imposibilidad a que éstas acontezcan, apegadas a la regulación de los artículos 241 y siguientes del CPP,

al obviarlas disminuye el potencial de su aplicación, debido a que quedan abandonadas a la imaginación e iniciativa del fiscal.

c) Suspensión Condicional del Procedimiento.

La suspensión condicional del procedimiento tampoco se delinea de una manera particular en la LRPJ, sólo se menciona a propósito de la suspensión de la imposición de condena en el artículo 41, para señalar su plena compatibilidad con esta institución diferente.

Podría nuestro legislador haber innovado en esta materia, siguiendo el criterio de algunas legislaciones y en armonía con el sistema de escala enunciado con anterioridad, estableciendo la posibilidad de que se suspenda el procedimiento penal una vez que se hubiere iniciado exitosamente un proceso de sincera cooperación de un adolescente para recibir ayuda de la instancia administrativa correspondiente, o los programas comunitarios que se la ofrezcan. También en este caso, se admite la equivalencia funcional entre la intervención dirigida a superar las causas de la delincuencia de un adolescente y la pena juvenil. Sin embargo, en nuestro país dichos organismos de ayuda no cuentan con el respaldo político-económico necesario para que pueda operar con relativa eficiencia dichas instituciones en este marco.

2.4.3.- Medidas alternativas establecidas en la Ley 18.216

Es conveniente analizar, a propósito de las salidas alternativas aplicables a los adolescentes infractores, si existe la posibilidad de compatibilizar el sistema de sanciones de la LRPJ –con su diversidad de medidas, facultades post-condena y salidas alternativas-, con las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley 18.216, es decir, si es factible

aplicar en el contexto de la Ley 20.084 las medidas de Remisión condicional de la pena, Reclusión Nocturna y Libertad Vigilada.

En primer término diremos que, la LRPJ no hace referencia alguna a las medidas alternativas establecidas en la Ley 18.216, por lo que, en principio y a primera vista, tendemos a pensar que la Ley 20.084 excluiría la aplicación de la ley en análisis, sobre todo considerando las pretensiones de autonomía y diferenciación que esta nueva legislación quiso inaugurar al establecer no sólo originales sanciones, sino también, y específicamente a propósito de esta materia, al contemplar instituciones como la Suspensión en la imposición de condena, que pese a sus críticas, permite satisfacer de mejor manera las orientaciones doctrinarias formuladas a propósito del Derecho penal juvenil.

Esta primera aproximación se debe confirmar en virtud de la siguiente constatación: la Ley 18.216 está formulada sobre la base de los fines de la pena que le son atribuidos al Derecho penal adulto, esto es, principalmente retribución y prevención, sin perjuicio de reconocer que en esta ley también se produce un leve acercamiento a los fines del Derecho penal juvenil, en lo que se refiere a la prevención especial positiva. Manifestaciones de este distanciamiento son:

- Los requisitos de procedencia de las medidas alternativas de la Ley 18.216 son más exigentes que los establecidos para los adolescentes a propósito de la suspensión en la imposición de condena (artículo 41) – salvo en lo relativo al límite de pena-, por ejemplo: Para la aplicación de las medidas alternativas de la Ley 18.216 se requiere no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o, en el caso de la Reclusión nocturna, haberlo sido a una pena que no exceda de dos años o más de una, siempre que en total no excedan dicho límite, exigencia no requerida para la procedencia de la suspensión en la imposición de condena en la LRPJ. Las medidas de la Ley 18.216 sólo pueden ser concedidas por el Tribunal si el condenado ha satisfecho la

indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, requisito no contemplado en la legislación juvenil, y tampoco susceptible de ser incluido, debido a que los adolescentes carecen de facultades económicas suficientes para enfrentar dicho costo.

- El plazo de observación y/o tratamiento de la Remisión condicional de la pena y de la Libertad vigilada no pueden ser inferiores al de la duración de la pena, estableciéndose los límites de 1 a 3 años y de 3 a 6 años respectivamente, término que es ostensiblemente superior al establecido en el artículo 41 de la LRPJ, que es de 6 meses. Incluso el delegado de la Libertad vigilada puede proponer al juez la prórroga del período de observación y tratamiento fijado, hasta por 6 meses.
- El delegado de la Libertad vigilada cumple funciones orientadas al “control” del condenado –más acentuadas que en el caso del delegado de la Libertad asistida y Libertad asistida especial de la LRPJ-, esto conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 18.216.⁵⁴
- La Reclusión nocturna si bien posibilita que la persona condenada pueda desarrollar sus actividades cotidianas en el medio libre, no impide, sino más bien favorece, en el caso de los adolescentes, la rotulación de “delincuentes”.
- No se vislumbra con la imposición de la medida Remisión condicional de la pena –al traducirse ésta, en términos prácticos, en la sujeción al control administrativo de Gendarmería de Chile- la posibilidad de lograr alguno de los fines de la pena perseguidos en materia de Derecho penal juvenil.

⁵⁴ Artículo 20 de la Ley 18.216: “Los delegados de libertad vigilada son **funcionarios dependientes de Gendarmería de Chile**, encargados de **vigilar, controlar**, orientar y asistir a los condenados que hubieren obtenido este beneficio, a fin de evitar su reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad.

La habilitación para ejercer las funciones de delegados de libertad vigilada será otorgada por el Ministerio de Justicia, a quienes acrediten idoneidad moral y conocimiento, en la forma que determine el reglamento.” (lo destacado es nuestro)

En conclusión creemos que, la normativa dispuesta por la ley 20.084 no posibilita una aplicación coherente de la Ley 18.216, dado que la Ley juvenil no sólo creó una gama de sanciones diversas que disminuyen –en teoría- la aplicación de la privación de libertad, y por ende, reemplazan los efectos prácticos buscados por la antigua Ley 18.216, sino que también, en forma posterior a la imposición de condena, la ley penal adolescente contempla una serie de institutos (como la suspensión, sustitución y remisión de condena) que al ser más beneficiosos para el menor, permiten sostener que, en esta materia, sustituyeron a las medidas establecidas en la Ley 18.216.

2.4.4.- Justicia especializada.

En el proceso penal juvenil debe darse a los adolescentes un tratamiento distinto de aquel trato recibido por los adultos, no sólo debido a los efectos perjudiciales que produce el sólo tránsito por el procedimiento criminal, sino también, y sobre todo, en razón de la ínfima competencia de acción social y al déficit de estatus social condicionado por la edad de los menores, lo que se traduce en que ellos dominan menos las situaciones de interacción en el transcurso ulterior de la persecución penal, pueden contraponer poca resistencia en las distintas instancias del proceso, confiesan antes que los adultos, tienen menos conocimiento de los derechos que le competen y con ello facilitan la prueba de los hechos y la comprobación de la responsabilidad.⁵⁵

La consecuencia de estas constataciones debiera ser, el diseño de un esquema legal que, primeramente fortaleciera las posibilidades de reemplazar una condena por una vía de solución pacífica del conflicto y a su vez consagrara plenamente distintas garantías de carácter procesal en el procedimiento penal juvenil.

⁵⁵ ALBRECHT, Peter Alexis, Op cit, pág 63

Estos cometidos se logran de mejor forma, y así lo prescriben los tratados internacionales⁵⁶ al respecto, estableciendo una justicia especializada para adolescentes, que se traduce en el establecimiento de órganos especiales para el juzgamiento de infracciones penales cometidas por menores de edad, que se encuentren plenamente capacitados en lo que a delincuencia juvenil se refiere, y en la disposición de procedimientos diferentes a los que la justicia ordinaria establece para los adultos.

Nuestra ley de responsabilidad penal juvenil establece un sistema de juzgamiento que respeta las garantías procesales de los jóvenes, dando cumplimiento a las exigencias fundamentales del debido proceso, sobre todo porque se adoptan las características generales de la oralidad y la contradicción reconocidas en los sistemas acusatorios de la región. Establece el artículo 2 inciso 2º de la LRPJ lo siguiente: “En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Además se establece en el párrafo 2º del título III la regulación de los Derechos y garantías de la ejecución (artículo 49). De todas formas se echa de menos la regulación específica sobre los derechos y garantías de los adolescentes que tanto el Anteproyecto del año 98 como el Proyecto de ley del año 2002 recogían en el título 1º.

Pese a lo expuesto, se puede observar que el desarrollo de un sistema especializado es relativamente débil tanto en el aspecto orgánico como en los procedimientos.

⁵⁶ Artículo 40.3 de la CDN: “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 han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes...” y artículo 2.3 de las Reglas de Beijing: “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...”

Desde el punto de vista orgánico, el Anteproyecto del año 98 creaba en su artículo 43 un tribunal especial, unipersonal, para el conocimiento y fallo de las infracciones juveniles, el que resolvería dichas infracciones mediante un juicio oral. Y en el caso que la medida solicitada por el fiscal fuese privativa de libertad el tribunal de juicio oral se integraría por el juez de infracciones juveniles competente, que lo presidiría, y por otros dos miembros de tribunal de familia (artículo 43 inciso 2°).

El Proyecto de ley enviado al Congreso, modificó este criterio, señalando que los asuntos relativos a la responsabilidad de los adolescentes serían de competencia del juez de garantía del territorio jurisdiccional respectivo, especializado en el conocimiento de infracciones adolescentes a la ley penal (artículo 39). Además, cuando el fiscal solicitare la aplicación de alguna medida privativa de libertad, el juicio oral sería conocido por una sala especializada del tribunal de juicio oral en lo penal, integrada por un juez del tribunal de familia y por dos jueces del tribunal de juicio oral en lo penal de la jurisdicción de que se trate, uno de los cuales lo presidiría (artículo 40).

Las diferencias son evidentes, porque si bien la sala del Tribunal de juicio oral en lo penal, debía estar integrada por un juez de familia, aquella pierde su carácter especial dada la naturaleza ordinaria de dicho tribunal. No obstante, el proyecto de ley exigía que los jueces que integren el tribunal hayan aprobado un curso de especialización.

La ley promulgada desdibujó completamente la especialización orgánica, pues sólo fijó un estándar ínfimo para la idoneidad de todos los intervinientes institucionales, incluida la policía, relativo a la capacitación obligatoria que deben tener sobre las materias que el artículo 29 señala: estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley. Agrava la situación el hecho que en los casos en que fuere

necesario por la distribución del trabajo, todo juez, fiscal o defensor se encuentra habilitado para intervenir en asuntos que se encuentren sometidos a la LRPJ (se encuentre o no capacitado en las materias enumeradas).

En el ámbito procesal, la ley mantiene demasiadas similitudes con las normas generales de enjuiciamiento propias de los adultos, pudiendo haberse optado por la creación de un sistema que, otorgando las garantías clásicas del proceso penal, más aquellas requeridas en el ámbito juvenil, estuviere dotado de mayor autonomía y especificidad. El proceso se rige supletoriamente por el Código Procesal Penal (artículo 27 inciso 1°) y sólo se modifican parcialmente ciertas normas a propósito de la prisión preventiva o internación provisoria (párrafo 3°), la persecución penal (párrafo 4°) y el juicio oral y la sentencia (párrafo 5°).

Los procedimientos que se aplicarán a los jóvenes infractores de la ley penal dependen de la sanción que se pretenda imponer (artículo 27 inciso 2°).

- Respecto de penas no privativas de libertad, sólo se aplicarán los procedimientos simplificado y monitorio regulados en el Código Procesal Penal.

-El monitorio: para los casos en que se requiera pena de multa y,

-El simplificado para todos aquellos delitos respecto de los cuales el fiscal requiriere una de las demás sanciones ambulatorias. Si se solicita una pena de internamiento en régimen semicerrado inferior a 540 días, también se seguirá este último procedimiento.

- En cambio, si la sanción de internamiento pedida oscila entre 541 días y los cinco años, corresponde el procedimiento abreviado si existe acuerdo con el imputado en los términos del artículo 406 del CPP.
- El juicio oral se reserva únicamente para las penas privativas de libertad, iguales o superiores a 541 días y hasta 5 o 10 años, según sea la edad del adolescente imputado y respecto de las

cuales, cuando procediere, se hubiere frustrado la aplicación del procedimiento abreviado.

Como vemos, el mandato de especialización y prohibición de aplicación de la justicia ordinaria, fue infringido en nuestra ley de responsabilidad penal adolescente, optándose por situar a la justicia penal de menores en un especie de apéndice de la justicia penal en general, acercándonos cada vez más, ya sea por criterios prácticos de implementación o por convicciones represivas, al derecho penal de adultos, del que debíamos alejarnos.

Capítulo 3: Fines de la pena en la Ley de Responsabilidad penal adolescente.

Una vez examinado el sistema de sanciones de la Ley 20.084, trasladaremos nuestro análisis a lo que constituye la funcionalidad de las sanciones en el Derecho penal juvenil, dado que el diseño del sistema de medidas de nuestra ley, tiene el cometido de satisfacer los objetivos que el Estado se fija al vulnerar los derechos de los niños a través de la pena. Análisis que se justifica toda vez que, la intervención estatal y sus fundamentos, a propósito de los delitos cometidos por adolescentes, asume formas más complejas aún que en el caso de los adultos, por la ya apuntada “extra protección jurídica” que merecen éstos y dado el reconocimiento de autonomía valórica, aún no perfilada completamente en la literatura penal actual, menos aun en los ordenamientos jurídicos locales.

3.1.- Fines de la pena expresamente declarados en la LRPJ.

Por primera vez en la legislación penal chilena, se hace una referencia explícita a los fines de la pena, se escogió el tratamiento particular de un tema como lo es la legislación penal juvenil puesto que en razón de ella la discusión sobre la justificación y los límites de la pena se vuelve más relevante aún que en el caso de los adultos.

Esto se explica fundamentalmente, porque se predica de los jóvenes una cierta autonomía, que autoriza al aparato coactivo estatal para establecerles responsabilidad en lo que a comisión de delitos se refiere. Sin embargo, los adolescentes tienen necesidades y derechos de formación y educación, reconocidos constitucionalmente, que deben necesariamente ser considerados a la hora de la imposición de una pena. Es por ello que los fines de prevención especial positiva, que suponen atender carencias de índole personal, social y

educacional, surgen como una alternativa vigorosa a propósito del derecho penal de menores.

Además entran en escena ciertos criterios político criminales de inspiración más bien autoritaria que en función de la corta edad de estas personas, pretenden rediseñar el esquema valórico y consecuentemente el conductual; ya que se estima que con los jóvenes, las estrategias de resocialización serían no sólo más eficientes por tratarse de sujetos en desarrollo, sino también más convenientes de un punto de vista de seguridad ciudadana, pues se estima que con dicha intervención se interrumpiría “a tiempo” una posible carrera delictual futura.

Pese al reconocimiento de su calidad de sujetos de derecho y al establecimiento del principio de autonomía progresiva, se sigue viendo a los jóvenes como sujetos destinatarios de urgente transformación, no sólo en su actuar, también en la estructura interna de su personalidad.

También existen argumentos que nacen de la experiencia que se ha tenido en la aplicación de programas inspirados en estos fines en el derecho de menores, experiencia que indica que en los adolescentes, la resocialización es empíricamente más razonable puesto que “pareciera” que ha tenido mayor éxito. “Pareciera”, puesto que respecto de jóvenes sin un grado de compromiso delictual considerable (que son aquellos donde las medidas resocializadoras han parecido funcionar) no se sabe si su nula o escasa reincidencia posterior se debe al éxito de los objetivos preventivo-especiales o bien al hecho de que los adolescentes son delincuentes típicamente incidentales (en razón del comportamiento “a prueba” que suelen realizar en esa etapa vital) y por ello habrían normalizado su conducta al llegar a la adultez.

Tampoco debemos desestimar, dentro de los múltiples razonamientos y consideraciones tenidas en cuenta por el legislador, lo poco presentable que resulta, del punto de vista constitucional y en un análisis de legitimidad de las facultades estatales, la aceptación sin resquemores de aplicar a los

adolescentes de 14 a 17 años penas guiadas por mera retribución o inocuización, y que ello se mantenga como una opción legislativa válida. No es decoroso, ni convincente que la sociedad desemboque todo su potencial de venganza (normalmente se le denomina “sentimiento de justicia”) o su anhelo castrador en personas respecto de las cuales es consenso que deben recibir una oportunidad o una respuesta estimada más humana.

Los objetivos preventivo-especiales han sido incorporados en los tratados internacionales relativos a la niñez/adolescencia, aunque matizados considerablemente respecto de sus formulaciones originales, pues hoy lo pretendido “se acota”, no sólo debido a la especie de “renuncia” que se produjo en muchos de los sistemas de ejecución penal dado el fracaso de la ideología terapéutica-resocializadora, sino también en función de la plena consagración de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, que obligan a limitar y examinar con escepticismo cualquier vulneración de dichos derechos, aunque sea estimada dicha afección como conveniente, benéfica o necesaria; esto en conformidad con una apreciación más exacta de lo que es la pena.

La CDN en su artículo 40.1 establece una síntesis de política criminal en el ámbito de la naturaleza y finalidades de la pena juvenil; señala esta disposición: “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 de la sociedad.”

Este artículo contempla tres principios fundamentales que deben dirigir la intervención penal adolescente:

En primer lugar, se menciona el principio de la dignidad de la persona, el cual prescribe que la intervención a realizar debe fomentar el sentido de la dignidad y el valor del adolescente, este principio se traduce en que las sanciones a imponer al menor no deben buscar su degradación o sometimiento pleno, por el contrario deben tender al libre desarrollo de su personalidad cultivando el respeto y amor por su persona; lo que la convierte en una garantía complementaria a la prohibición de tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

A continuación se consagra el principio de la responsabilización el cual orienta la intervención del adolescente en el sentido de fortalecer su adhesión a las reglas de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos de las demás personas, esto porque el adolescente está inserto en un complejo entramado de carácter social regido por derechos y deberes, y por ende, el incumplimiento de estos últimos debe traer aparejado algún tipo de consecuencia que desencadene, en lo posible, una espontánea reflexión acerca de la importancia del respeto a las libertades e integridad de los demás miembros de una comunidad.

Esta inquietud que se espera del joven, no surge con frecuencia, contrariamente a lo que se cree, en contextos de rigurosidad penal, es decir, este sentimiento de contradicción frente a lo realizado y de posterior respeto y/o arrepentimiento no se genera a propósito de las llamadas penas “duras”, mas bien suele aparecer, como ya hemos tenido la oportunidad de analizar, como consecuencia de un acercamiento con la víctima a través de lo que se denomina “justicia restaurativa”.

Y en último lugar, se menciona el principio de integración social, que se considera que tiene un contenido positivo, en cuanto postula como objetivo específico de la intervención: promover la integración social del joven y que éste asuma una función constructiva de la sociedad; pero además este principio

también es limitador, ya que impide que se apliquen medidas desocializadoras o despersonalizantes que atenten contra el desarrollo integral del adolescente.

Nuestra LRPJ, en un intento de plasmar en su articulado algunas de las conclusiones a que han llegado los expertos en esta materia y los principios de la Convención de los Derechos del Niño, declara en su artículo 20 de modo expreso cual tiene que ser el eje orientador en la aplicación de las sanciones del artículo 6º. Se titula dicho artículo: “Finalidad de las sanciones y otras consecuencias” y señala: “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.**”

En este artículo es posible vislumbrar dos de los ejes que autorizan la intervención penal adolescente en la CDN, y que constituyen, pese a lo innovador que se pretenda ser en la materia en razón del sujeto de intervención, “fines clásicos del derecho penal”.

El primero de los fines mencionados pretendió tener algún vínculo con el eje responsabilizador, al establecer el artículo 20 que las sanciones tendrán por objeto “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan”. Sin embargo el principio de responsabilización de la Convención apunta más bien a la creación de una convicción de responsabilidad y respeto por los demás, no se está haciendo referencia a la eficacia de la responsabilidad, entendida como seguridad en la aplicación de las penas. La meta del legislador penal adolescente chileno se traduce al parecer, en síntesis, en realizar de manera cierta el castigo establecido para los jóvenes infractores, de tal forma que su responsabilidad sea representada en alguna consecuencia jurídica concreta a imponer al menor, y así es permitido a la sociedad vislumbrar la manifestación real del deber específico de no cometer ilícitos penales. Se trata de la finalidad de la pena conocida como “retribución”

(“mal por mal”) bastante deslegitimada no sólo a nivel de teoría de derecho penal juvenil, sino a propósito de la teoría general de la pena, por carecer de objetivos y conducir a situaciones que resultan desconcertantes para una conciencia que no se satisfaga con meras exigencias absolutas de justicia.

El segundo principio, y el más difundido en los debates de legislación penal juvenil, aparece en el artículo 20 cuando se le encomienda a la sanción juvenil que forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. Con estas menciones la LRPJ se adscribe a las formulaciones de prevención especial positiva, que se traducen en contener al hechor de la comisión de nuevos delitos mediante el adiestramiento en las normas de convivencia sociales en una sociedad determinada.

Este principio también aparece a propósito del artículo 44 de la LRPJ, el cual regula las Condiciones básicas de los centros de privación de libertad, y señala que: “La ejecución de las sanciones privativas de libertad estará dirigida a la reintegración de adolescente al medio libre.

En virtud de ello, deberán desarrollarse acciones tendientes al fortalecimiento del respeto por los derechos de las demás personas y al cumplimiento del proceso de educación formal y considerarse la participación en actividades socioeducativas, de formación y de desarrollo personal.”

Hay que hacer presente, que si bien la finalidad de integración al medio libre, orientará la ejecución de las penas privativas de libertad, es por completo contradictorio pretender que los adolescentes encarcelados, una vez que cumplan la pena impuesta, hagan uso de la libertad, conforme a las expectativas sociales, puesto que en la supuesta enseñanza “para la libertad” se les privó de ella.

Creemos que lo pretendido es curioso: Bajo uno de los peores escenarios sociales posibles, si es que no es el peor, – que no sólo se traduce en encierro sino en no pocas ocasiones en condiciones de vida material miserables: hacinamiento, frío, suciedad, alimentación deficiente, falta de

entretenimiento, pérdida de libertad sexual, etc- se espera sumisión, beneplácito y en no menor medida esfuerzo y vocación de cambio, en circunstancias que a lo que se insta es verdaderamente exigente: Afiliarse a la normativa social de trabajo, competencia y disciplina, cuando se ha crecido en obediencia de códigos culturales completamente diversos de los que rigen en los grupos dominantes de la sociedad⁵⁷ y en un ambiente sobrepasado de negaciones y privaciones que a esta parte de la vida del joven ya han cimentado profundos nudos de desmoralización y rabia.

Es por esto, que es plausible poner en duda, que el verdadero objetivo en práctica del legislador sea la integración, puesto que el mensaje es contradictorio: se invita a la integración social con castigo, rechazo, despreocupación e intolerancia. Y así, nos situamos automáticamente en las antípodas de la invitación a compartir en sociedad. Nos ponemos en la vereda de en frente de estos jóvenes.

La pretensión de que la justicia juvenil asuma tareas de promoción social parece tener una cierta conexión con la ideología tutelar, pues se mantiene la idea de que se administrará de forma singularizada un “remedio para la delincuencia”, a través de una medida o sanción específica, que a fin de cuentas se estima en última instancia como “beneficiosa para el joven”; y conforme a dicha consideración se cumple con la función de racionalizar y cientificar la pena juvenil, haciendo olvidar por completo el escepticismo y los problemas de legitimidad que trae aparejado el intento de mutabilidad de la persona (adolescente) a través de los expertos.

La diferencia entre las proposiciones del derecho de menores, influenciadas por los movimientos “Re”, y las sugerencias de la nueva oleada de legislaciones penales juveniles está en el ámbito de necesidades sociales consideradas. En las versiones más modernas se suelen plantear críticas frente

⁵⁷ Al respecto puede citarse a SUTHERLAND, Edwin H. con su teoría criminológica: “La transmisión cultural y el aprendizaje: La asociación diferencial”. En: GONZÁLEZ Berendique, Marco A., Elementos de criminología, Chile, 1998, pág.s 291 a 295.

a lo que constituye la privación de libertad y en razón de ello se reconoce la necesidad de una inserción social “más normalizada”, donde se incluyan condiciones básicas de vida ordinaria, como el contacto regular con la familia, instituciones sociales, sobre todo el colegio o la actividad laboral. De esta forma se trata de abandonar expresiones como “re-habilitación”, “re-socialización”, “tratamiento”, etc.; sustituyéndolas por conceptos un tanto más emancipatorios como “integración social”, “habilitación psico-social”, etc. Sin embargo y pese al cambio de nomenclatura, en algunas legislaciones, y sobre todo en el ámbito jurídico-cultural, se continúa muy esperanzado en la realización de dichos fines y con ello se contribuye, sin así quererlo, al rescate de la “pena que convierte”.

Esta perspectiva maximalista de la pena, y particularmente de la pena aplicada a los adolescentes, trae aparejado el problema que legitima de modo inimpugnable la intervención de la justicia. Las medidas ambulatorias son concebidas como una “oportunidad” para el joven, y si éste las desecha la consecuencia necesaria e inmotivada es la privación de libertad, donde nuevamente y más intensamente se retomarán los objetivos de integración. Además, los discursos maximalistas al desconocer completamente que las instituciones donde se concretizan responden a una doble militancia, protección y ayuda v/s seguridad, conllevan siempre el riesgo latente de relajar las garantías, pues tienden a obviar la dimensión represiva de la pena. Otro problema lo constituye la mayor dificultad de someter a los operadores e ideólogos del sistema penal juvenil a la fiscalización pública, pues el discurso maximalista al conducirse con propósitos efectistas produce el transporte automático al grave equívoco, consistente en que sólo basta la mera toma de postura en pro de la resocialización para que ésta se haga realidad. Y adversarios a esta “oferta penal” es difícil encontrar, menos aun, en el ámbito juvenil, donde se estima que esta alternativa es doblemente satisfactoria, puesto que por una parte se cree que puede satisfacer necesidades de prevención, al convencer al joven de que no siga cometiendo delitos, y por otra

parte, se percibe esta intervención como más humanitaria, al desearle pronóstico de buena vida al joven (a decir verdad, nos interesa sólo nuestra propia tranquilidad y el evitarnos el problema del por qué de ciertos delitos.)

3.2.- Acerca del concepto de educación.

A propósito de los fines preventivo especiales aludidos y la incorporación en los modelos de responsabilidad de ciertos elementos del modelo educativo⁵⁸, se suele hablar en el contexto punitivo del derecho penal juvenil de “educación”.

Es preciso aclarar desde un comienzo para evitar equívocos, que con esta expresión, no se está haciendo referencia a lo que la pedagogía y las ciencias de la educación entienden por dicho término, sino que se está haciendo alusión a un “fin de la pena”, ya en el sentido de una intimidación individual (a través del efecto educativo del castigo) ya en el sentido de re-socialización. Esta educación “a través de la pena” tiene lugar con niños y adolescentes “en dificultades”, asociados a la comisión de actos delictivos e insertos en procesos de exclusión social avanzados.

En este tipo de instrucción, que surge del ámbito coactivo de la justicia penal, difícilmente se pueden encontrar semejanzas, y por ende, no se pueden adjudicar objetivos o pretender logros que corresponden a la educación, entendida en términos auténticos. La educación a la que se refiere la pedagogía es un proceso complejo que aspira al completo desarrollo de la personalidad, contando no sólo con la autonomía progresiva, ahora reconocida del joven, sino también considerando en forma plena su subjetividad e incorporación participativa y creativa. Y para ello –señala Albrecht- es requisito contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan dicho desarrollo de la personalidad, pero la disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo, es una tarea de la política social estatal, no

⁵⁸ Acerca del modelo educativo y sus características ver: MALDONADO Fuentes, Francisco; La especialidad del sistema de responsabilidad penal adolescente. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 6, Santiago-Chile, 2004, pág.s 112 a 114.

la tarea del derecho penal y la justicia. Es decir, no se logra educación a través del derecho penal, sino, como veremos, muy por el contrario.

Con ello sentamos una crítica “de principio” a lo que es la educación en el seno del derecho penal, particularmente juvenil, pese a que también existen numerosas críticas accesorias y/o también derivadas de aquella, no menos convincentes.

De partida, la oferta de escolarización y perfeccionamiento técnico-profesional en la ejecución de una sanción penal no es apropiada para mejorar efectivamente las condiciones futuras económicas y sociales de los jóvenes internos, esto porque, para la gran parte de los presos las medidas de instrucción llegan tardíamente y son inapropiadas para los requerimientos del mercado actual de trabajo, que además de excluir a los jóvenes con procesos educacionales interrumpidos, considera sólo a quienes garanticen un proceso de formación social adecuado (y en no pocos casos, el requisito se torna más exigente aún sobre todo en ciertos círculos donde sólo se puede acceder a través de algún vínculo de conexión anterior ligado a la posición social).

También experimenta apreciaciones críticas el “modelo de aprendizaje”, pues carece de todo ligamen con la realidad del trabajo en sociedad. El trabajo, si es que es pagado, lo es de mala manera y está siempre supeditado a la rehabilitación conductual que se espera del joven. Esto produce un desincentivo en el adolescente, que se subsana, mediante técnicas de disciplina que limitan, más aún, la vida cotidiana y el tiempo libre de los internos.

En tercer lugar, debemos considerar que, en el escenario penitenciario juvenil, no está, ni ha estado nunca, el interés de los adolescentes por aprender, debemos decir de modo casi “experimental”, técnicas ilusas de normalización social; sino que el eje motivador en la realidad carcelaria es la “lucha por las ventajas y privilegios”, que son otorgados de vez en vez, que mitigan parcialmente el aburrimiento y el hastío, y que por lo demás constituyen pequeñas reproducciones de la forma de interacción de las pandillas que

operan en ciertos sectores de la ciudad. Esto se opone de manera incontestable con las formas de repartición de poder en la sociedad, podríamos llamar libre, donde rige la capacidad de predominio, determinada por factores sociales y donde se instala como barómetro regulador, la ubicación en un contexto particular del espectro social.

Una de las características del sistema penitenciario que más hace notar la incompatibilidad existente entre ejecución penal y educación es el hecho que los internos se enfrenten a diario con un sistema de reglas rígidas oficiales, condicionadas por objetivos tanto de disciplina, como de seguridad, que limitan, por sobre todo, el comportamiento espontáneo y creativo, propios de la educación, pues los presos ven en ello un riesgo de sanción. Además el esfuerzo de “acomodación” produce, en no pocas ocasiones, violencia entre los jóvenes, que hace surgir sentimientos de competencia y animadversación entre los detenidos.

De este modo, vemos que los reglamentos y la educación en la pena fomentan, a menudo, sólo una acomodación “aparente”. Se produce una suerte de relación estratégica con el terapeuta o funcionario penitenciario, que cree o quiere ver en el interno cooperación y lealtad, pero que sabe o se da cuenta más adelante que más que ello, sólo existe un vínculo antagónico, porque pese a los ingenuos esfuerzos de adiestramiento social, la custodia nunca permitirá una correspondencia sincera de parte del adolescente preso, ni tampoco, debemos decirlo, del funcionario gendarme.

No podemos dejar de resaltar, que pese a la tendencia hacia la apertura de la ejecución penal de menores, domina ampliamente, y sobre todo con las modificaciones senatoriales a la ley 20.084, la preocupación excesiva por la seguridad, que perfila autorretratos estigmatizadores que se caracterizan por resignación y desmoralización social.

Así las cosas, podemos concluir que el pensamiento de pena juvenil orientada hacia la educación para la integración en sociedad del adolescente, lo

que hace es relacionar dos conceptos contrapuestos (integración social v/s seguridad), y con ello los accidentales efectos positivos de la obra resocializadora no pueden osar cotejarse con la suma de consecuencias negativas producidos por la falta de libertad en el encierro. Dichas consecuencias acarrearán la inquietud respecto de daños producidos estatalmente y de forma irreparable en plena etapa de configuración de la personalidad de los menores de edad.

Pese a todos los inconvenientes expuestos, existen ciertos intentos de construir una representación de la labor educativa en la esfera de lo que se denomina “adolescentes en conflicto”. Jaime Couso Salas⁵⁹ destaca en este ámbito la obra del brasileño Antonio Carlos Gómez Dacosta, denominada “Pedagogía de la presencia”, donde este autor plantea que la educación de estos jóvenes debe dirigirse a la reconciliación o encuentro del adolescente consigo mismo y con los demás.

Gómez Dacosta ve en el actuar delictivo de los adolescentes un modo peculiar de reivindicar una respuesta más humana a los impasses y dificultades personales y sociales en que se encuentran los jóvenes. Ahora, si frente a esos llamados se le responde con indiferencia y prejuicio, el adolescente se encierra en su mundo y ahí ya pocos podrán entender sus pedidos de auxilio.

En concordancia con ello, la única forma de educación eficaz en estos casos, es la que da respuesta al problema existencial del adolescente, es decir, la que se propone la adquisición por el educando, a través de un abordaje autocomprendido y orientado a la valorización y fortalecimiento de los aspectos positivos de su personalidad, de la autoestima y autoconfianza necesaria para la superación de sus dificultades.

⁵⁹ COUSO Salas, Jaime, Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos, En: UNICEF, Justicia y Derechos del niño N° 1, Santiago-Chile, Nueva América Impresores, 1999, pág.s 92 y 93.

Y para ello nada puede reemplazar la presencia solidaria, abierta y constructiva del educador ante el educando. Esta presencia no debe ser intervencionista, sino que requiere consentimiento, reciprocidad y respeto mutuo.

La propuesta de Gómez Dacosta no deja de ser atractiva, sin embargo, hay que tener muy presente que no hay forma imaginable de realizar este tipo de pedagogía en el corazón de una sanción punitiva, menos aún en una medida de privación de libertad.

En otros autores, como Junger, aparece la idea del “vínculo interpersonal”, como un elemento que puede prevenir la delincuencia adolescente. Se trata de lazos con personas significativas, comprendiendo el vínculo tres subconceptos: afecto entre el muchacho y la persona con la cual ha creado la relación, comunicación fluida entre ellos y supervisión sobre el joven. Creemos que este último elemento puede fácilmente llevar a tergiversar la sincera amistad que puede haberse formado entre el adolescente y la persona con la cual se ha creado el vínculo.

Por lo aquí analizado, no se debe perder de vista, que pese a que tanto la legislación internacional y nacional, contemplan orientaciones educativas y resocializadoras a propósito del derecho penal adolescente, éste en tanto derecho penal, y en tanto “pena” constituye un destinatario no muy idóneo para las aspiraciones optimistas de tratamiento terapéutico destinado a la adecuación social del joven.

3.3.- Legitimidad en la prevención especial positiva.

Con la CDN se inaugura una nueva visión de lo que constituyen la participación de los niños y adolescentes en la sociedad, y también su consideración frente al derecho; puesto que se pretende abandonar la larga tradición ideológica que ve en ellos sujetos incapaces ante el ordenamiento jurídico y por lo tanto “anormales” a los ojos de los adultos, y en su reemplazo instaurar una nueva forma de entender la infancia como una categoría autónoma con características especiales e independiente de los adultos, no menos, ni en relación a, sino personas con todos los derechos y obligaciones que le corresponden como tal y con todos los derechos y deberes que le sean asignados en su calidad de niños y/o adolescentes, y que le son conferidos en atención a las particularidades de un sujeto en desarrollo.

Es en conformidad con esta naciente perspectiva, que el ordenamiento jurídico le reconoce al adolescente una cierta autonomía que se va desplegando a medida que las facultades del joven van evolucionando, y conforme a ello, también le son atribuidas ciertas cuotas de una responsabilidad también específica.

Ahora, dicha asunción de cargas diferenciada, debe entenderse en los términos que la CDN y la normativa internacional la prescriben, es decir, las derivaciones de la responsabilidad adolescente tienen que bosquejarse de manera tal que no limiten, trunquen o impidan el desarrollo normal de un joven; y para ello la literatura pertinente en la materia concluye que lo más adecuado es la construcción de un derecho penal juvenil, cimentado no sólo en los postulados de un derecho penal mínimo respetuoso de la dignidad de los menores de edad, sino en aquellos que ordenan la creación de variadas y novedosas alternativas para los jóvenes, de modo tal que los efectos nocivos del derecho penal y procesal penal sean parcialmente mitigados.

Por lo tanto, esta responsabilidad juvenil distinta no puede interpretarse en términos que debiliten dichas orientaciones, y consecuentemente no pueden aparejar para el adolescente un menoscabo en la protección de sus derechos fundamentales.

Es por eso, que en el contexto de los fines de la pena juvenil, la pretendida integración socio-educativa del adolescente no puede ser el pretexto para retroceder en la esfera de sus libertades, sino que por el contrario, debe ser la excusa para potenciarlas.

En primer término, no puede ser la excusa para un refuerzo de las medidas punitivas, menos aún, para extender el campo de procedencia del internamiento, puesto que éste por sí solo impide la integración más que la facilita.

Y aun más, la autonomía progresiva del joven pone en entredicho la aplicación de los fines preventivo-especiales citados, al menos cuando se plantean en términos tan afanosamente terapéuticos, pues si se quiere ser coherente con el otorgamiento de este albedrío, necesariamente se debe ser más cauto a la hora de la intervención moral de estos nuevos ciudadanos, ello en razón de que en una sociedad que predica libre pensamiento y tolerancia no es legítimo que el Estado, en este caso punitivo, intente maniobrar las valoraciones y convicciones de sus miembros, menos aun de aquellos que están bosquejando su personalidad.

Pero finalmente, y considerando que la prevención especial en la esfera juvenil no ha sido abiertamente renunciada, ¿Cual es el contenido que se le debe asignar en un Estado de Derecho? Albrecht nos señala que las medidas del derecho penal de menores a lo más tienen que servir para contrarrestar el peligro de futuros hechos punibles, puesto que el único objetivo defendible constitucionalmente del derecho penal de menores es la **dirección parcial del comportamiento en el sentido de la exigencia legal**. Ahora, esto último no es socialización, sino exclusivamente control social. Por ende, la socialización no

estaría legitimada en el ordenamiento constitucional, puesto que éste sólo permite exigir a sus ciudadanos un actuar conforme a la ley. Desde el punto de vista de este autor, la especialidad de los adolescentes, debe llevarnos a proteger y tolerar mediante conceptos normativos específicos “la fase vital menor de edad”, puesto que el Estado únicamente tiene que poner límites y tiene que manipular prudentemente y limitando los daños su instrumental de poder y control en interés del futuro de los menores⁶⁰.

Es por todo ello, que hoy se intenta desertar las versiones tradicionales de la prevención especial positiva entendida como resocialización, y más bien se propone reducir sus aspiraciones, en términos de implementar estos objetivos como obligación del Estado a la proporción de los medios materiales y económicos para que un sujeto, si así lo ha decidido, pueda socializar su conducta. De esta manera, estas finalidades son finiquitadas mediante un mejorado ejercicio democrático.

En este sentido, Rocío Cantarero considera que la reeducación no puede implicar una aplastante y coactiva adhesión del menor al sistema hegemónico, sino la concepción del sujeto de acuerdo a un criterio responsable reflejado en el ordenamiento jurídico, abandonando de esta manera, una idea demasiado pequeña del hombre, que “termina convertida en pupilaje y falta de libertad.”⁶¹

⁶⁰ ALBRECHT, Peter Alexis; Op. cit, pág 62, 63 y 71.

⁶¹ CANTARERO Rocío, Delincuencia Juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores, Madrid – España, Editorial Montecorvo S.A., 1988, pág.227.

3.4.- La prevención especial positiva entendida como “límite”.

Originalmente, las ideas resocializadoras tanto en el campo del derecho penal de adultos, como en el antiguo derecho de menores, y posteriormente en el derecho penal de adolescentes fueron entendidas como “fundamento” de las penas y medidas, es decir, las sanciones se imponían en razón de vislumbrar que los sujetos imputados de delitos gozaban de un déficit de socialización determinado por las circunstancias sociales que habían vivenciado a lo largo de su existencia. Esto es, en atención a la carencia de elementos que permitiera un normal desarrollo de vida, se aplicaba la pena como método para revertir la carrera delictiva de estas personas, o en el caso de los adolescentes en pos de detener dicho comportamiento.

Pero con el paso del tiempo, se constató que las medidas encaminadas a lograr estos objetivos actuaban más bien en el nivel de la supervisión y el control individual del infractor, sobre todo en la esfera juvenil, y no resolvían los problemas socio-familiares asociados al comportamiento ilegal, entre otros motivos, como ya sabemos, por que el sistema penal es ajeno al logro de dichos objetivos y porque los recursos desembolsados por el poder político siempre fueron considerados insuficientes para tan ambicioso proyecto (sobre todo en la realidad latinoamericana).

Actualmente, es bastante pacífico en el derecho penal, en el campo de la justicia juvenil, al menos respecto de delitos de cierta gravedad, que la existencia y aplicación de sanciones satisface necesidades de prevención general (cuando no se puede “dejar pasar” la comisión de determinados delitos). Ello no quiere decir que éstas sean las únicas consideraciones que se contemplan en esta materia, también se considera que otras finalidades deben ser tenidas en cuenta, entre ellas está el imperativo político de la integración socio-educativa, de manera que incluso podría renunciarse a las necesidades de prevención general si esas otras necesidades lo hacen necesario.

A partir de la crisis de legitimidad del ideal resocializador, de la falta de credibilidad en la eficacia de las penas y medidas judiciales, como medio útil para motivar al infractor a no cometer más delitos en lo sucesivo, y del entendimiento que la pena es sobre todo criminógena, surge la idea de la prevención especial como “límite”, es decir, en aras de que una sanción o el simple paso por el proceso penal no reafirme un malogrado auto-concepto de criminal se hace deseable la renuncia a la pena o una reducción de ella.

En países donde la educación y la superación de dificultades personales y familiares se derivan a los servicios sociales correspondientes, dejando fuera de este ámbito a la justicia penal, los ideales preventivo-especiales funcionan de mejor manera pues funcionan como límite. Es decir, ahí donde sea esperable que la acción de la asistencia juvenil será eficaz en la superación de dichas dificultades y en la promoción del respeto de los derechos del adolescente, lo indicado es impedir al aparato judicial que se transforme en protagonista.

De esta forma, el ideal resocializador se convierte en un “derecho del condenado”, que en algunos países tiene expresamente base constitucional (como en España y Alemania) y en otros puede desprenderse claramente, para los adolescentes, del artículo síntesis de política criminal en materia de justicia juvenil, el artículo 40.1 de la CDN, que en varios países latinoamericanos tiene rango constitucional.

En razón de esta obligación de no desocialización en el ámbito juvenil, es que se propone la descriminalización de los delitos de bagatela, la consagración de alternativas al enjuiciamiento criminal y sobre todo dar una amplia cabida a la suspensión del procedimiento juvenil cada vez que el adolescente acuerde voluntaria y extrajudicialmente con el encargado del servicio social respectivo iniciar un proceso de asistencia educativa.

En nuestro país, dichas aspiraciones limitadoras se consagraron, como ya analizamos, sólo tímidamente. La suspensión condicional del procedimiento

y los acuerdos reparatorios no gozan de una regulación especial-juvenil, la suspensión en la imposición de una condena opera una vez finalizado todo el proceso penal y aun más no se estableció un catálogo específico de delitos, respecto de los cuales los adolescentes deberán responder, se actuó de manera inversa, pues incluso se penalizaron un determinado listado de faltas⁶².

⁶² Artículo 1 inciso 3º de la Ley 20.084: "Tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquella tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley Nº 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968."

3.5.- Fines de la pena efectivamente perseguidos en el sistema penal juvenil implementado por la Ley 20.084.

En el artículo 20 de la LRPJ, que contempla las finalidades que deben tener las sanciones y otro tipo de consecuencias jurídicas, es posible identificar claramente dos fines de los tradicionalmente estudiados en la teoría de la pena: Uno de ellos es la retribución, al señalar que las sanciones tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, y el otro de ellos guarda relación con la versión moderna de la resocialización al indicar que la sanción debe formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Pese a que sólo se mencionan estas dos finalidades, es posible, en atención a la configuración legislativa de la aplicación de sanciones, la práctica judicial y sobre todo en atención al tipo de delito cometido, apreciar que no sólo este tipo de fines son los que se consideran en el rodaje de la imposición de penas, sino que se conjugan, en el derecho penal adolescente chileno, un diverso entramado de intenciones que es necesario develar.

1.- En cuanto a las penas privativas de libertad, que como vimos se sitúa en un pedestal preferencial en la ley 20.084, éstas se imponen por dos órdenes de consideraciones:

Respecto de adolescentes reincidentes por razones de prevención especial negativa, es decir, para dejar fuera de circulación y neutralizar “por lo que dure la pena” a los jóvenes comprometidos delictualmente. Quienes justifican esta finalidad por razones de seguridad de las potenciales víctimas, olvidan que con el encierro sólo se pospone esta “puesta en riesgo” al período posterior a la pena y además se incrementan las posibilidades que el adolescente reincida.

Respecto de adolescentes primerizos autores de delitos muy graves, como el homicidio, sobre todo calificado, lesiones graves, violación, secuestro,

etc. por razones de prevención general positiva y retribución. Esta última, como veíamos sí se reconoce en el artículo 20, aunque en el ámbito del derecho penal adolescente no se encuentra plenamente justificada sobre todo por consideraciones de culpabilidad. En cuanto a la función simbólica de fidelidad al ordenamiento jurídico, sólo se sostiene por las expectativas sociales de vigencia del derecho, pero no deja de ser cuestionable su aplicación en el ámbito juvenil.

2.- Respecto de sanciones no privativas de libertad, como la amonestación o advertencia, la multa, ciertos trabajos en beneficio de la comunidad y medidas de reparación del daño, y también respecto de sanciones de breve encierro se consideran finalidades de prevención especial negativa, pero en otro sentido del recién expuesto, se les representa como “llamadas de atención” dirigidas a intimidar individualmente al joven infractor para que no vuelva a cometer delitos. Estas pequeñas manifestaciones de corrección pueden arrebatarle el legítimo campo de aplicación a las salidas alternativas o a la aplicación del principio de oportunidad.

3.- Existen además ciertas medidas no privativas de libertad que se dirigen a la realización de fines de prevención especial positiva, sin aspiraciones maximalistas; se distingue también al tipo de joven infractor:

Respecto de jóvenes autores de criminalidad leve o mediana, pero que tienen problemas conductuales o están más o menos fuera del control parental, se aplican sanciones dirigidas al control y supervisión de la conducta del adolescente como la libertad asistida o la imposición de distintas reglas de conducta como la obligación de asistir a la escuela, prohibición de frecuentar determinados lugares o ciertas personas, prohibición de conducir vehículos motorizados, etc. En relación a estas medidas existen dudas empíricas acerca de si en realidad han logrado desplazar la utilización del encarcelamiento, o si simplemente se han colocado junto a él, ampliando el ámbito de control penal.

Para prevenir un específico tipo de criminalidad se imponen medidas educativas de formación especial como por ejemplo la obligación de asistir a un curso sobre reglas del tránsito, la sanción de tratamiento para la rehabilitación de las drogas o el alcohol, etc. Por su naturaleza, estas medidas sólo son eficaces si media la voluntariedad del adolescente afectado y como consecuencia de ello, deja de tener sentido mantener esas medidas en el catálogo de sanciones de la ley penal juvenil, sino que debieran ser aplicables por una vía ajena a la penal. También se postula la supresión de otras medidas cuyo control es inviable, como la prohibición de frecuentar determinadas personas y la obligación de residir en un lugar determinado.

4.- Pero también se encuentran ciertas medidas de ayuda, dirigidas a adolescentes con serias dificultades personales, familiares y sociales que pueden estar asociados a delito, y en este caso también se consideran fines de prevención especial positiva, pero con una orientación claramente maximalista y en el ambiguo contexto coercitivo de la justicia juvenil. Entre estas medidas se encuentran las distintas formas de ayuda entre un educador y el adolescente, la asistencia por un equipo profesional de un programa de apoyo que activa redes sociales, tratamientos terapéuticos intensivos por adicción a las drogas o al alcohol.

Considerando, como vimos in extenso en el capítulo 1, que la sanción de privación de libertad tanto en su versión cerrada como semicerrada, constituye, a pesar de lo dispuesto en el artículo 26, la regla general del sistema penal adolescente nacional, vemos que las finalidades de sanción predominantes aplicables a los jóvenes chilenos infractores de ley serán el mero castigo y la neutralización, es decir, las variantes más cuestionadas, no sólo en el ámbito adolescente, de la teoría de la pena.

Capítulo 4: Principales críticas a las nuevas formulaciones del derecho penal juvenil.

Previo a esbozar una conclusión acerca de si las sanciones de la nueva ley penal juvenil verifican o no los fines que la propia normativa les comete, creemos ineludible precisar que, fuera de la respuesta que podamos ofrecer a la inquietud planteada, el acatamiento a cabalidad del parámetro de exigencia utilizado en este estudio (orientaciones doctrinarias de la CDN principalmente) no constituye, en modo alguno, suficiente garantía de éxito frente a las aspiraciones integradoras del legislador, ni satisface la plena obediencia a derechos fundamentales, como el de igualdad ante la ley. En otros términos, queremos enunciar ciertas suspicacias que plantea el llamado “modelo de responsabilidad”, que aun plasmado mediante una mejorada técnica legislativa, pudiera incluso frustrar de todas maneras los propósitos de la pena declarados por la ley de responsabilidad penal juvenil chilena en su artículo 20.

4.1.- ¿El amplio catálogo de sanciones es sinónimo de integración socio-educativa y despenalización?.

Las medidas ambulatorias que contempla la ley de responsabilidad penal juvenil, base del derecho penal adolescente en nuestro país, fueron creadas con el firme propósito de diversificar la respuesta penal en el ámbito de la delincuencia juvenil, en el sentido de utilizar en lo máximo posible una serie de variantes punitivas que sean reales alternativas a la privación de libertad. Esto es, frente a la comisión de un delito lo que se pretende es dar una respuesta distinta y menos intensa que el internamiento, esto en razón de las ya mencionadas necesidades educativas de los menores de edad, los efectos perjudiciales e irremediables de la privación de libertad y la orientación integradora que se pretende instaurar en la justicia juvenil.

Por lo tanto, el objetivo en el diseño de las medidas judiciales aplicables a los jóvenes, era reemplazar a la clásica pena de cárcel por distintas medidas, que sin dejar de establecer la respectiva responsabilidad de los jóvenes infractores, no trajeran aparejado el conjunto de consecuencias negativas de la prisión. En suma, suplantando la privación de libertad, cuando esto fuera factible, por una pena menos invasiva y nociva que aquella.

Muchos atribuyeron también a estas diversas sanciones finalidades de carácter re-socializador, pues al ser desarrolladas, en su mayoría en un medio libre, permitirían en principio, la integración del adolescente de mejor manera a la sociedad, pues el joven podría establecer un contacto directo no sólo con las redes de apoyo social necesarias para superar sus dificultades personales y familiares sino también no interrumpir o reestablecer el proceso educacional en el ámbito social adecuado, fuera de no perder el empalme con su familia y personas cercanas.

En realidad, se suele ver en estas medidas, no penas, sino una "oportunidad", que al ser desestimada por el adolescente infractor conducirá necesariamente a un verdadero castigo, y con ello se soslaya la dimensión represiva de estas medidas y junto con ello se profundiza la cierta profesión de fe en la capacidad re-socializadora de la justicia penal adolescente.

Sin embargo, estas medidas al ser "obligatorias" y al formar parte del alero, aunque sea "suave", del derecho penal, consiguen muy poco en lo que a integración socio-educativa se refiere. De partida, porque se imponen en el contexto coercitivo del derecho penal, donde la conjunción de finalidades tiende a finiquitarse priorizando la vigilancia y el control por sobre cualquier otro fin; y además porque suponen la amenaza siempre latente que al ser incumplidas acarrearán la privación de libertad.

Hay que señalar respecto a esto en primer lugar, que dichas medidas son "penas" pues son impuestas en reacción a una infracción de norma penal, que priva de derechos o restringe el ejercicio de ellos y que es ejecutada por

una autoridad oficial competente para ello. Y al tener estas medidas una naturaleza marcadamente penal, pese a resultar menos impeditivas que el encierro, no son aptas para el triunfo de la empresa re-socializadora pues también implican una aflicción en los derechos del joven que forzosamente debe realizarse bajo el celo del control estatal, y donde la sola incursión de la maquinaria del sistema penal en toda su plenitud, también configura sentimientos contradictorios de injusticia y culpa que entorpecen el desarrollo corriente de una persona.

Sin embargo, es cierto que mientras no se pueda renunciar abiertamente a la pena, sobre todo respecto de determinados delitos, estas medidas son consideradas un “mal menor” frente a la opción siempre presente de la privación de libertad. Y debido a ello las argumentaciones que defienden la imposición de estas sanciones no están dirigidas a acentuar el logro de efectos re-socializadores, sino precisamente en la consideración de su preferencia frente a la privación de libertad, debido a que estas medidas producen efectos perniciosos en menor medida que aquella; son en definitiva, un “mal menor”.

De esta manera tenemos, que el criterio en la elección legislativa que abogó por la implementación de estas sanciones, fue eminentemente pragmático. Se conocía o se debía conocer que dichas medidas no lograrían mayores resultados del punto de vista preventivo-especial, pero esta alternativa reduciría la aplicación de la pena más cuestionada de todas, el internamiento, de la cual se asegura un plus criminógeno que no está completamente aseverado respecto de las sanciones alternativas; además la despenalización lisa y llana era de mucha más difícil acogida.

Además con el transcurso del tiempo, en diversos países donde se habían instaurado sistemas penales juveniles que contemplaban como respuesta punitiva estatal una variada gama de medidas ambulatorias, se constató que lejos de ser una alternativa despenalizadora, estas medidas

constituyeron un reforzamiento de las redes de control social formal en el área de los jóvenes.

En primer lugar, estas medidas lograron el reclutamiento de nuevos jóvenes en el sistema penal, es decir, ahora este sistema reacciona frente a lo que antes simplemente ignoraba. Frente a determinados delitos de menor entidad, en sistemas en los cuales el legislador no escogió la creación de una parte especial que excluyera del ámbito de penalización juvenil determinados delitos, se aplican estas medidas respecto de jóvenes no involucrados en plenitud con la carrera del delito.

Con esto se incorporan al sistema de justicia penal, adolescentes, que de no haber mediado la intervención penal juvenil, habrían normalizado su comportamiento espontáneamente y sin ingerencia alguna al llegar a la madurez; pero gracias a esta absurda intromisión, resulta probable que este joven, que antes no se consideraba delincuente, empiece a perfilarse como tal, dependiendo de que tan importante haya sido su experiencia en el paso por la justicia criminal. Y en el caso, que esta experiencia no sea suficiente para convencerlo de este auto-retrato, de todas maneras habrá sufrido una aflicción de derechos innecesaria, frente a un delito de menor entidad y que por lo demás no produce ningún efecto preventivo.

No se debe obviar tampoco, que pese a que en estas medidas la secuela estigmatizadora es menor que en el caso del encierro, de todas maneras acontece, y en forma más astuta y soterrada que en el caso de la privación de libertad, ya que respecto de ellas se relata un cierto discurso libertario que evade la naturaleza penal de éstas.

El legislador de la ley 20.084 potenció acentuadamente la posibilidad de incorporar nuevos jóvenes al circuito del derecho penal, pues no excluyó del ámbito del control penal formal ningún tipo de delito, y peor aún consideró que frente a la infracción de ciertas faltas procedía la aplicación de la ley penal

juvenil. Contrariando la variante despenalizadora que se intenta fundar en este terreno.

En segundo término, respecto de jóvenes que más habitualmente desarrollan un comportamiento delictivo se señala que las medidas ambulatorias no han logrado reducir la utilización del encierro, esto porque frente al fracaso que es la reincidencia en plena aplicación de alguna sanción ambulatoria, se concluye que sólo cabe la posibilidad de la aplicación de la privación de libertad, y de esta manera lo que sucede es que las medidas alternativas a la privación de libertad se colocan “junto a ella” no en su reemplazo, frustrándose los objetivos que permitieron su creación.

Se razona de la siguiente manera: si el joven infractor desechó la oportunidad que se le brindó para regularizar su comportamiento en sociedad, se le debe enviar a prisión no sólo en castigo por haber desaprovechado esa alternativa, sino también como un “escarmiento” que instaría al joven a no realizar infracciones penales en el futuro, fuera de la consideración siempre presente que en vista del prontuario del adolescente se le debe encarcelar “por razones de seguridad de la sociedad”.

Fuera de que dichos razonamientos puedan ser cuestionados, y lo son, éstos conducen a que el mandato de utilización de la privación de libertad como último recurso se relativice de tal forma, que la medida ambulatoria, lejos de ser una opción prevalente frente al internamiento se transforma en una ventana que posibilita y refuerza el control penal sobre los muchachos.

Esto sobre todo, porque “se encuentra comprobado criminológicamente que mientras más prolongado es el tiempo de duración de la ejecución de una sanción que depende de la voluntad o posibilidades de quien asume cumplirla, mayor será la probabilidad de incumplimiento de la misma, circunstancia que

haría innecesariamente procedentes las reglas sobre quebrantamiento de condena”⁶³.

El artículo 52 de la Ley 20.084 describe las consecuencias que trae aparejado el no cumplimiento de las sanciones impuestas en virtud de dicha ley. Se titula dicho artículo: “Quebrantamiento de condena” y señala en su inciso 1º lo siguiente: “Si el adolescente no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia, y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes...”.

Como logramos desprender del texto de este inciso, en primer lugar no todo incumplimiento en la ejecución de una sanción acarrea necesariamente como corolario la aplicación irrestricta de las reglas que el artículo 52 a continuación enumera. Esta norma nos señala que para la aplicación de dichas reglas se debe proceder primero a la realización de una audiencia y además el incumplimiento debe ser grave, es decir, se condiciona la aplicación de este artículo estableciendo como requisito un ejercicio argumentativo que permita concluir al tribunal encargado del control de la ejecución que la aplicación de alguna derivación frente a esta inobservancia en la práctica de la pena es deseable y necesaria en atención, sobre todo, a la gravedad del incumplimiento. Si la argumentación no satisface los requerimientos exigidos no procede la aplicación de consecuencia alguna para el menor de edad.

Esta interpretación, al establecer como requisito la realización de esta audiencia y la gravedad en el incumplimiento, se hace parte de las reflexiones apuntadas, pues con ello se resguarda de mejor manera el principio de “último recurso” de la privación de libertad y porque considerar a la gama de sanciones a imponer como una “ocasión para enmendar camino” que si no se aprovecha

⁶³ HORVITZ Lennon, María Inés, Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable, Revista de Estudios de la Justicia N°7, año 2006, pág.105.

merece una sanción extra es equivocado desde una concepción minimalista de la pena.

Además, esta norma nos señala que una vez que se ha determinado la aplicación de alguna de las reglas que este artículo describe, se debe ponderar la gravedad del incumplimiento para efectos de escoger una consecuencia específica dentro del arbitrio que la regla particular establezca.

Las reglas que se deben aplicar en casos de incumplimiento grave y que son enumeradas en el artículo 52 son las siguientes:

“1.-Tratándose de la multa, aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por un máximo de 30 horas. Si el adolescente no aceptare la medida, aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo señalado en el numeral 3.- del presente artículo”

Las reglas establecidas en el artículo 52 van describiendo la sustitución de una pena menor por una de mayor gravedad de acuerdo a la graduación que establece el artículo 6 y 23 de la ley 20.084. Sin embargo, en este caso no se aplicó la pena inmediatamente superior en gravedad que sería la reparación del daño causado, esto probablemente debido a que como en la multa se persigue un fin de beneficio fiscal, se quiso que la pena reemplazante fuese más asimilable desde ese punto de vista, puesto que en la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad también se persigue un fin de carácter más general que lo que ocurre en la pena de reparación del daño causado, donde se consiguen aparentemente fines de marcado interés particular.

También es probable que se haya desechado como sanción suplente la de reparación del daño causado, debido a que si el adolescente no pudo pagar la pena de multa impuesta por el tribunal muy probablemente no podría haber reparado pecuniariamente a la víctima, a propósito de delitos que exigieran este tipo de compensación.

Llama poderosamente la atención respecto de esta regla, que en caso que el adolescente no aceptare la sanción sustituta de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el tribunal puede aplicarle la pena de libertad asistida “en cualquiera de sus formas”, puesto que existe una distancia muy grande en cuanto a la proporcionalidad de la gravedad de las penas entre la sanción de multa y la medida de libertad asistida especial, distancia que se dilata aún más si se piensa que esta modalidad de libertad asistida puede durar hasta tres meses.

La regla número 1 del artículo 52 también se aplica “...en caso de infracción de la prohibición de conducir vehículos motorizados, sin perjuicio de la mantención de la prohibición por el tiempo restante.”Esto es, si el adolescente sujeto a la prohibición aludida la infringe debe aplicársele la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad hasta por un máximo de 30 horas, sin perjuicio de que se mantiene la antedicha prohibición por el lapso de tiempo que haya fijado el tribunal al momento que se le impuso la pena originaria.

La regla número tres señala lo siguiente: “3.-Tratándose del incumplimiento de las medidas de reparación del daño y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se aplicará en forma sustitutiva la libertad asistida en cualquiera de sus formas por un período de hasta tres meses.”

Es posible reproducir la misma objeción indicada más arriba en cuanto a que, sería más respetuoso del principio de proporcionalidad de las penas, imponer como sanción sustituta la sanción inmediatamente más grave y no otorgar la posibilidad de aplicar una pena aun superior en la escala de gravedad, puesto que de esta forma se acorta sigilosamente el camino para la aplicación del régimen cerrado, como pretendida “solución final” a la reincidencia.

El número 4 del artículo 52 nos indica cual es la consecuencia del incumplimiento de una medida de libertad asistida (simple): “4.- El

incumplimiento de la libertad asistida se sancionará con libertad asistida especial o con internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social con una duración máxima de sesenta días, lo que se determinará según la gravedad de los hechos que fundan la medida, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta.”

Como vemos, aquí también se contempla la posibilidad de ir “más allá” en la escala de gravedad de las penas, y más aun, como en el caso de la regla número 2, se prescribe una suerte de sumatoria de sanciones, pues luego de la imposición de una pena superior en gravedad, se debe cumplir en su totalidad la medida originalmente impuesta, es decir, la sanción a imponer por la infracción de la pena primitivamente establecida no es sustituta de aquella, sino su complemento.

Además señala el numeral 4 que: “En caso de incumplimiento reiterado de la libertad asistida, se aplicará lo dispuesto en el siguiente numeral.”

De esta manera tenemos, que cuando a propósito del incumplimiento de la medida de libertad asistida se debe considerar la gravedad de dicho incumplimiento, para efectos de decidir la sanción a imponer y el tiempo de duración de dicha sanción, no es correcto, en términos de la ley, utilizar como criterio de decisión la reiteración en la infracción de esta medida, puesto que dicho elemento ya nos sitúa fuera de la hipótesis de aplicación del numeral 4.

La norma que se debe aplicar en caso de infracción reiterada de la medida de libertad asistida simple es la siguiente: “5.- El incumplimiento de la libertad asistida especial dará lugar a la sustitución de la sanción por internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, por un período equivalente al número de días que faltaren por cumplir.”

En este caso, sí se siguió el criterio de la pena inmediatamente superior en gravedad y se desechó la opción de la sumatoria. Curiosamente como podemos ver, dependiendo de la aplicación concreta que hagan de la norma los jueces de ejecución, una infracción de la medida de libertad asistida simple

puede dar lugar a la imposición de una pena más gravosa que el incumplimiento de la medida de libertad asistida especial, dependiendo de las circunstancias del caso en particular.

El número 6 del artículo en análisis nos detalla las consecuencias de infringir la medida de régimen semicerrado con programa de reinserción social: “El incumplimiento de la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social podrá sancionarse con la internación en un centro cerrado por un período no superior a los noventa días, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta por el tiempo restante. En caso de reiteración de la misma conducta, podrá aplicarse la sustitución, en forma definitiva, por un período a fijar prudencialmente por el tribunal, que en caso alguno será superior al tiempo de duración de la condena inicialmente impuesta.

De acuerdo a esta norma tenemos que, frente a la infracción de esta modalidad de privación de libertad se aplica la pena superior en gravedad de dos formas: como un especie de complemento de la pena originalmente impuesta, por un período que no puede exceder de 90 días, en el caso que se considere que no ha habido reiteración en el incumplimiento. Y como sustitución definitiva de la modalidad inicial, por un período que determinará el tribunal y que no puede exceder de la condena originalmente impuesta, cuando haya reiteración en la infracción.

El legislador, a propósito de este numeral realizó una valoración cualitativa de la privación de libertad, puesto que enfrentadas las consecuencias de una infracción simple y una reiterada, resulta que la primera dará lugar a una pena final de mayor duración, pero menos aflictiva del punto de vista de las libertades que la segunda. Lo óptimo hubiese sido que el tiempo de la internación en régimen cerrado siempre se imputara al tiempo de la restante condena en la modalidad semicerrada y que se diferenciara ambas hipótesis sólo en cuanto al tiempo que debe permanecerse en el centro cerrado; puesto que atendiendo a la redacción del número 6 del artículo 52 nace la seria duda

de si es frente a una infracción simple o reiterada que surge una consecuencia más gravosa para el adolescente.

Y en último lugar, el número 7 señala que: “7.- El incumplimiento del régimen de libertad asistida en cualquiera de sus formas al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta.”

Se trata de la modalidad de sanción mixta, que como ya tuvimos la oportunidad de analizar, es aquella según la cual la sanción de internación en régimen cerrado o semicerrado se complementa con la de libertad asistida en cualquiera de sus formas, en forma previa o posterior a la ejecución de la privación de libertad. En este caso, el legislador optó derechamente por la aplicación de la pena más severa de la escala, sin posibilidad de reducir el tiempo de condena restante o combinarlo con la libertad asistida. Esto se explica fundamentalmente porque existe la concepción de que a quienes se les aplicó la pena de sanción mixta ya se les otorgó la oportunidad de la libertad cuando les correspondía una pena de internamiento, y frente al desprecio de esa alternativa el legislador refuerza el merecimiento de castigo cerrando las posibilidades que ya antes le habían sido conferidas.

Como podemos apreciar el artículo 52 no regula el quebrantamiento de condena en el caso de la sanción accesoria del artículo 7 de la LRPJ: tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, frente a esta aparente laguna legislativa cabe la realización de dos preguntas:

1º.- ¿Qué circunstancias nos permiten afirmar que el adolescente ha incumplido la pena de tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol?

Esta pregunta es de muy compleja respuesta ya que ésta dependerá del enfoque y definiciones metodológicas de la institución encargada de llevar a cabo la ejecución de esta sanción o bien del programa específico seguido por

este organismo, o incluso de la posición frente al tema de cada profesional; lo que, por cierto, fuera de generar inseguridad jurídica y atentar contra el principio de no discriminación, constituye un serio agravio a los principios de tipicidad y legalidad de las penas⁶⁴.

2º.- ¿Cuál es la consecuencia para el adolescente que no cumple con la sanción accesoria en cuestión?

En razón de que el artículo 52 de la LRPJ, no se refiere a esta hipótesis, se debe concluir que no es posible sustituir esta sanción accesoria por otra de las contempladas en el artículo 6 de la ley.

Estimamos que la única respuesta posible dice relación con las facultades de imperio que tiene el juez de garantía competente para el control de la ejecución (artículo 50 de la LRPJ), quien puede disponer los apremios que correspondan para el cumplimiento forzado de la sentencia. En ningún caso, porque no hay facultad legal para ello, podrá agravar las condiciones del tratamiento (por ejemplo, cambiar un tratamiento ambulatorio, por otro en privación de libertad).

Además consideramos, que cumplida la sanción principal y terminado el tiempo fijado para la sanción accesoria, independiente de los logros que en el tratamiento el adolescente haya alcanzado, se termina su obligación para con el sistema punitivo.

A propósito de lo recientemente apuntado, aparece una nueva pregunta que dice relación con las sanciones de libertad asistida y libertad asistida especial y con el contenido de dichas penas. De acuerdo a lo prescrito en los artículos 13 y 14 de la LRPJ, se puede señalar que en el plan personalizado del adolescente de una sanción de libertad asistida, en cualquiera de sus formas, se puede incluir perfectamente una terapia de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, lo que nos permite esbozar nuestra tercera interrogante:

⁶⁴ Piénsese, a modo de ejemplo, en las diferencias de los programas basados en la abstinencia de aquellos inspirados en la reducción del daño o manejo del riesgo, o bien, en las diferencias de los programas residenciales con aquellos que son ambulatorios.

3º.- ¿Se puede estimar como incumplida la sanción de libertad asistida si no se asiste, abandona o no se logran resultados satisfactorios en la terapia referida?

Si estimamos la respuesta como afirmativa podemos llegar al absurdo que una terapia, que se ha impuesto sin ninguna de las exigencias a que hemos hecho referencia en el capítulo 1 de este trabajo, conllevaría efectos coactivos mucho mayores, donde el incumplimiento sí sería alcanzado por las normas de quebrantamiento de condena del artículo 52 de la LRPJ.

Debido a las consideraciones expuestas es que adscribimos a la tesis de que los aspectos obligatorios para el adolescente y cuyo incumplimiento puede acarrear las consecuencias del artículo 52 de la ley, son exclusivamente aquellos consistentes en los encuentros periódicos con el delegado y las prohibiciones que pueden incluirse en el plan personalizado que se propone al tribunal y que debe ser aprobado por éste.

Del análisis de la regulación existente sobre quebrantamiento de condena en materia de derecho penal juvenil, podemos decir en términos generales que estimamos valioso que el legislador haya establecido como fundamento para que se derive una determinada consecuencia frente a una infracción de medida, no sólo el mero incumplimiento, sino también la gravedad en dicha conducta, pues de otra manera se podría producir, a propósito del incumplimiento de una medida establecida por la comisión de un delito menor, un ascenso muy abrupto de la gravedad de una sanción.

Ello garantiza un cierto escepticismo sano acerca de la implementación de las medidas ambulatorias y las posibilidades que tienen éstas de liberarnos de la privación de libertad.

Pero por otra parte el permitir que frente a la infracción de una medida se aplique otra que no es la inmediatamente superior en gravedad, sino que es aún más aflictiva que aquella, nos sitúa nuevamente en la posición de quienes sugieren la rigurosidad penal como panacea frente a la reincidencia en la

comisión de delitos juveniles. Si en realidad no se cree en la diversificación de la respuesta penal como una alternativa susceptible de aplicar a todos los usuarios del sistema juvenil, no es posible limitar el ámbito de control penal estatal con las medidas ambulatorias, pues éstas finalmente sólo constituirán “el primer eslabón provisorio” de la cadena de sanciones, hasta llegar finalmente al internamiento.

4.2.- ¿La nueva justicia penal juvenil respeta el principio constitucional de igualdad?

4.2.1.- Necesaria diferenciación entre adultos y menores de edad.

Al hablar del principio constitucional de igualdad no nos referimos a la aplicación estricta de una misma normativa para cualquier individuo que se encuentre en la situación prevista en ella, se trata más bien del principio en base al cual se produce una aplicación diferenciada del Derecho, o lisa y llanamente se crea una normativa especial, pero sólo sobre la base de criterios racionales, no arbitrarios, cuando sea considerado necesario en función de un cuestionamiento de justicia.

En este sentido, la creación de un derecho penal “especial” juvenil en atención al disímil sujeto de intervención constituye, lejos de lo que puedan pensar los partidarios de la “rebaja en la edad de imputabilidad”, una urgente e imperiosa aplicación del principio de igualdad; puesto que el ordenamiento jurídico toma en cuenta las diferencias ontológicas que existen entre un adulto y un menor de edad y crea disposiciones que permiten configurar una valoración coherente frente a un mismo injusto, considerando de esta forma los distintos niveles de exigibilidad que corresponden a cada sujeto, de acuerdo a su etapa evolutiva.

Desde esta perspectiva, el imperativo de especialización del derecho penal adolescente se dirige precisamente a la implementación de un sistema jurídico adecuado a la fase vital de estos individuos, que considere las características de esta etapa, sus particularidades, las necesidades de formación y/o educación de los menores de edad, y sobre todo el hecho de tratarse de un período de la vida determinante en el proceso constitutivo de la persona, especialmente en lo que se refiere a la alineación de la personalidad y la matriz emocional, valorica y conductual del ser humano.

Es por ello que, en la medida que se incorporen más elementos en dichos sistemas que respeten esta necesaria diferenciación entre adultos y adolescentes, en menor medida se conculcará el principio constitucional de igualdad.

La ley 20.084 que establece en Chile un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, se origina con el propósito de crear una institucionalidad adecuada a las particularidades de los sujetos de intervención que serían los menores de entre 14 a 17 años de edad; sin embargo, su configuración final, caracterizada por un sistema de determinación de sanciones teñida de criterios propios de un sistema de determinación de penas propio del mundo adulto, la referencia “in totum” a la parte especial del Código Penal adulto, la inclusión desnaturalizada de ciertas faltas, la decisión político-criminal de no crear un órgano penal judicial especializado en el juzgamiento de adolescentes, la nula innovación en materia de salidas alternativas conciliatorias respecto del derecho procesal penal común, entre otros elementos que podemos mencionar, nos posibilita decir, de manera categórica, que lejos de crearse una normativa verdaderamente especial, más bien se inaugura una nueva extensión del derecho penal de adultos que sólo osa realizar ciertas modificaciones en el ámbito de la diversidad de las penas, para efectos de crear una supuesta concordancia o armonía con los lineamientos en boga y las normas internacionales pertinentes.

En vista de ello, es que podemos concluir que el sistema de responsabilidad penal juvenil chileno al no respetar mínimamente las peculiaridades del adolescente, que reclaman una regulación completamente integral y diferenciada respecto del adulto, vulnera de modo flagrante el principio de igualdad ante la ley.

4.2.2.- Principio de individualización.

Ahora, el derecho penal juvenil perfilándose como un derecho penal especial y diferenciado respecto del adulto, y en el supuesto que dicha diferenciación se lograra de mejor manera, presenta, de todas maneras, razonables suspicacias en cuanto a su capacidad de operar conforme al principio de igualdad, aunque en un sentido completamente diverso, ya que al incorporar una renovada y explícita preocupación por los fines preventivo-especiales, se otorga un sitio de suma importancia a la individualización del adolescente, esto es, a la consideración de sus características personales, familiares, sociales, historial de vida, etc. para efectos de la adopción de una decisión punitiva, pues lo que se pretende es descubrir e impartir la medida adecuada para la socialización del menor.

En el proceso de personalizar la sanción en relación al sujeto y su medio ambiente social y familiar aparecen de la mano de consideraciones preventivo-especiales entendidas de forma amplia, compleja e imprecisa; referencias básicas como las siguientes: la conducta anterior del adolescente, sus problemas de integración familiar y escolar, la falta de un hogar y un trabajo estable, su entorno social marginal y deteriorado; que sirven como excusa para decidir que es necesario un mayor control sobre el adolescente, o para sacarlo derechamente de circulación.

Los operadores del sistema de justicia juvenil estiman que, las mayores posibilidades de delinquir (luego, la mayor necesidad de una intervención preventiva especial) se dan sobre todo en adolescentes de clases bajas con un historial de desventajas socioeconómicas. Criterios propios del derecho penal juvenil como la edad y la gravedad del delito inciden diferencialmente dependiendo de la situación social a la cual esté vinculado el adolescente. Y esta diferenciación no es predecible, pues no está sujeta a reglas y por ende es aplicada de forma distinta por cada juzgador.

Es por ello que, la individualización de la pena, al servicio de la idea de re-socialización, se traduce en una mayor carga punitiva para este tipo de adolescentes y tiende a proteger a los jóvenes que tienen más que perder en términos de socialización (inserción escolar y familiar, un futuro promisorio). Este escenario es considerado injusto para quienes, sin responsabilidad de su parte, tienen menos elementos de socialización que puedan protegerlos y sufran por esto una respuesta penal más intensa.

Y ello no es todo, la crítica de aplicación selectiva del sistema penal se agudiza aún más en el ámbito de la delincuencia juvenil, pues al ser ésta propia de un normal comportamiento ensayístico del adolescente, se encuentra extendida en todas las capas de la población, pero lo cierto es que acuden al sistema, en forma casi exclusiva, jóvenes pertenecientes a las capas sociales más deprimidas, ya sea porque tienen menos elementos de protección y defensa que hacer valer, ya sea porque acceden con mayor resignación a un mundo que no consideran tan ajeno, pero por sobre todo debido a una política criminal que, sobre todo en su formulación práctica, da la espalda al “derecho penal del acto” y abre paso, aunque de manera legislativamente solapada, al peligroso derecho penal de autor.

Ferrajoli⁶⁵ señala al respecto: “Las amplias facultades para diferenciar la pena, en atención, no ya del hecho, sino del autor, violentan el principio de estricta legalidad de las penas, en el sentido de taxatividad y de prefiguración legal de sus contenidos. Esto constituye un modo de disciplinamiento y selección clasista de los verdaderos condenados en la fase de procedimiento y ejecución.”

Es evidente que esta manera de proceder judicialmente no sólo erosiona principios de igualdad ante la ley, respeto del derecho penal “del acto”, sino también las intenciones de abolición de la ideología tutelar de menores, puesto

⁶⁵ Citado por Jaime Couso Salas en, COUSO, Jaime, Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?. Revisión del sistema de medidas en el anteproyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal, Op. Cit, pág. 55.

que la pretensión personalizadora de las penas proviene de la vieja concepción de que la sanción es un “remedio”, que debe ser administrado a la medida de la enfermedad del niño y no en proporción al delito (que no es más que un síntoma de la enfermedad) y de esta forma las sanciones son concebidas a fin de cuentas como “un bien” para el muchacho en problemas. Y al considerarlas así, se pavimenta el camino para su procedencia y extensión en duración.

Con lo expuesto, no pretendemos abogar por un tipo de justicia indiferente a una mirada integral del sujeto y su medio, sólo estimamos que dichas consideraciones, deben subordinarse a una perspectiva de prevención especial positiva, no ya como fundamento, sino concebida como “límite”. Es decir, en el entendimiento que la pena antes que nada, es un elemento más de desocialización, se debe circunscribir su procedencia a aquellos casos donde por motivos de prevención general sea inevitable, y en el resto de los casos dejar que operen otras instancias más capacitadas para cumplir con los objetivos preventivo-especiales deseados en este ámbito.

En consecuencia, el verdadero espacio para la intervención de un sistema clasificatorio sofisticado para una toma de decisiones individualizada, no es el de la decisión final de la sanción a imponer, luego de que el joven ha recorrido todas las instancias del proceso penal, sino el de la decisión, ojalá previa al juicio, de que no se intervendrá judicialmente, sino que se renunciará a la persecución penal para dejar el campo libre a los programas auténticamente calificados para hacer frente a estas situaciones; dichos programas son aquellos ejecutados bajo la perspectiva del modelo administrativo, que es considerado el más sofisticado, en cuanto a la capacidad para incorporar adecuadamente los distintos factores asociados al delito en cada toma de decisión⁶⁶.

⁶⁶ Los modelos administrativos presentan evidentes ventajas frente a los judiciales y los legislativos porque:

- Los procedimientos pueden adaptarse a las cambiantes características de los adolescentes y de los programas, con mayor facilidad que en otros modelos.

Ahora, si la decisión de renunciar a la persecución penal, no es tomada en forma previa al proceso, la solución bien podría ser paralela al desarrollo de éste, pero para que ello se produzca es necesario que existan espacios para que los organismos administrativos encargados de llevar a cabo esta empresa, puedan persuadir a los órganos de persecución penal en aras de que se renuncie al proceso, puesto que puede resultar o resulta contraproducente con el trabajo realizado por dichas instancias de socialización.

En el caso que se haya optado por la continuación del procedimiento criminal, ya sea en razón de la gravedad del delito cometido, ya sea porque la instancia correspondiente no pudo hacer pesar su punto de vista, aun las circunstancias personales y sociales deben considerarse plenamente, pero no para efectos de elegir la medida más intensa pretendiendo con ello el más acabado logro de la anhelada re-socialización, sino que por el contrario, con el objetivo de que dichas circunstancias individuales tiendan a “connotar el hecho, el delito”, especialmente en el sentido de dar cabal aplicación al principio de culpabilidad, de modo que dichas circunstancias disminuyan la gravedad subjetiva de la infracción penal (a mayor condicionamiento de factores contextuales, menor evitabilidad del delito, luego menor culpabilidad y menor merecimiento de pena). De este modo, el derecho penal de la culpabilidad, ciertamente atiende al autor del delito, pero no para intensificar su carga sobre el más peligroso, sino para no exigir a cada uno más de lo que podría haber dado, fundamentando, de este modo, siempre una menor responsabilidad o

-
- Existe mayor capacidad para utilizar los distintos recursos directamente de un modo racional, pues no están sujetos a la obligación de enviar a ciertos jóvenes a determinados programas.
 - Se favorece el desarrollo de los programas a través de una adecuada comunicación entre quienes diseñan y operan los programas y quienes deciden derivar a los adolescentes a esos programas y asignan los recursos necesarios.

Es por ello que los modelos administrativos reducen el azar y la inconsistencia que habitualmente caracteriza a los modelos de justicia juvenil. Estos últimos no ofrecen un modelo de toma de decisiones acerca de respuestas a problemáticas sociales complejas.

bien su exención . La mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor, sólo puede operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho.

El entendimiento de los fines de integración social como “límite” u “obligación de no desocialización” y la aplicación, en el sentido expuesto, del principio de culpabilidad, son lineamientos a seguir en un sistema juvenil de determinación de penas que pretenda superar al antiguo derecho de menores y que aspire al cumplimiento cabal y auténtico de las obligaciones impuestas a los Estados en materia de la niñez y adolescencia.

Nuestra ley penal juvenil, en su artículo 24, señala los criterios de determinación de la naturaleza de la pena, que son aplicados dentro de los márgenes establecidos en el artículo 23. Dentro de dichos criterios es pertinente mencionar, en consideración a lo esgrimido recientemente, el establecido en la letra f) que señala: “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.”

Este criterio hace referencia fundamentalmente a los fines de la pena mencionados en el artículo 20, es decir, los fines de retribución e integración social. Si consideramos la primera finalidad en la elección de la naturaleza de la sanción, ésta por regla general nos conducirá a una decisión que priorice la medida más cercana a la irrogación de mal causado por el joven; mientras que la segunda finalidad enunciada, si es entendida en los términos aquí esbozados (y no puede ser de otra manera si seguimos el espíritu de la CDN), permite no sólo morigerar el rigor de la sanción a imponer, en atención a factores contextuales, sino que también posibilita optar por una salida diferente a la punitiva, más conveniente en cuanto comprenda más generosamente la infracción cometida.

No es difícil percatarse de la imposibilidad de aplicar conjuntamente ambos criterios, pues si se elige o prioriza uno de ellos, inmediatamente pierde vigencia el otro. Es por esta razón que necesariamente el tribunal penal juvenil

debe considerar sólo una de dichas finalidades; ahora, para poder decidir cuál de las dos debe predominar en las decisiones judiciales en la aplicación de la ley 20.084, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 2 inciso 2º de la ley, que prescribe que las autoridades, en la aplicación de la ley, deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la CDN y en los demás Instrumentos Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes; dentro de dichos derechos se encuentra el “derecho a la re-socialización” que es posible extraer del artículo 40.1 de la CDN.

Sobre la base de lo razonado, debemos concluir que el juez juvenil, dentro de los criterios aplicables para la determinación de la naturaleza de la pena, debe considerar preponderantemente las necesidades de desarrollo y la integración social del joven, y dichas finalidades nunca autorizarán al sentenciador para optar por una medida más intensa que otra, sino que por el contrario, sólo facultarán a que éste opte por la sanción menos desocializadora, si no se aplicó previamente una salida alternativa al procedimiento.

4.2.3.- Principio de Oportunidad.

Al igual que su símil, el proceso de adultos, la ley de responsabilidad penal juvenil contempla el principio de oportunidad; esta inclusión importa superar en cierta medida la tradición que consideraba a este principio como contradictorio al principio de legalidad; entendido a su vez como la obligación que tiene siempre el fiscal de iniciar la acción penal.

El establecimiento del principio de oportunidad, trae aparejada la necesidad de establecer conforme a qué criterios puede operar este principio; precaviéndose de esta forma, el no caer en actitudes arbitrarias, las que podrían darse, al dejar la aplicación de este principio al solo criterio subjetivo del fiscal.

Ahora bien, respecto del derecho procesal penal de menores se predica la conveniencia de utilizar distintos mecanismos que diversifiquen la respuesta que se da al adolescente que comete un delito, en razón de los tantas veces citados efectos criminógenos no sólo de la pena privativa de libertad sino también del solo ingreso al sistema penal en general.

Es por esto, que las salidas alternativas al procedimiento, y sobre todo la oportunidad, cuentan con una gran aceptación, dado su aparente contenido despenalizador, aprobación que es incluso mayor que la producida en el derecho procesal de adultos, donde el legislador suele tomar no poco resguardos en lo relativo a su procedencia⁶⁷.

Sin embargo, la aplicación de este mecanismo de control penal administrativo presenta inconvenientes que no pueden ser desestimados tan ligeramente en un Estado democrático de Derecho, en específico, desde la perspectiva de la igualdad en la aplicación de la ley.

Estos problemas surgen desde al menos dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, en un análisis de legitimidad en cuanto a la delegación de facultades que realiza el poder legislativo al órgano administrativo investigador; y en segundo lugar, el peligro que presenta la aplicación práctica de criterios discrecionales, que pueden devenir en arbitrarios, por parte de cada fiscalía.

En cuanto al examen del primer grupo de dificultades Peter Alexis Albrecht⁶⁸, señala en primer lugar que, la revalorización de la idea de la oportunidad en el Derecho Penal es expresión de un cambio de paradigma del control social, donde se delinea un vuelco, de un modelo de dirección legal limitante represivo a uno “configurador-preventivo”, y que éste vuelco está en conexión con procesos amplios de cambio social.

⁶⁷ Véase artículo 170 del Código Procesal Penal.

⁶⁸ ALBRECHT, Peter Alexis; Op cit. Págs. 57, 58 y 59.

Frente a las transformaciones que provocan las sociedades industriales, este autor desnuda su posición manifestando que el lugar genuino donde tiene que conformarse en democracia la política criminal y jurídica, es el Parlamento: “Prescindiendo de la cuestión de si el legislador está habilitado para delegar competencia a otros poderes, no se yerra en la interpretación de que esta delegación de poder de decisión política criminal no es un signo de fortaleza, sino más bien debilidad. Cada vez más el legislador se pone de rodillas – hablando metafóricamente- frente a señales inequívocas de cambio social.

Si a consecuencia de una ampliación incontrolada de las estrategias de ofertas, propiciadas conscientemente agresivas por parte de la psicología de la competencia, aumenta el ofrecimiento de los bienes de consumo masivo sin las seguridades adecuadas, con lo cual tiene lugar un aumento de la sustracción de bienes o servicios en razón de la renuncia a los controles, motivada económicamente, el legislador no desprende de ello como consecuencia necesaria el repliegue de la protección del derecho penal, aun cuando ya no hay nada que se pueda proteger con los medios del derecho penal.

Por el contrario: el legislador desplaza su irresolución a nivel organizatorio de la justicia penal. El derecho procesal y el derecho penal material son flexibilizados, de su irresolución legislativa hace una virtud, en cuanto mediante la introducción o bien valoración de los preceptos sobre oportunidad a la fiscalía la convierte en dueña de la política criminal.

Lo que a primera vista aparece como compromiso político inteligente, surge posteriormente –en la perspectiva empírica- como una contradicción considerable. Conforme a la orientación subjetiva de cada fiscal se deciden valorativamente situaciones personales, que debieran ser decididas unitariamente por el legislador conforme a la naturaleza de las cosas. Pero esto último se silencia, el legislador está contento de haber solucionado – aparentemente en forma elegante- esta problemática.

Los vidrios rotos los paga el sistema jurídico y de justicia criminal, con el precio de la pérdida de los fundamentos propios de legitimación en la igualdad y la justicia.⁶⁹

En relación al segundo orden de consideraciones, podemos señalar que el diagnóstico es muy similar al esbozado recientemente respecto del proceso de individualización en el derecho penal juvenil: el principio de oportunidad es aplicado en forma preferente a quienes tienen más que perder en términos de socialización, es decir, el mecanismo se utiliza respecto de adolescentes con un contexto socio-económico más favorable, que cuentan con redes de apoyo y protección que no sólo les permiten, sino que también fomentan, opciones de vida vinculadas al disciplinamiento estudiantil, profesional y laboral.

Es decir, la aplicación del principio de oportunidad, aparece atractiva y conveniente desde el punto de vista de la fiscalía, para aquellos jóvenes, que cometiendo algún delito de escasa relevancia social, cuentan con un medioambiente social y familiar que contenga los incentivos suficientes para que el joven adquiera o mantenga un comportamiento socialmente adecuado. Discriminación que puede acentuarse dado los términos en que el legislador chileno consideró este principio para el caso de los adolescentes⁷⁰. Fuera de considerar también en esta desigual aplicación del Derecho, las valoraciones político-jurídicas, político-criminales y criminológicas, así como las diversas convicciones que están naturalmente siempre presentes en los operadores jurídicos del sistema.

Esta forma de aplicar la ley penal –regulación que se hace cargo de las más complejas disyuntivas entre los distintos derechos fundamentales- lesiona abiertamente y de forma permanente el mandato constitucional de igualdad, lo que deriva en la desconfianza de la objetividad del Ministerio Público⁷¹, y más

⁶⁹ ALBRECHT, Op.cit. Pág. 59.

⁷⁰ Véase página 63 y siguientes.

⁷¹ ALBRECHT, Op cit. Pág. 58: “Un proyecto de investigación de la Asociación de Investigación Alemana (*Forschungsgemeinschaft*) que se encuentra en la etapa de valoración de los datos,

aun en la desconfianza, siempre peligrosa, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general.

Esta situación no la estimamos irremediable, la construcción actual de la facultad de utilizar el principio de oportunidad, aparece asumible, en todo caso en cuanto se dirija hacia estándares de igualdad y justicia, lo que probablemente pueda llevarse a cabo, en el caso chileno, mediante la creación de una adecuada regulación interna del Ministerio Público, que diseñe las directivas generales de aplicación del principio de oportunidad considerando las aprensiones indicadas. Y siendo más ambiciosos en nuestras propuestas, mediante una paralela acción descriminalizadora del Derecho penal juvenil, opción legislativa, que como vimos, desechó nuestro Parlamento, a propósito de la ley 20.084.

señala diferencias considerables en la terminación del procedimiento de fiscalía a fiscalía. El continuo de la frecuencia de suspensiones en los datos comparativos alcanza en las 19 fiscalías investigadas de un 99% a un 39%. Esta diferencia significa prácticamente: las chances para una suspensión del procedimiento disminuyen o aumentan según sea el lugar de residencia del sospechoso. Junto al manejo diferente de la competencia de suspensión de las fiscalías en particular, se puede además señalar que dentro de una misma fiscalía los fiscales resuelven de modo muy diferente procedimientos con constelaciones semejantes.”

5.- Conclusiones.

5.1.- Diagnóstico.

La ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, tuvo en vista en la configuración de su estructura, principios y finalidades ciertas ideas matrices ya consensuadas en doctrina y recogidas en la Convención sobre los derechos del niño y demás instrumentos internacionales pertinentes en la materia, a modo de ejemplo:

Se instauró una amplia gama de sanciones a imponer a los adolescentes infractores;

Se tuvo en vista la consideración de la edad para efectos de la aplicación de estas éstas;

Se contempló la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad;

Se contiene además la opción de utilizar salidas alternativas al procedimiento, como son los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento;

Se crearon instituciones como la suspensión, remisión y sustitución de condena que pretenden relativizar la imposición de las penas juveniles;

Se consagraron derechos propios de un sistema procesal acusatorio, sobre todo el reconocimiento específico del derecho fundamental a la defensa jurídica;

Se inauguró un sistema de ejecución penitenciaria independiente de la establecida para el caso de los adultos;

Se declaró, en forma excepcional, los fines de la pena a perseguir para el caso de las sanciones juveniles;

Se hace mención a la consideración del interés superior del adolescente;

Se establecieron plazos especiales de prescripción; entre otras innovaciones.

Como vemos, las principales orientaciones doctrinarias en la materia están presentes en nuestra LRPJ, por lo tanto, desde un punto de vista formal, nuestra legislación cumple con las exigencias mínimas demandadas por la normativa internacional tantas veces aludida. Sin embargo, desde un punto de vista material, podemos señalar que el panorama no es exactamente el mismo, y lo evidenciaremos en el siguiente análisis esquematizado para una mejor exposición, a saber:

En lo que nos atañe, es preciso esclarecer que la variedad de medidas a imponer a los adolescentes, no es tal, ya que dicha diversidad, como ya lo hemos manifestado, se ve mitigada por la amplia acogida que da nuestra legislación penal adolescente a la privación de libertad, en ambas modalidades (régimen cerrado y régimen semicerrado); fuera de ello, las posibilidades que podrían habernos ofrecido las salidas alternativas, también se ven ostensiblemente morigeradas, toda vez, que dichas instituciones no fueron especialmente recepcionadas en la ley penal juvenil, sino que se abandonó su aplicación a la libre iniciativa del fiscal; además la capacidad de instituciones como la suspensión, remisión y sustitución de condena en aras de relativizar el uso del internamiento es mas bien menor; incluso los fines perseguidos por el principio de completa separación entre la ejecución de las penas de los adultos y la de los jóvenes se pueden frustrar en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LRPJ⁷².

De esta manera, la opción despenalizadora terminó convertida en meras declaraciones que otorgan un cierto revestimiento garantista, pero que no bosqueja un sistema encaminado a los lineamientos propuestos, sino más bien se termina por instaurar un sistema no del todo distinto al establecido para el caso de los mayores de 18 años; demostraciones paradigmáticas resultan ser el

⁷² Artículo 56: Cumplimiento de la mayoría de edad: (inciso 3º): “Si al momento de alcanzar los 18 años le restan por cumplir más de seis meses de la condena de internación en régimen cerrado, el Servicio Nacional de Menores evacuará un informe fundado al juez de control de ejecución en que solicite la permanencia en el centro cerrado de privación de libertad o sugiera su traslado a un recinto penitenciario administrado por Gendarmería de Chile.”

sistema de determinación de sanciones adoptado por la ley y la cuestionable opción legislativa de no haber descriminalizado ninguna conducta delictiva, de las que se encuentran tipificadas en el Código penal, debemos decir ahora, de adultos y adolescentes.

Es por eso tal vez que esta ley, curiosamente gozaba la aceptación amplia del espectro político, incluso de los denominados “garantistas”, pues se produjo un confuso maridaje entre el discurso garantista de la Convención sobre los derechos del niño y los defensores de abolir el derecho tutelar de menores, por un lado, y el plateamiento represivo que abogaba por la “rebaja en la imputabilidad del menor”, por otro. Una evidencia más de la compleja relación, que no poca veces existe, entre realidad y derecho, donde se defiende al niño de las arbitrariedades del juez de menores aplicándole el derecho penal de adultos, esto es, metiéndolo a la cárcel, y donde se invoca la Convención sobre los derechos del niño, precisamente para violarla.

Dicha constatación, lamentablemente guarda una relación directa con el potencial de éxito que puedan tener los fines de la pena sugeridos por la nueva ley, me refiero a la finalidad de integración social (obviando la finalidad retributiva por su completa contradicción con las normas internacionales en la materia, que gozan de jerarquía constitucional por lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República).

Dicha finalidad, debemos decir, es por completo ajena a cualquier contexto punitivo que se proponga, y más lejana aún, si se propone en el marco de un sistema penal adolescente teñido de una delirante profesión de fe en cuanto a las supuestas capacidades de la privación de libertad y tan cercanamente relacionado con la estructura punitiva del mundo adulto.

La resocialización, reintegración o integración social, sea cual sea la nomenclatura utilizada, fuera de su intrínseca ilegitimidad –si se plantea como la modificación terapéutica del ser humano-, jamás podrá ser alcanzada en situaciones de restricción de derechos, en medio de la irrogación de violencia y

aflicción, es decir, a propósito de la ejecución de penas; porque nada es menos persuasivo que la imposición y el castigo, sobre todo cuando lo pretendido es de sumo ambicioso, la modificación conductual del sujeto en una etapa de la vida, caracterizada por el riesgo, la prueba y el aprendizaje.

Un sistema de justicia, no puede ir más allá de su cometido esencial, de aplicar la solución más equitativa, de acuerdo a la normativa existente, a un caso concreto. Las finalidades aludidas exceden la capacidad de la justicia, puesto que ésta no está pensada, ni preparada, ni implementada para dichos objetivos, más aún si éstos son de tan compleja realización.

Los propósitos de integración socioeducativa (en teoría, perseguidos) son de exclusiva competencia de las políticas sociales que se formulen a su respecto; redistribución del ingreso, sistema de previsión social, trabajo, capacitación, educación (en el sistema escolar por supuesto), tienen muchísimo más que aportar en este sentido. El derecho penal y/o el derecho procesal penal juvenil, pese a los términos eufemísticos con los cuales se le indica, es derecho penal, puro y duro, con las finalidades principalmente retributivas y las consecuencias disociales propias de éste, por ende, no tiene la eficacia resocializadora que predica nuestra LRPJ, y jamás la tendrá, en cuanto nuestra ley adolescente, sea una ley penal.

De esta manera se produce una irrefutable inconsistencia entre el modelo de sanciones propuesto por nuestra LRPJ y los fines que dicha ley dice querer conseguir, constándonos un quebrantamiento de Estado en cuanto a las obligaciones asumidas por éste en el ámbito normativo internacional.

Esta especie de judicialización de los conflictos sociales se produce, en el mejor de los casos, por la ignorancia y falta de análisis a la hora de delinear la política criminal a seguir en un país, también por la cegada adopción de modelos que parecieran haber tenido algún resultado positivo en otros países (como es el caso de las políticas de tolerancia cero implementadas en EEUU y reforzadas después de los acontecimientos del 11 de Septiembre del año

2001), y en el peor de los casos, por una deliberada política que da la espalda a los problemas sociales tras el delito, optando por la “rigurosidad penal” como solución simbólica al problema de la delincuencia, a menor costo económico y político, tal vez, del que se incurriría si se adoptan decisiones políticas que realmente busquen una solución realmente eficaz al problema de la delincuencia juvenil (que de todas maneras no tiene las dimensiones planteadas por los medios de comunicación social)

Vemos que lo escogido para la juventud marginal y desintegrada de nuestro país es la “censura social”, bajo lógicas de guerra, donde el enemigo y el sujeto a neutralizar es el adolescente peligroso, el niño no integrado a los goces de la sociedad capitalista; en vez de dar vigencia al verdadero respeto a los derechos sociales, económicos y culturales que corresponden a todo ser humano, por el hecho de ser tal, se recurre al depósito monopolizado de coacción institucional a efectos de resolver el problema de la delincuencia; con ello el resultado final es una mayor cantidad de violencia, aplicada esta vez sobre personas en pleno proceso de formación, que fuera de resentir las bases mismas del Estado de derecho constitucional, cuya primerísima prioridad debiera ser el respeto pleno de los derechos fundamentales de la persona humana, despoja al derecho penal de su principal cometido, estos es, disminuir el importe de violencia en una sociedad, contribuyendo a la pacificación de los conflictos sociales.

5.2.- El debate está abierto.

A lo largo de este trabajo podemos vislumbrar que el modelo de justicia o modelo de responsabilidad, como también se le llama, caracterizado por una aplicación amplia de la oportunidad, contemplar variadas salidas alternativas al procedimiento, que generen instancias conciliatorias-reparatorias, y por considerar una amplia variedad de medidas ambulatorias que desplacen a la privación de libertad a un sitio de excepción, en suma un derecho penal mínimo y de alternativas, merece múltiples críticas y reparos, sobre todo porque, como veíamos, no ha logrado reducir el ámbito de aplicación de la privación de libertad y también por generar suspicacias en cuanto a su capacidad para operar conforme al principio de igualdad.

Este trabajo nos demuestra que el modelo propuesto en aras de generar la continuidad necesaria entre la niñez y la condición de ciudadano, no está exento de objeciones ni de polémica, se cuestiona no sólo las consecuencias prácticas que ha traído la implementación de este sistema, donde pareciera que las redes de control, más bien se han ampliado que reducido; sino también la curiosa concesión de personalidad a los adolescentes, puesto que por un lado se les reconoce plena capacidad de autodeterminación y el completo goce de los derechos de toda persona, pero por otro, se legitima de modo casi inexpugnable la prevención especial positiva, como la finalidad de la pena más adecuada para ellos.

Los partidarios de esta opción legislativa se defienden obteniendo las virtudes de este modelo a partir de la contraposición de éste con el viejo modelo tutelar de menores, donde la discrecionalidad judicial, la inexistencia del derecho a defensa jurídica, la punibilidad de conductas que no constituían delitos, el falso rótulo de las medidas humanitarias, en suma, la encubierta violación a los derechos humanos de los niños, constituyen distintivos tan

aberrantes que no hacen tan dificultoso para el movimiento que aboga por el modelo pro responsabilidad la captación de nuevos adherentes.

Frente a la inexistencia en el derecho de menores de garantías sustantivas penales y procesales penales, se consideró la aplicación de un modelo de responsabilidad penal, puesto que éste en cuanto “sancionara”, en cuanto estuviera dirigido a la aplicación de penas, necesariamente debía contemplar las garantías propias del sistema penal liberal. Ahora, cabe preguntarnos, si la correlación existente entre pena y garantía es realmente necesaria, es decir, si es posible la aplicación de los derechos fundamentales sin considerar la aplicación de penas; o en otros términos, si es factible la opción de la completa inimputabilidad, donde fuera de no aplicarse el sistema penal, no se aplique ningún otro tipo de sucedáneo que termine convertido en sistema penal encubierto.

Debemos reconocer que pese a que el derecho penal no ha probado gran eficacia preventiva ni resocializadora (sino todo lo contrario) la opción abolicionista está lejos de ser una alternativa válida a nivel de política criminal y a nivel de aceptación social, es por ello que, estimamos adecuado (no óptimo tal vez) para el caso de los adolescentes infractores a la ley penal en aras, no tanto, de su integración social, sino de su “no-desocialización” acoger la propuesta de “**Separación de vías**”⁷³, donde persista la existencia del derecho penal juvenil, sólo respecto de delitos graves y de mediana gravedad, renunciando por completo a las finalidades resocializadoras de contenido positivo.

Para los delitos de mediana gravedad, estimamos procedente dar amplia cabida a la oportunidad, la conciliación con la víctima y la suspensión del procedimiento, pero cumpliendo con dos exigencias fundamentales: en primer término la aplicación de éstas debe ser bajo condiciones que no seleccionen

⁷³ Véase al respecto: COUSO Salas, Jaime, Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos, Op. Cit, pág.s 79 a 104.

dichos institutos sólo para jóvenes con buenas posibilidades de socialización, y además la aplicación de dichas “válvulas de escape” debe resguardarse de las presiones que al respecto pueda hacer la fiscalía, en cuanto a la confesión de culpabilidad, de lo contrario, convertiremos a dichas instancias en mero rodaje de justicia negociada.

Respecto de los delitos graves (esto es, delitos que la sociedad “no quiere dejar pasar” como el homicidio calificado, secuestro, violación, robo con resultado de muerte, por ejemplo) consideramos, sobre todo por finalidades de prevención general positiva, prudente la aplicación de penas de encierro, pero éstas deben ser necesariamente cortas, en recintos creados exclusivamente para menores de edad, y donde se de una cabal aplicación al principio de culpabilidad.

Considerando la problemática social que hay detrás de gran parte de la delincuencia adolescente, pensamos que en forma paralela a la vía penal, debe coexistir la vía encargada de la protección de los derechos de los jóvenes y niños, pero esta vía debe ser ajena al contexto coercitivo judicial, más bien debe formar parte del alero administrativo del Estado.

Sin embargo, no debe creerse que esta vía reemplazará la labor “resocializadora” del juez de menores, ni tampoco que con ella se pretenderá una modificación psico-social de los sujetos en situación de riesgo. Más bien se patrocina una alternativa donde la libertad sea el eje principal del rol a cumplir, es decir, se trata de una óptica no paternalista, donde el escenario a desarrollar no legitime ni la intervención forzada, ni tampoco el control social.

En específico, se trata de la oferta voluntaria y diferenciada (de lo penal) de ayuda y protección social, destinada a la creación de condiciones de vida que permitan a los adolescentes escoger libremente el camino a seguir. No se trata de un disciplinamiento destinado a romper con el patrón conductual de un sujeto, sino más bien el fortalecimiento del capital social a objeto de que la

carrera delictual no haya operado como alternativa más viable dadas las condiciones socio-económicas de los jóvenes.

Pero no sólo, ni principalmente, las políticas de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto) deben cumplir un rol a este respecto, “el criterio del interés superior del niño, implica la **transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales** dirigidas a la protección de los derechos del niño. Esto quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente sólo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos los actores potencialmente competentes.”⁷⁴

Con el objeto de dar vigencia al principio de protección integral de los derechos de la infancia se debe “**reestablecer la primacía de las políticas sociales básicas**, respetando la proporción entre éstas y las otras políticas públicas prevista en la Convención. Esto significa, en primer lugar, que las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y que con respecto a éstas, todas las otras políticas deben ser subsidiarias y residuales; en segundo lugar, que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la Convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un estándar mínimo de las normas de un Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos.”⁷⁵

Creemos que de esta manera es más factible lograr la integración socio-educativa referida, y no sólo eso, esta opción permite una sincera, y por ende más legítima, aplicación del ius puniendi estatal, fuera de posibilitar el

⁷⁴ BARATTA Alejandro, Infancia y Democracia, En: GARCÍA Méndez, Emilio y BELOFF, Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, Editorial Temis, Ediciones Desalma, 1998, pág.s 32.

⁷⁵ BARATTA Alejandro, Op.cit, pág.s 33.

cumplimiento de las obligaciones del Estado chileno, en lo que respecta a la aplicación de la Convención sobre los derechos del niño; observancia que, en este caso, va más allá de lo formal.

Bibliografía:

A.- Obras doctrinales:

1. ALBRECHT, Peter Alexis, Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances-, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 55 a 72.
2. BARATTA, Alessandro, Infancia y Democracia, En: GARCÍA Méndez y BELOFF Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogota – Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, 1998, pág.s 31 a 57.
3. BELOFF, Mary, Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006), En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 9 a 49.
4. BERISTAIN, Antonio, Aproximación jurídica, criminológica, victimológica y teológica a los jóvenes infractores, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 107 a 129.
5. BERRÍOS Díaz, Gonzalo, El nuevo sistema de justicia para adolescentes, Revista de estudios de la justicia N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005, pág.s 161 a 174.
6. BUSTOS Ramírez, Juan, Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal del menor,

En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 3 a 10.

7. BUSTOS Ramírez, Juan, Derecho penal del niño – adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente, Santiago – Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, pág.s 210.
8. CANTARERO, Rocío, La responsabilidad civil y el menor inimputable, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 73 a 86.
9. CILLERO Bruñol, Miguel y MADARIAGA Díaz, Hugo, Infancia, Derecho Y Justicia: Situación de los derechos del niño en América Latina y la Reforma legislativa en la década de los 90, Chile, Coediciones UNICEF- Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2002, pág.s 92.
10. CORTÉS Morales, Julio, Derechos Humanos, Derechos del niño y Privación de libertad. Un enfoque crítico de las “penas” de los niños, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 7, Asunción - Paraguay, Impresión: Grafitec, 2005, pág.s 71 a 89.
11. COUSO, Jaime, Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 1, Santiago - Chile, Nueva América Impresores, 1999, pág.s 79 a 104.

12. COUSO, Jaime, Derecho Penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?, revisión del sistema de medidas en el anteproyecto de ley sobre responsabilidad por infracciones juveniles a la ley penal, Chile, Coediciones UNICEF – Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 1999, pág.s 164.
13. COUSO, Jaime, Principio educativo y (Re)socialización en el Derecho Penal juvenil, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 51 a 63.
14. DE FERARI, Luis Ignacio, Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes de Chile, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 113 a 158.
15. DE LEO, Gaetano, Interés, Derecho y Necesidad: Para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 177 a 183.
16. DORN, Nicholas y SOUTH, Nigel, Juventud, trabajo y sexualidad en los estudios británicos recientes acerca de las culturas juveniles, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 87 a 105.
17. DUSI, Paolo, Función administrativa y función jurídico-penal en la tutela del menor, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 185 a 194.

18. FELLINI, Zulita, Necesidad de reformar la legislación sobre menores, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 195 a 204.
19. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 151 a 176.
20. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, Entre el autoritarismo y la banalidad: Infancia y Derechos en América Latina, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 6, Chile, 2004, pág.s 9 a 26.
21. GÍMENEZ, Esther y COLOMER Salinas, La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 11 a 53.
22. GÓMEZ DA COSTA, Antonio Carlos, Pedagogía y Justicia, En: GARCÍA Méndez, Emilio y BELOFF, Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, 1998, pág.s 59 a 68.
23. GÓMEZ RABY, Alejandro, Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la ley N° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación y otras cuestiones no resueltas, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 197 a 217.

24. GONZÁLEZ Zorrilla, Carlos, Los menores entre “protección y justicia”,
En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor, Chile,
Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 131 a 150.
25. HORVITZ Lennon, María Inés, Determinación de las sanciones en la ley
de Responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable, Revista de
estudios de la Justicia N° 7, 2006, pág.s 97 a 119.
26. SENAME, Informe final del proyecto del Servicio Nacional de Menores:
“Seguimiento y validación de los proyectos de reparación a la víctima y
servicios en beneficio de la comunidad”, en Revista de Estudios de la
Justicia N° 5 (2005), Centro de estudios de la justicia, Universidad de
Chile, págs.225 a 243.
27. MALDONADO Fuentes, Francisco, La especialidad del sistema de
responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la
justificación de un tratamiento penal diferenciado, En: UNICEF, Justicia y
Derechos del Niño N° 6, Chile, 2004, pág.s 103 a 160.
28. MARIS Martínez, Stella y NIÑO, Luis Fernando, Una experiencia
alternativa, En: BUSTOS Ramírez, Juan, Un derecho penal del menor,
Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1992, pág.s 205 a 212.
29. SUTHERLAND, Edwin H., La transmisión cultural y el aprendizaje: La
asociación diferencial, En: GONZÁLEZ Berendique, Marco Antonio,
Elementos de criminología, Santiago-Chile, 1998, pág.s. 291 a 295.

30. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires – Argentina, EDIAR, 2002, pág.s 1083.

Bibliografía de referencia:

1. ALBRECHT, Peter Alexis, El derecho penal de menores, traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, PPU, Barcelona, 1990, pág.s 588.
2. BERRÍOS Díaz, Gonzalo, Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 159 a 194.
3. CANTARERO, Rocío, Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de Menores, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1988, pag.s 370
4. CILLERO, Bruñol, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, En: GARCÍA, Méndez Emilio y BELOFF Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá –Buenos Aires, Editorial Temis – Ediciones Desalma, 1998, pág.s 69 a 85.
5. CILLERO Bruñol, Miguel, Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 3, Buenos Aires, 2001, pág.s 65 a 75

6. CILLERO Bruñol, Miguel, En: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Leyes de Menores, Sistema penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, "Sistema jurídico y Derechos Humanos". El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Chile, Serie de publicaciones especiales Nº 6, pág.s 477 a 544.
7. CILLERO Bruñol, Miguel, Comentario a la ley de Responsabilidad penal de adolescentes de Chile, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño Nº 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 105 a 112.
8. DEUS, Alicia-Lamas, Bilman-Palummo, Javier, El proceso penal juvenil en el Uruguay a partir del código de la niñez y adolescencia, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño Nº 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 65 a 104.
9. DIEZ PICAZO, Luis, Capacidad civil y Capacidad penal, En: RUIZ-GALLARDÓN Isabel y GARCÍA DE PABLOS Antonio, Los menores ante el derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado), Madrid, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005, pág.s 9 a 14.
10. GARCÍA DE PABLOS de Molina, Antonio, Reflexiones criminológicas y político criminales al modelo de responsabilidad (penal) de la L.O.R.R.P.M 5/2000, de 12 de enero, En: GALLARDÓN-RUIZ Isabel y GARCÍA DE PABLOS Antonio, Los menores ante el derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad.

Estudio de Derecho Comparado), Madrid, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005, pág.s 73 a 169.

11. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de Justicia, En: GARCÍA Méndez Emilio y BELOFF Mary, Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, Editorial Temis-Ediciones Depalma, 1998, pág.s 9 a 29.
12. GARRETÓN, Roberto, Derechos Humanos, Seguridad y los Niños, Niñas y Adolescentes de América Latina, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N° 6, Chile, 2004, pág.s 281 a 285.
13. HOYO Sierra, Isabel Araceli, La evaluación psicológica de la “capacidad natural” del menor maduro, En: RUIZ-GALLARDÓN, Isabel y GARCÍA DE PABLOS, Antonio, Los menores ante el derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado), Madrid, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005, pág.s 43 a 72.
14. MORALES Peillard, Ana María, Las salidas alternativas y las sanciones no privativas de libertad de reparación del daño y servicios en beneficio de la comunidad en el subsistema de responsabilidad penal de adolescentes infractores de la ley penal, Revista de Estudios de la justicia N° 7, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pág.s 159 a 182.
15. NÚÑEZ Castaño, Elena, Reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad prestados por adolescentes comparación con la

situación en Derecho Penal Español, Revista de Estudios de la Justicia Nº 5, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004, pág.s 245 a 267.

16. OBERG Yáñez, Héctor, Ley de Responsabilidad Penal juvenil. Procedimiento, Revista de Derecho Nº 215-216, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2004, pág.s 339 a 347.
17. PALUMMO Lantes, Javier M., Castigo físico y patria potestad, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño Nº 8, Chile, Andros Impresores 2006, pág.s 219 a 248.
18. PÉREZ Manrique, Ricardo, Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes, En: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño Nº 8, Chile, Andros Impresores, 2006, pág.s 249 a 275.
19. POLITOFF Lifschitz, Sergio, Fines y función de la pena estatal, En: POLITOFF Lifschitz, Sergio, Derecho Penal, Tomo I, Santiago-Chile, Editorial Jurídica Conosur, 2004, pág.s 41 a 94.
20. RUIZ-GALLARDÓN, Isabel, Principios generales previos al Derecho penal de menores, En: RUIZ-GALLARDÓN, Isabel y GARCÍA DE PABLOS, Antonio, Los menores ante el derecho (Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado), Madrid, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005, pág.s 15 a 42.
21. SEPÚLVEDA Albornoz, María Macarena, Justicia penal de menores, análisis de la situación actual y los futuros cambios que se pretenden

instaurar en la responsabilidad penal de menores, memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Talca-Chile, Universidad de Talca, 2004, pág.s 80.

22. SILVA Sánchez, Jesús María, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, segunda edición, Madrid – España, Civitas Ediciones, 2001, pág.s 167.

B.- Normativa:

B.1.- Internacional

1. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
2. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.
3. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de RIAD”), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.
4. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

B.2.- Nacional

1. Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, publicada en el Diario Oficial el día 07 de diciembre del año 2005.
2. Ley N° 20.191, que modifica la ley 20.084, publicada en el Diario Oficial el día 02 de junio del año 2007.
3. Ley N° 18.216, que establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala, publicada en el Diario Oficial el día 14 de Mayo de 1983.
4. Constitución Política de la República de Chile, edición actualizada al 26 de Marzo de 2007.
5. Código Penal, edición actualizada al 22 de Noviembre de 2006.
6. Código Procesal Penal, edición actualizada al 26 de Noviembre de 2006.