



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

**INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, CONFORME AL ARTÍCULO 24 DE
LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal

Alumno: Raúl Alejandro Díaz Manosalva
Profesor guía: Gonzalo Medina Schulz

Santiago, Chile, julio de dos mil once

	Página
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	
ACERCA DE LA DE LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN GENERAL	15
A.- Concepto y Generalidades	15
B.- Determinación legal e individualización judicial de la pena	16
C.- Sistemas de determinación e individualización de la pena en general	18
C.1.- Nuestro objeto de estudio	19
C.2.- Función de la determinación de la pena	21
C.3.- Teorías sobre la individualización judicial de la pena:	22
C.3.1.- Teoría del ámbito de juego (<i>Spielraumtheorie</i>)	23
C.3.2.- Teoría de la pena puntual (<i>Punktstrafetheorie</i>)	24
C.3.3.- Teoría del valor relativo (<i>Stellenwerttheorie</i>)	24
C.3.4.- Teoría de la pena adecuada a la culpabilidad con reserva preventiva especial de Roxin	25
C.4.- La proporcionalidad y su incidencia en la determinación e individualización de la pena. Teoría de la pena proporcionada al hecho	26
C.5.- La teoría de Demetrio Crespo, maximización de la no desocialización	31
C.6. El concepto de culpabilidad en la determinación de la pena	32
CAPÍTULO II	
FUENTES LEGALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL	35
A.- Antecedentes	35
B.- Normativa internacional: Convención de los Derechos del Niño, Reglas de Beijing y otros instrumentos.	36

B.1. La Convención de los derechos del niño (CDN)	36
B.2.- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)	39
B.3.- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)	40
B.4.- Otros instrumentos internacionales:	41
B.4.1.- La Convención Americana sobre derechos humanos	41
B.4.2.- El Pacto internacional de derechos civiles y políticos	41
C.- Normativa nacional: Ley 20.084, historia.	41
D.- Principios aplicables en materia de individualización de la pena	46
D.1. Adolescente sujeto de derechos	47
D.2. Interés superior del niño y adolescente	48
D.3. La autonomía progresiva	51
D.4. Especialidad del sistema	52
D.5. Privación de libertad como último recurso	54
D.6. El principio de la intervención penal mínima	55
E.- Concreción de estos principios en la individualización judicial de la pena	56

CAPÍTULO III

FINES DE LAS SANCIONES PENALES EN LA LEY 20.084 58

A.- Los fines de las penas o sanciones en materia de responsabilidad adolescente y en la LRPA en específico. Su influencia en la determinación de la pena en general y la individualización de la pena en particular	58
B. Responsabilización	59
C. Responsabilización y retribución	61
D.- La resocialización	63
D.1. La prevención especial positiva como fortalecimiento del respeto por derechos y libertades de terceros	65
D.2. Prevención especial positiva orientada a la integración social	68
E.- Otras finalidades y su posible inclusión en materia de individualización	

de la sanción	71
CAPÍTULO IV	
DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA EN LA LEY 20.084	73
A.- Reseña del catálogo de penas	73
A.1. Sanciones principales	73
A.1.1. No privativas de libertad	73
A.1.2. Privativas de libertad	75
A.2. Sanciones accesorias	75
A.3.- Diversidad de alternativas de sanción y gravedad del hecho	77
A.4.- Límite máximo de las penas privativas de libertad	78
A.5.- Sanciones mixtas	78
A.6.- Límite de pena comparativo con la sanción de adultos	79
A.7.- Suspensión de la imposición de la condena	80
B.- Determinación legal de la pena	80
B.1- Supletoriedad de las normas penales de adultos	81
B.2- Análisis de las normas que fijan el marco penal y extensión general de las penas (artículos 21 a 23 de la LRPA).	
Determinación legal de la sanción o pena	82
CAPÍTULO V	
INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.	
CRITERIOS DEL ARTÍCULO 24 LRPA	87
A.- Generalidades	87
B.- Ámbito de aplicación del artículo 24 LRPA: naturaleza y cuantía de la pena o sanción	88
C.- Naturaleza del artículo 24 LRPA. Fundamentación basada en los criterios	93
D.- El problema de la eventual violación del principio <i>ne bis in idem</i> o prohibición de doble valoración en la individualización de la sanción	98

D.1. Planteamiento del problema y posiciones de la doctrina	98
D.2. Concepto, requisitos, consagración legal y reconocimiento de la prohibición de doble valoración y el principio <i>ne bis in idem</i>	100
D.3. La aplicación del artículo 69 del Código Penal, como norma de individualización judicial de la pena	102
D.4. Graduación de la culpabilidad y del injusto típico	108
E.- El principio de proporcionalidad	111
F.- Necesidad y merecimiento de pena	117
G.- Interpretación y aplicación del artículo 24 LRPA. Nuestra postura	119
G.1. Criterios referidos al injusto típico y a la culpabilidad	120
G.1.1. Artículo 24 letra a) LRPA: La gravedad del ilícito de que se trate	121
G.1.2. Artículo 24 letra b) LRPA: la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción	125
G.1.3. Artículo 24 letra c) LRPA: La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad criminal	127
G.1.4. Artículo 24 letra d) LRPA: La edad del adolescente infractor	129
G.1.5. Artículo 24 letra e) LRPA: La extensión del mal causado con la ejecución del delito	131
G.2. Criterio referido a los fines preventivos. Artículo 24 letra f) LRPA: 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	133
H.- Peligro de violación de la prohibición de doble valoración con esta postura	138
I.- La individualización judicial de la pena o sanción en la jurisprudencia	143
CONCLUSIONES	147
BIBLIOGRAFÍA	151

RESUMEN

La presente tesis aborda el complejo tema de la medición, cuantificación o individualización de la pena en el ámbito de la responsabilidad penal de los adolescentes.

La problemática surge con el establecimiento de un nuevo sistema que regula dicha responsabilidad en nuestro país, al promulgarse la ley 20.084. Esta ley establece un catálogo propio de sanciones y una reglamentación diversa para determinar su naturaleza y extensión o quantum, distinto al aplicado a los adultos.

La determinación de la pena en materia criminal es un asunto intrincado, pues involucra definiciones previas sobre el fundamento y los fines de la pena, además de la cuantificación o peso de diversos elementos de la teoría del delito, en la valoración de las circunstancias del hecho concreto y del autor. Si a esto se le suma que la responsabilidad penal de los adolescentes es especial y distinta a la de los adultos, y por ende sus principios y características influyen en esta decisión, la cuestión se torna aún más difícil.

El trabajo se centra precisamente en estas diferencias y su influencia en una parte específica del proceso de determinación de las sanciones: la individualización realizada por el juez, pues el legislador proporciona reglas conducentes a la determinación de un marco penal dentro del cual se elegirá la pena concreta, pero esta última elección, sobre la sanción exacta, es la que motiva este estudio.

El análisis de los criterios para llegar a la decisión final, constituye la materia principal que se aborda en esta investigación.

INTRODUCCIÓN

Como adelantamos en el proyecto que dio origen a esta tesis, en ella nos abocaremos al estudio de la individualización judicial de la pena en el marco de la ley 20.084 -en adelante LRPA-. Hemos preferido el concepto “individualización” por sobre “determinación” para una mayor claridad en la exposición del tema, como se verá en el desarrollo del mismo y con el objeto de acotar desde ya nuestro campo fundamental de estudio al artículo 24 LRPA, pese a que el legislador lo denominó como “criterios determinación de la pena”.

El trabajo se referirá a la individualización judicial, pues los criterios del artículo 24 LRPA constituyen las directrices que el juez debe considerar y ponderar al momento de seleccionar la pena o sanción concreta dentro del abanico posible, fundando explícitamente su decisión en ellos.

En la tesis se pondrá énfasis en la especialidad del sistema de responsabilidad penal adolescente frente al sistema de adultos, sus principios y la relevancia de ellos al momento de individualizar la pena.

Existe una necesidad de generación de criterios interpretativos y de aplicación de las normas en comento, siendo la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia vía recursos de nulidad o apelación, y particularmente por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal y Juzgados de Garantía, los llamados a generarla. Se hace además necesario analizar la actual aplicación de esta norma vigente desde mediados del año 2007.

La justificación de la investigación radica en que la promulgación de la ley 20.084 y su consecuencial aplicación significó un cambio fundamental de paradigma frente a la responsabilidad de adolescentes en la comisión de ilícitos, hasta ese entonces afirmado en la inimputabilidad de los adolescentes menores de dieciséis años

de edad, y el pronunciamiento de discernimiento para los mayores de esa edad y menores de dieciocho, que en caso de declararse sometían al adolescente a toda la normativa penal de adultos con una pena más atenuada, al considerarlos imputables. En el caso contrario –inimputabilidad- se sometía al menor a medidas de protección de contenido eminentemente sancionatorio, alejadas de las garantías del debido proceso.

Con la LRPA se reconoce a los adolescentes entre catorce y dieciocho años imputabilidad penal, no obstante crear un sistema especial diferenciado al de adultos, en relación a los procedimientos, fines y sanciones.

La propia ley establece una serie de criterios legales que permiten al juez definir la sanción en el caso de ser procedente, los que, a nuestro juicio, deben ser interpretados en relación a la especialidad de la ley juvenil y los fines de la pena perseguidos en este ámbito.

Cabe señalar que el artículo 24 LRPA permite al juez escoger entre más de una sanción posible, justificando la elección en los criterios señalados por dicha norma, particularidad que se presenta escasamente en nuestro Derecho penal de adultos. Existen acotados casos en los que el juez puede elegir una pena entre alternativas¹, restringiendo mayoritariamente la elección entre una pena privativa de libertad y una multa. Por ende, puede sostenerse que no existe una práctica en la judicatura penal de fundar elecciones entre penas de distinta naturaleza, precisamente porque dicha situación no se establece, salvo excepciones, en nuestro sistema legal. Reflexiones sobre razones para elegir entre una pena y otra en el caso concreto basadas en los fines de la pena, circunstancias del autor, gravedad del hecho, u otras, no se encuentran mayormente en la jurisprudencia y tampoco en doctrina, trasladándose la discusión de la determinación de la pena, en la actualidad, a etapas anteriores relativas a la calificación del delito, la participación y las modificatorias concurrentes, y cómo estas últimas atendido su número y entidad influyen en el marco penal aplicando las reglas dispuestas en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal. En lo referido a la

¹ Por ejemplo, artículo 144 del Código Penal que tipifica el delito de violación de morada, y artículo 399 del mismo cuerpo legal, que sanciona las lesiones menos graves.

extensión de la pena, si bien existe una práctica, esta carece por lo general de fundamentos explícitos, lo que impide conocerlos, analizarlos y eventualmente impugnarlos.

El sistema adoptado por cada legislación para determinar en general e individualizar en particular la pena, constituye una cuestión de la mayor importancia, pues refleja la opción del legislador por dar mayor certeza con normas más o menos rígidas y detalladas de determinación o individualización, o la apertura a grados mayores de indeterminación en manos del juez, quien podría apreciar mejor las circunstancias del caso concreto. En este sentido, el caso de la LRPA evidentemente constituye una innovación para el sistema penal chileno. Hay un avance, si lo podemos plantear así, a mayores niveles -moderados, dentro de marcos legales- de indeterminación de la pena, para permitir el accionar principalmente de los jueces en la individualización final de la pena a imponer al adolescente. Esto implica, obviamente, una fuerte carga argumentativa tanto para quien plantea una sanción determinada -fiscal o defensor- y para quien en definitiva la fija -juez, o en casos de admisión de responsabilidad, a través del límite máximo de pena solicitada, por el fiscal-².

Esta argumentación basada en la ley, y que debe explicitarse por imperativo legal³, obviamente no debe limitarse al tenor literal de la norma o a una enunciación carente de significado o sustento que haga imposible desentrañar las razones de la elección -lo que constituiría una arbitrariedad-, sino que debe ajustarse a una interpretación armónica y concordante con los principios propios de la responsabilidad penal adolescente recogidos en la Constitución, los tratados internacionales y la propia LRPA, y a los fines de la pena expresados en ellos, propios de la responsabilidad penal juvenil.

² Esto último sucederá cuando la pena pedida por el persecutor sea la más baja de la escala respectiva, ante la prohibición legal dirigida al juez de imponer una sanción más gravosa que la solicitada por el fiscal (artículos 395 y 412 del Código Procesal Penal, procedimiento simplificado y abreviado respectivamente).

³ Artículo 24 LRPA y artículo 36 del Código Procesal Penal, obligan al juez a la expresión de fundamentos.

La necesidad práctica de alcanzar claridad en torno a los criterios aludidos, su precisión, interpretación y aplicación, justifican entonces el análisis que en este trabajo se propone.

En cuanto al **objetivo de la investigación**, lo sintetizamos en **ofrecer una interpretación de la norma sobre individualización de la pena o sanción para adolescentes -artículo 24 LRPA- que respete y tenga en consideración, para la ponderación de todos los criterios dados por el legislador en dicha norma, los fines de la pena en materia de responsabilidad penal de adolescentes, la especialidad de esta última como sistema en relación al de adultos, y los principios que la informan consagrados en la normativa nacional e internacional que la sustenta**, para lo cual se requerirán los siguientes análisis que constituirán los capítulos de este trabajo:

1. Analizar el proceso o labor de determinación de la sanción penal en general, y de la individualización judicial de la pena en particular, describiendo sus principales características, para con dichos antecedentes posteriormente abordar en específico la individualización judicial de la sanción en materia adolescente.

2. Realizar un estudio y descripción general de la responsabilidad penal adolescente, particularmente la ley 20.084, su historia, características y articulado, tratados internacionales y otros instrumentos que regulan dicha responsabilidad, con el objeto de extraer los derechos, principios y elementos que influyen y permiten una adecuada interpretación y aplicación de la normativa de individualización de sanciones en materia de adolescentes.

3. Definir, determinar y precisar la o las finalidades de la pena o sanción que son aplicables en el proceso de individualización de la pena en la normativa de adolescentes -responsabilización e integración social-, y cómo pueden ser corregidas, limitadas o complementadas en su aplicación por las restantes finalidades u otros principios como el de proporcionalidad, culpabilidad, mínima intervención, no desocialización, etc.

4. Analizar el artículo 24 de la ley 20.084, sistematizar los criterios legales señalados en la norma, proponer su interpretación y aplicación práctica, facilitando su

ponderación. Además, estudiar normativa comparada y jurisprudencia relevante en la materia.

Así, los **problemas que guiarán la investigación** radicarán especialmente en que la responsabilidad penal de adolescentes constituye un sistema diferenciado en relación a los adultos, en razón de: 1) los principios que lo informan, y los derechos que consagra, contenidos en normas internacionales, particularmente la Convención sobre los derechos del niño; 2) la especialidad de dicha normativa en cuanto al sujeto al que se aplican, esto es, jóvenes aún en proceso de desarrollo y maduración; 3) los fines de la pena a que debe propenderse en el caso, que el legislador expresamente establece en el articulado de la ley 20.084.

Anterior a abordar dicha problemática debe ofrecerse un marco general del proceso de determinación e individualización de la pena en general. Por ende se requiere primero establecer cuáles son, en términos generales, las características de la determinación e individualización de la pena, y luego hacer un paralelo entre la realizada actualmente con la específica en materia juvenil, y precisar los elementos de la primera que pudieren ser relevantes en la segunda, para lograr su mejor comprensión y utilización, teniendo presente que serán interpretadas a la luz de la especialidad de la normativa, sus propios principios y fines de la pena.

Además resulta necesario precisar y extraer de las fuentes del derecho penal juvenil, tanto nacional como internacional, los derechos y principios que tienen influencia a la hora de abordar el proceso de individualización de la pena, tales como el reconocimiento de su carácter de sujeto de derechos, de sus derechos fundamentales, interés superior, autonomía progresiva, mínima intervención, privación de libertad como último recurso, entre otros y considerar cómo lo anterior, particularmente la calidad de adolescente del sujeto respecto del cual se pretende aplicar una sanción o pena - entendiéndola ésta como un mal y una injerencia supresora o limitadora de derechos y a aquél como una persona en proceso de desarrollo, acreedora de una especial protección y resguardo frente a intervenciones estatales- influye al momento de la individualización judicial de la pena.

Debe abordarse también la problemática referida al fin de la pena en el ámbito de adolescentes. Tanto la LRPA como la normativa internacional que la sustenta, realizan declaraciones explícitas sobre la misma, remitiendo fundamentalmente a términos de responsabilización e integración social del adolescente. Se hace necesario adentrarse en el contenido de estos conceptos, indagar y precisar los mismos, determinar cómo estos se vinculan con teorías absolutas o relativas de la pena, si alguna tiene preponderancia sobre la otra, si las mismas reconocen limitaciones, y si lo anterior tiene respaldo en la normativa para ser aplicado por el juez.

En vista de ello, se requiere revisar, analizar y criticar los criterios del artículo 24 LRPA, establecer su real sentido y alcance para su posterior aplicación, indicando como estos criterios se ponderan por el juez en el caso concreto, de acuerdo a las finalidades de la pena que persigue la ley.

Al revisar el artículo citado, destaca lo dispuesto en su letra f) al considerar en el proceso individualización, incluyendo extensión y naturaleza de la pena, la idoneidad de la sanción para los fines de responsabilización e integración social. Algunos autores dan a esta letra una relevancia significativa frente a los otros criterios del mismo artículo⁴, indicando que la consideración de estos podría violar la prohibición de doble valoración. En efecto, podría cuestionarse si criterios como la “gravedad del ilícito” y la “extensión del mal causado”, constituyen un contrasentido con los fines de integración social señalados en la ley. No obstante podría entenderse que se trata de consideraciones de retribución o prevención general que deberían ser sopesadas por el juez, o por incapacidad del legislador de asumir los fines de la pena en adolescentes por él explicitados en su real dimensión, de lo que también daría cuenta la modificación posterior a la LRPA por la ley 20.191⁵. Existen también posiciones que señalan que

⁴ En este sentido: HORVITZ Lennon, María Inés. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia, 7: 97-119, 2006.

⁵ Que estableció para los delitos más graves, la obligación de imposición de internación en régimen cerrado. Ver artículo 23.1 LRPA.

dichos criterios podrían ser considerados atendiendo a la intensidad de disvalor del injusto⁶, y del consecuente reproche en el caso concreto.

Es por ello que vale la pena preguntarse si la gravedad del hecho, la participación del adolescente en él, el grado de desarrollo del delito, las atenuantes y agravantes –todos criterios consagrados en el artículo 24 LRPA- tienen algún sentido útil si ya han sido considerados al momento de fijar el marco de penas y su extensión conforme al artículo 21 a 23 de la LRPA. ¿Se viola el principio de *ne bis in idem* tomándolos nuevamente en consideración o deben ser interpretados o ponderados desde una perspectiva distinta al momento de la individualización de la pena?

Por otro lado, ¿en qué consiste la responsabilización exactamente? Resulta del todo necesario detenerse en este concepto, vincularlo con una finalidad de la pena, para comprender su real significado y complementarlo con el fin de integración social. Además, ¿la edad del adolescente influye de qué forma al determinar la pena?, ¿simplemente a menor edad, menor sanción?

En cuanto al criterio de idoneidad, se entiende preliminarmente que la sanción debe ser idónea respecto a los fines de la pena (integración social y responsabilización, en principio). Pero, ¿son esas las únicas finalidades a las que se debe atender?, ¿existen límites a estas finalidades?, ¿es el criterio de idoneidad de la sanción el principal o puede verse complementado o incluso relevado por los anteriores señalados en el mismo artículo 24?

También es útil preguntarse si actualmente los operadores aplican la normativa al momento de individualizar la pena considerando estos factores, e interpretándolos con la especialidad requerida por la LRPA, pues dicha labor debería basarse en los criterios legales, y estos explicitarse, como consecuencia del deber de fundar las resoluciones judiciales.

⁶ En este sentido MEDINA Schulz, Gonzalo. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo N°14, mayo de 2008, 30p.

Por todo ello, las interrogantes principales que deberán ser contestadas a lo largo del estudio serán las siguientes:

A.- ¿Cuáles son las características principales de la labor de individualización de la pena en general y cuáles las particulares en materia de responsabilidad penal juvenil? ¿Existe alguna diferencia o particularidad relevante entre una y otra?

B.- ¿Existen principios especiales en materia juvenil que deben ser tomados en cuenta al momento de individualizar la pena?

C.- ¿Cuál es la finalidad o finalidades de la pena preponderantes en materia adolescente y cuál es su contenido? ¿Pueden integrarse otras finalidades en la individualización de la pena?

D.- ¿Cuál es la correcta interpretación de cada uno de los criterios del artículo 24 LRPA?

E.- ¿Existe peligro o derechamente violación del *ne bis in idem* o prohibición de doble valoración, en la aplicación de algunos criterios del artículo 24 LRPA?

F.- ¿Se está en la práctica desarrollando la labor de individualización de la pena basada en una interpretación adecuada del artículo 24 LRPA?

Esperamos, luego del análisis pertinente que se haga a lo largo del trabajo, arribar a respuestas satisfactorias y claras en forma de conclusiones que presentamos al final de este trabajo.

CAPÍTULO I.- ACERCA DE LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN GENERAL

A.- Concepto y generalidades:

La existencia de un delito entendido como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, corresponde al ámbito de estudio de la teoría del delito. Todo lo concerniente a la sanción o reacción penal corresponde al objeto de estudio de la teoría de la pena, una de cuyas partes centrales corresponde a las reglas de determinación e individualización de ella.

Hemos utilizado las expresiones “determinar” e “individualizar” la pena para designar este capítulo, pero veremos que ambas expresiones no son sinónimas ni equivalentes en este ámbito de estudio, distinción que como explicaremos nos ayudará a enfocar de mejor forma este trabajo.

Se habla de determinación de la pena en un sentido amplio, como *“el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito”*⁷. Esta definición abarcaría todo el proceso o labor de fijación de la sanción; sin embargo puede distinguirse una determinación legal, judicial y administrativa de la pena⁸. La determinación legal de la pena corresponde a la realizada por el legislador que en abstracto fija los marcos penales para cada uno de los delitos, de acuerdo a su grado de desarrollo, participación y circunstancias modificatorias de la responsabilidad. La determinación judicial o mejor llamada individualización⁹, consistiría en la adecuación al individuo concreto de la pena abstracta establecida por el legislador. Por último, la determinación administrativa, refiere a la ejecución de las penas a cargo de órganos de la administración del Estado o decisiones judiciales en dicho ámbito.

⁷ ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1996, página 23.

⁸ Ziffer, op. cit., página 24.

⁹ Ziffer, op. cit., página 25.

Mir Puig¹⁰ indica que en el concepto “determinación de pena” se comprende la clase o naturaleza y la cuantía de la pena, además de “*la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o medidas de seguridad*”, incluyendo entonces la etapa de ejecución a nivel administrativo y judicial.

Sin perjuicio, la doctrina nacional al tratar este tema se inclinaría por una postura que sólo abarcaría las dos primeras clases aludidas¹¹, legal y judicial, definiendo Cury la determinación de la pena como aquel acto tendiente a “*precisar, en el caso concreto, la sanción a quien ha intervenido en la realización de un hecho punible como autor, instigador, cómplice o encubridor*”¹².

B.- Determinación legal de la pena e individualización judicial de la pena:

A esta altura surge claramente una distinción metodológica importante y relevante para este trabajo en particular, cual es diferenciar entre **determinación legal de la pena e individualización judicial de la pena**.

Demetrio Crespo precisa que en la primera “*se determina por el legislador en abstracto las penas correspondientes a determinados delitos*”¹³, fijando penas máximas

¹⁰ Citado por DEMETRIO Crespo, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995. *ADPCP*, vol. L: 323-362, 1997, página 325.

¹¹ Todos los autores revisados excluyen o tratan en forma separada la ejecución de las penas y medidas alternativas, quizás por la ínfima participación que al órgano judicial le ha cabido en dicha área. Así, CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 7 ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, página 757 y ss., trata la determinación de la pena en un capítulo (XVII) que incluye y reconoce la actuación del legislador y el juez en dicha labor. En el mismo sentido, ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. 3 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. vol. II, páginas 170 y ss.; GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General*. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. vol.I, páginas 315 y ss., incluyendo este último en el capítulo respectivo (XX) el estudio del quebrantamiento de la pena; y, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, páginas 493 y ss., bajo el título “Aplicación de las penas”, distinguiendo estos expresamente entre determinación legal e individualización judicial de la pena.

¹² Cury, op. cit., página 757.

¹³ Demetrio Crespo, op. cit., página 324.

y mínimas para el caso conforme a su gravedad, incluyendo en ello la aplicación de las modificatorias de la responsabilidad¹⁴. Se trataría de un ámbito de decisión político criminal del legislador. Según el autor indicado, este marco abstracto con mínimo y máximo de pena aplicable según el caso, fija un “*espacio de juego*” o “*marco penal*” para que el juez lleve a cabo “*la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto*”, dentro de ese marco abstracto. Esto último constituiría la individualización judicial de la pena¹⁵.

Se observan entonces dos labores o procesos sucesivos: el primero, basado en opciones político criminales del legislador que fija las penas acorde a los bienes jurídicos que estima deben tutelarse y su importancia, y el segundo, que opera dentro del marco penal fijado por el legislador de carácter general, basado en la necesidad que el juez precise la sanción al individuo concreto de acuerdo a sus particulares circunstancias personales y del hecho, o atendiendo a los fines de la pena, o considerándolos conjuntamente según la postura que a tal efecto se adopte como revisaremos con posterioridad.

Profundizando aún más, Demetrio Crespo distingue la individualización judicial de la pena *stricto sensu* y *lato sensu*, señalando que la primera incluye la naturaleza y extensión de la pena a aplicar, y la segunda, incluye además “*la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros sustitutivos penales*”¹⁶, esto es, decisiones sobre la forma de ejecución de la pena.

Así las cosas, podemos señalar que si bien las expresiones determinar e individualizar son ordinariamente sinónimas, cuando hablamos de determinar la pena nos referimos a fijar, establecer o delimitar los márgenes de la pena, en un proceso amplio que involucra varios niveles de decisión –uno de ellos la determinación legal y otro la judicial-, y al individualizar expresamos la idea especificar, singularizar,

¹⁴ En sentido diverso, Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., página 494, incluyen la aplicación y efectos de las circunstancias modificatorias en la individualización judicial de la pena, en razón de los efectos en la pena de la aplicación de las modificatorias en el Código Penal chileno.

¹⁵ Demetrio Crespo, op. cit., página 324.

¹⁶ Demetrio Crespo, op. cit., página 326.

particularizar o personalizar la pena por el juez en la sentencia judicial, tomando en cuenta los límites previamente impuestos por el legislador y usando los parámetros o criterios dados o extraídos de la normativa en general, aplicable a un hecho y partícipe concreto. Podemos entonces sostener que en esta materia jurídica las expresiones determinar e individualizar se relacionan, en lo referido a la pena, de modo que ésta es una parte específica de aquélla.

C.- Sistemas de determinación e individualización de la pena en general:

Como claramente describen en sus obras los autores nacionales, la evolución histórica de la que podríamos llamar “teoría de la determinación de la pena” tiene como característica principal en sus orígenes las potestades absolutas del monarca, que directamente o través de sus delegados encargados de administrar la justicia penal, no sólo fijaba las conductas sancionables, sino también la forma en que serían castigadas de manera absolutamente arbitraria, sin fundamento ni precisión, siendo evidente que principios y garantías como la certeza jurídica, igualdad ante la ley, culpabilidad y proporcionalidad, no eran respetados.

Con el apogeo de la Ilustración y la consolidación del principio de legalidad, se avanzó en una certeza mayor en la relación delito y sanción aparejada a él, y además, a través de penas establecidas minuciosamente en escalas y grados se pretendió disminuir ostensiblemente las facultades discrecionales de los jueces, de manera tal de cumplir con el imperativo de estricta sujeción a la ley y certeza jurídica, revelando con ello la desconfianza en la judicatura que se verificó en la reglamentación detallista, minuciosa y “matemática” de los efectos de la aplicación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, de la cual es particular buen ejemplo la regulación de nuestro Código penal¹⁷.

Existió también con posterioridad una corriente alentada por el positivismo jurídico que consideraba al delito como una desviación o enfermedad social, que

¹⁷ En este sentido Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., página 496; también Garrido Montt, op. cit., página 315.

requería para su eficaz tratamiento penas indeterminadas que facilitaran su constante evaluación y precisión de acuerdo al grado de avance en el periodo de cumplimiento. Esta posición, apoyada además por el fin resocializador de la pena o preventivo especial, se prestó para diversos abusos. La determinación de la pena, proceso netamente jurídico, pasó a constituirse en “*una cuestión de diagnóstico sobre la peligrosidad*”¹⁸ del sujeto, restituyendo el arbitrio judicial, socavando la certeza jurídica.

La reacción vino con el regreso a la idea de fijación de marcos penales con mínimos y máximos dentro de los cuales el juez individualiza la sanción, pues se acepta que no pueden limitarse las facultades judiciales sin afectar la producción de una solución justa, que se haga cargo de lo particular del caso concreto sometido a juzgamiento.

Dentro de este contexto se abrió paso un sistema de pena *relativamente indeterminada*, en la cual se fijan límites mínimos y máximos de la pena por el juez, dentro de los cuales la duración se va concretizando a medida de los avances y consecución de los fines asociados a su imposición, esto es, resocialización.

Por último, puede decirse que la tendencia decantó hacia la consolidación del sistema clásico de fijación legislativa de marcos penales, dentro de los cuales se han flexibilizado las reglas para que el juez individualice la pena acorde al caso concreto, generando un equilibrio entre certeza o seguridad jurídica y justicia. Existe una discrecionalidad para el juez, no total, pues el juez “*ha de tener presente el principio de igualdad al imponer al caso singular la sanción y, de otro lado, el de culpabilidad del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar las consecuencias que en su vida futura le acarreará la pena...*”¹⁹.

C.1.- Nuestro objeto de estudio:

¹⁸ Cury, op. cit., página 758.

¹⁹ Garrido Montt, op. cit., página 317.

La distinción hecha resulta relevante para los efectos de este trabajo, pues nos abocaremos al estudio del artículo 24 LRPA, esto es, a los criterios entregados por el legislador para que el juez, una vez establecido el marco penal correspondiente al caso mediante aplicación de reglas contenidas en los artículos 21 a 23 LRPA -determinación legal de la pena- individualice la sanción tanto en su tipo o naturaleza, como en su duración o cuantía, lo que denominamos en este trabajo individualización judicial de la pena. Si bien nos referiremos de modo general a las normas generales de determinación de pena, de modo específico trataremos el artículo 24 LRPA, en otras palabras y recurriendo a la distinción de Demetrio Crespo, individualización judicial de la sanción o pena *stricto sensu*.

Ahora, ¿por qué hablamos de individualizar la pena y utilizamos el desarrollo dogmático de esta labor referida a los adultos en el caso de adolescentes infractores de la ley penal? Aunque más adelante -al referirnos al concepto de responsabilización- analizaremos con mayor profundidad si la responsabilidad que emana de la infracción a la ley penal cometida por adolescentes es propiamente una responsabilidad penal, cabe señalar que la LRPA, reconociendo la especialidad de ésta frente a la ley penal de adultos, denomina a su artículo 24 como “criterios de determinación de la pena”. Además, el artículo 1° indica que la LRPA regula “*la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan...*”, por lo que nos parece que, entendiendo cualquier sanción, pena o medida, como queramos denominarla, como una injerencia coercitiva, restrictiva o privativa de derechos y libertades del individuo con la consiguiente afectación que ella produce²⁰, y la labor apegada a la ley que al juez le corresponde al decidir que sanción imponer y cuál será su magnitud y duración, deben encontrar un sustento que no vemos por qué deba ser distinto del que rige en el ámbito de los adultos, al tratarse del mismo objeto de decisión, sin perjuicio de las diferencias, que expresadas en principios y normas especiales, rigen en el caso de los adolescentes, por su especial condición. Lo que se impone es una pena por la comisión de un delito, y en ello no hay diferencias con el caso de un adulto.

²⁰ En el mismo sentido PALUMMO Lantes, Javier. El segmento judicial del sistema penal juvenil. En: DEUS, Alicia, LAMAS, Bilman y Palummo, Javier. El proceso penal juvenil en el Uruguay a partir del Código de la niñez y la adolescencia. *Justicia y Derechos del Niño*, 8: 65-104, 2006, página 99.

Por ello, dando respuesta a la interrogante nos parece que una teoría de la determinación en general, e individualización en particular, de la pena o sanción que se impondrá a los adolescentes por infracción a la ley penal, se considere o no una verdadera responsabilidad penal, debe asentarse en y desarrollarse desde similares bases que en el caso de los adultos, lo que obliga a su estudio pormenorizado.

C.2.- Función de la determinación de la pena:

Para Ziffer, la función principal de la labor de determinación de la pena consistiría en *“la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles deben ser descartadas en el caso”*, ello considerando principalmente la o las finalidades de la pena²¹. En principio, la legislación penal consagra diversas reglas y criterios para individualizar la pena que deben ser interpretados en relación a los fines perseguidos por ella, ponderarlos y luego aplicarlos estableciendo su influencia, mayor, menor o nula en el caso concreto. También existen principios constitucionales y otros consagrados en normas internacionales aplicables, cuyo peso en el proceso de determinación también es necesario definir, particularmente en el caso de adolescentes.

Sin perjuicio, es en la individualización judicial donde esta labor se verificaría en forma más patente, al existir el deber del juez de fundar su sentencia en tal sentido, descartando cualquier discrecionalidad en la aplicación de la pena²².

Referido estrictamente a la individualización judicial, en este punto resulta útil referirse a la concepción de Spindel²³, citado por Demetrio Crespo, que explica el concepto de *“fundamento individualizador de la pena”*, en base a tres significados: real, final y lógico. En cuanto al fundamento real, este se referiría a los fundamentos de

²¹ Ziffer, op. cit., página 24.

²² Al respecto Medina, Gonzalo, op. cit., página 24 y ss.

²³ Demetrio Crespo, op. cit., página 326.

hecho y circunstancias fácticas del caso que se deben tomar en cuenta para la elección de la pena. El fundamento final se refiere, valga la redundancia, al fin perseguido con la sanción y su imposición. Por último, el fundamento lógico correspondería a la relación o vínculo entre los presupuestos de la individualización y la individualización misma, en otras palabras, circunstancias o criterios fácticos a considerar y su orientación al fin perseguido y resultado basado en lo anterior.

Citado por el mismo Demetrio Crespo, se ha señalado que Bruns propone distinguir cinco fases en la individualización judicial de la pena, a saber: a) ajustamiento a los fines de la pena; b) averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena; c) determinación de la dirección valorativa de los factores reales; d) ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí; e) clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo. Bacigalupo²⁴ adhirió a este sistema, distinguiendo cuatro operaciones intelectuales en el proceso de individualización judicial de la pena: a) determinación de los fines de la pena; b) fijación de las circunstancias de hecho a considerar; c) valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor; d) transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica.

C.3.- Teorías sobre la individualización judicial de la pena:

El desarrollo dogmático referido a la teoría de la individualización judicial de la pena se centra básicamente en dos aspectos que deben ser tomados en cuenta por el juez en dicha labor, a saber, fines de la pena y el concepto de culpabilidad como límite del reproche penal²⁵. En efecto, presupuesto de la imposición de una pena es la existencia de un ilícito culpable, pero que por sí sólo resulta insuficiente para fundar la imposición, por lo que debe agregarse la existencia de un fin que autorice la injerencia estatal por la vía penal. No obstante, resulta evidente que sobre el tema de los fines de la pena no existe acuerdo en la doctrina, y dicho problema se presentará salvo que la

²⁴ La referencia a Bruns y Bacigalupo en Demetrio Crespo, op. cit., página 327 y 328.

²⁵ Medina, Gonzalo, op. cit., página 3.

ley realice declaraciones expresas en tal sentido, a las que el juez deberá sujetarse, sin perjuicio que puede existir más de un fin declarado incompatibles entre sí²⁶.

Para resolver el asunto surgen las llamadas **teorías de la unión**, que responden a la necesidad de buscar una forma de conciliar y armonizar las diversas finalidades de la pena. En su forma más clásica, básicamente atribuye a las distintas etapas de la penalización un fin particular: prevención general en la tipificación, retribución en la sentencia y prevención especial en la ejecución²⁷, buscando con ello superar el problema de los fines antitéticos de la pena.

Según Ziffer²⁸, a quien nos remitimos en esta materia, en Alemania se materializó esta tesis en la necesidad de satisfacer las necesidades de retribución, prevención general y especial armonizándolos en la sentencia judicial, sin perjuicio que en caso de contradicción entre ellos -antinomia de los fines de la pena- todos deben limitarse con el objeto de garantizar su mayor eficacia, teniendo todo esto para el juez un único límite, la culpabilidad, que no debe ser sobrepasada en la búsqueda de la concretización de los fines de la pena en el fallo.

Ante la aceptación de esta postura, con el objetivo de conciliar los fines de la pena en la individualización teniendo como base la culpabilidad²⁹, se desarrollaron las siguientes teorías:

C.3.1.- Teoría del ámbito de juego (*Spielraumtheorie*): Creada por la jurisprudencia alemana, se basa fundamentalmente en que no es posible fijar en un punto específico del marco penal definido por el legislador la culpabilidad, y dentro de ella todavía puede existir un marco con un límite mínimo y máximo, entendiendo que dentro del mismo la pena es adecuada a dicha culpabilidad, debiendo el juez en ese

²⁶ Ziffer, Patricia, op. cit., página 46.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ziffer, Patricia, op. cit., página 47.

²⁹ Que en Alemania tiene argumento de texto –parágrafo 46 StGB- según ilustra Ziffer, op. cit., página 48.

marco fijar la pena acorde a fines legítimos de la misma³⁰, y en particular preventivo especial.

Se ha reprochado a esta teoría la incapacidad de determinar dentro de ese ámbito la pena acertada, e incluso sus límites, entendiéndose que dicha decisión se vincularía estrechamente con la discrecionalidad, lo que tendría incidencia en la revisión de la decisión pues en la medida que la pena se encontrara dentro del marco estaría acorde con la culpabilidad, ya sea la inmediatamente inferior al límite superior, como la inmediatamente superior al límite inferior –piénsese en un pena que se considere adecuada a la culpabilidad de tres años y un día a cinco años-, lo que permitiría solo excluir los casos manifiestamente desproporcionados, en cuanto exceden la culpabilidad³¹.

C.3.2.- Teoría de la pena puntual (*Punktstraftheorie*): Opuesta a la anterior su tesis consiste en negar la existencia de un marco de culpabilidad, afirmando que existe solo una pena correcta para cada caso particular adecuada a la culpabilidad³², pero el carácter metafísico de esta última, le impide ser conocida de modo exacto en virtud de defectos cognitivos humanos³³.

Someramente podemos decir y adherir a que no se aprecia el aporte práctico de esta teoría, pues si bien pretende medir la culpabilidad de manera más exacta, declara su imposibilidad no diferenciándose de la discrecionalidad criticada ya a la teoría del ámbito de juego y presentaría, por ende, el mismo inconveniente de control o revisión de fundamento³⁴.

C.3.3.- Teoría del valor relativo (*Stellenwerttheorie*): Esta teoría divide la individualización de la pena en dos momentos para la aplicación de los fines de la misma. El primero y previo, referido al monto o cuantía de la pena, el segundo referido

³⁰ Medina, Gonzalo, op. cit., página 3; Ziffer, op. cit., página 49.

³¹ Medina, Gonzalo, op. cit., página 4.

³² Ziffer, op. cit., página 51

³³ Medina, Gonzalo, op. cit., página 4.

³⁴ *Ibíd.*

tanto a la naturaleza o clase de pena y su ejecución. La cantidad de pena se fija teniendo únicamente en cuenta la culpabilidad por el hecho –retribución-; la naturaleza de la sanción y el modo en que se cumplirá, deben ser fijadas orientándose a criterios preventivos.

Esta teoría encuentra críticas en el texto legal alemán, puesto que la norma respectiva –parágrafo 46 StGB-, exige considerar al juez los efectos de la pena en la vida futura del penado, lo que abarca también la decisión sobre el monto³⁵, y también por la inconsistencia de no considerar la prevención general positiva y la retribución en la ejecución, por ejemplo, al decidir o no la suspensión de la pena³⁶.

C.3.4.- Teoría de la pena adecuada a la culpabilidad con reserva preventiva especial de Roxin³⁷: El autor alemán, en base a la teoría del ámbito de juego, niega la existencia de una pena puntual desentrañable por el juez, indicando que la pena debe fijarse acorde al grado de culpabilidad, pena merecida en relación a la gravedad del hecho, lo que solo puede entregarnos un marco, pues la pena merecida emana de un proceso valorativo de la comunidad. No obstante, se señala que lo anterior supone que una pena ajustada a la culpabilidad, pena merecida -retribución-, “*no tiene sentido en sí misma, sino como instrumento al servicio de un fin político social*”, que sería el fin preventivo penal³⁸, guía para la determinación dentro del margen de libertad, de la pena exacta. Roxin precisa que el fin preventivo es el de prevención especial a través de la búsqueda de la resocialización. Rechaza por su parte la prevención general negativa o intimidatoria, no sólo por falta de apoyo en el norma legal alemana, sino porque a su juicio no sería lógico imponer a un individuo una pena mayor buscando un efecto de intimidación imposible de probar empíricamente³⁹. Ahora, desde el punto de vista de la prevención compensadora o general positiva, en base al concepto de la legislación alemana de *defensa del ordenamiento jurídico*, establece que no se pueden imponer penas inferiores a la culpabilidad.

³⁵ Ziffer, op. cit., página 52; Medina, Gonzalo, op. cit., página 4.

³⁶ Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, página 53.

³⁷ RUDNICK Vizcarra, Carolina. La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación de la pena. Santiago, Lexis Nexis, 2007, página 190.

³⁸ Rudnick, op. cit., página 188.

³⁹ Rudnick, op. cit., página 189.

Pero a continuación se abre la interrogante de si es posible imponer una pena superior o inferior al marco de culpabilidad por fines preventivos. Roxin responde rechazando imponer una pena superior a la merecida, tanto por motivos constitucionales como político criminales. Pero en lo referido a una pena inferior en aras de una efectiva resocialización, Roxin estima que es posible en casos en que la pena adecuada a la culpabilidad incluso en su mínimo afecte o sea contraproducente a la resocialización, caso en cual estima “*la sociedad tolera todavía una cierta pérdida en el tratamiento justo igualitario en beneficio de la prevención especial*”⁴⁰. En caso contrario, debe mantener vigencia la prevención general, satisfecha con una pena adecuada a la culpabilidad, que precisamente cumple con el mantenimiento de la confianza de la población en el derecho -prevención general compensadora-⁴¹.

Esta teoría se sujeta a las mismas críticas de la teoría del ámbito de juego, en el sentido que se le critica la indeterminación de los conceptos y la falta de parámetros concretos para establecer la pena adecuada a la culpabilidad como también la necesaria para alcanzar los fines preventivos especiales.

C.4.- La proporcionalidad y su incidencia en la determinación e individualización de la pena. Teoría de la pena proporcionada al hecho:

El desarrollo de las teorías anteriores apunta particularmente a la concretización de los fines de la pena al momento de imponer la pena. Sin embargo, es posible plantear como un problema de este enfoque que, aunque se estime que dentro del marco penal abstracto entregado por el legislador se deban cumplir los fines particularmente preventivos de la pena, ello no podría desvincularse totalmente del hecho concreto cometido, como “*elemento rector del reproche penal a imponer*”⁴².

⁴⁰ Roxin, Claus, *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*, en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1981, página 109-110; citado por Rudnick, op. cit., página 190.

⁴¹ Rudnick, op. cit., página 190.

⁴² Medina, Gonzalo, op. cit., página 5.

Asimismo se vivió un proceso de constatación de las indeseables consecuencias e insatisfactorios resultados de la aplicación por el sistema penal de criterios resocializadores⁴³, lo que obligó a volver hacia un sistema denominado neoclásico, que en síntesis propugna que la pena no puede verse aumentada en función de fines preventivo especiales, sino que ella debe vincularse al hecho y ser proporcional a él.

Esta teoría denominada **neoproporcionalismo o teoría de la pena proporcionada al hecho (*Tatproportionale Strafzumessung*)**⁴⁴, se orienta retrospectivamente hacia el hecho buscando la imposición de una pena limitada por la culpabilidad del autor específico y proporcional al hecho ilícito concreto, dejando en la conminación penal abstracta los fines preventivos generales intimidatorios hacia los delincuentes, e introduciendo en la concretización judicial las valoraciones de la víctima, mediante el análisis de la afectación del bien jurídico –disvalor de resultado-⁴⁵.

Siguiendo a Feijoo, se critica a esta teoría, en lo referido a la individualización⁴⁶, considerar que en dicho proceso debe tener influencia decisiva la perspectiva de la víctima, lo que implica obviar la perspectiva social del delito concreto enfatizando un enfoque individualista. Refiere Feijoo que esto tiene efectos prácticos, pues este enfoque no logra explicar criterios o factores de la individualización recogidos en la ley o en la práctica judicial, que en su opinión no es conveniente dejar de lado⁴⁷.

Para nuestro estudio, haciendo un somero examen del artículo 24 LRPA, pareciera que criterios como la edad del adolescente, idoneidad de la sanción o la concurrencia de atenuantes y agravantes no relacionadas directamente con la víctima, por ejemplo 11 N°1 (imputabilidad disminuida) o 11 N°6 del Código Penal, o la

⁴³ Particularmente en algunos países como EE.UU, graficado ello en la expresión “nothing works” (nada funciona). FEIJOO Sánchez, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2007: 1-20, enero 2007, página 5.

⁴⁴ Medina, Gonzalo, op. cit., página 6.

⁴⁵ Feijoo, op. cit., página 7.

⁴⁶ Sin perjuicio de la crítica a considerar la conminación penal abstracta encaminada a la prevención general intimidatoria. Feijoo, op. cit., página 8.

⁴⁷ Feijoo, op. cit., página 8.

agravante de reincidencia, difícilmente podrían explicar su influencia en el proceso de individualización desde un enfoque puramente orientado a la visión de la víctima.

La otra crítica formulada por Feijoo, emana precisamente de la posición de las anteriores teorías ya revisadas, esto es, se estima necesario para la individualización de la pena, o sea, fijar su medida, vincular ésta a un fin, pues en su concepto la individualización “*no deja de ser una concreción de la teoría de los fines o de los criterios generales de legitimación de pena*”⁴⁸.

Sin embargo el citado autor reconoce aspectos positivos en esta formulación para la individualización judicial de la pena. El primero, el hecho de establecer una vinculación entre la teoría de la determinación de la pena con la teoría del delito, en cuanto “*los mismos criterios que sirven para decidir si se impone pena o no*” sirven para establecer los factores para graduar la pena, referidos al injusto y la culpabilidad⁴⁹.

Según Hörnle, lo anterior permitiría eliminar factores no vinculados al delito concreto e identificar los factores en cada caso concreto que permitan realizar el disvalor del hecho –en esto se aprecia la tendencia hacia la perspectiva de la víctima-. Citada por Feijoo, la autora alemana indica que la orientación a la teoría del delito primero facilita la fundamentación de la inclusión de un factor a considerar en la graduación de la pena; segundo, permite la normativización de esos factores; y, tercero, aprovecha el desarrollo alcanzado por la teoría del delito⁵⁰.

El segundo aspecto que Feijoo rescata de esta teoría⁵¹, es la separación que se hace de los criterios preventivos especiales que tienen influencia en la decisión sobre sustitución y suspensión de la pena, más no en su graduación, ámbito reservado al injusto y la culpabilidad. Recordemos la división que tomamos de Demetrio Crespo, referida a la individualización judicial de la pena *lato sensu* y *stricto sensu*. Como el

⁴⁸ ibídem.

⁴⁹ Feijoo, op. cit., página 9.

⁵⁰ Hörnle, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*; citada por Feijoo, op. cit., página 9.

⁵¹ Feijoo, op. cit., página 10 y 11.

mismo autor refiere, y podemos comprobar volviendo un poco atrás en nuestro trabajo, esto ya fue esbozado por la teoría del valor relativo (*Stellenwerttheorie*). La individualización judicial *lato sensu* permite la intervención de los fines de la pena, en el caso prevención especial positiva, exclusivamente en esa etapa, lo que permitiría que la decisión sobre la cuantía de la pena se realizara en base a factores vinculados únicamente con el hecho y la culpabilidad.

Volviendo atrás, refiriéndonos a la ventaja que significaría la vinculación de la teoría de la individualización de la pena con la teoría del delito, el asunto también ha sido analizado por Jesús-María Silva Sánchez, quien considera que el desarrollo disímil entre ambas teorías, se debe precisamente a que la primera no se vinculó con la segunda, sino con la teoría de la pena, aceptándose a lo más que factores relacionados al hecho delictivo juzgado actuarán en conjunto con factores retributivos o preventivos⁵². Esto en su concepto produce una situación difusa, en la cual se mezclan consideraciones referidas al hecho, con consideraciones político criminales sobre hecho o autor -fines de la pena- lo que generaría en la praxis judicial la inexistencia de una guía metodológica clara que permita fundar las decisiones y diferenciar los casos, asignando mayor o menor pena, constituyéndose en un espacio de discrecionalidad y en el peor de los casos de la arbitrariedad⁵³.

Indica el autor que el juez realiza una política criminal al individualizar la pena, pero ella no debe ser directa -buscando al graduarla la consecución de los fines del derecho penal-, sino que debe canalizarse de modo de manifestarse como “*la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito*”⁵⁴, todo ello en base a considerar que el tipo penal abstracto abarca elementos que pueden subdividirse en otros tantos marcos detallados que importan una graduación diferente de culpabilidad, injusto y punibilidad, por lo que el juez debe traducir ello en una pena determinada, constituyéndose la individualización de la pena en la “*determinación del*

⁵² SILVA Sánchez, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2007: 1-15, abril 2007, página 3.

⁵³ Silva Sánchez, op. cit., página 4.

⁵⁴ Silva Sánchez, op. cit., página 5.

*exacto contenido delictivo del hecho, así el juez por causas dogmáticos realiza política criminal.*⁵⁵.

Sin embargo el autor no propugna dejar de lado consideraciones preventivas, pues las categorías dogmáticas a considerar deben ser “*reconstruidas en clave político criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal*”, esto es, la teoría del delito se entiende como un sistema de reglas de decisión sobre merecimiento y necesidad de pena, y la teoría de la determinación de la pena como sistema de reglas de establecimiento sobre quantum de merecimiento y necesidad político criminal de pena⁵⁶.

Pese a que el autor manifiesta que sistematizar lo anterior al detalle resulta sumamente complejo pues depende por un lado del concepto material de delito que se adopte, la traducción de éste en criterios valorativos de ordenación, el establecimiento de niveles de análisis dentro de cada categoría sistemática y la cuantificación de las variables fácticas, examinadas desde las perspectivas de análisis de cada categoría sistemática y a la luz de los criterios valorativos de ordenación, considera que ello no constituye óbice para el inicio de un proceso de sistematización para reducir el margen de arbitrariedad en las decisiones. Precisa el autor que esta concepción no se vincula con una concepción retributiva pues indica que cualquiera sea el paradigma – retributivo o preventivo, naturalista o normativista- “*los postulados político-criminales deben llegar al juez en forma de enunciados dogmáticos,*” aunque ello influye en que se extraigan diferentes criterios de ordenación y valoración, según sea el punto de partida⁵⁷.

Depende según el autor, al ser la individualización de la pena cuantificación de la teoría del delito, de las categoría de injusto objetivo –acción y resultado-, injusto subjetivo –dolo y culpa-, y de la culpabilidad. Nuevamente aquí se está sujeto al

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Silva Sánchez, op. cit., página 6.

⁵⁷ Silva Sánchez, op. cit., página 8.

concepto que de cada una de estas categorías se parta, por ende los criterios y su relevancia serán diversos.

Concluyendo, propone las siguientes bases para una sistemática de la individualización judicial: a) Perseguir como fin la elaboración de una escala dentro de cada tipo que de cuenta de acuerdo a su gravedad, de las distintas formas en que puede realizarse; b) Establecer los criterios de valoración u ordenación de los casos, para con ello elaborar los subtipos antes señalados; c) Construir los criterios de valoración desde dos perspectivas, una estructural, donde cada criterio examina los casos desde un nivel de análisis, y otra de contenido, examen de los casos por el criterio desde las concepciones de la teoría del delito de la que se origina; d) Aplicación sistemática de los criterios de valoración para obtener un esquema de análisis de casos que permita a su vez su cuantificación, asignando a cada uno valores, idealmente numéricos. Hace expresa advertencia el autor de que esta cuantificación no se traduce en medidas exactas de pena, sólo aproximadas⁵⁸.

Se presenta, según el autor, aún como algo a determinar si sería posible compensar valores numéricos a criterios de distintos niveles⁵⁹.

C.5.- La maximización de la no desocialización.

Analizando la ley española, que sostiene la individualización de la pena en base a los criterios de gravedad del hecho y circunstancias personales del delincuente, Demetrio Crespo plantea que ello constituye una antinomia entre retribución y prevención especial. Lo anterior se explica, pues el criterio de gravedad del hecho es

⁵⁸ Silva Sánchez, op. cit., página 10.

⁵⁹ Silva Sánchez, op. cit., página 9 y 10. Un ejemplo de su escala, dado por él en el artículo citado (página 11) podría aclarar esta compleja proposición. Así a modo ejemplar que hemos seleccionado, menciona una categoría, que divide de la siguiente forma: Imputación objetiva: intención y grados de conocimiento, que se subdivide en ocho criterios: 1) Intención más conocimiento seguro; 2) Intención más conocimiento probable (con distintos grados); 3) Intención; 4) Conocimiento seguro; 5) conocimiento de lo probable (con distintos grados); 6) conocimiento de lo posible; 7) desconocimiento vencible; 8) desconocimiento invencible. Clasificando los casos en cada una de estas categorías, resultan de mayor o menor gravedad en comparación a otro, y ello se traduciría en cuantificación.

una exigencia de proporcionalidad vinculada al principio de culpabilidad por el hecho. Por otro lado, las circunstancias personales del autor, aluden a consideraciones de prevención especial positiva. Dado que puede a su vez existir más de una pena adecuada a la gravedad del hecho, pero siendo a su juicio la culpabilidad el límite (no el fundamento) a la imposición de la sanción, debe, entre sanciones adecuadas a la gravedad del hecho, perseguirse aquella que se avenga con la prevención especial, maximizando el fin de la no desocialización del reo, y en la medida posible persiguiendo la máxima resocialización⁶⁰. Se reconoce de este modo que la privación de libertad juega contra la resocialización, de allí la necesidad de limitarla evitando al máximo sus efectos.

Esta postura tiene influencia manifiesta para analizar el criterio de idoneidad de la sanción en la LRPA, como veremos.

C.6. El concepto de culpabilidad en la determinación de la pena:

Como ya lo observaba Silva Sánchez, uno de los inconvenientes de cualquier teoría de la determinación e individualización de la pena que parta o tome en consideración elementos de la teoría del delito, es que respecto de los mismos no existe un absoluto consenso en la doctrina, sin perjuicio de posiciones mayoritarias. Lo anterior se ve particularmente reflejado en el concepto de culpabilidad. Hemos observado que se pretende arribar a una individualización de la pena adecuada a la culpabilidad, o en su caso, como concreción de fines siempre limitados por la culpabilidad, según la posición que se adopte. Pero esta pretensión choca siempre con el diverso contenido que cada autor, de acuerdo a su posición dogmática, da al concepto de culpabilidad como presupuesto del delito, pudiendo distinguirse varias posiciones, y además, la falta de acuerdo en cómo graduarla, lo que aplicado al asunto en estudio implica necesariamente puntos de vista distintos al abordar la problemática de la individualización de la pena, elección de factores o criterios distintos, valoraciones y límites diversos, y en definitiva, probablemente soluciones y resultados distintos.

⁶⁰ Demetrio Crespo, op. cit., página 357 y 358.

Así, Ziffer indica que el concepto de culpabilidad se ha vuelto inidóneo para servir de límite a las teorías preventivas de la pena –utilitarias- particularmente porque se entiende que la culpabilidad no podría ser a la vez fundamento y presupuesto de la imposición de la pena, y por otro lado, límite de la misma. La misma autora señala que el *principio de culpabilidad* cumpliría básicamente como funciones fundamentar la punibilidad –presupuesto- junto con tipicidad y antijuridicidad, establecer una relación de congruencia entre ilícito y culpabilidad, de modo que los elementos del primero se reflejen en la segunda; y determinar la adecuación proporcional de la pena a la culpabilidad. A su juicio estas funciones no pueden cumplirse si sólo existe un acuerdo formal en cuanto a la existencia de este principio, pero no de fondo en cuanto al contenido del mismo⁶¹.

Pueden de hecho distinguirse diversas concepciones de la culpabilidad.

Una primera distinción que puede hacerse es respecto de los conceptos de culpabilidad cuya base se busca en el libre albedrío, reprochabilidad personal, por haber decidido la realización del delito teniendo la libertad de no hacerlo, en contraposición a las concepciones de reproche o responsabilización social por la conducta⁶².

También existe discusión sobre el contenido del juicio de culpabilidad, admitiéndose fundamentalmente la culpabilidad por el hecho, pero sin que se dejen de considerar algunos factores referidos a conducción de vida y carácter (punición de autores emocionales o imprudencia)⁶³.

Por otro lado se critica la vinculación del concepto de culpabilidad con la retribución, llevada al máximo a través de la prevención general positiva -vigencia del

⁶¹ Ziffer, op. cit., página 60.

⁶² GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. 4 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Vol.II., página 257; Ziffer, op. cit., página 61.

⁶³ Ziffer, op. cit., página 61 y 62. Por otro lado se plantea la crítica a la imprecisión de conceptos como “reprochabilidad”, “posibilidad de actuar de otro modo”, etc.

derecho- que implicaría que en casos en que sea innecesario socialmente se impondría igualmente pena⁶⁴.

Como plantea la autora, la influencia de la política criminal en forma de teorías preventivas de la pena, es decisiva para dejar de lado una concepción de la culpabilidad basada en la libertad individual, pues ello podría mermar su eficacia, por lo que se opta por un concepto de reproche social de culpabilidad⁶⁵.

En la práctica, de esta situación se derivan dos posiciones: una que pretende mantener separado el concepto de culpabilidad y prevención, precisamente para que la primera se constituya como límite a la segunda, y otra, que indica que la separación total de dichos conceptos no es posible, pues la pena justa no está desprovista de elementos preventivos, de utilidad social, lo que se revela en que criterios que forman parte del concepto de culpabilidad no se refieren al reproche a un autor concreto, sino que se construyen en base a generalizaciones o situaciones promedio, por ejemplo "hombre medio"⁶⁶.

Pueden distinguirse diversas teorías preventivas en este tema, por ejemplo culpabilidad y responsabilidad de Roxin, o culpabilidad como derivado de la prevención general positiva de Jakobs; cuyo estudio y crítica no profundizaremos aquí⁶⁷, pues tomaremos el concepto clásico y mayoritario en la doctrina nacional para referirnos a la culpabilidad, esto es "*reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho*"⁶⁸, propio de nuestro sistema, que incluye como sus elementos la imputabilidad, conciencia de la ilicitud y exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Ziffer, op. cit., página 64 y 65.

⁶⁶ Ziffer, op. cit., página 65. Citando a Streng, que realizó un estudio sobre las decisiones judiciales y los factores que influyen en la desigualdad de aplicación de penas, concluye que la indefinición del concepto de culpabilidad influye, pues las valoraciones personales de los jueces se reflejan en las decisiones.

⁶⁷ En profundidad plantea este tema Ziffer, op. cit., página 67 y ss.

⁶⁸ Cury, op. cit., página 385. En el mismo sentido Garrido Montt, op. cit., vol. II, página 254; Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., página 243.

CAPÍTULO II.- FUENTES LEGALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

A.- Antecedentes.

Si queremos abordar el tema de la individualización judicial de la pena en materia de adolescentes, no podemos dejar de estudiar su marco jurídico propio, ya que se trata de un sistema especial.

La legislación nacional en materia de infancia anterior al advenimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CDN), se construía sobre la base de la intervención de la infancia en situación irregular, constituyéndose la ley de menores vigente desde 1928 en la concretización de este punto de vista, que enfatizaba el uso de medidas de protección en casos de situación irregular y abarcaba un amplio marco de situaciones, circunstancias, estados y necesidades de los menores, desde maltrato, pobreza, abandono, hasta conflictos con la ley de parte de niños y jóvenes, esto es, “delincuencia juvenil”.

Este punto de vista entró en contradicción con el avance de la comunidad internacional en materia de derechos humanos, y en particular los referidos específicamente a la niñez, que se materializó normativamente en la CDN que instauró un sistema distinto, ya no basado en la acción tutelar y de protección en base a la situación irregular, sino que sobre el reconocimiento, respeto, promoción y protección de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, explícitamente reconocidos en la CDN y en los demás instrumentos internacionales referidos a la materia emanados de la comunidad internacional.

La contradicción entre la normativa vigente a la fecha y la incorporada mediante la aprobación de este tratado, hizo insoslayable la necesidad de ajuste y reforma de las leyes, entre ellas la referida a la responsabilidad penal adolescente.

Sin duda esta normativa tiene influencia decisiva en la estructuración de la LRPA y en la interpretación de la misma. Consideramos necesario estudiar algunos de sus aspectos que a nuestro juicio deben ser considerados a la hora de individualizar la pena o sanción, es por ello que primero los esbozaremos y al final de este capítulo haremos una síntesis de ellos.

B.- Normativa internacional: Convención de los Derechos del Niño, Reglas de Beijing y otros instrumentos.

B.1. La Convención de los derechos del niño (CDN):

Aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Chile, promulgada en agosto de 1990 y publicada el 27 de septiembre del mismo año, constituye el más importante tratado vigente en materia de derechos de la niñez y se encuentra plenamente incorporado a nuestra legislación. No nos referiremos al extenso catálogo de derechos y garantías que consagra, pero para los efectos de nuestro trabajo destacaremos lo que, a nuestro juicio, tiene decisiva influencia a la hora de interpretar las normas de determinación de sanciones y particularmente los criterios de individualización judicial de la misma contenidos en el artículo 24 LRPA. Además, deberá tenerse presente que dichas normas deben ajustarse en su aplicación a las ideas matrices y al contenido valorativo propio de la CDN, estimando entonces que, en tal sentido, no existe neutralidad al interpretar estas normas.

Protege el artículo 2° de la CDN al niño contra toda forma de discriminación, asegurando la protección de sus derechos sin distinción y protegiéndoles de castigos basados en discriminaciones⁶⁹.

⁶⁹ Artículo 2 CDN: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición,

El artículo 3.1 se refiere expresamente a la consideración que en las decisiones referidas a los niños se debe dar a su interés superior⁷⁰.

En el artículo 37, letras a), b), c) y d) se consagran las garantías de proscripción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, pena capital y presidio perpetuo, se establece la privación de libertad como medida de último recurso y por el plazo más breve posible, el principio de separación de los adultos y de impugnar la privación de libertad, entre otros⁷¹.

Por último, el artículo 40 de la CDN establece una serie de derechos y garantías penales y procesales en relación a los niños y adolescentes. En el 40.1 establece el tratamiento que debe darse al niño sujeto a imputación, acusación o condena penal: “1. *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*

las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

⁷⁰ Artículo 3.1 CDN: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

⁷¹ Artículo 37 CDN: Los Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

Esta norma tiene un valor sistemático fundamental a la hora de interpretar las normas de individualización de la pena de la LRPA y para llevar a cabo dicha labor judicial, pues refiere expresamente las finalidades de la intervención penal respecto de los menores, desde donde ya se recoge el concepto de responsabilización y reinserción, esto es, fines de la pena.

A modo de concreción de lo anterior, el artículo 40.2 detalla ciertos derechos, a saber: legalidad (40.2.a), presunción de inocencia, información y asistencia jurídica, juez natural, proceso breve, derecho a guardar silencio y participar en el juicio, derecho al recurso, derecho a intérprete, respeto a la vida privada (40.2.b.)

Este artículo reconoce además el derecho a instituciones y procedimientos especiales para los adolescentes, el establecimiento de una edad mínima de presunción de inimputabilidad penal, y el principio de intervención mínima sin procedimientos judiciales (art. 40.3.) Por último, el artículo 40.4 establece la diversificación de sanciones y medidas que garanticen la no utilización de la privación de libertad y la relación de proporcionalidad entre circunstancias del adolescente y la infracción⁷².

⁷² Artículo 40.3.: Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Artículo 40.4: Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

B.2.- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing):

Las Reglas de Beijing (1985) constituyen otro sustento normativo para la aplicación de la LRPA y por ende de lo que nos interesa, la individualización judicial de la pena. Estas reglas, si bien no constituyen un tratado, son aplicables desde que constituyen recomendaciones y orientaciones de la comunidad internacional organizada –que integra nuestro país- y pasan a formar parte del universo normativo de derechos fundamentales, en el caso de la niñez y adolescencia, consolidándose también como un criterio interpretativo, al ser una fuente de la propia CDN.

Estas reglas -en lo que nos convoca- son de particular interés en ciertos puntos. En efecto, la regla 5⁷³, contenida en los principios generales, apunta al objetivo de la justicia de menores, destacando la búsqueda del bienestar de éstos y la respuesta proporcionada a sus circunstancias personales y las del delito.

Por otro lado, la regla 16 enfatiza la necesidad de profundizar en la toma de consideración de las circunstancias personales del menor para facilitar una decisión justa, a través de los informes pertinentes, del todo relevantes al momento de individualizar la pena⁷⁴.

Por su parte la regla 17 referida a “*Principios rectores de la sentencia y la resolución*”, reitera la recomendación de dar respuesta proporcionada a la gravedad del delito y circunstancias del menor, sumando las necesidades de la sociedad como factor a considerar; enfatiza nuevamente la brevedad y excepcionalidad de la restricción de la libertad, vinculando la privación de la misma a los casos más serios, a saber, aquellos

⁷³ Regla 5. Objetivos de la justicia de menores: 5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

⁷⁴ Regla 16. Informes sobre investigaciones sociales. 16.1 Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito.

en que exista violencia contra las personas o reiteración de delitos de gravedad; y la consideración del bienestar del menor⁷⁵.

Para canalizar lo anterior, la regla 18 prescribe la necesidad de contar con una amplia gama de sanciones o medidas de menor intensidad, que eviten la privación de libertad, como también ligado a ello, la excepcionalidad de la sustracción del menor del ámbito de supervisión de sus padres⁷⁶.

B.3.- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD):

Este instrumento internacional, dirige recomendaciones a los Estados miembros en relación a la prevención de la delincuencia juvenil, en el marco global de la

⁷⁵ Regla 17. Principios rectores de la sentencia y la resolución. 17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

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

17.3 Los menores no serán sancionados con penas corporales.

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

⁷⁶ Regla 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 órdenes pertinentes.

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.

normativa de derechos fundamentales, destacándose directrices de importancia para el tema de la individualización judicial de la pena. En los principios fundamentales, establece la directriz 4 que: *“En la aplicación de las presentes Directrices y de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, los programas preventivos deben centrarse en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia.”* Agrega más adelante, la necesidad de evitar la criminalización por conductas que no sean graves, la protección del bienestar de los jóvenes, el reconocimiento de que la conducta no ajustada a ley de éstos es una característica de su etapa de maduración y tiende a desaparecer espontáneamente, la proscripción de castigos o correcciones severas o degradantes, todo ello como concreción expresa del principio de mínima intervención penal.

B.4.- Otros instrumentos internacionales.

B.4.1.- La Convención Americana sobre derechos humanos: Si bien no es una normativa referida en específico a la niñez, todo su estatuto, aplicable a las personas en general, protege también a los niños, y para el caso de la ley penal, asienta el derecho a la integridad personal y a la libertad personal, establece garantías judiciales y el respeto al principio de legalidad y la igualdad ante la ley, etc. No obstante, contiene normas particulares referidas a la infancia, a saber, artículo 19 que dispone: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de la familia, de la sociedad y del Estado.”*

B.4.2.- El Pacto internacional de derechos civiles y políticos: Igual al caso anterior, sus normas resultan aplicables a todo individuo, incluidos los niños y adolescentes y disponen específicamente en su caso, en el artículo 10.3, la especialidad del tratamiento a menores en el régimen penitenciario; en el 14.4, la circunstancia de buscar la readaptación social -fines de resocialización-; y, en el artículo 24.1, el derecho a la no discriminación en la protección del Estado.

C.- Normativa nacional: Ley 20.084, historia.

Luego de revisar someramente la normativa internacional que consagra los diversos derechos fundamentales de la niñez que pudieren incidir en el proceso de individualización de la pena, nos abocaremos a la legislación nacional. Ésta resulta ser tributaria de la primera, pues la necesidad de ajustar la normativa nacional a los tratados y demás instrumentos internacionales en materia de niñez y adolescencia, y a nuestra propia Constitución, derivó en la iniciativa del ejecutivo y posterior trabajo legislativo materializado en una ley, que dio forma y sustento normativo a la responsabilidad penal por infracciones penales cometidas por adolescentes.

El sistema tutelar de la justicia penal de menores, claramente había sido ya superado por la realidad y la evidencia irrefutable de violación de garantías subyacente al sistema. El mensaje del ejecutivo que inició la discusión de la LRPA, se refirió expresamente a dicho estado de cosas, como una justificación de la necesidad de cambio⁷⁷.

Lo anterior implicaba no sólo la necesidad de crear todo un sistema especial - procesal, penal, penitenciario- que reemplazara al criticado y obsoleto modelo vigente en Chile, por un lado basado en la declaración de discernimiento y la aplicación de penas de adultos, desconociendo las diferencias proclamadas por los diversos instrumentos internacionales referidos al tema, y por otro lado, basado en medidas de protección que bajo una supuesta ayuda a los menores, lejos del ámbito de las garantías penales, vulneraba sus derechos⁷⁸.

⁷⁷ Así, se señaló: “JUSTIFICACIÓN. El Gobierno se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales”. HISTORIA de la ley N°20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Diciembre 2005, 1207p, página 5.

⁷⁸ El mensaje presidencial del proyecto describe la situación certeramente: “La informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, ha permitido el surgimiento de un sistema punitivo/tutelar, que no se somete a los controles constitucionales propios del sistema penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales. Procesos sin forma de juicio; aplicación de medidas sin participación de abogados defensores y dictadas por tiempo indeterminado; sanciones privativas de libertad que vulneran el principio de legalidad a través de la utilización de fórmulas

Bajo este panorama general de crisis y reforma del sistema, uno de los temas a abordar ineludiblemente era el relativo a las sanciones y su finalidad, y consecuentemente, la forma en que serían determinadas. Sobre la finalidad, el mensaje presidencial ya indicaba que: *“Las más recientes tendencias y recomendaciones de organizaciones internacionales señalan que para prevenir el aumento de la delincuencia de los adolescentes es conveniente combinar un sistema que responsabilice a los adolescentes por los actos delictivos a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos.”*⁷⁹ Más adelante complementa la idea de responsabilización y penas o sanciones proporcionales, con funciones preventivas y de socialización: *“la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, unen a su carácter explícitamente sancionatorio, las funciones responsabilizadora y preventiva en un marco de respeto y resguardo de su desarrollo e integración social...”*⁸⁰, agregando que: *“Las respuestas penales contenidas en esta ley tienen por finalidad, precisamente, sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social. En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora.”*⁸¹

Notamos que se esboza ya el concepto de responsabilización y resocialización como finalidades de las sanciones. En cuanto a la determinación o individualización de la sanción el ejecutivo indicaba que el proyecto: *“deja al Juez un razonable grado de libertad para imponer la sanción más adecuada para el caso concreto, no*

abiertas como la irregularidad, los desajustes conductuales o el peligro material o moral, son algunos ejemplos que demuestran que las leyes de menores adolecen de serias deficiencias para garantizar los derechos de los niños y adolescentes. Se da la inconsecuencia que el sistema especial de menores, nacido para proteger los derechos de los niños, ha terminado por desmedrar su posición jurídica, situación que se ha hecho aún más evidente a partir del perfeccionamiento de la justicia penal de adultos con la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento penal.” Historia..., op. cit., páginas 6 y 7.

⁷⁹ Historia..., op. cit., página 7.

⁸⁰ Historia..., op. cit., página 8.

⁸¹ Historia..., op. cit., página 13.

*encontrándose obligado a aplicar la privación de libertad y pudiendo fijar su duración o cuantía dentro de los límites legales. El Juez siempre deberá determinar la sanción, su duración o cuantía, eliminándose así toda posibilidad de sanciones indeterminadas*⁸². Y adelanta ciertos criterios para definir la sanción: *“La Ley... establece como criterios que el Juez considerará para determinar la sanción a imponer su duración y cuantía, el número de infracciones, la gravedad de ellas y la edad del imputado, así como la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.”*⁸³

Aquí nos acercamos al tema en estudio, pues se establece expresamente la necesidad de que el juez tenga un ámbito de flexibilidad que le permita decidir la sanción adecuada al caso concreto.

Materializando lo anterior, el proyecto propuso los siguientes criterios a considerar por el juez:

“Artículo 20.- Determinación de la pena. *Para determinar las sanciones, así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez deberá considerar:*

- 1. El número de infracciones cometidas;*
- 2. La edad del adolescente infractor; y*
- 3. La proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la o las infracciones cometidas y la severidad de la sanción. Para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, si ésta corresponde a una infracción de las que señala el art. 6 de esta ley. Además, el tribunal deberá considerar:*
 - a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción;*
 - b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;*
 - c) La concurrencia de circunstancias que, conforme a la legislación penal, den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación a la infracción a la ley penal que se le imputa; y*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Historia...*, op. cit., página 14.

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

4. Para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez deberá considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del presente artículo.

En caso alguno podrá imponerse una sanción separada para cada infracción, debiendo darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales.⁸⁴

Esta norma pasó sin mayores modificaciones la Comisión de Constitución, legislación y justicia de la Cámara de Diputados, y la discusión en sala. En el segundo informe de la comisión aludida se le hicieron ciertas modificaciones, siendo importante la inclusión de nuevo criterio para establecer la gravedad de la infracción, a saber, la extensión del mal causado, además de la posibilidad de apreciar circunstancias atenuantes análogas a las del Código penal, junto al establecimiento de una regla mediante la cual la sanción de un adolescente no podía superar en dos tercios la sanción que en el mismo caso le correspondería a un adulto⁸⁵.

Esta artículo -que sin modificaciones fue enviada a segundo trámite constitucional, al Senado-, destacaba por la inclusión de varias ideas: 1) decisión judicial sobre naturaleza de sanción y extensión en base a criterios legales expresos; 2) criterio explícito de proporcionalidad entre gravedad de hecho y pena; 3) criterios no taxativos en cuanto a la inclusión y apreciación de circunstancias modificatorias atenuantes, otorgando mayor flexibilidad a la decisión judicial; 4) establecimiento de una regla de proporcionalidad y límite comparativo entre adolescente y adulto.

⁸⁴ Historia..., op. cit., página 20.

⁸⁵ Historia..., op. cit., páginas 297 a 299.

Es en el segundo informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado en el que se acordó reestructurar toda la normativa referida a la determinación de las sanciones, surgiendo el artículo 24, como lo conocemos hoy:

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

- a) La gravedad del ilícito de que se trate;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) La edad del adolescente infractor;
- e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
- f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”⁸⁶

Esta redacción no fue modificada, convirtiéndose en ley, y es el texto definitivo que motiva nuestro estudio sobre la individualización judicial de la pena.

Podemos apreciar un cambio evidente en relación al original proyecto, eliminándose lamentablemente disposiciones expresas referidas a la proporcionalidad, la forma de calificar la gravedad del hecho, y la posibilidad de considerar atenuantes diversas a las señaladas en el Código penal u otras leyes, lo que constituía una herramienta útil para valorar de mejor forma las circunstancias especiales del caso concreto por el juez.

D.- Principios aplicables en materia de individualización de la pena.

⁸⁶ Historia..., op. cit., páginas 671 a 675.

El precedente estudio de las fuentes en materia de derechos del niño y de la responsabilidad penal adolescente tiene un sentido bien definido, cual es identificar los principios que informan, guían e influyen de manera determinante en la interpretación y aplicación por cualquier operador de las normas referidas a la niñez, entre ellas la responsabilidad penal adolescente, cuestión que incluye la individualización judicial de la pena.

En tal sentido, tomamos como base la idea de que la niñez y la adolescencia tienen un estatuto jurídico especial y reforzado, dado por la normativa que consagra derechos fundamentales específicos de la niñez, junto a la que establece otros tantos respecto de toda persona humana, que se integran a las disposiciones constitucionales y legales internas, lo que configura un todo normativo que debe, en los casos concretos, ser aplicado e interpretado bajo la guía del principio *pro homine*, con mayor amplitud en casos de protección y, a la inversa, con restricción en casos de suspensión, limitación o supresión de derechos.

Es por ello que identificamos características del sistema de protección de los derechos de niños y adolescentes, y además, principios que a nuestro juicio tendrán una influencia manifiesta en el correcto entendimiento de la norma sobre individualización de la pena de la LRPA -artículo 24- y en la labor misma del juez, que pasaremos a revisar.

D.1. Adolescente sujeto de derechos:

Ya revisamos que la CDN reconoce al niño y adolescente como sujeto de derechos y no objeto de los mismos. Las relaciones del niño con los padres y Estado pasa de su consideración de incapacidad al reconocimiento de una persona sujeto de derechos, una forma especial de ser persona, distinta pero de igual valor que la adultez, dotada de una protección adicional a la de cualquier persona por su condición de desarrollo⁸⁷. La igualdad ante la ley obliga al tratamiento igualitario en el

⁸⁷ CILLERO, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. En: Infancia, Ediciones Instituto Interamericano del Niño, Montevideo. 1998, página 4.

reconocimiento de su calidad de personas, pero adicionándoles otros derechos propios de su particular etapa de vida.

Lo anterior implica que sus derechos constituyen un límite a la intervención estatal, y por ende al individualizar la pena el juez debe abstenerse de cualquier resabio tutelar o proteccionista, como asimismo considerar que le compete algún nivel de titularidad de los derechos del adolescente que le permita restringirlos a través de la sanción, so pretexto que ello resulte conveniente para él.

Esto es sin perjuicio de la forma en que el adolescente ejerce estos derechos, pues eso se relaciona con el principio de autonomía progresiva –que revisaremos más adelante- y por ahora, en este contexto, nos ubicamos únicamente en la etapa de reconocimiento de derechos que constituyen un escudo ante cualquier intervención, entre ellas la penal.

Al individualizar la pena el juez debe tener claro que se aplicará a una persona titular de diversos derechos, cuestión que lo obligará a fundar la restricción de los mismos en razones estrictamente legales y en el marco de una interpretación que maximice su ejercicio y vigencia.

Este reconocimiento como sujeto de derechos se liga con la posibilidad de hacerlos responsables por sus actos, pero teniendo en cuenta su desarrollo incompleto, lo que obliga a que, asumiendo el carácter sancionatorio implícito que conlleva hacer efectiva esa responsabilidad, se tomen los resguardos para acotar las consecuencias que la sanción tiene y proteger el desarrollo futuro del adolescente.

D.2. Interés superior del niño y adolescente:

Como vimos, la CDN consagra en su artículo 3.1 el principio obligatorio para todas las autoridades, incluidos los jueces, de considerar primordialmente y en cualquier decisión que lo atañe, el interés superior del niño.

Este principio tiene una antigua data en la legislación referida a los niños y adolescentes. Bajo la vigencia de la antiguo enfoque de los niños como objeto de derechos, de protección y tutela por las autoridades, en base a un interés colectivo en su bienestar, implicó una visión paternalista, jurídicamente difusa, discrecional, y se tornó inoperante para limitar la intervención estatal y particularmente, en lo que nos convoca, a las medidas de control social, ampliando su utilización.

Entonces, el sistema se basaba en que la autoridad -juez, órganos administrativos, padres, etc.- determinaba, mediante el ejercicio de sus potestades sobre el niño –objeto y no sujeto de derechos-, cuál era su interés al decidir cada caso o situación bajo su ámbito de atribuciones⁸⁸.

Con el advenimiento de la CDN la situación varió, pues este tratado reconoció a los adolescentes como sujetos de derechos, y consagró expresamente un catálogo de éstos, no sólo como meras declaraciones, sino para obligar a su respeto, promoción y satisfacción por las autoridades, asegurando el ejercicio de los mismos por sus titulares en el marco de una autonomía progresiva, atendida su particular posición dentro de la sociedad.

Siguiendo a Cillero, al mantenerse el principio de interés superior en la CDN, se hace obligatorio darle un nuevo contenido, pues el basado en potestades resulta incompatible con su calidad de sujeto de derechos que emanan de su condición de persona. Así el autor, en base a lo anterior, propone entender el interés superior del niño como “*la plena satisfacción de sus derechos*”, cuestión que implica reconocer que los mismos limitan a las autoridades y les imponen perentoriamente su satisfacción, respeto y consideración primordial en cualquier decisión que los afecte⁸⁹. Lo anterior

⁸⁸ Abundante bibliografía existe al respecto de esta situación, en Chile y Latinoamérica. Por todos GARCÍA Méndez, Emilio. *Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia*. 2 ed. México D. F, Fontamara, 2001.

⁸⁹ CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 9: 125-142, agosto 2007, página 134. También se encuentra presente esta idea en *Infancia, autonomía y derechos...*, op. cit., página 8; y en CILLERO, Miguel. La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 7: 97-103, septiembre 2005, página 98.

quiere decir que el interés superior del niño no es otro que satisfacer, en el mayor grado posible, los derechos del niño en el caso concreto sometido a decisión, derechos que emanan de toda la legislación que los consagra, tanto en su calidad de niños como de personas en general. Esta visión, deja atrás cualquier consideración relativa al interés superior del niño basada en consideraciones personales o extrajurídicas del juez respecto de lo conveniente o inconveniente para el desarrollo y bienestar de ese niño. Su interés, bienestar y desarrollo está dado por el respeto y satisfacción a sus concretos derechos, no a otra cosa. Esta es, además, la tesis que expresamente sigue nuestra legislación, al señalar el artículo 2° de la ley 20.084, que la consideración al interés superior del niño “*se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos*”, y luego en el inciso 2° al referir explícitamente a toda la normativa nacional e internacional que consagra los derechos fundamentales de los adolescentes.

Continuado con el razonamiento del mismo autor⁹⁰, se reconoce a este principio una función interpretativa o hermenéutica, al considerar el carácter integral de los derechos bajo una interpretación sistemática o de conjunto, que permite resolver conflictos de colisión derechos –como la propia CDN propone en normas como el artículo 9 o 37⁹¹- llenar vacíos legales, propender a la reforma legal y evaluar las políticas públicas de infancia.

Este principio se aplica en todos los ámbitos de decisión, y por ende también en la individualización judicial de la pena, bajo los parámetros de integralidad, esto es, satisfacción simultánea de derechos, y de máxima operatividad y mínima restricción de éstos, lo que exige una visión de conjunto de todos los derechos del niño o adolescente involucrados en una situación concreta⁹².

El juez penal frente a la individualización de una sanción concreta a un adolescente, debiese interpretar cada uno de los criterios establecidos en la norma

⁹⁰ Cillero, Miguel, El interés superior..., op. cit., página 137.

⁹¹ Un caso planteado al respecto en Chile, es el de la carencia en secciones juveniles de centro penitenciarios de escuela (acceso a la educación), que ha motivado decisiones de asistencia conjunta con adultos para garantizar dicho derecho.

⁹² Cillero, Miguel, El interés superior..., op. cit., página 139.

pertinente -artículo 24 LRPA- de tal manera que puedan ser aplicados asegurando el respeto y protección de sus derechos concretos reconocidos en la legislación. Se expresa la premisa del siguiente modo: el adolescente *tiene derecho* a la mínima intervención penal, a que las sanciones se orienten a su integración social, a que se le prive de libertad sólo en casos calificados, a que se evite separarlo de su familia, a que se tomen en consideración sus circunstancias personales, entre otros, y sólo a modo de ejemplo. Así entonces, al individualizar la sanción el juez siempre deberá considerar todos los criterios del artículo 24 LRPA y fundamentar su influencia en la decisión de manera expresa, perseguir la idoneidad para los fines de integración social, evaluar la privación de libertad como medida de último recurso, evitar la separación del adolescente de su familia, cuidar que la sanción no obstaculice el ejercicio de otros derechos y limite así su desarrollo -educación, salud, esparcimiento- y examinar su responsabilidad penal de manera especial en relación a la de un adulto, etc. De esta forma, se podrá efectivamente decir que se ha tenido en consideración el interés superior del niño al individualizar la pena.

D.3. La autonomía progresiva:

La niñez y la adolescencia son etapas de la vida del ser humano, de su desarrollo, distintas en base al grado de madurez que cada una conlleva. No son equiparables; incluso, dentro de cada una de ellas es posible distinguir otras etapas que requieren aún consideración separada. La misma ley lo reconoce así, trazando una frontera bajo la cual no existe ningún tipo de imputabilidad penal (menores de 14 años de edad) y, por sobre ella, diferenciando tramos de edad que implican consecuencias jurídicas distintas en caso de comisión de infracciones penales, por ejemplo, la exclusión de faltas en el tramo de 14 y 15 años, o la ampliación de los límites máximos de penas privativas de libertad en el tramo de 16 a 17 años y fracción⁹³. Lo anterior, responde lógicamente al reconocimiento de los distintos grados de madurez que se asignan -en general- según la edad de cada individuo.

⁹³ Artículos 1 y 18 de la Ley 20.084, respectivamente.

En esta diferenciación subyace el principio de autonomía progresiva, reconocido por el artículo 5 CDN, que reza: *“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 su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”* Dicha norma lleva implícito el reconocimiento de esta aparente contradicción entre un sujeto de derechos que no está en condiciones de ejercer plenamente los mismos por su grado de inmadurez, dependiendo para dicho ejercicio, de un adulto. La regla entonces es clara, por un lado se establece que el ejercicio de los derechos por el niño es progresivo, acorde a sus facultades, por otro, que los padres o adultos responsables deben orientar y preparar al niño en el ejercicio de sus derechos, y por último que el Estado, a través de su acción, no debe intervenir innecesariamente afectando este deber y responsabilidad de los padres o adultos encargados⁹⁴.

Creemos que este principio resulta relevante en la individualización judicial de la pena, pues el juez al imponer la sanción debe examinar la particular situación del adolescente, ya sea a través del criterio de la edad o de la idoneidad de la sanción, permitiéndole expresar sus necesidades y preferencias, evaluando su nivel de autonomía para decidir sobre sanciones que implican mayor o menor restricción de derechos o la ejecución de actividades o tareas específicas que conlleva⁹⁵, la imposición de sanciones accesorias, menor o mayor intensidad del control (por ejemplo, libertad asistida “simple” o especial), la forma en que los padres o adultos responsables han orientado al joven en su desarrollo y ejercicio de sus derechos, la forma en que el Estado, positiva o negativamente ha intervenido en ese proceso, etc.

D.4. Especialidad del sistema:

⁹⁴ Cillero, Infancia, autonomía y derechos...op. cit., página 5.

⁹⁵ Recuérdese que sanciones como la reparación del daño y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, requieren aceptación expresa del adolescente (ver artículos 10 y 11 de la ley 20.084).

La ley de responsabilidad penal juvenil constituye un sistema especial frente al de adultos. Esto debe ser resaltado porque genera consecuencias en el modo de interpretar sus normas y obviamente a la hora de individualizar la pena.

El Código penal consagra en su artículo 10 que está exento de responsabilidad criminal: “2° *El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil.*” Esto indica que para la ley penal de adultos los adolescentes son inimputables y su responsabilidad se rige enteramente por una legislación diversa. En consecuencia, la responsabilidad penal juvenil no es una responsabilidad penal de adultos atenuada, sino una especial. Si bien esto resulta matizado por el reenvío que la propia ley 20.084 realiza en su texto, al consagrar la supletoriedad del Código penal y leyes penales especiales en lo no previsto por la LRPA –artículo 1° inciso 2°- y en la determinación legal de la pena, remitiendo expresamente a las normas de determinación de la pena del Código punitivo, lo cierto es que aún en dichos casos esas normas deben ser interpretadas y aplicadas desde la perspectiva especial del sujeto al cual están dirigidas, un adolescente.

Esto es obvio desde que existe una serie de derechos y principios garantistas únicamente aplicables a los adolescentes, prescritos por la legislación nacional e internacional, en una suerte de supraprotección adicional a la de su condición de persona⁹⁶, finalidades, procedimientos diversos y sanciones diferentes. En la individualización de la pena, se establecen diversos criterios para la elección de la sanción y su duración, que si bien son derivados de la legislación de adultos, requieren una interpretación y aplicación diversa. Por ejemplo, la influencia que en la individualización de la pena puede tener la concurrencia de una agravante de pluralidad de malhechores o una atenuante de arrebató u obcecación, ¿debe ser valorada de igual forma tratándose de un adolescente que de un adulto? Por lo anteriormente señalado creemos que no, y lo mismo entendemos cuando nos preguntamos sobre la idoneidad de la sanción, sobre la gravedad del hecho desde una

⁹⁶ Cillero, Infancia, autonomía y derechos..., op. cit., páginas 2 y 3.

consideración que atienda a la calidad del infractor, a su grado de participación, a la tentativa del delito, etc.

Propugnamos aquí una valoración general que enfrente la ley penal juvenil atendiendo al sujeto a quien afecta, un adolescente, sin perjuicio de la diferenciación que caso a caso se hará entre estos. Subrayamos aquí la diferencia entre la aplicación de la norma penal al adulto y de la norma penal al joven.

D.5. Privación de libertad como último recurso:

Sobre este principio existen normas expresas que obligan a su consideración. Como ya dijimos, el adolescente tiene derecho a que el juez al individualizar la pena considere la privación de libertad como un último recurso a utilizar, y además por el menor plazo posible, haciendo un análisis exhaustivo y explícito del porqué en el caso se considera necesario, y en caso contrario, agotar las posibilidades que otras medidas ofrecen y que implican una menor merma en los derechos, que siempre se verán afectados con la privación de libertad⁹⁷.

El catálogo de sanciones de la LRPA, y los tramos en los cuales el juez debe elegir la sanción y su duración, incluyen en varios casos penas privativas de libertad, a saber, internación en régimen cerrado y semicerrado, junto con otras penas no privativas de libertad. Por ello el juez al individualizar la pena, en su caso, no sólo tendrá que señalar la razón por la que elige esa sanción privativa de libertad, cómo justifica el uso de ese último recurso, por qué lo hace por ese tiempo determinado y no por uno menor, sino que además deberá fundamentar el porqué descarta las otras medidas no privativas de libertad, o incluso por qué no aplica un régimen semicerrado, que importa una privación de libertad de menor intensidad y opta por el régimen cerrado. Ello impone un deber de fundamentación a que obliga tanto la parte inicial del artículo 24 de la LRPA, como las disposiciones que establecen este principio garantista a favor del adolescente.

⁹⁷ Artículo 37 CDN; regla de Beijing N°17; artículo 26 ley 20.084.

Consideramos que en el caso la argumentación no sólo obliga al juez a una estimación abstracta de los ya conocidos y estudiados efectos desocializadores que la privación de libertad conlleva, sino que también a un examen real y concreto de la forma en que dicha sanción se cumple en la práctica, en los establecimientos penales específicos donde pudiere ser destinada, en relación con las condiciones particulares del adolescente sancionado, a saber, acceso a educación, esparcimiento, capacitación, visitas, contacto con la familia, etc.⁹⁸

D.6. El principio de intervención penal mínima:

En doctrina penal se ha descrito este principio, indicando que esta rama del derecho “*sólo tutela aquellos derechos, libertades, y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo*”⁹⁹. En rigor, se trata de reservar el recurso de la pena estatal para las infracciones a la ley de mayor gravedad, permitiendo que en el resto de los casos operen alternativas de menor costo para las libertades individuales. Este principio surge como consecuencia o síntesis del carácter subsidiario -entendido como *última ratio*- y fragmentario del derecho punitivo¹⁰⁰.

Si la posición mayoritaria en doctrina es extender y destacar estas características tratándose de adultos -que lamentablemente en ocasiones no se ve traducido en el ámbito legislativo-, en el caso de los adolescentes, atendida su condición y los particulares efectos que en su etapa de desarrollo pudiere implicar la imposición de una pena o sanción, con mayor razón este principio tiene una amplia y mayor acogida normativa, consagrándolo expresamente para los adolescentes en

⁹⁸ Un acabado estudio respecto de este principio en COUSO, Jaime. Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de trabajo N°15, junio 2009, 55p.

⁹⁹ MARTOS Núñez, Juan Antonio. El principio de intervención penal mínima. ADPCP, tomo XL (fas.I): 99-134, 1987, página 100.

¹⁰⁰ Sobre el carácter subsidiario y fragmentario del derecho penal, véase Cury, op. cit., página 86 a 89.

diversas disposiciones¹⁰¹, constituyéndose a nuestro juicio en un derecho fundamental frente a la legislación penal. Nuestra LRPA da cuenta de esto en numerosas disposiciones que llaman a la despenalización de diversas conductas, la extensión en la aplicación del principio de oportunidad, la simplificación y rapidez de los procedimientos, el uso de salidas alternativas, la diversificación de sanciones y la inclusión de varias de baja intensidad.

A nuestro juicio, la existencia de una diversificación de sanciones posibles a la hora de aplicar la pena, se explica en la necesidad de dotar al juzgador de opciones que respondan a cada caso particular, pudiendo éste considerar -al individualizar la pena- la elección de unas de naturaleza y duración que impliquen la menor privación, limitación o restricción de derechos al sancionado, esto es, la menor o mínima intervención a los derechos del adolescente, en la medida que cumplan en el caso concreto con los objetivos perseguidos por la ley.

Sostenemos entonces, que la aplicación del principio de mínima intervención constituye un factor de interpretación de los criterios que el artículo 24 LRPA entrega al juez para individualizar la pena.

E.- Concreción de estos principios en la individualización judicial de la pena.

Los principios especiales que en materia adolescente hemos destacado, ciertamente no se encuentran enunciados directamente en el artículo 24 LRPA, pero no es posible desconocer ni su existencia ni su influencia que emana de la legislación nacional e internacional que los consagra expresamente. Constituyen cada uno de estos principios, parte de los derechos humanos fundamentales de la niñez y adolescencia y por ello no pueden ser dejados de lado al aplicar la legislación por cualquier operador jurídico, incluido el juez. Así, al individualizar la pena debe entender y valorar la gravedad del delito, su grado desarrollo, la participación y las modificatorias, la edad y la extensión del mal causado -consideraciones de disvalor de acción y de resultado-, teniendo en cuenta al hechor concreto que tiene derecho a que

¹⁰¹ 40.3 CDN, 17 Reglas de Beijing.

se considere su interés superior, entendido como la plena satisfacción de sus derechos, se valore su condición de sujeto de derechos y la autonomía progresiva en su ejercicio, la condición especial frente al sistema de adultos, en ningún caso equiparables, y que tiene derecho a que la intervención penal sea mínima a su respecto, y en caso de ser necesaria, que la privación de libertad sea siempre la medida de último recurso.

El último criterio del artículo 24 LRPA, en cuanto refiere que la sanción debe ser idónea para el fortalecimiento del respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, constituye también un reflejo y manifestación de lo que hemos dicho, pues sostenemos, como profundizaremos en su momento, que no puede hablarse de una sanción idónea si no se individualiza respetando y armonizando estos principios. Para graficarlo lo explicamos así: si al individualizar la pena no se mira a la plena satisfacción de los derechos del adolescente, se le trata como objeto ejerciendo potestades sobre él, se interviene o se le priva de libertad innecesariamente, no se toma en cuenta la necesidad de guiarlo en el ejercicio de su autonomía, etc., el resultado sólo puede ser una sanción inidónea, que no permitirá la integración social, no fortalecerá su respeto por el derecho y mermará su desarrollo.

CAPÍTULO III.- FINES DE LAS SANCIONES PENALES EN LA LEY 20.084

A.- Los fines de las penas o sanciones en materia de responsabilidad adolescente y en la LRPA en específico. Su influencia en la determinación de la pena en general y la individualización de la pena en particular.

Los instrumentos jurídicos internacionales que dan cuerpo a la responsabilidad de adolescentes por infracciones a la ley penal, aluden expresamente a ciertas finalidades del sistema y de las sanciones en específico, estableciéndolas incluso como un derecho. Su contenido no es neutro. La CDN en su artículo 40.1 fijó el rumbo a seguir con una declaración explícita: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”*

Según lo que la CDN expresa en este artículo, podemos distinguir tres aspectos: el primero, referido a que el tratamiento del sistema penal, incluidas las sanciones, tenga como límite -e incluso fomento- la dignidad del adolescente infractor; el segundo, que el sistema y la sanción fortalezcan el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros; y, el tercero, que se promueva la reinserción social.

Por nuestro lado la LRPA, en una construcción propia en algunos aspectos similar a la CDN, indica en su artículo 20 lo siguiente: *“Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos*

que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”

Se ha entendido entonces que las finalidades que perseguiría la imposición de la sanción o pena al adolescente según la LRPA serían dos: responsabilización y resocialización. Revisaremos entonces en detalle el contenido y alcance de éstas y como otras finalidades pueden tener cabida en el sistema de responsabilidad penal juvenil. Esto permitirá posteriormente analizar su influencia en la individualización judicial de la pena.

B. Responsabilización:

Recapitulando, el Mensaje del Ejecutivo recalca que la ley 20.084 establece sanciones o penas a los adolescentes por los hechos delictivos que perpetren, como una forma de responsabilizarlos de ello a través de la misma sanción¹⁰², lo que se reitera en el artículo 1° de la ley aludida, la que además, en su artículo 20, la reitera formula como una finalidad de las *sanciones y consecuencias* que establece.

Sobre este concepto no existe claridad en cuanto a su contenido y alcance, como tampoco respecto de su verdadero carácter de fin de la sanción.

Parece en principio, que la responsabilización, más que una finalidad sería el fundamento por el cual se sanciona al joven, en cuanto responde a la pregunta de por qué sancionamos a un adolescente, siendo la respuesta a esa interrogante la siguiente: porque son responsables de su hecho y hacemos efectiva esa responsabilidad sancionándolos. Puede advertirse ya un contenido de reproche en este planteamiento.

¹⁰² Recordemos lo ya citado en su oportunidad: “Las más recientes tendencias y recomendaciones de organizaciones internacionales señalan que para prevenir el aumento de la delincuencia de los adolescentes es conveniente combinar un sistema que responsabilice a los adolescentes por los actos delictivos a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos.” Historia..., op. cit., página 7.

Cillero explica que efectivamente nos encontramos en presencia de un concepto difuso, derivado de un derecho penal de adolescentes cimentado sobre la base de la idea de responsabilidad y sanción que emana de la CDN¹⁰³. Es la propia CDN la que prescribe en su artículo 40.1 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, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros...*” y por su parte las Reglas de Beijing manifiestan la necesidad de establecer una edad bajo la cual se debe presumir que los niños no tienen capacidad alguna para infringir las leyes penales. *A contrario sensu*, sobre esa edad sí tienen capacidad de infringirla y por ello son responsables.

Sin embargo, esta responsabilidad es especial y diversa que la de los adultos¹⁰⁴ aunque emane en nuestra legislación de la comisión de prácticamente los mismos hechos ilícitos que para los adultos constituyen delitos y crímenes, e incluso respecto de variadas faltas. Esta responsabilización se afirma en base a la constatación empírica de la comisión de delitos por parte de los adolescentes desde escasa a muy alta gravedad, y la necesidad de elaborar una respuesta frente a ello. Así, la respuesta debe considerar que los adolescentes son sujetos de derechos, y que por ende también tienen ciertas obligaciones, lo que significa que ante la comisión de ilicitudes penales se configura un nivel de responsabilidad específica. Frente al sistema tutelar que consideraba inimputables a los adolescentes, incapaces de toda responsabilidad frente a infracciones a la ley penal, con la CDN los modelos de justicia penal juvenil avanzan hacia el reconocimiento no sólo de las responsabilidades del Estado y la

¹⁰³ CILLERO, Miguel. Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el Derecho Penal de Adolescentes chileno. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de Trabajo N°13. Abril 2008, 37p., página 23 y 24.

¹⁰⁴ Así lo expresa el Mensaje del Ejecutivo a la LRPA: La propuesta se basa en el principio de responsabilidad según el cual el adolescente es un sujeto que, si bien es irresponsable como adulto, se le puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo. De este modo, las sanciones que contempla esta Ley son la consecuencia de la declaración de responsabilidad por la realización de una infracción a la ley penal de las contempladas en esta Ley. *Historia de la ley N°20.084*, página 11.

familia en sus propios ámbitos de acción, sino que la de los propios jóvenes por su hecho, de manera específica¹⁰⁵.

Visto así, nuestra LRPA sigue el *modelo de responsabilidad*, a diferencia de los *modelos de protección y educativo*, atribuyendo imputabilidad al adolescente - disminuida respecto del adulto- que amerita un trato diferenciado, aunque reconociendo un carácter penal a las sanciones por la intervención que conllevan, cuestión que obliga a dotar su imposición de las garantías procesales y penales propias de dicha responsabilidad¹⁰⁶. Este *modelo de responsabilidad* o de *justicia* se basa precisamente en la consideración del adolescente como sujeto de derechos¹⁰⁷, como hemos revisado, una forma de ser persona distinta al adulto que permite hacerlos responsables de su hecho, pero que goza de protección jurídica especial por su grado de desarrollo incompleto, limitando la intervención penal por sus derechos expresamente consagrados. Se dice que con ello *“la responsabilidad penal constituye, en el plano legal y paradójicamente la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones”*¹⁰⁸.

C. Responsabilización y retribución:

¹⁰⁵ BELOFF, Mary. Los adolescentes y el sistema penal. En: SEMINARIO para auxiliares docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: primer semestre, 2002. 27p., páginas 7 y 8. Documento de trabajo entregado en el “IX Curso de Protección jurisdiccional de los derechos del niño para jueces, fiscales y defensores”. Unicef, Montevideo, año 2006. Documento disponible [en línea]: http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/7_adolescentes_y_sistema_penalMary_Beloff.pdf [consulta: 15 diciembre 2009].

¹⁰⁶ GÓMEZ Rivero, María Carmen. La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000. *Revista Penal*, 9: 3-26, 2002, página 6. El modelo de protección refiere a la situación irregular, y el educativo está referido a *“desplegar una labor educativa sobre el menor”*, tratando de *“no desarraigarlo de su entorno y desde él potenciar su educación”* sustrayéndolo en lo posible del sistema penal.

¹⁰⁷ TAMARIT Sumalla, Josep. El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor? *Revista Penal*, 8: 71-89, 2001, página 73.

¹⁰⁸ Beloff, Mary, op. cit., página 9, nota al pie número 23, con la reserva que esto no significa que el carácter de sujeto de derechos ponga a los adolescentes en un sistema penal que no se diferencie de los adultos, como ocurrió según la autora en Estados Unidos, pues el tratamiento no debe ser igualitario con estos, al gozar los adolescentes de los derechos de toda persona más los específicos derivados de su condición de desarrollo.

Retomando lo señalado respecto de las sanciones juveniles por la CDN, en su artículo 40.1 establece la necesidad de que la sanción dirija al joven al fortalecimiento de su respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas, entendemos, respeto por los bienes jurídicos tutelados por las normas penales, lo que se traduciría en la búsqueda de afianzar en el adolescente un comportamiento apegado y respetuoso del derecho. Esta fórmula se reitera en el artículo 24 letra f) LRPA, referido a la idoneidad de la sanción para alcanzar esta finalidad.

Creemos que este concepto preventivo no es coincidente con el concepto de responsabilización que establece la LRPA, por lo que su equiparación debe ser descartada, pues esta última apunta, a nuestro juicio, únicamente a la consecuencia que emana de la comisión del delito por el joven responsable en términos de retribución, como señalan algunos autores, bajo la definición del artículo 20 LRPA¹⁰⁹. La responsabilización no equivale a la búsqueda de fortalecer un comportamiento respetuoso del derecho y los bienes jurídicos protegidos por este, en términos de prevención especial, bajo lo establecido en la CDN y reiterado en el artículo 24 letra f) LRPA. Incluso se plantea, que debe ponerse especial atención y cuidado en plantear la responsabilización para sustentar la construcción de concepciones moralizantes, para incidir en la personalidad del sujeto, en el marco de un derecho penal de autor, regresando al sistema tutelar¹¹⁰.

Resulta imperioso entonces hacer la necesaria distinción entre fines de la pena y fines del derecho penal, que entran en tensión. La individualización de la pena sólo debe considerar los fines de retribución -y orientarse a los preventivos que se limitan por los primeros- en cuanto el adolescente es responsable por el delito que comete, y por nada más¹¹¹. De este modo, se propone entender la responsabilización como un fin del sistema penal de adolescentes y no como un criterio de individualización de la pena.

¹⁰⁹ En este sentido Horvitz, María Inés, op. cit., página 100, aunque atribuyendo mayor preponderancia al criterio preventivo especial. Otra opinión, en Couso, Jaime, op. cit., página 8, reconocería en la responsabilización un objetivo de prevención general.

¹¹⁰ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 24.

¹¹¹ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 24 y 25.

En síntesis, nos parece que en nuestra ley, como se manifiesta expresamente en el artículo 20 LRPA -desde que se considera al adolescente responsable por su hecho, o sea, se castiga o sanciona al individuo por un hecho que le es atribuible-, se recoge el fin retributivo, que entiende la imposición de la pena en el caso concreto estimando que a través de “*un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido*”¹¹². Creemos que el intérprete judicial no puede dejar de considerar ello, aunque otra cosa es que deba buscar la retribución como una finalidad, más bien ella concurre fundando la pena, como un fin del derecho o sistema penal de adolescentes. Esto permite precisamente actuar a modo de garantía, pues si la responsabilización se refiere al contenido de reproche, este no puede exceder a la culpabilidad específica concurrente y ser proporcional a ella y la gravedad del hecho cometido¹¹³. Podemos responder entonces nuevamente la misma pregunta, esto es, sancionamos al adolescente porque es responsable del hecho delictivo que cometió, y ¿en qué magnitud lo sancionamos?: en una proporcional al reproche que emana de la gravedad del hecho y de la culpabilidad. En tal sentido la responsabilización, como fin del derecho penal de adolescentes, actuaría como garantía para el adolescente.

Esta función retributiva de la sanción entrega una importante ventaja, pues limita la sanción, en cuanto ésta no puede exceder el contenido de esa responsabilidad dada por la culpabilidad y la gravedad del hecho, recogiendo expresamente la idea de justa retribución a través de una pena proporcional al delito cometido.

D.- La resocialización:

Parece una obviedad, por las múltiples veces en que se ha señalado, que una finalidad de las sanciones juveniles es la resocialización. Con este término se alude a una forma de prevención especial entendida como intervención individual sobre el

¹¹² ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Madrid, Editorial Civitas, 1997. 1071p., página 81 y 82.

¹¹³ Sobre el particular, CILLERO, Miguel. *Nulla poena sine culpa*. Un límite necesario al castigo penal. Justicia y Derechos del Niño, 3: 65-75, diciembre 2001.

sujeto, destinada a prevenir la reincidencia. En el marco de esta prevención se consideran tres vías para ello, descritas como la inocuización o aseguramiento del delincuente incorregible, la intimidación del delincuente ocasional, y la corrección, resocialización o socialización del delincuente corregible¹¹⁴.

Esta última variante de resocialización es conocida como prevención especial positiva, en cuanto busca entregar al infractor herramientas para que no delinca en el futuro¹¹⁵, actuando sobre éste para que se ajuste a las exigencias de convivencia de la comunidad organizada¹¹⁶.

Anteriormente esta visión asentó la idea del desplazamiento de la pena como sanción, a la pena como tratamiento, y ahí puede de algún modo comprenderse el uso extensivo que se le dio, que se hizo particularmente notorio en el caso de infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes en sistemas anteriores a la CDN, y en especial en los modelos tutelares basados en la intervención en situación irregular que justificaban la acción resocializadora o rehabilitadora.

Las críticas a este teoría son conocidas, particularmente el presupuesto determinista del que parte, la falta de respuesta ante el delito irrepentible, la actuación previa sobre el delincuente peligroso, la falta de medición de la pena en su relación como tratamiento, la carencia de un concepto delimitado de lo socialmente aceptable, la facilidad con que se presta para la comisión de abusos, su fracaso empírico y su carácter eminentemente desocializador, particularmente en lo que corresponde a la privación de libertad¹¹⁷.

Sin embargo cabe señalar que su uso en materia de adolescentes se ha mantenido vigente a través de la CDN que lo consagra como finalidad de las

¹¹⁴ Roxin, op. cit., páginas 85 y 86.

¹¹⁵ COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la ley 20.084. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de Trabajo N°12, marzo 2008, 32p., página 9.

¹¹⁶ Cury, Enrique, op. cit., página 68. En el mismo sentido Rudnick, op. cit., página 168.

¹¹⁷ Sobre estas críticas, en particular, Cury, Enrique, op. cit., páginas 68, 69 y 70; Roxin, Claus, op. cit., páginas 87, 88 y 89; Rudnick, op. cit., página 169 y 170.

sanciones, sin perjuicio de la necesidad de buscar una interpretación que supere estas críticas y permita su aplicación sin peligros de exceso, como veremos a continuación.

D.1. La prevención especial positiva como fortalecimiento del respeto por derechos y libertades de terceros:

Como vimos, la CDN y la mención del artículo 24 letra f) de la LRPA refieren por una parte que se responsabiliza, vale decir se sanciona o pena al adolescente en la búsqueda de fortalecer su respeto por las libertades y derechos de terceros, promoviendo la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad, o en términos de la LRPA, formando parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Cillero, cita expresamente a Albrecht para buscar un sentido respecto del fin de fortalecimiento por el respeto de derechos referido en la CDN y el artículo 24 letra f) LRPA, indicando que esto apunta a fomentar el *comportamiento legal* del condenado en el marco de una respuesta proporcional y necesaria preventivamente, favoreciendo que el adolescente adquiera herramientas para relacionarse en sociedad sin infringir la ley, mas no la adquisición de ciertos atributos morales impuestos, interfiriendo en su personalidad¹¹⁸.

Lo anterior se conceptualiza como la búsqueda de la adhesión a la norma o al derecho, y está señalada en el artículo 24 letra f) LRPA además de la propia CDN. Esta búsqueda de la adhesión al derecho, entendida como el fortalecimiento de una conducta respetuosa de los derechos de terceros -bienes jurídicos- tiene un énfasis preventivo especial, pues si lo que busca no es una determinada forma de comportamiento en el entendido de imposición coercitiva de la que se considera válida, lo que busca es la prevención del delito, esto es, que el adolescente no vuelva a cometerlos, situación que está en la base de la teoría de la prevención especial, pena o sanción dirigida *únicamente a hacer desistir al autor de futuros delitos*, y además,

¹¹⁸ Cillero, Miguel, Consideraciones..., página 25.

*dirigida al autor individual (especial)*¹¹⁹, al contrario de la general dirigida a la comunidad.

Esta prevención especial se entiende positiva en cuanto busca la prevención de futuros delitos mediante la corrección y la reinserción social, y no mediante su aseguramiento, encierro o inculpa, o su intimidación, esto es, prevención del delito mediante la eliminación *del potencial dañino del infractor*¹²⁰.

Al señalar la CDN y la LRPA -en el artículo 24 letra f)- *el fortalecimiento del respeto de libertades y derechos de terceros*, pone el énfasis, a nuestro juicio, en la finalidad del derecho penal de la protección de bienes jurídicos. Siguiendo a Cury, entendemos por tales aquellos *“estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento”*, cuya misión de preservar a través de la imposición de una sanción o pena, corresponde al derecho penal¹²¹. Creemos que no existe otra forma de reconocer cuáles serían las libertades y derechos cuyo respeto debe fortalecerse, si no son los específicamente tutelados a través del derecho penal, pues se espera que el recurso estatal más severo se reserve para la protección de los especialmente trascendentes, cualidad última que emana de su carácter de imprescindibles para garantizar una convivencia pacífica, y de la ley emanada del consenso social por la vía organizada¹²².

¹¹⁹ Roxin, Claus, op. cit., página 85.

¹²⁰ Couso, Jaime, La política criminal..., página 9.

¹²¹ Cury, Enrique, op. cit., página 52. Otra descripción de bien jurídico en Roxin, Claus, op. cit., página 56: *“bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*. Este autor entiende también como el cometido del Derecho Penal la *“protección subsidiaria de bienes jurídicos”*, op. cit., página 51.

¹²² En este sentido Rudnick, op. cit., página 150, refiriéndose al principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, señalando: *“...no pueden ser amparados por el Derecho penal mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales, que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social. La protección está referida a aquellas condiciones esenciales de la vida en sociedad que afectan las posibilidades de participación de individuos en el sistema social...”* Nótese como el fortalecimiento de derechos y libertades fundamentales de terceros, se vincula armónicamente con el principio de mínima intervención en el caso de adolescentes, sancionando únicamente en los casos en que se afecte bienes jurídicos fundamentales, con el objeto de fomentar su respeto.

Precisamente al hablar de derechos y libertades fundamentales de terceros, la normativa para adolescentes establece la relación entre la responsabilización entendida como responsabilidad personal del adolescente por la ilicitud cometida, la que se le atribuye por tener la capacidad de cometerla y porque implica la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, cuestión última que quiere evitarse –prevenirse– mediante la imposición de una sanción encaminada a fortalecer el respeto por esos mismos bienes jurídicos –derechos y libertades de terceros–.

Ahora bien, es sabido que los bienes jurídicos protegen derechos individuales pero también colectivos. Bajo la denominación *derechos y libertades de terceros* pudiera pensarse que sólo se busca fortalecer aquéllos, pero la aplicación subsidiaria de todos los tipos penales de adultos que protegen bienes jurídicos diversos, en relación a crímenes y simples delitos, le restan a esa conclusión ese carácter por lo que el tenor literal *libertades y derechos de terceros* debe ser reconducido a su dimensión más amplia de bienes jurídicos a la cual pretendemos ceñirnos, valorando que de acuerdo a su desarrollo doctrinario también tiene un contenido de garantía respecto de los adolescentes, y particularmente en su relación con el principio de mínima intervención, compartiéndose la necesidad, de *lege ferenda*, de generar una catálogo taxativo de tipos sancionables en el caso de infracción por adolescentes.

Este enfoque que desarrollamos se acerca al contenido del denominado **principio educativo**, propio de la sanción o pena juvenil, en cuanto se busca una “*dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal*” en el marco coactivo de la pena, y no una cuestión de naturaleza integral, como la educación formal¹²³.

Así las cosas, relacionando la CDN con la LRPA, podemos sostener que se responsabiliza al adolescente que comete delito mediante la imposición de una sanción

¹²³ COUSO, Jaime. Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. *Justicia y Derechos del Niño*, 8: 51-63, noviembre 2006, página 51.

que busca fortalecer su respeto por los derechos de terceros a través de la reinserción social, cuestión que pasamos a analizar.

D.2. Prevención especial positiva orientada a la integración social:

En el mismo sentido en que hemos expuesto la prevención especial positiva, como aquella dirigida al individuo con el objeto de prevenir la comisión de futuros delitos, debemos hacernos cargo del cómo logramos ese objetivo descrito como el fortalecimiento de derechos y libertades de terceros.

La CDN y la LRPA dan una respuesta conteste y expresa. La parte final del artículo 40.1 de la CDN indica que las finalidades preventivas se buscan **mediante la promoción de la reintegración del adolescente tendiente a que éste asuma una función constructiva en la sociedad**, y la LRPA en su artículo 20 parte final advierte que la sanción **debe formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social**, rematando en su artículo 24 letra f) refiriendo como criterio de la individualización de la sanción que **esta debe ser idónea a los fines preventivos considerando sus necesidades de desarrollo e integración social**.

De lo anterior concluimos que la resocialización se establece como una finalidad de la sanción en cuanto es útil para lograr la protección de bienes jurídicos, promoviendo el comportamiento respetuoso a la norma jurídica, evitando eventuales reincidencias.

La resocialización como fin de la pena en el caso de los adolescentes ha tenido una presencia preponderante bajo distintos modelos que la aplican enfatizando alguna característica de ella. La base del modelo tutelar basada en la situación irregular descansa sobre la necesidad de someter al niño o adolescente a un tratamiento de indeterminado contenido, duración y límites en su aplicación, modelo basado en potestades ejercidas sobre un objeto de derechos, con el fin de resocializarlo.

A mayor abundamiento, el propio concepto ha sido criticado pues resocializar implica volver a socializar, presuponiendo una previa socialización adecuada que debe volver a retomarse; sin embargo, si bien puede afirmarse que todos los sujetos se encuentran socializados en cuanto conviven y solucionan sus problemas con el resto, ello no implica que ésta sea adecuada. No obstante, no existe un concepto unívoco de adecuada socialización, cuestión que dependerá de diversos factores culturales, económicos, etarios, etc.¹²⁴. A todo ello se une la pretensión de socializar en el momento y del modo más inoportuno e inadecuado, cuál es, a través de la pena¹²⁵.

Por otro lado, la extensión del recurso penal con el objeto de socializar ha fracasado, considerando que la introducción de sanciones no privativas de libertad consistentes en vigilancia, control y educación ha extendido el campo de actuación del derecho penal juvenil a un mayor número de individuos, manteniéndose el uso de la privación de libertad en términos generales.

Es por ello que coincidimos con Cillero en que la formulación del artículo 20 LRPA confunde, en cuanto pareciera buscar la reinserción a través de la pena, o sea se justifica su imposición por la necesidad de resocializar¹²⁶. Ello no es así pues como dijimos, entendemos que el fin preventivo se materializa en responsabilización y protección de libertades y derechos de terceros, y ello se entiende sólo posible en el caso de los adolescentes con medidas resocializadoras adecuadas al caso o adolescente particular, y proporcionales al hecho concreto. En fin, no resulta sostenible pretender la resocialización con medidas de alto impacto si ello no está asociado a un reproche de alta gravedad, pues que la sanción busque la resocialización no le quita su carácter de pena entendida como restricción o privación de derechos impuesta coercitivamente por el Estado.

Sin duda la resocialización como fin de la pena o sanción está sujeta a diversas críticas en cuanto a su legitimidad, como lo es en la prevención especial positiva, pues

¹²⁴ CURY Urzúa, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. ADPCP, Vol. XLI (fas.III): 685-702, 1988, página 692.

¹²⁵ Cury, Enrique, La prevención especial..., página 693.

¹²⁶ Cillero, Miguel, Consideraciones..., página 22.

implica utilizar al hombre como medio para perseguir un fin. También se ha cuestionado su eficacia, en términos de disminución de la reincidencia¹²⁷, la expansión que conlleva la aplicación de medidas ambulatorias en casos innecesarios bajo la pretensión de educar o resocializar, etc.

Pero lo cierto para el intérprete judicial es que esta finalidad está consagrada tanto en la ley 20.084 y en la CDN. ¿Cómo debemos entenderla entonces?

Creemos que el sentido principal lo otorga aquí la necesidad de evitar las consecuencias desocializadoras de la sanción, por un lado, y en lo grueso, hacer efectivo el mandato de la privación de libertad como medida de último recurso, por sus efectos adversos, y por otro lado, evitar la institucionalización de adolescentes vía sanciones en casos de escaso mérito. No puede justificarse a través de la sanción un control social, una injerencia estatal que se ampare en un falso carácter de bien de la sanción para intervenir, pues ésta, como pena que es, siempre representa un mal para quien la sufre, en cuanto implica una restricción de derechos.

Así las cosas, sostenemos que las sanciones que refieren a la intervención sobre el individuo, desde la libertades asistidas a los planes de reinserción en el régimen semicerrado y cerrado, deben propender a generar las condiciones de acceso y ejercicio pleno de los derechos del adolescente en todo ámbito, esto es, a la educación, a la capacitación, al esparcimiento, al desarrollo conjunto junto a su familia y comunidad, apoyándolo para que con sus circunstancias pueda desarrollarse plenamente y llegar a la adultez disminuyendo o suprimiendo condiciones adversas, vulneración de sus derechos o falta de ejercicio de los mismos, que puedan llevarlo a delinquir o reincidir.

Coincidimos plenamente con Couso, en cuanto a las tesis que propone, cuando se refiere al principio de resocialización (educativo, denominación que también utiliza al

¹²⁷ No es el objeto de este trabajo introducirnos en esta problemática, pues es un hecho lo que la ley pretende: para bien o para mal es una decisión legislativa sustentada en los tratados internacionales. Existe cierto consenso entre los juristas en esto. Por todos, Couso, Jaime, Principio educativo..., página 56.

efecto), y su aplicación en el marco de un derecho penal garantista y proporcionalista, proponiendo en resumen: despenalización, derivación de casos a instancias no judiciales, o no penales, intervención menos intensa vía salidas alternativas, términos facultativos, sanciones ambulatorias, programas de intervención que integren las características y circunstancias específicas del joven que garanticen su eficacia, y en caso de privaciones de libertad, por el menor tiempo posible y como último recurso, y reguladas en su ejecución para disminuir la desocialización¹²⁸.

Mirado con detención, esta interpretación se concilia de mejor forma con la normativa internacional que protege los derechos del niño y de los adolescentes, en cuanto pone de relieve su calidad de sujetos de derechos, cuyo ejercicio pleno debe fomentarse y asegurarse, su grado de desarrollo incompleto que reclama protección y resguardo, y al tenor de la propia ley 20.084, que fortalezca sus necesidades de desarrollo e integración social.

E.- Otras finalidades y su posible inclusión en materia de individualización de la sanción:

Hemos identificado en este capítulo la responsabilización con el fin retributivo, y el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades de terceros a través de la reinserción social con la prevención especial positiva.

En cuanto a la prevención general, creemos emana como efecto de la existencia de la ley 20.084 y la aplicación práctica de sus sanciones. Por otro parte, la prevención especial negativa, vía inocuización o aseguramiento del individuo, debe ser descartada pues siempre existiría el deber de búsqueda de una posible resocialización del adolescente, incluso allí donde es más difícil, en la privación de libertad, ya que incluso el régimen cerrado exige que se desarrolle en conjunto un programa de intervención. Sostenemos que ninguno de estos fines debe tener influencia en la individualización de la pena, pues el ordenamiento jurídico, LRPA como la legislación internacional, no los contemplan.

¹²⁸ El desarrollo completo en Couso, Jaime, Principio educativo..., página 60 y 61.

No obstante lo dicho, es necesario detenernos en ciertas agravaciones posteriores hechas a la ley 20.084, particularmente al 19 y artículo 23 regla 1 LRPA en cuanto para delitos que cometidos por adolescentes superarían los cinco años y un día de penalidad, debe aplicarse siempre -y como mínimo- la sanción de régimen cerrado por dos años¹²⁹. Esta modificación sin duda rompe con los presupuestos propios de una responsabilidad penal juvenil acorde a la CDN y los principios rectores de la propia ley 20.084. No es posible sostener que en todos esos casos de pena la única alternativa sea aplicar una privación de libertad y en ningún caso inferior a dos años. Lo anterior claramente es problemático. El propio artículo 24 de la ley 20.084 establece criterios para la individualización judicial de la pena que toman en cuenta no sólo la gravedad del delito, sino otros criterios que en el juego anterior de determinación legal de la pena en el artículo 20 a 23 de la ley 20.084, pueden no haber sido convenientemente recogidos, en el juego de las reglas supletorias del Código penal. Baste señalar, por ejemplo, que la extensión del daño causado por el delito, no se toma en cuenta a esa altura y sólo se aplica vía artículo 24 LRPA.

Esta modificación suprime toda posibilidad de individualización, ya que toma en cuenta sólo la gravedad del hecho, estimando que la justificación de una sanción en esos términos sólo puede ampararse en la necesidad de inocular derechamente al adolescente infractor, asegurando que no reincida por un tiempo determinado mediante su total privación de libertad, o en su caso, generar un efecto preventivo general particularmente intimidatorio. Este es el fundamento que emana de la modificación, unida a una mal entendida retribución que en el plano abstracto de la gravedad del delito, asociándola a la pena legal no individualizada, considera proporcional sólo el castigo de privación de libertad efectiva.

Francamente consideramos que esta norma rompe los presupuestos individualizadores de la sanción, propios de un derecho penal de adolescentes centrado en la justa retribución y prevención especial positiva.

¹²⁹ Ley N°20.191, textos complementarios publicados en el diario oficial de 16 de junio de 2007.

CAPÍTULO IV.- DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PENA EN LA LEY 20.084

A.- Reseña del catálogo de penas:

Con el objeto de hacer patente la diversidad de sanciones establecidas en la LRPA, y las alternativas a las que puede acceder el juez al individualizar la pena, de manera de comprender lo relevante que es decidir entre una u otra, conjuntamente con su duración, haremos una somera reseña de ellas y su contenido.

Las sanciones introducidas por el legislador en la LRPA, en sustitución de las contempladas en el Código Penal y leyes complementarias¹³⁰, se dividen en principales y accesorias, y las primeras en privativas y no privativas de libertad.

A.1. Sanciones principales:

A.1.1. No privativas de libertad:

Amonestación:

Consiste en una reprensión al adolescente por el juez que busca hacer comprender al adolescente la gravedad de su hecho y consecuencias, para él y la víctima. Sin duda es la sanción de menor intensidad prevista en la ley.

Multa:

A beneficio fiscal, no puede exceder de diez unidades tributarias mensuales y debe considerarse como criterio adicional a los del artículo 24 LRPA, las facultades y condición económica del infractor y de la persona a cuyo cuidado se encuentra,

¹³⁰ Artículo 6 LRPA, lo que reafirma el carácter especial del sistema frente al de adultos.

entendiendo con ello que en la práctica en la mayoría de los casos son estos últimos los que asumen dicha carga pecuniaria.

Reparación del daño:

Consiste en la obligación de resarcir a la víctima, indemnizándola pecuniariamente, con la prestación de un servicio en su favor o la reposición de la cosa objeto del delito. Requiere siempre la aceptación de víctima y adolescente imputado.

Servicios en beneficio de la comunidad:

Consiste, como su nombre lo indica, en la realización no remunerada de actividades a favor de la colectividad o de personas en situación precaria. No puede exceder de 4 horas diarias, debe ser compatible con los estudios o trabajo del adolescente. Puede comprender una extensión de 30 a 120 horas. Requiere el acuerdo del condenado.

Libertad asistida:

Consiste 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”*. Esta sanción entrega diversas responsabilidades y funciones al delegado, en cuanto orientar, controlar y motivar al adolescente, procurando por todos los medios el acceso efectivo de éste a programas de reinserción. El plan respectivo debe ser aprobado judicialmente y deberá obligatoriamente considerar asistencia al programa educacional pertinente y encuentros periódicos con el delegado. Puede incluirse en el plan algunas medidas restrictivas de la libertad ambulatoria del adolescente, tales como la prohibición de asistir a ciertos eventos o acercarse a la víctima, medidas que, unidas al plan de intervención, pueden constituirse en una herramienta alternativa eficaz a la privación de libertad.

Esta sanción puede tener una duración máxima de tres años.

Libertad asistida especial:

Su contenido y finalidades son idénticas a la libertad asistida que ya revisamos, pero se diferencian en la mayor intensidad del control del delegado y la asistencia a programas de reinserción en materia educacional, familiar laboral, etc. Tiene el mismo plazo de tres años de extensión máxima.

A.1.2. Privativas de libertad:

Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social:

Consiste en la residencia obligatoria del adolescente sancionado en un centro de privación de libertad, sujeto a un programa de reinserción tanto en el medio libre como privado de libertad. El Director del centro propone al tribunal el programa a ejecutar, teniendo presente que en el medio libre se deberán desarrollar actividades por a lo menos ocho horas.

Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social:

Consiste en la privación de libertad total en un centro especial para adolescentes, *“bajo un régimen orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20”* de la LRPA, esto es, responsabilización y reinserción social, como veremos.

Deberá asegurarse la continuidad de estudios básicos, medios y especializados, más actividades de capacitación y desarrollo personal. También debe incluir rehabilitación de consumo de drogas para quienes lo requieran y accedan a ello.

A. 2. Sanciones accesorias:

Tratamiento obligatorio de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol:

Esta sanción constituye una facultad del juez a imponer junto a cualquier sanción principal, teniendo como parámetro que “*sea necesario en atención a las circunstancias del adolescentes*”. Esto configura la interrogante de si es posible sostener que sólo este criterio debería considerar el juzgador para aplicar esta sanción en la individualización de la pena, o debe siempre recurrir al artículo 24 de la LRPA, más aún considerando que la norma no establece duración de la sanción. Ante un ilícito de mínima importancia sancionado con amonestación, cometido por un adolescente adicto a las drogas, vale la pena preguntarse si le aplicaremos la sanción accesoria, vía condena. Debemos también preguntarnos si la extensión de la sanción tiene que ver sólo con los criterios terapéuticos, o influyen conjunta o separadamente en esa decisión, criterios del artículo 24 LRPA, tales como gravedad del delito, extensión del daño u otros.

Creemos que, aún prescindiendo de la ardua discusión acerca de lo acertado o no de plantear un tratamiento como sanción¹³¹, bajo estricta sujeción al parámetro legal señalado en el artículo 7 LRPA, sólo en casos debidamente comprobados de adicción a las drogas que sean la causa de la comisión del ilícito podría el juez optar por la imposición de esta sanción accesoria.

Prohibición de conducir vehículos motorizados:

Sanción establecida para casos en que la conducta ilícita ha sido ejecutada conduciendo vehículos motorizados. Su extensión máxima es hasta el cumplimiento de 20 años de edad por el adolescente.

¹³¹ La propia LRPA, pese a plantearlo como sanción, no establece consecuencias para su quebrantamiento (artículo 52 LRPA), entendiéndose que la deserción en este ámbito es altamente probable. Sin perjuicio, tampoco se sanciona la simple inasistencia, ni siquiera la no presentación a cumplir la sanción, por lo que se reafirma lo impropio que resulta establecer un tratamiento como pena.

A.3.- Diversidad de alternativas de sanción y gravedad del hecho:

Como vemos existe una diversidad de sanciones aplicables por cada ilícito. No obstante el artículo 6 LRPA establece una diferenciación entre penas de delitos y penas de faltas. Para la primera se reservan las sanciones más graves, a saber internación en régimen cerrado y semicerrado, libertad asistida y asistida especial, servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño. En el caso de las faltas, se aplican solo las dos últimas, y se agrega la multa y la amonestación. Podríamos preliminarmente concluir que esta norma no permitiría en caso alguno aplicar para una falta penal una sanción de libertad asistida en cualquier de sus formas ni menos una sanción privativa de libertad. Sin embargo podemos plantearnos en el caso de los delitos, incluyendo crímenes y simples delitos, la posibilidad de imponer una sanción sólo considerada para las faltas, esto es multa o amonestación. Al respecto es útil recordar la discusión ya planteada atrás, en cuanto los fines preventivos permitan la imposición de una pena inferior al mínimo consagrado en la ley¹³². A este respecto las normas de determinación de la pena plantean que esa opción sería viable legalmente, pues si aplicando las normas de determinación legal de la pena, denominadas reglas de determinación de la extensión y naturaleza de la sanción –artículo 21 y 23 LRPA- y de acuerdo a la tabla demostrativa que se añade a la norma, sólo en el caso de una extensión de sanción de 1 a 60 días, podrían aplicarse las sanciones de multa o amonestación, junto a la reparación del daño y el servicio en beneficio de la comunidad. En ningún otro tramo de extensión se permite la aplicación de multa y amonestación. Sin embargo esto plantea que para casos que en abstracto configuran simples delitos, por ejemplo todos los sancionados con una pena mínima en la ley de adultos con presidio menor en su grado mínimo, tienen desde ya la rebaja del artículo 21 LRPA, lo que los ubica en el tramo de 1 a 60 días, ¿debemos considerarlos como faltas, entendiendo que la LRPA plantea la distinción entre faltas y delitos de acuerdo a la pena concreta?¹³³

¹³² Como lo plantea Roxin, supra, I, C.3.4, páginas 23 y 24.

¹³³ Esto tiene mucha relevancia, pues de ser así, sería contradictoria con la discusión zanjada por una reforma legislativa posterior al artículo 32 LRPA, en el sentido que deben considerarse crímenes los hechos que, en el caso de adultos, serían así considerados en base a la pena

Abordaremos nuevamente este punto más adelante.

A.4.- Límite máximo de las penas privativas de libertad:

Otra disposición importante para nuestro estudio es el artículo 18 LRPA, pues fija una diferencia clara entre tramos de edad para efectos de la pena privativa de libertad: en ningún caso, ni el régimen cerrado ni el semicerrado pueden superar en extensión los cinco años para el caso de menores de dieciséis años, ni más de diez años, para mayores de esa edad. Esta disposición tiene un valor sistemático e interpretativo que permite una comprensión más acabada del criterio del artículo 24 letra d) LRPA, en cuanto se considera la edad del adolescente al individualizar la pena. Se reconoce una diferencia en intensidad de sanción en el tramo más bajo de edad, que no vemos por qué no puede aplicarse en la naturaleza y extensión de las penas no privativas de libertad y accesorias, pues entendiendo siempre la sanción como limitación derechos e injerencia coercitiva del Estado, existiría la misma razón para resolver en el mismo sentido.

A.5.- Sanciones mixtas:

Otra norma que constituye una innovación a diferencia del sistema de adultos y que el juez debe considerar al momento de individualizar la pena es el artículo 19 LRPA, que permite la imposición de sanciones mixtas en ciertos casos, esto es, dos penas de diversa naturaleza de manera complementaria y sucesiva. Esta norma se aplica en los casos de penas privativas de libertad (régimen cerrado y semicerrado) permitiendo en forma mixta la imposición de la libertad asistida en cualquiera de sus formas, por un periodo que no supere el tiempo de condena principal, ya sea después de la fracción de pena privativa de libertad, o con anterioridad, de manera condicionada dejando la pena en suspenso y aplicable en caso de incumplimiento, en este último caso sólo en el tramo de quinientos cuarenta días. En el caso de penas de internación

abstracta, lo anterior para autorizar la imposición de la medida cautelar de internación provisoria.

en régimen cerrado superior a cinco años, sólo puede imponerse en forma mixta el régimen semicerrado previo cumplimiento de dos años de régimen cerrado.

Esta norma tiene el valor de hacer operativo el derecho de los adolescentes a un uso restringido de la privación de libertad, considerándola como último recurso, pues en los casos en que exista la decisión por parte del juez al individualizar, de imponer una sanción privativa de libertad, siempre está el recurso último de imponerlo de manera mixta junto con una libertad asistida, limitando la extensión de la medida privativa de libertad en el tiempo, o incluso no aplicándola bajo condición de un correcto cumplimiento de la libertad asistida. La norma además constituye una reafirmación al juez, al expresarle claramente que aún en el caso que considere aplicable la privación de libertad puede hacerlo de la manera menos perturbadora para el joven. Lamentablemente su extensión es limitada en el marco de penas más altas, donde se obliga a un cumplimiento efectivo de dos años de privación de libertad, reforma que atenta contra la reinserción social del adolescente en casos en que se hacía aconsejable restringir la privación de libertad, ello contra los fines específicos de la propia ley la normativa internacional.

A.6.- Límite de pena comparativo con la sanción de adultos:

El artículo 26 LRPA consagra un límite comparativo a favor de los adolescentes, disponiendo que no puede imponerse una medida privativa de libertad al adolescente si un adulto en el mismo caso no sería sancionado con una pena de dicha naturaleza¹³⁴. Ahora bien, sostenemos que esta norma reafirma el carácter especial del sistema de adultos en cuanto, por tratarse de una responsabilidad en relación al sujeto imputable, en ningún caso ello puede implicar un tratamiento más intenso en sanciones que el de un adulto, lo que permitiría extender esta regla a las sanciones no privativas de libertad, como por ejemplo, la imposición de una multa, la libertad asistida versus las medidas alternativas de la ley 18.216, un régimen semicerrado con la reclusión nocturna, etc. En tal sentido entendemos, tratándose esta norma de una garantía para

¹³⁴ En un sentido más amplio, lo apunta también ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal de menores. Barcelona, PPU, 1990, página 109 y 110.

los adolescentes, debiese ser interpretada de manera extensiva, lo que nos hace concluir que debemos considerar pena privativa de libertad en el caso de adultos aquella que se cumpla efectivamente o al menos con reclusión nocturna, para autorizar la imposición de una sanción de internación en régimen cerrado o semicerrado, respectivamente. Las penas de adultos en que se conceden beneficios de libertad vigilada y remisión condicional de la pena, no debiesen considerarse penas privativas de libertad para efectos de su comparación con pena de adolescentes.

A.7.- Suspensión de la imposición de la condena:

El juez tiene la facultad de suspender la ejecución de la sanción igual o inferior a 540 días, ya sea privativa o restrictiva de libertad, en casos en que aparezcan antecedentes favorables que no aconsejen su ejecución, todo de modo condicionado a no ser nuevamente requerido o formalizado en un periodo de seis meses, caso en el cual se deja sin efecto la sentencia. Esta norma, artículo 41 LRPA, también debe ser tenida en cuenta por el juez en un paso posterior a la individualización de la pena conforme al artículo 24 LRPA, atendiendo a los antecedentes favorables que concurran. Tenemos acá una manifestación patente del principio de mínima intervención penal.

B.- Determinación legal de la pena:

La ley 20.084 se estructura en lo que a la determinación de las sanciones se refiere, apoyándose en el Código Penal en lo referido a la determinación legal de la misma para posteriormente introducir una labor de individualización judicial original y propia en el artículo 24. En tal sentido para determinar la pena, en general, son aplicables los artículos 20 a 26 de la ley 20.084.

De estas normas el artículo 20 proporciona una de las guías para orientar esta determinación de acuerdo a finalidades, como ya hemos revisado en capítulo anterior. Por su parte, el artículo 25 establece una regla para decidir la eventual imposición conjunta de sanciones, y el artículo 26 el límite a la privación de libertad y la prohibición

de tratamiento desmejorado al adolescente en relación a un adulto en las mismas circunstancias.

Son entonces los artículos 21 a 24 el núcleo de la determinación de la sanción o pena. Ellos contienen por completo la distinción hecha en este trabajo de determinación legal de la sanción o pena (artículo 21 a 23) e individualización judicial de la misma artículo 24).

B.1.- Supletoriedad de las normas penales de adultos

La determinación de las sanciones a imponer, como toda la LRPA se apoya en la legislación penal de adultos, salvo sus modificaciones particulares expresamente señaladas en la ley 20.084. El artículo 1° de la LRPA establece que esta ley regula la responsabilidad de los adolescentes por los delitos que cometen, el procedimiento de averiguación de ella, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas.

En el inciso 2° de la norma citada se establece que *“en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales.”*

En lo referido a la determinación de las sanciones ésta se construye reenviando en diferentes ocasiones al Código penal, al párrafo destinado a ello, y antes, en todo lo referido a las sanciones esta se construye en base a la rebaja en grado del marco penal establecido para los adultos.

Se sostiene que aunque se apliquen de manera supletoria normas penales de adultos, esto debe hacerse siempre desde una óptica propia de la responsabilidad penal de adolescentes, esto es, interpretar esas normas en su aplicación teniendo en

cuenta las particularidades del sujeto y sus derechos¹³⁵. Lo hemos dicho, en diversos casos la interpretación de una norma del Código Penal u otra de ley especial sujeta a las particularidades de la LRPA, esto es, considerando su interés superior, su condición de sujeto en desarrollo, titular de derechos, las finalidades perseguidas, y otras, redundan en un resultado diverso para el caso de un adulto. Para ejemplificar baste señalar la discusión sobre la concurrencia de la agravante de pluralidad de malhechores¹³⁶, la imputabilidad disminuida, el error de prohibición, etc.

B.2.- Análisis de las normas que fijan el marco penal y extensión general de las penas (arts. 21 a 23 de la LRPA). Determinación legal de la sanción o pena

Como señalamos en el primer capítulo, la determinación legal de la pena es aquella en que el legislador fija en abstracto los marcos penales para cada uno de los delitos, de acuerdo a su grado de desarrollo, participación y circunstancias modificatorias de la responsabilidad. Responde a decisiones de política criminal. Lo anterior, sin perjuicio que sea el juez quien realice la labor de subsumir el hecho al tipo penal, de establecer la participación y las modificatorias concurrentes, y su influencia en el marco de pena aplicar.

El artículo 21 de la LRPA indica: *“Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título II del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código.”*

El artículo en comento consagra una regla de extensión de las penas, en cuanto establece que esa extensión en abstracto será la pena inferior en un grado al mínimo

¹³⁵ Véase HERNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la consecuente necesaria revisión de su “teoría del delito”. Unidad de defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de trabajo N°8, abril 2007, 25p.

¹³⁶ Sobre el particular CARNEVALI, Raúl y KÄLLMAN, Eva. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N°3 del Código Penal. *Política Criminal*, 4: 1-24, 2007.

de los señalados por la ley –Código penal o leyes especiales- para el ilícito correspondiente, tipificado para adultos. Así las cosas el legislador le establece al juez una regla inalterable en su punto de partida, ello es, una vez hecha la tipificación del hecho ilícito el juez debe considerar que la extensión de la pena el grado inferior al mínimo consagrado en la ley para adultos, por ejemplo, en un robo en lugar habitado, una extensión de sanción de 3 años y un día 5 años, en un robo en lugar no habitado, una extensión de 61 a 541 días. En esto, la norma en nada difiere del antiguo artículo 72 del Código penal.

Luego de lo anterior, para mayor precisión de esa extensión, el legislador obliga al juez a la aplicación de las normas de determinación de la pena contenidas en el Código penal, esto es, artículos 50 a 78, con la única excepción del artículo 69 de dicho código.

De este artículo inferimos que únicamente estas normas serán aplicables, sin perjuicio del reenvío del artículo 55 del Código penal, que permitiría entre otros, la aplicación del artículo 450 del mismo código.

Las normas del Código penal a que se hace referencia, artículos 50 a 78, y el artículo 69, son el núcleo de estudio de lo que hasta hoy es la determinación de la pena en Chile. La diferencia de la LRPA se evidencia, pues después de estas reglas aún queda por establecer la naturaleza de la sanción a aplicar y su cuantía exacta, mientras en materia de adultos el principal trabajo se presenta a nivel de influencia de las modificatorias concurrentes y su eventual compensación, para luego cerrar con la aplicación del artículo 69. Si bien los jueces deben realizar este ejercicio de grados de desarrollo y participación y particularmente de modificatorias y su influencia en la penalidad, atendida la variedad de penas aplicables en cada tramo de la sanción de acuerdo al artículo 23 de la LRPA, ello cede en parte importancia trasladándola en lo referido argumentación para la elección e influencia específica para la pena concreta a imponer al artículo 24 de la LRPA. Por ejemplo, si un juez considera que en un delito de robo en lugar habitado concurren dos atenuantes sin agravantes, ello tendrá influencia en la rebaja que permite, en uno o dos grados de cuantía abstracta, el

artículo 67 del Código penal, pero en lo referido a la naturaleza de la sanción permitiría eventualmente en abstracto imponer la reparación del daño (artículo 23 N°4 LRPA), pues las restantes sanciones probables son las mismas, llegando hasta el régimen semicerrado. Otra cosa es que el argumento de rebaja mayor o menor sea considerado en la elección del tipo de sanción vía artículo 24 letra c) LRPA, pero bajo una argumentación diversa.

Cabe notar que este artículo 21 LRPA, que hace aplicables las normas de determinación de pena del Código penal, excluye expresamente la aplicación del artículo 69 de dicho Código, y ello se entiende pues el legislador traslada su aplicación al artículo 24 letra c) y e), exclusivamente referido a la individualización judicial de la pena, esto es naturaleza y cuantía exacta de la sanción, dentro de los parámetros establecidos previamente. En los adultos esto actúa limitado a la cuantía de la pena a imponer.

Ahora bien, plantea el artículo 21 LRPA que a través de él se fija la extensión de la sanción, pero también tiene como consecuencia establecer un marco penal abstracto de naturaleza de penas posibles de aplicar. Así cada tramo de extensión – cinco en total según el artículo 23 LRPA- lleva aparejado un número taxativo de eventuales penas a imponer.

Puede observarse que en cada tramo se establecen varias penas o sanciones factibles de aplicar, aunque en los tramos de mayor penalidad el legislador optó por una gran severidad, así en el tramo de 3 años y un día a 5 años de extensión de la pena, se establecen dos privativas de libertad y una no privativa de la mayor intensidad, como la libertad asistida especial, y en el tramo superior, esto es de 5 años y un día en adelante se establece una pena única de internación en régimen cerrado, siendo posible al juez sólo atemperar este efecto imponiendo una sanción mixta de régimen semicerrado posterior a dos años de cumplimiento en régimen cerrado, decisión que entendemos quedará en el plano de la individualización sujeta a la aplicación de los criterios del artículo 24 LRPA.

Ahora, el encabezado del artículo 21 LRPA determina por imperativo legislativo una duración específica de las sanciones en un marco abstracto, esto es si el tramo determinado es el de 541 días a tres años, si se impone en ellos el régimen semicerrado o la libertad asistida, esta debe tener una duración que, al menos no exceda de tres años. Esto resulta no sólo de la redacción, sino que se compadece de la debida proporcionalidad de la sanción que debe respetarse.

Pero, ¿es posible imponer la sanción bajo dicho límite? Luego de la tabla demostrativa inserta en el artículo 23 LRPA, se encuentra un inciso final 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”*. En nuestra opinión esta norma establece una excepción, que como tal confirma la regla general en el sentido que la sanción no podría ser impuesta en el inferior a la extensión legal abstracta establecida, y sólo se admitiría en los tres casos que menciona este inciso final la aplicación de sus reglas especiales.

En efecto, la libertad asistida y la libertad asistida especial establecen en los artículo 13 y 14 LRPA respectivamente que estas sanciones no podrán exceder de tres años, por ende puede inferirse que el único límite impuesto a ellas es el superior, no así el inferior, sin perjuicio que el marco penal abstracto de duración del artículo 23 LRPA con sus tramos, pueda servir como guía de una eventual proporcionalidad, pero siempre canalizada a través del artículo 24 LRPA.

Por su parte los servicios en beneficio de la comunidad establecen en el artículo 11 LRPA una duración entre 30 y 120 horas.

También tiene duración especial la sanción accesoria de prohibición de conducir vehículos motorizados, que se puede imponer por el lapso que falte al adolescente para cumplir 20 años.

Así las cosas, siendo imposible la medición de la reparación del daño y la amonestación, y la multa en relación a días de duración, sólo quedaría limitada en su

mínimo la internación cerrada o semicerrada. Por otro lado la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación de alcohol y drogas debiera ser siempre proporcional, esto es, nunca superior a la pena principal, y regulada en su duración considerando ese límite máximo, por las reales y comprobadas necesidades terapéuticas.

Esta posibilidad de aplicar las penas en un rango menor al límite mínimo legal – salvo en las sanciones privativas de libertad- recoge de alguna forma la formulación que Roxin realiza respecto de los criterios preventivos en la individualización de la pena, esto, es al momento de su imposición y ejecución, enfocada a dichos fines.

Habría sido de la mayor conveniencia ampliar esto a las sanciones privativas de libertad, atendidas las necesidades concretas de resocialización del individuo, y particularmente su menor culpabilidad, aunque esto se puede morigerar en el periodo de ejecución.

Por último, y para cerrar este apartado, hay que mencionar que el artículo 22 LRPA establece un correctivo a la determinación de la pena privativa de libertad en su límite superior, a saber, si la determinación de la extensión de la sanción vía artículo 21 es superior a lo consagrado en el artículo 18 LRPA, deberá ajustarse a ello, esto es, no más de 5 años si el adolescente tiene menos de 16 años de edad, ni más de 10 años, si el adolescente tiene más de 16 años de edad, tanto de internación régimen cerrado como semicerrado.

CAPÍTULO V.- INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. CRITERIOS DEL ARTÍCULO 24 LRPA

A.- Generalidades

Luego de revisar la labor de determinación de la pena en general conforme a las posiciones doctrinales expuestas, adentrarnos en los principios fundamentales de la responsabilidad penal de adolescentes, las finalidades de sus sanciones y la determinación legal de la pena en la propia LRPA, hemos llegado a la norma que motiva este estudio de individualización judicial de la pena o sanción en la LRPA: el artículo 24.

Recordemos al efecto que esta norma fue el anterior artículo 20 del proyecto LRPA¹³⁷, que entregaba la decisión individualizadora al juez fijando para ello varios

¹³⁷ **“Artículo 20.- Determinación de la pena.** Para determinar las sanciones, así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez deberá considerar:

1. El número de infracciones cometidas;
2. La edad del adolescente infractor; y
3. La proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la o las infracciones cometidas y la severidad de la sanción. Para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, si ésta corresponde a una infracción de las que señala el art. 6 de esta ley. Además, el tribunal deberá considerar:
 - a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción;
 - b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
 - c) La concurrencia de circunstancias que, conforme a la legislación penal, den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación a la infracción a la ley penal que se le imputa; y
 - d) La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, previstas en la legislación penal, con excepción de las contenidas en los números 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de la presente ley.
4. Para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez deberá considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del presente artículo.

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

parámetros, algunos de ellos recogidos posteriormente por el artículo 24 LRPA. Como resaltamos en otra parte de este trabajo, había en el artículo 20 del proyecto LRPA una referencia explícita a la proporcionalidad entre gravedad de las infracciones y la severidad de la sanción. El aporte de esta disposición expresa como directriz de la individualización judicial de la sanción sin duda era enorme, aunque creemos que su supresión no es obstáculo para por la vía interpretativa reconocerla y aplicarla en su nueva redacción como un criterio a considerar, idea que profundizaremos después.

El artículo 24 LRPA aparece como el cierre de un proceso o labor de determinación de la pena en general, que comenzó con la *determinación legal* de la pena, aplicando los artículo 21, 22 y 23 LRPA. Los cinco marcos penales abstractos creados por el artículo 23 y que deben complementarse -como ya vimos- con las normas específicas para cada una de las sanciones, son el terreno sobre el cual el juez penal debe desplegar su labor individualizadora, esto es, la asignación al caso y a un individuo concreto de las exactas consecuencias jurídicas de su obrar ilícito.

El estudio específico de esa labor y de la norma citada en la LRPA, es lo que abordaremos a continuación.

B.- Ámbito de aplicación del artículo 24 LRPA: naturaleza y cuantía de la pena o sanción.

El artículo tantas veces citado, establece: “**Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena.** Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) La gravedad del ilícito de que se trate;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) La edad del adolescente infractor;

- e) *La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y*
- f) *La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.”*

Esta norma consagra los llamados por el legislador *criterios de determinación de la pena*, que para una mayor claridad metodológica hemos llamado criterios de *individualización judicial* de la pena, para distinguirlos de la *determinación legal* de la pena. Su alcance está referido expresa y literalmente a la decisión sobre la *naturaleza* de la sanción a imponer, esto es, la elección de qué tipo de pena específica contenida en el marco abstracto de pena conforme a los tramos del artículo 23 LRPA se aplicará, desde la amonestación a la internación en régimen cerrado según el caso.

Sin embargo, surge la interrogante de si el ámbito de aplicación del artículo 24 LRPA se extiende también a la fijación del quantum exacto y concreto de la sanción.

En el sentido afirmativo se manifiesta Medina, quien divide las normas determinación de pena en aquellas que permiten la fijación de un marco sancionatorio aplicable -entendemos artículo 21 a 23 LRPA- de aquellas reglas que dentro de ese marco actúan para fijar la naturaleza y quantum concreto de la sanción –entendemos artículo 24 LRPA-¹³⁸.

En un sentido diverso Horvitz¹³⁹, indica que la extensión de la sanción se fija previamente a la elección de su naturaleza: “*La LRPA establece el siguiente*

¹³⁸ Medina, Gonzalo, op. cit., página 8 y 9. Agrega más adelante: “*Como se ha señalado, la norma precedente cumple dos funciones en el marco de la LRPA: (i) orienta la elección de una clase de sanción determinada; y (ii) entrega los criterios a considerar en la fijación de la magnitud final de la sanción.*” En este sentido se pronuncia también Vargas, Tatiana, *La determinación judicial de la sanción penal juvenil*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 34: 475-501, 2010, página 480.

¹³⁹ Horvitz, op. cit., página 102, posición que reitera en la página 109: “*Sólo una vez que el tribunal ha establecido la duración de la pena en concreto, esto es, considerando las reglas de determinación de pena precedentemente estudiadas, corresponderá aplicar los artículos 23 y 24 LRPA*”. Con ello entendemos que incluso se plantea que con el sólo artículo 21 LRPA y los ajustes eventuales del artículo 22 LRPA se establecería una pena en concreto según la autora, que debe ubicarse dentro de los tramos del artículo 23 LRPA para la sola elección de la

procedimiento individualizador. Primero debe establecerse la duración de la sanción, recurriendo a la extensión temporal de las penas asignadas a los delitos contenidos en el Código Penal, y sólo una vez determinada aquélla puede designarse naturaleza de las sanción aplicable al caso.” Lo anterior nos lleva a pensar que la autora no consideraría que el artículo 24 LRPA sirva para fijar el quantum concreto de sanción, aunque no explica cómo lo fijaría particularmente en las sanciones que estima susceptibles de graduar dentro de los parámetros del artículo 23, a saber las privativas de libertad y eventualmente libertades asistida y especial de menos de tres años, toda vez que acepta que el artículo 24 LRPA sí sirve para individualizar tanto la naturaleza como la cantidad de pena en las restantes sanciones, a saber, multa, reparación del daño y servicios comunitarios¹⁴⁰.

Efectivamente, y en ello coincidimos con Horvitz, no todas las sanciones deben ajustarse a los parámetros temporales del artículo 23 LRPA, en el caso de la amonestación por imposibilidad de cuantificación y en el caso de la reparación del daño, multa o servicios en beneficio de la comunidad porque su cuantificación no obedece a la extensión temporal de días o años referida en el artículo 23 LRPA. Por lo demás, coincidimos también con la autora citada en cuanto se descarta que en el caso de los servicios a la comunidad deban distribuirse las horas en el periodo de extensión de sanción dado por el artículo 23 LRPA, porque dicha extensión en los tramos más altos de pena sería contraproducente con los fines preventivos¹⁴¹. Operan en este tema los criterios del artículo 24 LRPA de manera autónoma, no sujetos a los límites temporales del artículo 23 LRPA.

Sin perjuicio de lo dicho, sostenemos que en el ámbito del artículo 24 LRPA, esto es, individualización judicial de la pena, **se incluye también la decisión de la**

naturaleza de la sanción vía artículo 24 LRPA, con la excepción de las sanciones especialmente reguladas en su duración, que no admiten división temporal.

¹⁴⁰ Horvitz, op. cit., página 107, quien se pregunta sobre las sanciones “no susceptibles de ser reducidas a estos parámetros temporales” del artículo 23 LRPA, y señala: “Estimamos que dentro del marco penal determinado por aplicación de la regla del artículo 22 LRPA, el tribunal deberá individualizar la pena respetando las restricciones que impone su naturaleza y los criterios del artículo 24 LRPA, en cuanto sean aplicables.”

¹⁴¹ Horvitz, op. cit., página 105.

duración o cuantía de la sanción¹⁴², particularmente en los casos discutidos, esto es penas o sanciones privativas de libertad y libertades asistidas, salvo en lo referido al límite superior de la libertad asistida especial en el tramo del artículo 23 N°2 LRPA, por la limitación de tres años contenida en el artículo 14 LRPA. Lo anterior en base a las siguientes razones:

a) Una primera lectura del artículo 21 LRPA pudiera llevarnos a sostener que con su sola aplicación se llega a determinar el exacto quantum de la pena a imponer. Así, disminuida la pena en un grado respecto del mínimo del marco penal establecido para el delito cometido por el adulto, se aplicarían las normas del artículo 50 a 78 del Código penal, mediante las cuales se establecería la pena exacta. La pena calculada de la forma antes dicha se enmarcaría en alguno de los tramos del artículo 23 LRPA para determinar el tipo o naturaleza de sanción a aplicar. No obstante, creemos que este planteamiento sería erróneo. Primero, porque altera el orden lógico de la decisión, anteponiendo la resolución de la cantidad de pena a la clase de sanción a imponer, por ejemplo, primero que se van a aplicar dos años de pena, para luego decidir qué pena, dos años de régimen cerrado, semicerrado o libertad asistida. Entendemos que las diferencias entre una y otra alternativa son considerables, pues es imposible cuantificar algo con justicia y proporcionalidad si no se sabe que es lo que se cuantifica. Así, la decisión de la naturaleza de la sanción quedaría condicionada por la cantidad.

¹⁴² En ese sentido también la Corte Suprema en sentencia de fecha 14 de julio de 2008, Rol 316-2008, resolución recaída en recurso de queja, sin perjuicio de señalar que las reglas del artículo 21 a 23 influyen en la extensión, señala: “NOVENO: Que, efectuadas las precisiones anteriores, es necesario puntualizar que el reclamado artículo 24 de la Ley N° 20.084, en sus diversos literales, establece criterios de determinación de la naturaleza de los castigos dentro de los márgenes establecidos conforme a los artículos que lo preceden, los cuales deben ser considerados por el juez para determinar la sanción a imponer, tanto su duración como su cuantía, esto es, le permiten fijar el quantum preciso del castigo.” Y más adelante acota: “En este predicamento, el magistrado del grado siguiendo paso a paso las etapas que contempla la ley respectiva, y dejando constancia de los parámetros que tuvo en consideración para fijar la pena definitiva, estando legalmente facultado para imponerla dentro del grado en que la determinó, es soberano para definir la extensión que estime conveniente, según las particulares condiciones de cada caso...”. Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Noveno informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Octubre 2008. 51p., página 5 y siguientes. En el mismo sentido, lo hace la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 23 de julio de 2010, Rol 341-2010, en su considerando 5° (disponible en www.poderjudicial.cl).

b) Por otro lado la exclusión del artículo 69 del Código penal del artículo 21 LRPA tiene a nuestro juicio una clara lógica. En el código mencionado el artículo 69 actúa como una norma de individualización judicial de la pena, referida expresamente al quantum de la pena, e incluso podría sostenerse que sería aplicable, pese a no establecerse expresamente con ese fin, para la decisión de elección de penas alternativas como en el caso de la violación de morada o las lesiones menos graves (artículo 61 regla 3ra. del Código penal). El artículo 69 citado ha sido desmembrado en las letra c) y e) del artículo 24 LRPA para individualizar judicialmente la pena, tal como opera en el Código penal, para decidir el exacto quantum de sanción dentro de los márgenes del artículo 23 LRPA¹⁴³.

c) Si se acepta que por el artículo 21 LRPA no es posible llegar a la pena exacta en su quantum, pero se rechaza que esto se incluya en el artículo 24 LRPA por no referirlo expresamente dicha norma, no resultaría jurídica ni racionalmente comprensible que el legislador haya abandonado al sólo arbitrio judicial la duración exacta de la sanción dentro de un mínimo y máximo de consideración, más aún después de la reglamentación tan exhaustiva de todos los restantes ámbitos de la determinación de la pena. O sea, para ejemplificar, se sostendría que el juez debe fundar en base a los criterios del artículo 24 LRPA por qué elige una sanción de libertad asistida en vez de un servicio a la comunidad, y, por otro lado, puede decidir libremente y fundado incluso en consideraciones diversas a las del artículo 24 LRPA si se aplican 30 o 120 horas de servicios comunitarios o 541 días o 3 años de régimen semicerrado, por ejemplo.

d) A mayor abundamiento, la expresión “dentro de los márgenes establecidos” que usa el artículo 24 LRPA, refiere a nuestro juicio a los límites de cada uno de los tramos del artículo 23 LRPA, comprendiendo tanto los límites del tipo de sanción a escoger, como los límites referidos a la extensión de cada uno de ellos, pues la norma

¹⁴³ En este sentido coincide Medina, Gonzalo, op. cit., página 9: “En consecuencia, no puede ponerse en duda que el artículo 24 LRPA cumple en el caso del régimen penal de los adolescentes, la misma función que el artículo 69 del Código Penal cumple en el régimen general, esto es, proveer de criterios que permiten fijar la magnitud de la sanción dentro de un marco predeterminado según las reglas legales.”

no distingue al respecto. En tal sentido, el artículo 24 LRPA sirve también al juez para individualizar qué tipo de sanción se aplicará y en qué quantum ubicado dentro de los márgenes temporales establecidos del artículo 23 LRPA. Lo anterior, es sin perjuicio de las normas especiales de duración de las sanciones especialmente legisladas que vimos -libertades asistidas y servicios a la comunidad- y las normas especiales que se complementan con el artículo 24, como el caso de la multa¹⁴⁴.

En conclusión, sostenemos que el artículo 24 LRPA cumple la función que el artículo 69 del Código penal realiza en la determinación concreta de la pena en adultos. Establece la magnitud concreta de pena a aplicar, extendiéndose además expresamente el artículo 24 LRPA a la decisión de la exacta naturaleza de la sanción a imponer.

C.- Naturaleza del artículo 24 LRPA. Fundamentación basada en los criterios.

El artículo 24 LRPA es una norma dirigida al juez, y constituye la directriz a seguir en su labor de individualización de pena, por eso es obligatoria para él en tanto los criterios establecidos en ella son los únicos en los que debe amparar su decisión de aplicar una concreta sanción, dentro de los márgenes legales. El artículo 24 LRPA alude expresamente a que, para individualizar la sanción, “*el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo*” a los criterios en ella señalados, que tienen el carácter de taxativos.

¹⁴⁴ Una opinión similar se sostuvo por el Juzgado de Garantía de Valdivia, sentencia de procedimiento abreviado de fecha 17 de diciembre de 2007, Rol 2873-2007, que indica: “OCTAVO...Sin embargo, una vez precisada la naturaleza de la pena, no es rigor que ella deba extenderse conforme a lo que previamente determinamos de conformidad al artículo 21 de la ley N° 20.084, pues esa apreciación sólo nos ha servido para excluir aquellas penas no aplicables al hecho determinado, como en la especie sucede con la amonestación o libertad asistida, por ejemplo. En definitiva, la extensión de la pena así elegida debe estarse a las definiciones que la ley ha dado de cada una de ellas, tanto es así que el propio artículo 23 así lo indica en su inciso final.” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Séptimo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Marzo 2008. 70p., páginas 67 y 68. Esta sentencia fue confirmada y ésta recurrida de queja rechazada por la Corte Suprema, con fecha 14 de julio de 2008, Rol 316-2008, ya citada.

De este modo, el legislador reguló la labor individualizadora del juez circunscribiéndola a la valoración de ciertos criterios que le aportó, obligándolo además a desplegar una fuerte carga argumentativa que debe constar de manera expresa, indicando de qué manera influyen en su decisión, ello con el objeto reproducir su razonamiento y hacer controlable su decisión¹⁴⁵ por la vía de los recursos procesales.

Hasta ahí -obligatoriedad de su aplicación y fundamentación en él- el es asunto es claro, pero deja de serlo una vez que el juez debe determinar cómo aplicará o entenderá cada criterio. Entonces, ¿cuál es la correcta interpretación, el exacto sentido y alcance de esta disposición?

¹⁴⁵ Deber de fundamentación que se relaciona con la interposición de recursos procesales, como lo sostiene Medina, Gonzalo, op. cit., página 12. En el mismo término RAMOS Tapia, María I., y WOISCHNIK, Jan. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2001: 143-156, 2001, página 154. Un caso en que se acogió un recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho fundada en el artículo 24 LRPA, es el que resolvió la Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 20 de julio de 2007, Rol 709-2007, que señala: “QUINTO: “Que, con todo, los sentenciadores del fondo incurrieron en errores de derecho al determinar la sanción concreta en cuanto a su naturaleza, al no regirse por los criterios taxativos y cualitativos que se consagran en el Art. 24 de la Ley Nº 20.084, en especial, de las letras c) y e) de dicha disposición, que se refieren a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y la extensión del mal causado con el delito, como se dirá a continuación”. Y más adelante: “SÉPTIMO: “Que erró el tribunal a quo al considerar que la extensión del daño causado por el delito ameritaba la imposición de la sanción de régimen cerrado, por ser ésta privativa de libertad y de “última ratio”, como consagran los Arts. 21 y 47 de la ley que rige la materia; y, por el contrario, debió evaluar que lo procedente en este caso era una sanción de naturaleza menos gravosa. Lo anterior fluye de lo razonado por los propios sentenciadores en las motivaciones décima -en que se asienta que patrimonialmente la víctima fue afectada sólo en \$ 10.000- y décimo tercera, en cuanto indica que la violencia utilizada “dejó huellas en la persona del ofendido”, que consistieron según el médico cuyo testimonio reproduce, en “herida cortante superficial en el dedo índice de la mano izquierda y una contusión craneana”..... Luego, siendo el mal causado de escasa entidad -lesiones leves y sustracción de una baja suma de dinero-, no tuvo una extensión tal que llevara a imponer la aludida sanción privativa de libertad”. Y concluye: “NOVENO: “Que de haber calificado los jueces del fondo en forma adecuada los hechos del proceso por ellos mismos establecidos, siguiendo en forma correcta los criterios legales para determinar la naturaleza de la pena, la aplicación de dichos parámetros legales necesariamente debió conducir al tribunal a imponer no la sanción de último recurso y que produce mayor afectación a los derechos del menor y a sus posibilidades de reinserción, sino precisamente la que perturbara menos sus derechos y que más fortaleciera sus capacidades de resocialización...” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Agosto 2007. 53p., página 15 y siguientes.

Cillero indica al respecto, en su estudio sobre la idoneidad de la sanción conforme al artículo 24 letra f) LRPA, que esta norma es una “*regla de interpretación de la ley para la individualización judicial de la pena*”¹⁴⁶. Entendemos nosotros que ello puede decirse de todo el artículo 24 LRPA, pues en principio son todos los criterios del artículo en comento, en cada una de sus letras, los que el legislador entrega al juez para la individualización.

Siguiendo al mismo autor, éste resalta el sentido y función de esta norma dentro de un contexto, más que de aplicación del derecho por parte del juez, a uno de justificación, razonamiento o argumentación judicial, dónde lo discutido es “*con qué grado de libertad actúan los jueces*” -en el caso para individualizar la pena-, con qué grado de autonomía toman sus decisiones, cuestión que implica establecer los límites a que sujeta dicha argumentación, razonamiento o justificación, vía estándares que rijan el mismo, teniendo presente que el razonamiento judicial es un razonamiento argumentativo, esto es, “*se fundamenta más en la corrección de sus razones, que en la verdad o falsedad de sus proposiciones*”, y práctico, pero apoyado en la teoría, y practicable, o sea, “*susceptible de ser alcanzado con los medios al alcance de los jueces*”¹⁴⁷.

Entonces, la carga de fundamentación que expresamente requiere el artículo 24 LRPA, es la contraparte de los grados de discrecionalidad reglada del juez en la toma de decisiones, propios de la individualización judicial concreta de la sanción. Este deber de fundamentación propio de la argumentación jurídica, debe en el caso equilibrar la seguridad jurídica mediante el respeto del principio de legalidad en la aplicación de las penas, con el principio de justicia al caso concreto, mediante la búsqueda de una pena “*proporcional y adecuada en el marco de un razonamiento que satisfaga el principio de igualdad en la interpretación de la ley penal*”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cillero, Consideraciones..., op. cit., página 7.

¹⁴⁷ Cillero, Consideraciones..., op. cit., página 8.

¹⁴⁸ Cillero, Consideraciones..., op. cit., página 9, quien agrega que: “*La necesidad de adecuar la sanción al caso concreto, a la orientación a las consecuencias y a los fines de la pena y del Derecho penal, se derivan de las exigencias de los principios de justicia e igualdad, por una parte, y de la aceptación de los fines preventivos de la sanción penal, criterios que adquieren*

Ahora bien, cabe plantearse si la aplicación del artículo 24 LRPA por el juez al caso concreto, es una cuestión de aplicación de normas o de ponderación de principios.

Medina estima que la aplicación de los criterios del artículo 24 LRPA y su incidencia en la elección de la sanción y su extensión, no es un asunto de ponderación de principios sino de aplicación de normas, pues *“no se trata de optimizar la aplicación de los criterios en la determinación de la pena, sino de analizar su concurrencia y efecto en el caso concreto”*¹⁴⁹. Cillero por su parte tiene una opinión diversa. Estima este autor que la diversidad de sanciones de cada tramo del artículo 23 LRPA, se ajustan a la tendencia seguida por el derecho comparado y los instrumentos internacionales, pues no es posible en abstracto estimar en el derecho penal de adolescentes el peso en cada caso de las condiciones personales del autor y los elementos jurídicos en conflicto, por ejemplo la protección de bienes jurídicos, el interés superior del menor, la privación de libertad como último recurso, fines retributivos y preventivos, etc. Lo anterior obligaría a sopesar todos estos elementos en juego al decidir, lo que según el autor lleva a proponer que el juez *“realice un ejercicio de ponderación, ya que los criterios legales no son excluyentes entre sí y, por el contrario, la norma exige que todos éstos sean considerados o desechados según su particular peso en el caso concreto”*¹⁵⁰.

especial relevancia para justificar el Derecho penal de adolescentes en los sistemas comparados y en las normas internacionales.”

¹⁴⁹ Medina, Gonzalo, op. cit., página 13. Un fallo al respecto es de la Corte de Apelaciones de Chillán, de fecha 24 de septiembre de 2010, Rol 178-2010, que señala: *“6.- Que del análisis de la sentencia recurrida, se puede concluir señalaron cada uno de los criterios que sirvieron de base para la determinación de la pena que se impuso al acusado, cumpliendo cabalmente con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N°20.084. Que conviene precisar en el caso de autos, que el verbo rector que se expresa en la disposición legal antes transcrita (fundamento 5°) es atender, término que significa, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia “tener en cuenta o en consideración alguna cosa” o sea, esto es, lo que el juez debe cumplir, no exigiéndose razonar o interpretar sobre cada uno de los parámetros que la norma legal señala.”*. Disponible en www.poderjudicial.cl.

¹⁵⁰ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 26 y 27. El autor agrega que con ello se supera el subjetivismo –a través de la fundamentación.- y el particularismo, *“al establecer reglas de precedencia y de estructura del razonamiento judicial, que permiten acercarse a una mayor igualdad en la aplicación de la ley”*.

Prosigue el autor indicando que los criterios del artículo 24 LRPA son de naturaleza diversa, unos referidos al injusto penal, otros a circunstancias personales del adolescente –como la edad- por lo tanto todos son en abstracto válidos, no se trata entonces de un conflicto de validez de las normas, sino de aplicación de normas igualmente válidas. Propone por tanto un juicio de ponderación para resolver el asunto, donde en abstracto todos los principios son preservados pero en concreto se establece un orden preferencia, no optimizándolos mediante el sacrificio parcial o compartido de ellos, sino que en algunos casos, cuando ello no es posible, en la primacía de uno sobre el otro, es decir, se trata de “*encontrar las razones que puedan justificar en cada caso el mayor o menor peso de cada uno de los criterios*” de la norma respectiva – artículo 24 LRPA-¹⁵¹.

Luego de lo anterior, el autor se centra en el principio de proporcionalidad como rector del juicio de ponderación para la decisión de la naturaleza de la sanción y la magnitud concreta de pena, entendido en sus tres subprincipios, *adecuación o idoneidad* (medio apto para alcanzar el fin legítimo), *necesidad* (el más benigno de los medios idóneos con el derecho afectado) y *estricta proporcionalidad* (medida que genera más beneficios que perjuicios considerando todos los intereses en juego).

El autor citado centra su análisis en el artículo 24 letra f) razón por la cual nos detenemos aquí en su propuesta, para retomarla al hablar del artículo 24 letra f) LRPA en específico. Sin embargo, destacamos de estas dos opiniones cómo ambas se hacen cargo de la necesidad de aplicar todos los criterios del artículo 24 LRPA, considerando todos válidos y aplicables por el juez. El asunto radica entonces en encontrarles una interpretación armónica y que eluda el peligro, al aplicarlos, de una eventual violación del *ne bis in idem* -que estudiaremos a continuación-, cuestión que redunde en que sólo a través del artículo 24 letra f) LRPA se individualice la sanción.

¹⁵¹ Cillero, Consideraciones..., op. cit., página 28 y 29, citando a Prieto Sanchís, L., *El juicio de Ponderación*, en Justicia Constitucional y Derecho Fundamentales, Editorial Trotta, Madrid, 2003, páginas 178-179, habla que en este caso nos encontramos ante una antinomia contingente, en concreto o de aplicación, donde al contrario de las antinomias de validez no se conocen por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni se cuenta por ello con una regla segura para resolver el problema.

Esta última situación, que podrá discutirse sea la adecuada forma de entender la norma, no es lo querido por el legislador. Se trata de que el juez, con estricta sujeción a la ley aplique la norma, y por ello encontrarle un sentido útil a todos sus criterios.

D.- El problema de la eventual violación del principio *ne bis in idem* o prohibición de doble valoración en la individualización de la sanción.

Insistimos en que una interpretación del artículo 24 LRPA no podría en principio dejar de abarcar todos y cada uno de los criterios señalados en él. Esto es así porque existe un mandato legal expreso, el juez debe sujetarse a la ley, y a mayor abundamiento, debe al menos examinarse si una correcta interpretación conduce a un sentido aprovechable de todos ellos.

Esto nos traslada a otra discusión del artículo 24 LRPA y sus criterios, cual es la referida a una eventual violación del principio *ne bis in idem* en su aplicación.

D.1. Planteamiento del problema y posiciones de la doctrina

En la literatura nacional referida al artículo 24 LRPA, encontramos planteado este problema¹⁵². Se estima que valorar nuevamente la gravedad del delito, su grado de desarrollo, la participación del adolescente y las modificatorias concurrentes - artículo 24 letras a), b) y c) LRPA- ya sopesadas para establecer el marco penal de extensión y tipo de penas probables a imponer, no puede ser nuevamente considerado en perjuicio del reo sin infringir con ello el principio *ne bis in idem* o prohibición de doble valoración, recogido por nuestro artículo 63 del Código penal, aplicable por lo demás conforme al artículo 21 LRPA.

En efecto, a juicio de Horvitz, los factores o criterios aludidos no debieron considerarse para determinar la clase de pena aplicable, siendo el único criterio

¹⁵² Horvitz, op. cit., página 103. Se desarrolla con más extensión a partir de la página 112.

atendible el de la sanción adecuada para el cumplimiento de los fines preventivo especiales¹⁵³, recogido en el artículo 24 letra f) LRPA.

Indica la autora que la violación al principio en comento se da, pues al establecer el legislador las penas en los tramos del artículo 23 LRPA, ya debió considerar para su inclusión en ellos la gravedad del ilícito y todos los factores relevantes para establecer ese marco conforme a los artículos pertinentes del Código penal -50 a 55 y 67- tales como la gravedad del delito dada por la pena abstracta, participación criminal, el grado de desarrollo del mismo y las modificatorias concurrentes, que desembocan en la ubicación del hecho en un tramo específico del artículo señalado¹⁵⁴. Apremiar lo mismo ahora para elegir la clase de pena, implicaría una doble valoración proscrita si se realiza en perjuicio del reo, porque ya han sido tomados en cuenta en la por nosotros llamada “determinación legal de la pena”¹⁵⁵.

Agrega la autora un argumento, señalando que la diversidad de sanciones busca favorecer la inserción del adolescente y no finalidades retributivas¹⁵⁶. No obstante, acepta que esta discusión es relevante sólo en las sanciones divisibles temporalmente, aunque no en las no susceptibles de ello, pues en ese caso los

¹⁵³ Horvitz, op. cit., página 112.

¹⁵⁴ Horvitz, op. cit., página 112, y señala: “*En efecto, la extensión de la pena “juvenil” está en relación con la duración de la pena correspondiente a adultos, y ésta, a su vez, con la entidad del bien jurídico y la magnitud de su afectación, y demás factores que atingen a la culpabilidad del autor.*”

¹⁵⁵ Una sentencia que recoge esta argumentación la encontramos en la pronunciada por el Juzgado de Garantía de Osorno con fecha 18 de junio de 2007, Rol 3251-2006, que señala: “*UNDÉCIMO:... Una vez realizado el análisis anterior, es necesario determinar la naturaleza de la sanción a imponer de acuerdo al artículo 24 de la LRPA. El legislador ha establecido como primer criterio la gravedad del delito, criterio que a juicio de ésta Juez resulta imposible ser utilizado para agravar la pena en contra del imputado, toda vez, que dicha circunstancia ya fue considerada por el legislador al imponer el marco penal y la duración de la pena, todo ello conforme al principio de ne bis in ídem. En iguales términos la participación del menor y el grado de desarrollo del delito. Al respecto merece especial preocupación la sanción aplicable más adecuada y efectiva desde una perspectiva del fin de prevención especial de la pena favoreciendo con ello la reinserción social del adolescente y no fines meramente retributivos...*”. Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Primer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Julio 2007. 76p., página 33 y siguientes.

¹⁵⁶ Horvitz, op. cit., página 112. Quien agrega un argumento histórico, referido al artículo 24 del anteproyecto, donde la gravedad de la infracción determinaba tanto la naturaleza como la extensión de la sanción. En profundidad, página 113.

criterios del artículo 24 LRPA son aplicables, tanto para decidir su aplicación como en su monto.

También plantea esta posible problemática Bustos -sin perjuicio de argumentar para descartarla en varios casos, como ya analizaremos- haciendo hincapié en que claramente se viola el *ne bis in idem* en el criterio referido a las agravantes, incluso si alguna se recondujera, por ejemplo, a la extensión del daño causado, pues lo que importaría en el caso es que se valoraría el mismo objeto¹⁵⁷.

El asunto así planteado requiere, en nuestra opinión, revisar el concepto del *ne bis in idem*, para luego vincularlo con la labor de individualización y así responder si realmente existe el problema expuesto, y en tal caso encontrar una eventual solución que de operatividad a la norma.

D.2. Concepto, requisitos, consagración legal y reconocimiento de la prohibición de doble valoración y el principio *ne bis in idem*.

Según Ziffer, la prohibición de doble valoración implica que “*todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito*” y que han sido tomadas en cuenta por el legislador dentro de los márgenes del tipo penal y por ende en su penalidad -que responde a las finalidades de ésta- “*no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto*”¹⁵⁸ por el juez, o sea, impide “*atribuir dos veces, respecto de un mismo sujeto, un suceso que ha sido valorado unitariamente desde una perspectiva normativa*”, en la medición o individualización de la pena¹⁵⁹. La prohibición de doble valoración sería una manifestación del principio *ne* o *non bis in idem*¹⁶⁰, que por su parte significa la prohibición de duplicar las sanciones a una misma

¹⁵⁷ BUSTOS Ramírez, Juan. El Derecho Penal del Niño – Adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago, Ediciones jurídicas de Santiago, 2007. 210p., página 64 a 66.

¹⁵⁸ Ziffer, op. cit., página 107.

¹⁵⁹ Carnevali, Raúl y Källman, Eva, op. cit., página 19, quien cita al efecto a Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale*. PG. 3° ed. Bologna: Zanichelli.1995, página 621.

¹⁶⁰ Así, Ziffer, op. cit., página 108; Carnevali, Raúl y Källman, Eva, op. cit., página 18; VAN WEEZEL, Alex. Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal. *Ius et Praxis*, 7(2): 401-407, 2001, página 404.

persona por un mismo hecho, en la medida que se de una identidad de sujeto, hecho y fundamento, o sea, mismo contenido de injusto¹⁶¹.

Por otro lado, se señala que este principio deriva constitucionalmente del principio de legalidad, pues la tipicidad deriva del imperativo “ley estricta”, lo que determina que un mismo presupuesto no puede fundar dos penas¹⁶².

Para la doctrina nacional estos principios, tanto el *ne bis in idem* como la prohibición de doble valoración, están recogidos en el artículo 63 del Código penal¹⁶³. Por ejemplo, Politoff indica sobre este artículo que es la principal fuente positiva de la prohibición de doble valoración, “*corolario del principio non bis in idem, que impone la prohibición de utilizar en la individualización judicial los elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar la conducta*”¹⁶⁴. Rudnick por su parte reitera, al referirse a la prohibición de doble valoración, que en la medición judicial no se pueden usar elementos que el legislador usó o incluyó en la tipificación o que afectan a todos los delitos de la misma naturaleza, pues esa valoración ya se tradujo en un quantum de pena, reflejado en el marco punitivo¹⁶⁵. Así, este artículo se convierte en la

¹⁶¹ GARCÍA Planas, Gabriel. Consecuencias del principio “non bis in idem” en Derecho Penal. *ADPCP*, tomo XLII (fas.I):109-123, 1989, página 109 y 110; Medina, Gonzalo, op. cit., página 14; Vargas, Tatiana, op. cit., página 845 y 486.

¹⁶² Bustos, Juan, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, página 77, citado por García Planas, op. cit., página 112, quien refiere además fallos del Tribunal Supremo y Constitucional Español, en tal sentido. Sin embargo, hay quienes sostienen que derivaría también del principio de proporcionalidad: Cuerda Riezu, Antonio, *El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990*, en *ADPCP*, 1991, página 845-846, citado por Carnevali, Raúl y Källman, Eva, op. cit., página 19, en nota al pie 103. En este sentido también Medina, Gonzalo, op. cit., página 14.

¹⁶³ Que establece: “*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo o penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*”.

¹⁶⁴ Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., página 522, y en nota al pie N°99 específica que si bien está reconocida sólo respecto de las agravantes constituye “*una verdadera regla general de interpretación en el sistema penal chileno*”, a partir de su derivación del *non bis in idem*. También hace referencia a alguna vinculación de este artículo con el *ne bis in idem*, Cury, Enrique, *Derecho Penal...*, op. cit., página 765, y Garrido Montt, *Derecho Penal...*, tomo I, op. cit., página 328.

¹⁶⁵ Rudnick, op. cit., página 19 y 20.

consagración positiva de estos principios y por ende constitutivos de un criterio de interpretación para la individualización judicial de las sanciones.

En lo que respecta a la LRPA, si bien el artículo 63 del Código penal se aplica en la fase que hemos denominado *determinación legal* de la pena con el mismo efecto para la determinación de la pena en adultos, es pertinente discutir sobre este principio interpretativo de prohibición de doble valoración al aplicar el artículo 24 LRPA, pues se plantea un eventual conflicto por violación del mismo en la individualización judicial de la sanción.

Como una manera de abordar este conflicto, nos preguntamos cómo se discute y resuelve en materia de responsabilidad penal de adultos este mismo asunto, al aplicar el artículo 69 del Código penal, que constituye para nosotros el símil del artículo 24 LRPA en su ámbito propio, pues es la norma de individualización concreta de pena en materia de adultos y además sus criterios -apreciación conjunta de atenuantes y agravantes concurrentes y la extensión del mal causado- constituyen dos explícitamente recogidos en las letras c) y e) del artículo 24 LRPA. De esta forma, pretendemos obtener puntos de vista para conducir a una eventual interpretación y aplicación del artículo 24 LRPA.

D.3. La aplicación del artículo 69 del Código penal, como norma de individualización judicial de la pena¹⁶⁶.

El artículo 69 del Código penal indica 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”*. La doctrina nacional ha reconocido en él una nueva apreciación global o conjunta de las modificatorias *“haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente”*, aunque sin explicar cómo se realiza esta valoración conjunta, no obstante, Cury resalta que

¹⁶⁶ Un completo análisis de esta norma y su aplicación en adultos encontramos en Rudnick, op. cit. páginas 422 a 434.

posiblemente el Código penal, de modo intuitivo, se acerque al tipo de valoraciones que exige la teoría normativa de la culpabilidad¹⁶⁷.

Esta última idea de Cury, se relaciona con el hecho que la concepción normativa de la culpabilidad la entiende esencialmente graduable, y esta graduación influye a su vez en la medición de la pena¹⁶⁸, pues como señala el propio autor, “*la culpabilidad es la medida de la pena*”¹⁶⁹.

De todos modos, se reclama por la doctrina nacional la utilización de esta norma, indicando que el juez debe reproducir las razones y forma en que aplicó la disposición en comento¹⁷⁰.

Otra opinión la encontramos en Van Weezel, quien plantea una interpretación del artículo 69 del Código penal bajo criterios preventivos¹⁷¹. El autor parte su argumentación afirmando que el sistema punitivo estatal se encuentra orientado a la prevención, el concepto mismo de culpabilidad “*depende del concepto de prevención en el ámbito de la pena estatal*”, sin embargo sostiene que las modernas teorías de la prevención general positiva no tienen acogida en la determinación judicial de la pena, sin perjuicio que los fallos de los tribunales al pronunciarse sobre la aplicación del artículo 69 del Código penal, encuentren su fundamento en ello sin mencionarlo explícitamente¹⁷².

¹⁶⁷ Cury, Enrique, Derecho Penal..., op. cit., página 770. En el mismo sentido de valoración conjunta y unitaria, Garrido Montt, Mario, Derecho Penal..., tomo I, op. cit., página 334, y Etcheberry, Alfredo, op. cit., página 190 y 191.

¹⁶⁸ Cury, Enrique, Derecho Penal..., op. cit., página 407.

¹⁶⁹ Cury, Enrique, Derecho Penal..., op. cit., página 390 y 391, aunque estima que parcialmente depende del injusto, y sólo establece el límite máximo de la sanción, pues consideraciones preventivas pueden determinar la imposición de una sanción menor al grado de culpabilidad.

¹⁷⁰ Etcheberry, Alfredo, op. cit., página 191; Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., página 537, este último resaltando la aplicación de la pena mínima dentro del grado por la jurisprudencia, sin mayores fundamentos al tenor del artículo 69 del Código Penal.

¹⁷¹ Van Weezel, Alex, op. cit., página 401 a 407.

¹⁷² Van Weezel, op. cit., página 401, quien atribuye a Jackobs, el “*mérito de haber puesto de relieve esta situación de hecho*”.

El autor considera que el artículo 69 del Código penal no admite una interpretación en clave culpabilística, pues violaría el *non bis in idem*¹⁷³, ello atendido que los factores de individualización –atenuantes, agravantes y extensión del mal causado- permiten una valoración distinta desde la retribución por culpabilidad o desde la prevención. Así, en la concepción tradicional que separa culpabilidad de prevención, la determinación legal de la pena (grado de pena aplicable según las normas anteriores al artículo 69 citado) debía hacerse en base a una culpabilidad presunta, y la individualización judicial conforme al artículo 69 del Código penal, determinación del quantum exacto en base a criterios preventivos¹⁷⁴.

Si lo es así bajo la concepción tradicional, para el autor sería inadmisibles que no sólo la individualización exacta, sino todo el proceso de determinación de la pena no siguiera esta interpretación en el modelo de culpabilidad orientada a los fines, pues el proceso debe estar “*presidido por la estabilización de la norma infringida a costa del infractor*”, de lo contrario sería contradictoria con la esencia y legitimidad de la sanción penal¹⁷⁵.

Mediante esta interpretación, el autor estima se supera una eventual violación del principio de prohibición de doble valoración, en la medida que el sentenciador deslinde con claridad las consideraciones preventivas, en cuanto a la valoración conjunta de las modificatorias, ya sean comunes o especiales, el efecto de algunas altamente valoradas en el proceso de compensación racional, de resultados múltiples típicos o culpables extratípicos imputables objetivamente¹⁷⁶.

Rudnick, por su parte, cuestiona que se considere la aplicación del artículo 69 del Código penal bajo criterios de prevención, pues estos jugarían un rol anterior a la determinación de la pena exacta, en etapas previas, ya que la graduación del injusto responde a una menor o mayor necesidad de pena¹⁷⁷. Por otro lado, estima que la

¹⁷³ Van Weezel, op. cit., página 402.

¹⁷⁴ Van Weezel, Alex, op. cit., página 404.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Van Weezel, op. cit., páginas 404 y 405.

¹⁷⁷ Rudnick, op. cit., página 430.

fijación del quantum exacto de pena debe ser proporcional a la magnitud del delito, esto es, a la “*intensidad del reproche y magnitud del injusto*”, lo que implica aceptar que criterios culpabilísticos sean considerados en la determinación exacta y concreta de la pena, vía circunstancias modificatorias, aunque acepta que ello debe conciliarse con evitar una violación de la prohibición de doble valoración¹⁷⁸.

Medina cuestiona que la mera valoración global de las modificatorias eluda la infracción a la prohibición de doble valoración, pues lo que implica la violación del principio aludido es la consideración de una circunstancia que ya ha tenido efecto concreto en la determinación del marco penal, no su apreciación conjunta o separada. Estima que las modificatorias admitirían graduación y por ende tienen una entidad que permite comparación y les otorga una particular influencia en la determinación exacta de la sanción, en la medida que la compensación racional de ellas, que opera en una etapa anterior, se siguiera haciendo de manera matemática, pues al contrario, la alternativa del artículo 69 del Código penal -o 24 letra c) LRPA, agregamos- haría válida como alternativa sólo su consideración conjunta¹⁷⁹.

Rudnick resalta que la jurisprudencia ha aplicado el artículo considerándolo una pauta o norma general que no obliga al juez a la aplicación de un quantum determinado¹⁸⁰. Van Weezel estima esta posición correcta, pero siempre que se complemente con la debida fundamentación, que liga con el efectivo derecho a recurrir de apelación y en algún caso de casación, por ejemplo, ante la falta consideraciones que inciden en la cuantificación o ellas sean contradictorias, o se infringieren principios de la individualización como la prohibición de doble valoración o la igualdad ante la ley¹⁸¹.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Medina, op. cit., página 18 y 19.

¹⁸⁰ Rudnick, op. cit., página 432, que en nota al pie cita la Sentencia de la Corte Suprema de 5 de junio de 1978, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXV, enero-junio 1978, página 371, posición que impediría la revisión vía recurso de casación.

¹⁸¹ Van Weezel, op. cit., páginas 406 y 407, reconociendo que la jurisprudencia no ha acogido esta vía de impugnación.

De lo dicho, podemos situar al artículo 24 LRPA en un paralelo con el artículo 69 del Código penal, en cuanto a la materia sobre la que decide y el momento de su aplicación, correspondientes a la individualización judicial de la sanción, que en el artículo 24 LRPA se extiende no sólo al quantum exacto, sino que además a la naturaleza de pena aplicable entre el abanico posible. Las interpretaciones del artículo 69 del Código penal no tendrían en principio por qué ser diferentes a las del artículo 24 LRPA, por lo que el peligro de una eventual violación de la prohibición de doble valoración efectivamente es real.

Sin embargo, el artículo 24 LRPA contiene criterios de mayor amplitud que el 69 del Código penal, así se incluyen además de las modificatorias y la extensión del mal causado, la gravedad del delito y su grado de desarrollo, el tipo de participación punible, la edad del adolescente infractor y la idoneidad de la sanción para alcanzar fines preventivos.

Así las cosas, resulta difícil sostener que el artículo 24 LRPA admita una interpretación basada únicamente en criterios preventivos, cuando parece claro que el artículo 24 letra f) referido a la idoneidad de la sanción alude expresamente al fin preventivo propio de la responsabilidad penal juvenil como uno más de los criterios a seguir. Puede sostenerse que el resto de los criterios están referidos en otro sentido, de lo contrario pudo dejarse únicamente el criterio de idoneidad para individualizar la pena, si los criterios de magnitud de injusto y culpabilidad estuvieran ya absolutamente aquilatados en la fase de determinación legal anterior.

Por otro lado, vale preguntarse si es conveniente que únicamente los criterios preventivos rijan la individualización pensando que el abanico de posibilidades de sanción y duración de la misma es de importante amplitud, lo que implica intensidades muy diversas de privación o restricción de derechos para quien las cumple. Existen varios tramos en que la sanción incluye, conjuntamente, penas privativas de libertad y otras que no, y la mayoría con gran amplitud entre su límite menor y mayor, por ejemplo, libertades asistidas hasta tres años, prestación de servicios en beneficio de la

comunidad de 30 a 120 horas, multa hasta 10 UTM, privación de libertad de hasta cinco o diez años, según la edad del adolescente.

Recapitulando, si fijamos los fines de la ley en la responsabilización y la resocialización, y dijimos que la primera más que fin es el fundamento de la sanción, en cuanto el adolescente es responsable de su hecho y por ello se le sanciona, esta sanción no puede exceder el contenido de esa responsabilidad, que en el caso está dada por la magnitud del injusto típico cometido y por la culpabilidad concurrente. Así, como sostuvimos, la finalidad de la ley es la prevención especial positiva a través de la resocialización, pues sancionamos para fortalecer el respeto del adolescente por las libertades y derechos de terceros –bienes jurídicos que lesionó o puso en peligro con el delito- y ello lo conseguimos mediante medidas de socialización y reinserción que propendan a garantizar un ejercicio de derechos removiendo obstáculos para ello y creando oportunidades de acceso, que se encaminan fundamentalmente a eliminar el riesgo de reincidencia.

Teniendo claro lo anterior, el artículo 24 LRPA aparece como una buena síntesis de todos esos criterios, en cuanto una interpretación comprensiva de fundamento y fin de la sanción en materia de adolescentes se ve reflejada en cada uno de sus criterios, referidos ellos a magnitud del injusto típico, magnitud de la culpabilidad y orientación a los fines preventivos¹⁸². Cuando decimos que al adolescente se le sanciona porque es responsable de su delito, decimos que lo es en estricta sujeción a su concreto y particular hecho ilícito cometido, y no habría finalidad que justificara ir

¹⁸² En este sentido, retribución y prevención especial, se pronuncia la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia de fecha 13 de abril de 2009, Rol 71-2009, que señala: “*PRIMERO: Que con fecha treinta de octubre del año dos mil siete, se condenó a A.V.M., entre otras penas, a la de siete años de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, como autor del delito de homicidio calificado. Dicha pena, luego, se entendió que era la adecuada para el delito de que era responsable conforme a los principios que rigen la responsabilidad penal adolescente, entre otros, el carácter de último recurso de la privación de libertad y el interés superior del adolescente; en segundo término, por los objetivos de las sanciones de la ley: retribución y prevención especial positiva; las exigencias de las mismas: proporcionalidad y necesidad; y, por último, por el contenido de los baremos del artículo 24 de la Ley N° 20.084.*” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de defensa penal juvenil. Décimo primer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Julio 2009. 49p., página 36 y siguientes.

más allá de ese contenido fijado por el injusto y la culpabilidad. La función de garantía entonces, actúa en cuanto la pena debe ajustarse a esos parámetros que se encuentran recogidos en la letras a) hasta la e) del artículo 24 LRPA.

Una interpretación puramente preventiva de la norma, con la pretensión de evadir el peligro de violar la prohibición de doble valoración, a nuestro juicio implicaría el riesgo de dejar sin una suficiente medida y límite el margen a recorrer con los fines de resocialización, pues resultaría difícil argumentar, con el riesgo de caer en el arbitrio, cómo llega a determinarse y bajo qué argumentos, la pena exacta dentro del catálogo de posibilidades y extensión de un tramo específico. Si estamos de acuerdo en que el respeto de los bienes jurídicos –fin de la pena- se busca mediante sanciones resocializadoras, el juez podría verse arrastrado peligrosamente, aunque no lo expresara derechamente así, a consideraciones referidas más al autor que al hecho, con el peligro de afectar precisamente a los adolescentes con mayores problemas o carencias sociales, quienes se verían expuestos a sanciones de mayor intensidad. Si por el contrario, sostenemos que la sanción no puede superar el contenido del injusto típico y la culpabilidad, y ser proporcional a ellos, debe entregársele al juez la posibilidad de considerar nuevamente estos elementos para individualizar la sanción concreta, pues sólo si se atiende a ellos, se podrá de manera clara aplicar la sanción respetando el principio de igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad.

De esta forma se llena de contenido la disposición 17.1. de las Reglas de Beijing, que bajo el título de “*Principios rectores de la sentencia y la resolución*” indica que “*a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad*”.

D.4. Graduación de la culpabilidad y del injusto típico.

A propósito de la eventual prohibición de doble valoración, Ziffer advierte que tanto el ilícito como la culpabilidad “*son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad*”¹⁸³.

Efectivamente, en un tramo de penalidad establecido por el legislador son subsumibles una variedad importante de tipos penales, y ellos a su vez en una infinidad de formas de ocurrencia, de acuerdo a cada caso concreto. Esto lleva a cuestionarse si puede sostenerse, que dentro de ese tramo de penalidad, no tengan ninguna incidencia esas específicas características del hecho concreto, so pretexto de una eventual violación a la prohibición de doble valoración.

De manera categórica sostenemos que no, pues en rigor lo que se valora es una circunstancia específica del hecho concreto que el legislador ha abarcado para su subsunción en un tipo penal, pero es el mismo quien ha entregado al juez la decisión sobre individualización exacta de sanciones en su cuantía y naturaleza, y para ello lo obliga a valorar nuevamente el injusto típico y la culpabilidad. Los marcos de penalidad no abarcan todas las formas en que las conductas delictivas pueden manifestarse o verificarse¹⁸⁴, así, los criterios de las letras a) hasta la e) del artículo 24 LRPA responden a ese razonamiento y reconducen esas particulares manifestaciones del ilícito, convirtiéndolas en valoraciones concretas en la individualización judicial de la pena.

Como decíamos, tanto el injusto típico como la culpabilidad son graduables. En el caso del injusto típico se ha propuesto diferenciar un caso de otro, y con ello representar esa graduación, recurriendo a conceptos de disvalor de acción y de resultado¹⁸⁵.

La primera de estas categorías, disvalor de acción, consiste en “*la reprobabilidad ético-social objetiva de la conducta que exterioriza una voluntad*

¹⁸³ Ziffer, op. cit., página 107.

¹⁸⁴ Medina, Gonzalo, op. cit., página 14.

¹⁸⁵ Medina, Gonzalo, op. cit., página 16.

inadecuada a los mandatos o prohibiciones mediante los cuales el derecho asegura el respeto por los bienes jurídicos”, que debe ser establecida en abstracto¹⁸⁶, y por su parte el disvalor de resultado consiste en “la lesión o puesta en peligro del bien jurídico”¹⁸⁷.

A partir de estos conceptos, pueden distinguirse en cada hecho concreto diversas formas de concurrencia y con ello también intensidades de disvalor de acción y resultado. Por ejemplo, en la primera, puede distinguirse la forma de ataque al bien jurídico o los medios empleados, el grado de culpa o dolo con que se comete, la concurrencia de otros motivos desaprobados. En el segundo, si el bien se lesionó o se puso en peligro, en qué consistió la lesión -por ejemplo en la supresión o menoscabo y grado de éste-, en el número de bienes afectados, o de titulares de ellos, etc.

Por otro lado la culpabilidad también admite graduación. Si se revisan sus elementos constitutivos –imputabilidad, conciencia de la ilicitud, exigibilidad de la conducta ajustada a derecho- ellos admiten diversas intensidades. Así por ejemplo, el grado de madurez¹⁸⁸ de un adolescente puede tener relación con una menor o mayor imputabilidad -pese a la regla de imputabilidad para efectos de la LRPA- o capacidad de comportarse conforme a derecho en una persona bajo los efectos de las drogas, el conocimiento del injusto en delitos complejos aplicables a los adolescentes y la extensión del error de prohibición, el efecto e intensidad de las causales de exculpación, etc.

Todos estos ejemplos y otra serie de situaciones que pueden presentarse en cada casos, tienen un reconocimiento en la etapa de determinación legal de la pena, vía aplicación particularmente del artículo 21 LRPA, que luego de la rebaja general en un grado de la pena mínima para los adultos, hace aplicables al adolescente la normas del Código penal y con ello cada uno de los ámbitos valorables del injusto típico y la

¹⁸⁶ Cury, Enrique, Derecho Penal..., op. cit., página 57, apreciación en abstracto para distinguirla del “*reproche que luego se dirige al autor porque lo ejecutó pudiendo abstenerse de hacerlo en el caso concreto*”.

¹⁸⁷ Cury, Enrique, Derecho Penal, op. cit., página 52. Según el autor, ambas categorías son necesarias para la constitución del injusto penal.

¹⁸⁸ Sobre el concepto de madurez, véase a Albrecht, op. cit., página 129 y 130.

culpabilidad. No obstante, esa valoración no distingue las circunstancias y características específicas de los hechos que deben ser analizadas.

Sostenemos que estas circunstancias deben ser sopesadas, porque a nuestro juicio es la única forma de satisfacer un imperativo de justicia en el caso concreto, con lo cual por un lado se satisface el principio de igualdad ante la ley, en el sentido en que las características del caso concreto permitirán un trato desigual a situaciones desiguales, con distinta intensidad de injusto típico y culpabilidad, y por otro lado, permiten que efectivamente la sanción y el reproche no sobrepasen ese injusto típico y grado de culpabilidad, constituyendo el acto propio del adolescente infractor como una garantía frente al *ius puniendi*.

Por lo tanto, nuestra interpretación sobre la forma en que debe ser aplicado el artículo 24 LRPA, supera la eventual prohibición de doble valoración, en la medida que los criterios de dicha norma sirvan para valorar con mayor profundidad las características concretas del caso, para delimitar con mayor exactitud la naturaleza y quantum de la sanción, con el objeto de no sobrepasar, vía fines preventivos, la pena merecida.

Al tratar cada uno de los criterios del artículo 24 LRPA, veremos ejemplos que permitan una mejor distinción.

E.- El principio de proporcionalidad.

Tanto la CDN y las Reglas de Beijing, como la redacción del antiguo artículo 24 del proyecto LRPA enviado por el ejecutivo, reconocen expresamente al principio de proporcionalidad una actuación preponderante en la individualización judicial de la pena¹⁸⁹. Si bien el artículo 24 LRPA no lo enumera expresamente como un criterio a considerar, hay consenso dogmático en materia penal en cuanto debe existir una relación de proporcionalidad entre delito y reacción penal, esto es “*la severidad de la*

¹⁸⁹ 40.4 CDN; Regla 17 Beijing; artículo 20 proyecto del ejecutivo.

*pena debe ser proporcional a la gravedad del delito*¹⁹⁰, cuestión que se materializa de manera abstracta en la que hemos denominado *determinación legal* de la pena, y de manera concreta en la *individualización judicial* de la misma¹⁹¹.

Sin embargo, ante la falta de una mención constitucional expresa, el consenso aludido en cuanto a la relación de proporcionalidad entre delito y pena no alcanza ni a su exacto reconocimiento ni al contenido de él. De todos modos su origen derivaría del Principio de Estado de Derecho¹⁹², lo que implica entender que el uso de la pena, al tratarse de la manifestación del recurso estatal más intenso, se justifica en la medida que genere mayores beneficios que costos –entendidos como derechos-.

En España se ha afirmado que su reconocimiento constitucional implícito está en el establecimiento de valores como la justicia y la libertad, propio de su ordenamiento como Estado Social y Democrático de Derecho, la proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos y del principio de la dignidad de la persona¹⁹³.

En Chile, se le reconoce en conjunto con otros principios como criterio de legitimación provisoria del sistema penal, justificado en razones de justicia material, y vinculado al principio de culpabilidad¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Von Hirsch, Andrew, op. cit., página 23.

¹⁹¹ FUENTES Cubillos, Hernán. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Lus et Praxis*, 14(2): 15-42, 2008, página 19.

¹⁹² Roxin, Claus, op. cit., página 65 y 66, quien señala “*Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente*”. En el mismo sentido, LASCURAÍN Sánchez, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de Derecho Público*, 5: 159-190, sep-dic. 1998, página 160: “*Si el criterio democrático de legitimidad del Derecho y del estado es la consecuencia de la proclamación y vigencia de ciertos valores, y entre ellos, de modo muy significado y sin lugar a las dudas que generan otros presupuestos o desarrollos del criterio, del valor de la autonomía personal o libertad genéricamente entendida, resultará que ciertas normas restrictivas de la misma sólo podrán encontrar justificación en su funcionalidad para generar más libertad que la que sacrifican.*”

¹⁹³ Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 22, quien cita un fallo del Tribunal Constitucional español al efecto. En el mismo sentido, Lascuraín Sánchez, op. cit., página 160 y 161.

¹⁹⁴ Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 29.

En cuanto a su contenido, se distingue una concepción restringida de una amplia sobre el principio de proporcionalidad. En la primera, se examina la relación “entre pena prevista y fin perseguido por la norma”¹⁹⁵, vale decir dado que es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico el que da origen a la aplicación de la pena, se examina si esa reacción es proporcional a la protección o defensa de ese bien jurídico. La concepción amplia va más allá, exigiendo que el medio para alcanzar el fin sea idóneo, necesario y proporcional, dividiendo así al principio de proporcionalidad en tres subprincipios¹⁹⁶, como vimos, el de idoneidad o adecuación, por el cual se examina que el medio –pena- sea apto para conseguir el fin legítimo¹⁹⁷ en cuanto sirva para obtenerlo, facilitarlo o promoverlo; el de necesidad, que implica una comparación de medios aptos, idóneos o adecuados, para la elección del que menos afecte derechos fundamentales; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto se examina si una medida idónea y necesaria genera más beneficios que perjuicios, tomando en consideración el conjunto de intereses y derechos en juego, en el entendido que no resulte excesiva para el individuo¹⁹⁸.

En relación a este principio, su contenido material comprende el examen de la injerencia sobre los intereses individuales a través de la sanción, en cuanto ésta sea proporcional a los intereses generales de la colectividad que con ella se busca

¹⁹⁵ Lascuráin Sánchez, op. cit., página 161. En el mismo sentido Rudnick, op. cit., página 154: “La exigencia de proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal”.

¹⁹⁶ Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 26, haciendo hincapié en su desarrollo en el sistema alemán.

¹⁹⁷ Otro subprincipio correspondería al de finalidad, esto es, que el fin perseguido por la norma sea legítimo; Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 25.

¹⁹⁸ En este sentido, Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 29; Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 26; Lascuráin, Sánchez, op. cit., página 161 y 162, quien sin referir expresamente a estos tres subprincipios, los trata señalado: “De ahí que a lo que apunte la globalidad del principio no sea sólo, en rigor, a la proporcionalidad –de hecho se suele denominar a uno de sus postulados “proporcionalidad en sentido estricto”-, sino en general a la funcionalidad de la medida. Como presupuestos, a que lo que se persiga sea libertad y a que dicha persecución sea factible; como condiciones, a que dicha persecución no sea excesiva en relación con otras medidas de similar eficacia y en relación con la cantidad de libertad que provee.”

proteger. Así, mientras mayor es la injerencia en los derechos del individuo, mayor la importancia del interés colectivo que la hace operar¹⁹⁹.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no puede confundirse el principio de proporcionalidad con el de culpabilidad, pues como advierte Fuentes, el primero dice relación con la antijuridicidad, con el injusto típico –gravedad del hecho- y al individualizar la sanción el juez debe tener en cuenta también la culpabilidad, esto es, el examen de las condiciones para atribuir ese hecho al autor²⁰⁰. En efecto, ambos corren por veredas separadas, pues son perfectamente distinguibles y su grado de concurrencia diversos en el caso; hechos muy graves, con escasa culpabilidad, hechos de poca gravedad, con altos grados de culpabilidad. Por ello puede ser que en principio sea proporcional a la gravedad del hecho una sanción severa a la comisión de un delito por un adolescente, pero no por ello se respetará con ella el principio de culpabilidad. Así, como sostiene Lascurain Sánchez, el principio de proporcionalidad tiene que ver con el valor libertad, y el de culpabilidad con el de dignidad humana, por lo que en el análisis del primero se observa que no exista “*derroche innecesario de coacción o un mal negocio en términos de libertad*”, mientras el análisis del segundo observa que no se instrumentalice al individuo de manera intolerable para la obtención de fines²⁰¹.

Hay quienes sostienen, entonces, que la pena proporcional al hecho incluiría el injusto típico y la culpabilidad, y con ello se cumpliría de manera abstracta con la finalidad de tutela o los fines preventivos, aunque, en el caso de satisfacerse estos con una pena inferior o prescindiendo de su imposición, primaría esta última opción²⁰².

¹⁹⁹ Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 27 y 28.

²⁰⁰ Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 31.

²⁰¹ Lascurain Sánchez, op. cit., página 187.

²⁰² Rudnick, Carolina, op. cit., página 154. Mientras, otros sostienen que la proporcionalidad se establece en base a la nocividad social del hecho, consecuente con los fines preventivos de intimidación y reafirmación de la vigencia de la norma, razón que justifica la sanción más grave para hechos de mayor trascendencia, para el adecuado funcionamiento de la prevención general; Mir Puig, Santiago, Derecho penal, Parte general. Cuarta edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, TECFOTO, S.L., Barcelona, 1996, página 97, citado por Rudnick, op. cit., página 155. En nuestra opinión esta postura debe descartarse pues en el caso de los adolescentes, no se busca la finalidad preventiva general, sea positiva o negativa, en el proceso de individualización de la sanción, que se rige como sostenemos en el eje

De este modo, se sostiene que la proporcionalidad debe ser vinculada con la idea de fin, y en el caso de los adolescentes, que es lo que nos interesa, con el fortalecimiento del respeto por los derechos y libertades de terceros, a través de la reinserción social.

Precisamente Cillero postula, en su interpretación del artículo 24 letra f) de la ley 20.084, que el principio de proporcionalidad entendido en su concepción amplia rija o presida la ponderación que el juez debe realizar para la aplicación de cada uno de los criterios del artículo 24 LRPA, en la búsqueda de las razones que justifiquen su peso en el caso concreto, y con ello, entendemos la decisión de la naturaleza y quantum de la pena²⁰³.

El autor citado indica que los criterios del artículo 24 LRPA son de naturaleza diversa -cuestión que compartimos-, pues efectivamente unas miran al injusto típico y otros a la culpabilidad o circunstancias personales del adolescente. Sostiene que en abstracto todos son válidos –lo que descarta un conflicto de validez-, por ende son iguales. Propone el juicio de ponderación para la resolución, que no siempre desemboca en la optimización, sino que en triunfo de uno de ellos en el caso específico a través de un orden de preferencia, dado por la exigencia de proporcionalidad²⁰⁴.

La exigencia de proporcionalidad abarcaría entonces a sus tres subprincipios, estimando el autor que en el caso la proporcionalidad en sentido estricto estaría resuelta con cualquier sanción que se ubique dentro del tramo respectivo del artículo 23 LRPA²⁰⁵, en consecuencia lo que debe analizar el juez es la correspondencia de esa sanción con los fines de inserción social a que expresamente alude el artículo 24

responsabilización (retribución) como fundamento de la pena, y reinserción (prevención especial positiva) como fin de la pena.

²⁰³ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 29-30.

²⁰⁴ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 28.

²⁰⁵ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 31: *“Es decir, desde el punto de vista de la relación entre la naturaleza de la pena y la gravedad del hecho, el legislador ya estableció el rango de penas aplicables en el artículo 23.”*

letra f) LRPA. Así, debe analizarse la idoneidad y la necesidad de la sanción para alcanzar el fin preventivo, no sólo desde la perspectiva abstracta, sino que por la certeza empírica de ello, atendiendo a la forma concreta en que se ejecuta una eventual sanción²⁰⁶.

Por nuestra parte, entendemos que el principio de proporcionalidad cobra relevancia en la individualización judicial de la pena en cuanto relaciona los criterios del artículo 24 LRPA. Como hemos dicho, estos criterios, salvo el de la letra f) referido a la idoneidad de la sanción, obedecen a la consideración del injusto típico y a la culpabilidad, mientras el de idoneidad de la sanción obedece a la consideración del fin preventivo. Al individualizar la pena el juez debe fijar una sanción que resulte proporcional a la carga concreta de disvalor del hecho sometido a juzgamiento, dada por el injusto y la culpabilidad. Es por ello que disentimos de que, en principio, la proporcionalidad en sentido estricto se vea satisfecha con cualquiera de las sanciones del marco penal dado por el artículo 23 LRPA, pues esto sólo puede sostenerse de manera abstracta y además significaría que el análisis de los criterios del artículo 24 LRPA, referidos al injusto y la culpabilidad, carecerían de injerencia real en la individualización judicial de la sanción. Creemos, al contrario, que el análisis de los criterios indicados desemboca en una carga concreta de disvalor que condiciona el juicio de proporcionalidad en sentido estricto desde ya, antes de analizar las consideraciones preventivas. Es decir, si estamos frente a un delito posible abstractamente de sancionar, de acuerdo a los tramos del artículo 23 LRPA, por ejemplo, con penas privativas como no privativas de libertad, pero ese hecho carece de una carga de disvalor superior a delitos de la misma naturaleza, ya sea por consideraciones que hacen menguar el injusto o la culpabilidad o ambas juntas, ya es posible sostener, sin necesidad de recurrir al criterio preventivo, que no debe ser sancionado con una pena privativa de libertad porque ella no se ajustaría a la proporcionalidad en sentido estricto, pues generaría más perjuicios que beneficios,

²⁰⁶ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 29 a 32. El autor utiliza para su tesis las leyes de la ponderación de Alexy (para resolver conflictos entre principios): A) *Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la certeza de la satisfacción del otro* (que identifica con la proporcionalidad en sentido estricto) B) *Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención*.

tomando en consideración los intereses de la sociedad y la víctima, y los derechos fundamentales del imputado amagados por la sanción, resultando a todas luces excesiva para el individuo.

Por otro lado, un hecho con un alta carga de disvalor –pensemos en un caso con gran extensión de daño, cometido por un sujeto que presenta habitualidad y se ubica en un rango de edad mayor- condiciona el examen posterior del criterio preventivo, en cuanto le obliga a fundamentar en base al hecho concreto por qué estima que una sanción que pudiera en principio considerarse proporcional en sentido estricto, privación de libertad por ejemplo, total o parcial por un quantum de duración extenso, en el caso pudiera ceder por una de menor extensión temporal o no privativa de libertad y considerarse igualmente proporcional al injusto y la culpabilidad en el entendido que resulta más idónea y necesaria en relación al fin preventivo.

Sostenemos por ende, que la carga concreta de disvalor del hecho específico tiene relevancia a la hora de considerar cuál es la pena idónea, pues es el legislador el que vincula el pronunciamiento sobre el fin preventivo al hecho, al establecer los criterios del artículo 24 LRPA, relacionando el merecimiento de pena con la necesidad de la misma. Es por ello que coincidimos con Medina, cuando señala que la aplicación de los criterios del artículo 24 LRPA y su incidencia en la elección de la sanción y su extensión, obedece al análisis de su concurrencia y efecto en el caso a analizar, esto es, un asunto de aplicación de normas y no de ponderación de principios²⁰⁷.

F.- Necesidad y merecimiento de pena:

Cillero plantea en su interpretación del artículo 24 letra f) LRPA que al considerar al principio de proporcionalidad como regulador de las decisiones que afectan derechos fundamentales, se integran elementos provenientes de las teorías del merecimiento y necesidad de pena, en cuanto se recogen aspectos relacionados tanto con la gravedad del hecho, como aspectos teleológicos y preventivos²⁰⁸.

²⁰⁷ Medina, Gonzalo, op. cit., página 13.

²⁰⁸ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 32.

Lo anterior permite decir que la imposición de una sanción o pena no toma únicamente en consideración la magnitud de la culpabilidad y del injusto, pues requiere también la existencia de necesidades preventivas. En sentido contrario, las necesidades preventivas son limitadas, particularmente en el caso de adolescentes, por una respuesta proporcional al injusto y la culpabilidad²⁰⁹.

Si bien sobre el significado y contenido específico de estos conceptos no existe total acuerdo doctrinario²¹⁰, siquiera de la necesidad real de hacer la distinción²¹¹, estas categorías podrían ser útiles en cuanto permiten trazar una división entre injusto típico y culpabilidad frente a los fines preventivos, todos ellos recogidos en los criterios del artículo 24 LRPA.

Por merecimiento de pena entendemos aquél que se configura cuando concurre una conducta típica, antijurídica y culpable, y por necesidad de pena aquella conducta anterior que amerita sanción por la concurrencia de necesidades preventivas²¹².

Podemos sostener que, al situarnos en el ámbito de aplicación del artículo 24 LRPA, ya se considera un margen de merecimiento y necesidad de pena en el marco abstracto dado por el legislador.

Aunque no nos detendremos mayormente en el estado del debate al respecto, a nuestro juicio estos conceptos son útiles en cuanto grafican la tensión existente entre las necesidades preventivas y los límites impuestos a ella. Particularmente en la responsabilidad de adolescentes, se ha dado históricamente, vía necesidades preventivas, una extensión indebida a la aplicación de penas con fines educativos o resocializadores. Apreciamos que el artículo 24 LRPA es un reflejo de esa misma tensión, ya que los criterios de dicha norma constituyen manifestaciones de un

²⁰⁹ Cillero, Miguel, Consideraciones..., op. cit., página 32-33.

²¹⁰ Sobre el tema y las diversas posiciones: LUZÓN Peña, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. ADPCP, tomo XLVI (fas.I): 21-33, 1993, página 22 a 33.

²¹¹ Roxin, Claus, op. cit., página 983.

²¹² *Ibidem*.

eventual merecimiento de pena -letras a) a e)- y por otro lado de las eventuales necesidades de pena, o sea, fin preventivo -letra f)-²¹³.

Los criterios del artículo 24 LRPA grafican con claridad el dilema jurídico al que el juez está sometido al individualizar la sanción, aunque por otro lado le fijan claramente las reglas o los límites del ámbito de su decisión. Las normas de determinación legal de la pena recogen ya el merecimiento y necesidad de pena de forma abstracta, en cuanto subsumen categorías de hechos en rangos de penas a aplicar, tanto en cuantía como en naturaleza, pero aún el legislador reconoce al juez un espacio para que, dentro de estos mismos márgenes, en específico, sopesa el merecimiento real de pena atendiendo al caso concreto, dado por injusto típico y culpabilidad, con la necesidad de la misma, constituida por el fin preventivo expresado como el fortalecimiento del respeto por los derechos y libertades de terceros a través de medidas resocializadoras.

G.- Interpretación y aplicación del artículo 24 LRPA. Nuestra postura.

Para llegar a este nivel, y recapitulando, realizamos un largo recorrido en el cual hemos pretendido presentar un panorama de los principales aspectos del proceso de determinación de la pena y en particular sobre la individualización judicial, describiendo las principales ideas y tesis al respecto. Por otro lado, hemos analizado la LRPA dando cuenta de su origen, la legislación internacional que la sustenta y particularmente desentrañando los fines de las sanciones en ella contenidos y los principios que pueden tener influencia en la individualización de la sanción concreta. Nos detuvimos en el problema de una eventual violación de la prohibición de doble valoración, descartándola a través de la aplicación de todos los criterios del artículo 24 LRPA, entendiendo que los referidos al injusto típico y a la culpabilidad son distinguibles, comparables y graduables, y por otro lado, que el fin preventivo debe aplicarse considerando el principio de proporcionalidad que regula la tensión entre una pena acorde al injusto típico y la culpabilidad, y que a su vez sea, en sí misma y en comparación a otros medios, apta o idónea para alcanzar los fines preventivos.

²¹³ En este sentido también, Vargas, Tatiana, op. cit., página 490.

El desglose de estas últimas ideas debe tener presente que, en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, es conveniente revisar todos los aspectos vinculados a la teoría del delito considerando el sujeto específico al que se aplican y los derechos especiales que están consagrados en su favor, es decir, que el adolescente es un individuo en etapa de desarrollo incompleto y por ende diferente de un adulto, correspondiéndole entonces un trato diferenciado de éste, que implica enfocar los elementos de la teoría del delito desde su óptica particular, cuestión que también alcanza a la individualización judicial de la pena. Esto se vincula a la idea de que el establecimiento de la LRPA, que supone fines, procedimientos y sanciones diversas a los adultos, no fija los márgenes de una teoría del delito que recoja dicha diferencia, correspondiendo por la vía interpretativa judicial generar los criterios que hagan posible un respeto del principio de igualdad constitucional, tratando de manera desigual a los adultos de los jóvenes²¹⁴, cuestión que tiene efectos en varias materias insertas en el ámbito del injusto típico y la culpabilidad.

También se hace necesario incluir, en la interpretación y aplicación de los criterios, los derechos especialmente reconocidos a los adolescentes, como su interés superior, la especialidad del sistema que los juzga, su autonomía progresiva, la privación de libertad como último recurso, y el derecho a una intervención estatal mínima.

G.1. Criterios referidos al injusto típico y a la culpabilidad:

Como vimos, de acuerdo a nuestra interpretación, estos elementos son recogidos en las letras a) a e) del artículo 24 LRPA y son, además, graduables. Esto de algún modo nos acerca a la teoría de individualización de la pena de Silva Sánchez, que según revisamos, plantea una diferenciación en cada categoría dogmática a la que sería posible asignar un valor y un peso específico que refleje el merecimiento de pena, al ser la individualización de la misma cuantificación de la teoría del delito²¹⁵. Sin

²¹⁴ Al respecto Hernández, Héctor, op. cit., página 3.

²¹⁵ Supra, página 27.

embargo, si es complejo diferenciar, más aún lo será cuantificar estas diferencias y reflejarlas en la pena.

Veamos cada uno de los casos.

G.1.1. Artículo 24 letra a) LRPA: La gravedad del ilícito de que se trate:

La expresión “gravedad del ilícito” nos permite considerar que se refiere al delito entendido como acción típica, antijurídica y culpable. Por ende, consideramos que este criterio refiere tanto al injusto típico -incluyéndose en él aspectos referidos a la faz objetiva como subjetiva del tipo- y la antijuridicidad, como también a la culpabilidad.

En cuanto al injusto típico, la gravedad de la ilicitud de que se trate, incluye tanto al disvalor de la conducta como acto personal, como al resultado lesivo para el bien jurídico²¹⁶.

Lo cierto es que cada hecho subsumible en un tipo penal se manifiesta de forma diversa, y en él pueden distinguirse distintas categorías y grados de concurrencia de elementos del injusto típico. Así, aspectos como medios empleados, objeto, motivaciones, intensidad del dolo o culpa, lesión o peligro al bien jurídico, son perfectamente comparables con otras, permitiendo afirmar o negar en el caso la existencia de mayor o menor merecimiento de pena por la vía de esta categoría - injusto típico-.

Como sostuvimos anteriormente, el disvalor de acción y de resultado específico del hecho ocupa aquí un lugar preferente, en el entendido que pueden apreciarse concretas circunstancias del hecho no ponderadas en la determinación legal de la pena, ni al subsumir el hecho al tipo, ni a través de modificatorias de la responsabilidad penal.

²¹⁶ Demetrio Crespo, op. cit., página 330, citando una sentencia del tribunal supremo español: “*gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción*”.

Se han propuesto ejemplos al efecto: las diversas formas en que la violencia en un robo puede manifestarse; multiplicidad de golpes o lesiones que no importen una distinta calificación; el medio empleado, a saber, los puños, un elemento contundente, un arma blanca o de fuego; un golpe dado en una zona de mayor sensibilidad; un maltrato de mayor extensión temporal²¹⁷. Otro ejemplo podría darse en la intimidación, distinguiendo si se realiza con elementos de alta peligrosidad o no, al aumentar el peligro al bien jurídico -integridad corporal-. También puede apreciarse la mayor o menor multiplicidad de actos en un delito continuado o reiterado. En un caso de violación o abuso sexual, la mayor o menor fuerza o intimidación utilizada para vulnerar a la víctima o la forma en que se aprovechó la incapacidad de ésta de oponer resistencia o su privación de razón, si se forjó dicha situación, la extensión temporal del acto o abuso y los órganos corporales que afectó. En el tráfico de drogas, podría diferenciarse la cantidad de la sustancia decomisada y su menor o mayor nocividad. Las condiciones en que se verificó para la víctima la privación de libertad, en el caso de un secuestro, el contexto en que se amenazó a una persona y los motivos que la originaron, si se aseguró una mayor indefensión de la víctima, sea a no a través de una mayor planificación de delito, como en el caso de robos por sorpresa en la vía pública o

²¹⁷ Un fallo que se extiende sobre un disvalor de acción mayor es el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, de fecha 14 de julio de 2007, Rol 111-2007, que señala “DECIMO OCTAVO:... *Para resolver lo anterior se tendrán presente los criterios considerados en el artículo 24, en el entendido que aquellos elementos que nuevamente permite considerar el legislador lo son, en esta ocasión, para determinar la naturaleza de la sanción y no su extensión, por lo que haciéndose cargo de lo alegado en este punto por la Defensa se considera por este Tribunal que no se trata de una doble valoración de las circunstancias que rodearon el hecho.*

*En relación con el criterio signado con la letra a), esto es, respecto de la gravedad del ilícito de que se trata, se considerará que uno de los delitos por el que ha resultado condenado el acusado es el de homicidio que protege el bien jurídico vida, lo más elemental y preciado de un ser humano y que por este motivo el legislador ha sancionado este delito con pena de crimen que en abstracto va desde los cinco años y un día a quince años, **además se debe tener en consideración que para ejecutar este ilícito el menor adquirió irregularmente un arma de fuego la que mantuvo en su poder durante un prolongado lapso de tiempo, incurriendo de esta manera en otro ilícito y que esta arma, cuando cometió el delito la disparó en más de una ocasión contra la víctima.**” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Agosto 2007. 53p., página 26 y siguientes.*

el robo de accesorios de vehículo cometidos por grupos de adolescentes, etc., son también otros ejemplos de eventuales distinciones en este ámbito²¹⁸.

Sería posible apreciar también, el haber obrado con dolo directo o eventual en la comisión del delito, o en el caso de culpa, con mayor o menor grado de ella; la calidad de la víctima y su especial vulnerabilidad o la particular posición del ofensor respecto de ella, los tipos que quedan subsumidos por el concurso aparente, relaciones especiales entre autor y víctima que hagan menos reprochable el hecho, entre otras situaciones²¹⁹.

En el caso de la culpabilidad, pueden examinarse también especiales condiciones del hecho que permitan sostener un menor o mayor reproche en relación a la capacidad de obrar conforme a derecho, del conocimiento cabal de la ilicitud²²⁰ que no haya logrado configurar un error de prohibición, como por ejemplo, la realización de rayados en la vía pública o en muros y su relación con el delito de daños simples. Por otro lado, puede apreciarse el grado de imputabilidad, a modo ilustrativo, en el caso de actuaciones de adolescentes bajo los efectos del alcohol o las drogas, ya sean consumidores habituales o esporádicos, que no constituya derechamente imputabilidad disminuida, la existencia de defectos en el desarrollo, en la educación o formación del

²¹⁸ Un fallo que reconoce menor gravedad en un delito pluriofensivo es el del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Iquique de fecha 08 de agosto de 2007, Rol 116-2007, que señala: "**DÉCIMO CUARTO:...***En relación a éste último punto, y de acuerdo a los criterios que contempla el artículo 24 de la ya referida ley, deberá tenerse en cuenta que si bien el ilícito de cargo reviste un carácter pluriofensivo, ya que no sólo afecta el bien jurídico propiedad, sino también constituye un peligro para la integridad física y síquica de las personas, lo cierto es que la morada afectada se encontraba sin moradores...*" Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Tercer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Octubre 2007. 85p., página 48 y siguientes.

²¹⁹ Medina, Gonzalo, op. cit., página 17, cita alguno de estos ejemplos; también Demetrio Crespo, op. cit., página 332. Respecto de individualización de la pena en adultos, Fuentes propone incluso la división en *criterios objetivos*, como el grado de lesión o peligro al bien jurídico, las circunstancias de modo tiempo y lugar, etc., y *criterios subjetivos*, tales como valor o disvalor ético de los motivos de actuación, condiciones personales del sujeto o víctima, etc. Fuentes Cubillos, Hernán, op. cit., página 39.

²²⁰ Bustos, Juan, op. cit., página 39. El autor habla aquí no sólo de puro conocimiento de afectación a un bien jurídico, "*sino de un proceso más complejo en que se requiere la internalización de aspectos más sutiles de carácter cultural*". Se trataría en definitiva de "*un proceso de internalización de valores*".

adolescente, casos de especiales carencias socioeconómicas o culturales que disminuyan la exigibilidad de otra conducta²²¹, sin llegar a generar una causal de inexigibilidad, etc.

En cuanto a la valoración de estas circunstancias, coincidimos con la afirmación que una vía indiciaria para reconocer una mayor o menor gravedad en los elementos señalados se halla en la forma como el Código penal y otras leyes penales tratan dichas circunstancias, aparejando una menor o mayor sanción²²².

Todo lo dicho en relación a las diferencias de disvalor entre un hecho u otro, es claro en la comparación de un mismo tipo de delitos. Sin embargo, para la LRPA pueden quedar abarcados en un mismo rango de pena un robo con intimidación, con violencia, un homicidio, un robo en lugar habitado o un tráfico de drogas, por ejemplo, pues todos están sancionados en la ley con una pena mínima de presidio mayor en su grado mínimo, y por vía del artículo 20 LRPA, rebajados en un grado inferior al mínimo, todos caen en el rango del artículo 23 N°2 LRPA y por ende, para esta ley, tendrían una misma gravedad abstracta reflejada en la pena. Entonces, cabe preguntarse si la comparación entre ellos puede realizarse, a efectos de establecer si uno es más grave que otro abstractamente. En principio puede sostenerse, examinando los marcos penales, que para el legislador en el caso de los adultos es más grave un robo con intimidación o violencia simple (marco penal de presidio mayor en su grado mínimo a máximo) que un robo en lugar habitado (marco penal de presidio menor en su grado mínimo), y el primero aún más grave que el homicidio simple (marco penal de presidio mayor en su grado mínimo a medio), aunque para efectos de la LRPA todos tienen la misma pena abstracta. No obstante ello, no cabe duda que el bien jurídico afectado es distinguible y apreciable de manera muy diversa en cada caso, y así también lo reconoce el legislador en las leyes penales de adultos, por lo que es factible una comparación para efectos de evaluar la gravedad del delito entre delitos castigados

²²¹ Bustos, Juan, op. cit., página 39 y 40, quien, ante las escasas causales de inexigibilidad, aboga por la creación de una causal legal análoga que permita al juez considerar estas situaciones.

²²² Demetrio Crespo, op. cit., página 331, citando a García Arán, Mercedes, *Los criterios de la determinación de la pena en el Derecho penal español*, Barcelona, ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, página 214.

con un mismo marco penal. Sólo por citar un ejemplo, debiese en principio considerarse pura y simplemente más grave un delito contra la vida que uno contra la propiedad, incluso si va acompañado de afectaciones a la integridad corporal de menor intensidad. Así, según el bien jurídico afectado, podría desde un principio exigirse un mayor disvalor añadido que justifique la imposición de penas más gravosas dentro del marco penal, en hechos de menor gravedad comparados abstractamente con otros que reciben en la ley la misma sanción, como en el caso de un robo en lugar habitado versus un homicidio simple. No obstante, al individualizar la pena, debe hacerse esta comparación sin caer en valoraciones que puedan resultar arbitrarias.

G.1.2. Artículo 24 letra b) LRPA: la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción:

Este criterio tiene una vinculación evidente con el anterior, en cuanto refleja la gravedad de la ilicitud de una manera específica referida a la participación criminal y al *iter criminis*. Las reflexiones ya señaladas se aplican también aquí. Bustos ejemplifica con un caso de complicidad, donde una persona facilita medios a otra a quien le tiene especial aprecio, en una situación azarosa o apremiante²²³; lo mismo podría extenderse al encubrimiento. La cooperación prestada y su relevancia, las circunstancias temporales, el medio que se facilita, etc., también pueden distinguirse. Por ejemplo, podría no ser portador del mismo disvalor la actuación de quien simplemente vigila o espera en un vehículo para facilitar la fuga, de quien directamente ejecuta el delito, particularmente si lo hace añadiendo mayor disvalor a la conducta, en cuanto esta excedía lo planificado. Por otro lado, las hipótesis de autoría del artículo 15 del Código penal, tratan como autores situaciones diversas que son distinguibles, como la inducción y la autoría mediata, cobrando relevancia la forma en que estas se verifican en concreto. En la coautoría, podría ser relevante el hecho de actuar los jóvenes en grupo o pandilla para reafirmar su actuación, sin lo cual el delito no se habría cometido, el grado de contribución de cada coautor al hecho, etc.²²⁴.

²²³ Bustos, Juan, op. cit., página 66 y 67.

²²⁴ Conviene citar un fallo que indiciariamente razona en tal sentido, del Juzgado de Garantía de Ovalle de fecha 5 de noviembre de 2007, Rol 1355-2007, y se explaya para individualizar la

En cuanto al grado de ejecución, pueden apreciarse grados de tentativa que reflejen mayor o menor disvalor de acción, o en su caso, en la frustración, analizar las circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto que permitieron que el hecho no se consumara, en cuanto estas fueron o no controladas y previstas por el sujeto.

Una interesante alternativa de este criterio, es que permitiría hacer la distinción que el cuestionado artículo 450 del Código penal no admite en la fase de determinación legal de la pena. Si bien para la pena abstracta de un robo no tendría relevancia que este haya sido frustrado o tentado, sí lo tendría en la individualización concreta de la sanción, ya que, en principio, la tentativa sería menos grave que la frustración y ésta, que la consumación²²⁵.

pena en la forma de participación: *“CUARTO:...b) Calidad en que los adolescentes participaron en el hecho y el grado de ejecución de la sanción; tal como se señaló más arriba el delito comentado se encuentra en su perfecto y último grado de desarrollo, pues se consumó al haber conseguido los acusados aquello que buscaban apropiarse obrando de un modo violento, viéndose afectado su propósito final ya no como consumación que alcanzaron sino que como agotamiento último, ello, por el oportuno obrar de los agentes policiales que los detuvieron. En tal acción, por otro lado, **ambos acusados obraron de consuno, esto es, como autores concurrentes a un propósito, para obtener así una finalidad ilícita compartida, siendo útil esta prevención para los efectos de concluir la participación esencial y fundamental que ambos tuvieron en el hecho, al no ser ésta para nada marginal, pues ambos actuaron como los ejecutores directos e inmediatos del hecho consumado y no como sus instigadores, cómplices o encubridores, todo lo cual, por cierto, eleva aún más la reprobabilidad de su acción.**”* Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Sexto informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Enero 2008. 101p., página 68 y siguientes.

²²⁵ En ese sentido la sentencia del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago de fecha 9 de julio de 2007, Rol 7482-2007, que señala: *“NOVENO:... De las sanciones precedentemente expuestas, el sentenciador optará por la libertad asistida especial, teniendo para ello en consideración los siguientes criterios establecidos por el legislador en el artículo 24 de la ley:*
a) El grado de ejecución de la infracción, si bien por aplicación de normas generales (artículo 55 del Código Penal) se consideró el delito como consumado para graduar la extensión de la sanción en el primer nivel de individualización de la pena, resulta absolutamente legítimo en esta segunda fase de determinación considerar el real grado de ejecución del delito, que en el caso concreto fue frustrado, a efectos de determinar la naturaleza de la sanción, toda vez que ha sido un criterio expresamente contemplado por el legislador en esta etapa (Recordemos que el sistema de determinación de sanciones de la ley de responsabilidad adolescente contempla dos niveles; en el primero se debe precisar la extensión de la sanción de acuerdo a normas generales del Código Penal, luego, en un segundo nivel, se debe seleccionar –dentro de la gama de posibilidades que establece el legislador según la extensión regulada- la sanción más acorde para la situación particular del adolescente, considerando determinados criterios objetivos y teniendo presente las finalidades de prevención

G.1.3. Artículo 24 letra c) LRPA: La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad criminal:

En el caso de las modificatorias es bueno recordar lo ya visto sobre el artículo 69 del Código penal, donde argumentamos nuestro rechazo a su consideración en clave preventiva. Por otro lado, la concurrencia de modificatorias de la responsabilidad como criterio de individualización judicial de la pena en materia de adultos es relevante tanto en su número como en su entidad.

El artículo 24 LRPA no aclara si lo que se valora es el número o la entidad. Sin embargo, bajo nuestra interpretación que aprecia características especiales del hecho concreto no sopesadas en etapas anteriores, la valoración numérica de ellas no es relevante, más aún si ésta ha tenido influencia en la etapa de determinación legal de la pena, vía artículo 67 o 68 del Código penal, incidiendo en rebajas o aumentos de grado referidos al marco penal, pues implicaría una doble valoración.

En lo referido a la entidad de la modificatoria, que sí puede ser relevante para distinguir el peso mayor de una en comparación a otra, existiría también una doble valoración si, por ejemplo, en la determinación legal de la pena, para fijar el marco penal de penas susceptibles de aplicar, ya sea en una compensación racional o en la decisión sobre su efecto en rebajas o aumentos de pena, se haya hecho una valoración particular que dio más peso a una sobre otra, por ejemplo, calificando una atenuante, o señalando que una de ellas no basta para compensar una agravante, por su particular peso en el caso.

A mayor abundamiento, sobre las agravantes, Bustos identifica en su opinión el único caso indiscutible de violación del *ne bis in idem*²²⁶, pues siempre lo valorado se

especial que guían el proceso de individualización de las penas en la ley 20.084).” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Primer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Julio 2007. 76p., página 65 y siguientes.

²²⁶ Bustos, Juan, op. cit., página 65 y 66.

referiría al mismo objeto, aunque, en el caso de las atenuantes, podría admitirse su nueva valoración en la individualización judicial, por obrar a favor del reo, como garantía o protección de la persona frente al Estado²²⁷.

Sin embargo, coincidimos con Medina en que lo relevante es establecer si el presupuesto fáctico de la modificatoria admite graduación o no, y un argumento para considerar que eso es posible, es la existencia del artículo 68 bis del Código penal, que permite estimar una atenuante como muy calificada²²⁸, lo que implica afirmar que su valor puede ser, en el caso concreto, mayor que otra por su contenido particular. Sin perjuicio, el mismo autor plantea que si la valoración de las modificatorias en el ámbito de la determinación legal de la pena se realiza de una manera matemática, ello permitiría la valoración de estas en la individualización judicial atendiendo a su entidad. En ese caso, concordamos, no existiría violación de la prohibición de doble valoración. No obstante, el mismo autor estima que la consideración matemática es defectuosa, y en caso de corrección “*sólo subsistiría como alternativa válida la consideración global*” de las modificatorias como criterio relevante a efectos del artículo 24 LRPA²²⁹.

Consideramos de todos modos que de no haberse realizado en la etapa anterior, podría valorarse el especial contenido de una modificatoria para estimar que ella refleja un menor o mayor contenido de disvalor del acto. Por ejemplo, en una reparación del mal causado, considerar que en concreto reviste mayor entidad que los casos comunes, en cuanto evidencia una preocupación inmediata, de máximo esfuerzo y que produce la real convicción de intención reparatoria, como el caso de un imputado particularmente preocupado y que de acuerdo a sus caudales tuvo un afán importante por reparar consecuencias, que incluso sea valorada así por la víctima. Aunque discutible en el caso de las agravantes, en la reincidencia podría sostenerse que tendría un particular efecto en la intensidad de la sanción alguien que sostenidamente y de manera contumaz realiza el mismo tipo de hecho delictivo, reflejando habitualidad,

²²⁷ Bustos, Juan, op. cit., página 65.

²²⁸ Medina, Gonzalo, op. cit., página 18.

²²⁹ Medina, Gonzalo, op. cit., página 19.

frente a otro que aparece reincidente por la comisión de un delito anterior que no tiene relación de habitualidad con el actual.

G.1.4. Artículo 24 letra d) LRPA: La edad del adolescente infractor:

Este criterio pone manifiesto que, pese a la rebaja de edad de imputabilidad penal, el rango de 14 y 15 años sigue siendo una etapa en la cual el principio de mínima intervención penal maximiza su operatividad. Así lo deja claro el propio mensaje del ejecutivo²³⁰, y se ratifica con el artículo 18 y 22 LRPA, en cuanto trazan diferencias en los límites máximos de imposición de medidas privativas de libertad.

Haciendo una interpretación extensiva de lo anterior, en favor de este segmento de edad puede sostenerse que también corresponde considerar la elección de sanciones no privativas de libertad de menor intensidad y por una extensión también menor²³¹.

Sin embargo, creemos que subyace a esta diferenciación de edad planteada por el legislador, la consideración abstracta del grado de madurez que presenta un adolescente según su edad, que incide en la culpabilidad. En efecto, puede sostenerse que, *prima facie*, el legislador estima más maduros y por ende capaces de una mayor dirección de sus actos conforme a derecho, a los adolescentes mayores de 16 años que a los menores de esa edad, ya sea por su grado de imputabilidad, por su conocimiento de la ilicitud o su capacidad de exigírseles obrar correctamente. En el

²³⁰ “*Dados los fines preventivos de este proyecto, la edad del imputado es muy importante al momento de determinar la sanción y su duración o cuantía. Si bien el Proyecto no establece una regla específica que obligue al Juez, es conveniente que éste considere, para los adolescentes del rango de edad menor, la aplicación de sanciones no privativas de libertad de modo de evitar los efectos nocivos que pudiera provocar en su desarrollo personal y social la privación de su libertad y de su contacto con la familia y la comunidad. En estos casos, de imponerse sanciones privativas de libertad, es recomendable la imposición de los regímenes menos restrictivos que contempla la ley, y por períodos no muy prolongados.*” Historia de la ley N°20.084, página 14.

²³¹ Bustos, Juan, op. cit., página 67, estima que a menor edad debe optarse por la sanción que menos afecte los derechos del adolescente, como derivación del principio de interés superior del adolescente.

fondo, en abstracto sería menos reprochable el hecho según se haya cometido con menor edad²³².

Este criterio permite entrar a considerar, aun en tramos de similar edad, el grado de madurez y desarrollo del adolescente, que en concreto puede estar condicionado por su formación, preparación, su entorno socioeconómico y cultural. Podría resultar que, pese a una edad mayor, 17 años por ejemplo, se estime que el desarrollo particular de ese adolescente corresponde a un rango de madurez menor, en cuanto está condicionado por especiales precariedades y defectos de formación atribuibles al abandono, la pobreza, la exclusión social, etc. Por otro lado, podría evaluarse menos reprochable el hecho cometido por un adolescente de 16 años que vive en la calle o que presenta temprana deserción escolar, que el hecho cometido por otro adolescente de la misma edad que cuenta con una formación adecuada, apoyo y control familiar²³³. Para ello, será del todo relevante ponderar los informes que al respecto elaboren peritos, tal como dispone el artículo 40 LRPA, referido precisamente a la audiencia de determinación de pena.

²³² En este sentido Medina, Gonzalo, op. cit., página 19. Al respecto conviene citar el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 21 de diciembre de 2009, Rol 383-2009, que señala: 7.- *Que la edad del infractor no impone ni sugiere siquiera, en el caso sublite, que la pena debiera ser inferior a la determinada en la instancia, pues, como dicen los jueces, se encuentra esa edad en un punto intermedio entre las que quedan reguladas por la ley especial, y la sanción aplicada es precisamente, también, intermedia entre las posibles, puesto que combina un tiempo relativamente breve de privación de libertad, con una intervención posterior en el medio libre, de mayor duración.*” Disponible www.poderjudicial.cl.

²³³ Un fallo que pondera erróneamente a nuestro juicio la edad al momento del pronunciamiento de la sentencia, ya que el imputado había cumplido la mayoría de edad, y en perjuicio de éste, aplicándole la internación en régimen cerrado, es el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante de fecha 09 de junio de 2007, Rol 28-2007: “**VIGÉSIMO PRIMERO: ...en razón de que estos sentenciadores han resuelto, de acuerdo a los criterios que consagra el artículo 24 de la mencionada ley, disponer la internación del acusado Huerta en un régimen cerrado con programa de reinserción social, lo que a todas luces es más beneficioso para él que la reclusión en un centro penitenciario normal de Gendarmería de Chile; privación de libertad que se estima necesaria atendiéndose...y que adicionalmente, el enjuiciado tiene una edad que incluso lo hará ser objeto de un informe de parte de la autoridad correspondiente del SENAME, a fin de determinar en último término ante la sede respectiva, si cabe proseguir su cumplimiento en un centro especial o derechamente debe integrarse a un recinto carcelario común y corriente...**” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Primer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Julio 2007. 76p., página 14 y siguientes.

G.1.5. Artículo 24 letra e) LRPA: La extensión del mal causado con la ejecución del delito:

Al analizar este criterio volvemos a recordar lo referido al artículo 69 del Código penal, y sostenemos que en él se permite ponderar un disvalor de resultado que añada menor o mayor carga al hecho concreto, y por otro lado apreciar también un disvalor de acción en cuanto esas consecuencias, ese mal, pueda ser atribuido a la intencionalidad del actor.

Por otro lado, es posible distinguir afectaciones al bien jurídico no sólo en los delitos de lesión, sino también en los de peligro, donde podría discurrirse sobre menores o mayores afectaciones –extensiones del mal- producidas por el delito.

También es necesario considerar, una eventual infracción a la prohibición de doble valoración en tipos penales que asignan a determinados resultados una diversa intensidad de pena, como las lesiones²³⁴, los daños y el incendio. Sin embargo, vale reiterar lo señalado, en cuanto una determinada lesión puede ser considerada para su tipificación como grave, o un daño como simple en el parámetro del artículo 487 del Código penal, pero ello no significa que todos los que caigan dentro de esa categoría sean iguales y no admitan distinción en sus consecuencias. Piénsese, a modo ilustrativo, en una incapacidad de 40 días versus una de 100 días, o un daño de 2 UTM versus uno de 10 UTM, sin considerar la situación concreta de la persona o bien afectado²³⁵.

²³⁴ Medina, Gonzalo, op. cit., página 20.

²³⁵ Un fallo que reconoce diferencias en la extensión del daño en un robo con violencia es el de la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 20 de julio de 2007, Rol 709-2007 ya citado, que señala: **“SÉPTIMO: Que erró el tribunal a quo al considerar que la extensión del daño causado por el delito ameritaba la imposición de la sanción de régimen cerrado, por ser ésta privativa de libertad y de “última ratio”, como consagran los Arts. 21 y 47 de la ley que rige la materia; y, por el contrario, debió evaluar que lo procedente en este caso era una sanción de naturaleza menos gravosa. Lo anterior fluye de lo razonado por los propios sentenciadores en las motivaciones décima -en que se asienta que patrimonialmente la víctima fue afectada sólo en \$ 10.000- y décimo tercera, en cuanto indica que la violencia utilizada “dejó huellas en la persona del ofendido”, que consistieron según el médico cuyo testimonio reproduce, en “herida cortante superficial en el dedo índice de la mano izquierda y una contusión craneana”.....”** Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal

Sobre los resultados extratípicos²³⁶ se ha estimado discutible su valoración al individualizar la pena, por no estar incluidas en el tipo penal, aunque en caso de aplicarse se entiende al menos exigible que tales resultados le sean reprochables al imputado, por el conocimiento que de ellos tenía²³⁷.

No obstante, valoraciones tales como el número de afectados en un cuasidelito, las consecuencias para la vida futura de un hecho, las secuelas de una lesión no explícitamente tipificadas, el daño causado a un bien de alta utilidad pública, las consecuencias de la interrupción de un servicio, u otras circunstancias análogas, y en la medida que no sean valoradas por la ley de manera específica, pueden asilarse en esta disposición²³⁸.

juvenil. Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Agosto 2007. 53p., página 15 y siguientes.

²³⁶ Una sentencia que hace referencia a ellos es la del Juzgado de Garantía de Ovalle de fecha 5 de noviembre de 2007, Rol 1355-2007, ya citada, aunque la referencia a ellos es general, estimándolos concurrentes con la sola ocurrencia de un delito de dicha naturaleza, cuestión que no compartimos: “**CUARTO:...e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito; cuestión esta sobre la cual no es necesario extenderse, pues el daño que se provoca a las víctimas de un delito de apropiación violento como el que se viene tratando, no debe apreciarse únicamente por el lado de la disminución patrimonial que experimentan o en las lesiones sufridas, sino que más bien debe calificarse también por la disminución que advierten en su sensación de seguridad en la comunidad en la que se desarrollan y el miedo que tendrán en el tiempo futuro y que lo afectarán de manera constante.**” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Sexto informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Enero 2008. 101p., página 68 y siguientes.

²³⁷ Medina, Gonzalo, op. cit., página 20, en nota N°52, ejemplifica como factor extratípico, el daño causado a la familia de la víctima en un homicidio.

²³⁸ Un caso que aprecia mínima extensión del daño es el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia de fecha 11 de julio de 2007, Rol 53-2004, que señala: “**DÉCIMO QUINTO: Que de acuerdo a los criterios dispuestos en el artículo 24 de la Ley 20.084, debe tenerse presente que el delito, si bien es pluriofensivo, en el caso concreto no puso ni aún en riesgo potencial la integridad física de los moradores, toda vez que la propia víctima señaló haber salido de la ciudad de Osorno al momento de perpetrarse éstos, y el testigo Sr. Catalán Mancilla dijo que desde hacía algunos días no había visto a sus vecinos ni su vehículo en la casa habitación; por lo demás, la mayoría de las especies sustraídas fueron recuperadas en el procedimiento policial, según indicó la víctima y los funcionarios de Carabineros que intervinieron en el mismo, lo que obviamente minimiza la extensión del mal causado con su conducta; y, además, no se verificaron en la propiedad más daños que los constatados en la ventana, cuya hoja desprendida del marco fue dejada en el interior, lo que igualmente resta extensión al mal provocado por el ilícito -sin perjuicio que ello se encuentra comprendido en la sanción prevista para el mismo-...**” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad

G.2. Criterio referido a los fines preventivos. Artículo 24 letra f) LRPA: 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 es el criterio preventivo inserto en el artículo 24 LRPA. El legislador exige la juez ponderar que la sanción sea idónea para alcanzar el fin preventivo, esto es, el respeto de los derechos y libertades de terceros –bienes jurídicos- a través de la reinserción social.

La idoneidad perseguida se concreta desde una doble perspectiva: idoneidad para alcanzar los fines en relación al caso concreto juzgado, esto es considerando el hecho y su autor, e idoneidad en el modo que en la práctica o realidad se ejecuta y ejecutará esa pena.

Sobre la idoneidad, hemos visto como ella corresponde al subprincipio de la proporcionalidad entendida en sentido amplio, en cuanto se debe establecer si el medio para conseguir el fin preventivo es apto para alcanzar el mismo. En el caso concreto ello sólo podrá decirse si se examinan todas las particularidades del caso que incluyen al hecho y las circunstancias del autor.

Como vimos, antes de aplicar este criterio orientado a los fines preventivos, ya el juez ha podido determinar una carga de injusto y culpabilidad aplicando los criterios anteriores del artículo 24 LRPA y a nuestro juicio ello determina en una importante medida la sanción eventual a imponer²³⁹.

de Defensa penal juvenil. Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Agosto 2007. 53p., página 11 y siguientes.

²³⁹ Una idea similar la encontramos en Vargas, Tatiana, op. cit., página 492, quien señala: *“Aunque la decisión entre clases de pena parece privilegiar otra vez los aspectos preventivos, la gravedad de la conducta y su reproche son elementos que pueden exigir una determinada pena por sobre otra que sólo se oriente por necesidades del adolescente infractor, como internación en régimen cerrado o semicerrado por sobre una libertad asistida.”*

Sin embargo, es importante hallar al menos una guía para la consideración preliminar de cuál sería una pena idónea para tipos de casos. Una interesante postura al efecto es la que plantea Couso, referida a la política criminal a aplicar en el caso de infracciones cometidas por adolescentes. Señala el autor que, atendido que el sistema penal de adolescentes se basa en la consideración de protección de bienes jurídicos importantes y en la limitación de la intervención en los adolescentes, existe un grupo de casos donde impera una estrategia despenalizadora frente a los que requieren una intervención penal²⁴⁰.

En este segundo grupo sugiere diferenciar la intervención según qué tipo de delito se trate y del carácter ocasional o habitual²⁴¹ de éste, en términos de jóvenes “primerizos” o habituales, y delitos leves, menos graves o graves²⁴².

Así, propone un esquema en el cual se puede distinguir un grupo de casos de *criminalidad leve o de mediana gravedad ocasional*, donde la finalidad sería la reducción de los efectos desocializadores priorizando la intervención mínima, ya sea desjudicializando, optando por salidas alternativas o, en caso de sanción, que es lo que nos interesa a esta altura, aplicando sanciones de mínima afectación de derechos²⁴³. Otro grupo correspondería a la *criminalidad leve o de mediana gravedad habitual*, casos en los que se privilegiaría la prevención especial orientada a evitar la

²⁴⁰ Couso, Jaime, La política criminal..., op. cit., páginas 5 a 7. Cabe hacer notar que el autor considera fines de la sanción en la LRPA además de la prevención especial positiva, la prevención general, a diferencia nuestra que estimamos que correspondería a la retribución.

²⁴¹ Sobre los menores que “*recaen varias veces*”, véase a Albrecht, op. cit., página 61 y siguientes.

²⁴² Couso, Jaime, La política criminal..., op. cit., página 15, distinción que a su juicio emana de las instituciones legales (salidas alternativas rango del principio de oportunidad, penas y cautelares asociadas), como del “*comportamiento y el discurso de los operadores del sistema de justicia*”. Por ejemplo, será más grave un delito considerado crimen en cuanto la ley asocia la posibilidad de aplicarle internación provisoria; será considerado habitual en la medida en que se registren casos anteriores toda vez que la ley lo valora por ejemplo en la posibilidad de aplicar la suspensión condicional del procedimiento. Se establece entonces que las fronteras de estas clasificaciones no serían rígidas. En detalle los grupos, páginas 16 a 21.

²⁴³ Couso, Jaime, La política criminal..., op. cit., página 16. el autor habla aquí de sanciones que ofrezcan “*un mínimo efecto de advertencia al adolescente (amonestación) o de prevención general mediante sanción simbólicamente apropiada al delito (multa, reparación o servicios a la comunidad)*”, lo que bajo nuestra visión correspondería al mínimo contenido de reproche posible de realizar a través de una sanción que permite la resocialización en cuanto afecta mínimamente en sus derechos al adolescente.

reincidencia y en caso de sanción se propendería a penas no privativas de libertad, que supongan mayor control según las necesidades del caso, como los servicios a la comunidad o las libertades asistidas. Otro grupo lo constituiría la *criminalidad grave*, donde se requeriría una condena más intensa desde las necesidades preventivas generales -sin perjuicio que para nosotros correspondería a un mayor reproche retributivo unido a una mayor necesidad preventivo especial- ya sea a través de sanciones privativas de libertad o no privativas de libertad de importancia, particularmente en casos donde los efectos desocializadores parezcan intensos, como podría ser, en nuestra opinión, el caso de criminalidad grave ocasional. También se distingue la criminalidad asociada al consumo de alcohol o drogas, casos que requerirían la imposición de tratamiento rehabilitador como sanción accesoria, en casos de criminalidad leve o mediana habitual, u ocasional o habitual grave²⁴⁴.

²⁴⁴ Un fallo que considera la condición de primerizo en favor del adolescente es el del Juzgado de Garantía de Ovalle de fecha 5 de noviembre de 2007, Rol 1355-2007, ya citada, aunque la referencia a ellos es general, estimándolos concurrentes con la sola ocurrencia de un delito de dicha naturaleza, cuestión que no compartimos: ***“SEXTO: Que en relación al imputado J.R.O. pareciera adecuado y razonable ejercer a su respecto un juicio de reproche inferior que al coimputado que lo acompaña en este juicio, pues siendo ésta su primera incursión criminalmente relevante, someterlo a un régimen carcelario estigmatizante sería ir en contra del claro tenor y espíritu que guía las disposiciones de la ley de responsabilidad adolescente, siendo en consecuencia apta para su adecuado desarrollo y crecimiento ser sometido a un sistema que garantice que la conducta que se le atribuye sea única y la última, obteniendo así su adecuada reinsertación (sic) social a partir del seguimiento apropiado de su situación personal y educacional, y propender al fortalecimiento de los vínculos con su núcleo familiar más cercano.”*** Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Sexto informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Enero 2008. 101p., página 68 y siguientes. Otro fallo que no considera la condición de primerizo –les reconocen a ambos imputados irreprochable conducta anterior- e impone el régimen cerrado por particulares razones, es el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, de fecha 20 de febrero de 2008, Rol 02-2008, que señala: ***“TRIGÉSIMO SÉPTIMO:...Entonces, los Jueces, al ponderar la acción antijurídica que ejecutaron los jóvenes, la cual no puede analizar en abstracto sino que en concreto, que no tendrán sino la ayuda de las instituciones que los van a educar, de sus familias y de ellos mismos, han llegado a la convicción, que les corresponde cumplir con un régimen cerrado a fin de asegurar la desvinculación de pares negativos, de situaciones de riesgos social (ingesta de alcohol que fuera la que los llevará a robar), lograr el acercamiento con las personas a quienes real y únicamente ellos se encuentran ligados de por vida, y respecto de quienes R.V.L.V. y D.F.A.A., no pasarán a ser dos nombres o una estadística administrativa, es decir, su familia y las personas que los quieren, quienes podrán visitarlos, atenderlos y conocerlos más íntimamente. Teniendo en todo caso siempre presente que dependerá de ellos el cambio del sistema cerrado a otro diverso, cuando las condiciones así lo justifiquen. No pudiendo hacer caso omiso que es la mejor forma en que asuman conciencia plena de la extrema gravedad de las acciones que cometieron la noche del día 13 de julio del año 2007***

Hemos considerado esta alternativa pues, como hemos dicho, aplicando los criterios anteriores del artículo 24 LRPA referidos al injusto y culpabilidad, podemos clasificar el caso considerándolo de mayor o menor gravedad y establecer su carácter ocasional y habitual. Esta clasificación nos permitiría estimar, en principio, cuál sería una sanción idónea que tenga en cuenta las particularidades del hecho y su autor.

Por otro lado, también es conveniente detenerse en la operatividad del principio de proporcionalidad pues permite juzgar, a través del subprincipio de necesidad, entre las alternativas, y considerando fundamentalmente la forma en que en concreto se desarrollan en la práctica, cuál de ellas es más idónea, en cuanto permita alcanzar la finalidad con los menos costos posibles en términos comparativos. Por ejemplo, puede ser determinante para resolver qué pena privativa de libertad aplicamos, si establecimos antes que el delito revestía mayor gravedad por su contenido de disvalor, la forma en que un régimen cerrado o semicerrado opera en la práctica y la forma como ellos afectan derechos del adolescente por un lado (mayor en el régimen cerrado), versus la forma en que logran la obtención del fin preventivo, evitación de la reincidencia.

También resulta relevante incluir en este criterio la operatividad de principios y garantías especiales de los adolescentes que ya revisamos, en cuanto su ponderación permite arribar a la pena más idónea en relación al caso concreto, como son el interés superior del adolescente²⁴⁵, la privación de libertad como medida de último recurso, la

y que esa no es la forma de vivir en medio de la sociedad, sin perjuicio de las adversidades que cada individuo enfrenta.” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Octavo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Junio 2008. 105p., página 72 y siguientes.

²⁴⁵ En este sentido Medina, Gonzalo, op. cit., página 22, haciendo hincapié en el desacierto de una aplicación paternalista del principio, en relación a las necesidades de resocialización. Un fallo que aplica este principio incluido en la idoneidad de la sanción es el del Juzgado de Garantía de Ovalle de fecha 5 de noviembre de 2007, Rol 1355-2007, ya citada: “**CUARTO:...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; debiendo recordarse en esta parte lo que dispone el artículo 2 de la ley Nº 20.084, pues una consideración especial a tener en cuenta en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y como cuestión esencial, es la valoración del interés superior del**

intervención mínima²⁴⁶, su carácter de sujeto derechos y de autonomía progresiva en su ejercicio, y el tratamiento especial y diferenciado en relación al adulto.

adolescente en cuanto reconocimiento y respeto de sus garantías y derechos, buscando formar en él con sus normas un sentido de responsabilización por el cual a través de una determinada sanción se alcance el respeto del adolescente por su medio y se logre como fin último su integración social, para no alterar así su desarrollo como persona, debiendo desplegarse la intervención estatal mediante la organización de un plan individual que articule equilibradamente todos los propósitos perseguidos...". Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Sexto informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Enero 2008. 101p., página 68 y siguientes.

²⁴⁶ Un fallo que refiere tanto a los principios de intervención mínima y privación de libertad como medida de último recurso es el del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó de fecha 12 de marzo de 2008, Rol 84-2007, que señala: "**VIGÉSIMO SEGUNDO: Resta sólo determinar, cual es la sanción idónea para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Sin lugar a dudas, estos juzgadores optan por el cumplimiento de la pena en el medio libre, en atención a las conveniencias claras, categóricas y contundentes, expuestas latamente por los peritos presentados por la defensa, pues, precisamente la sanción que se imponga por este Tribunal debe conciliar, por una parte, el hacer efectiva el compromiso del infractor, es decir, que asuma la responsabilidad por los ilícitos que comete, y por otra parte, la sanción debe abarcar una intervención socioeducativa amplia orientada a su plena integración social. Por otro lado, estos jueces no pueden olvidar que según los criterios que plasmaron esta ley, la privación de libertad debe ser la última ratio, así se señala en el mensaje de la ley, y lo dispone obligatoriamente el artículo 26 de la Ley Nº 20.084, al señalar "La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso", lo que es plenamente coincidente con lo dispuesto en el artículo 17 letra b) de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que dispone que la detención, encarcelamiento o prisión de un niño, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda... A mayor abundamiento, el mensaje de la ley de responsabilidad penal adolescente y el artículo 2º de dicho texto legal, obligan a estos jueces, en las decisiones que adopten, en este caso, relativas a la sanción penal a aplicar, tener en consideración el interés superior del adolescente, esto es, lo más conveniente para el menor, atendidas sus particularidades. Lo anterior, en consonancia con lo estatuido en el artículo 3º de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, cabe precisar, que el artículo 5º de la Constitución Política de la República, obliga a los jueces a respetar y promover los derechos garantizados por lo tratados internacionales, en este caso, la Convención Sobre los Derechos del Niño, tratado internacional suscrito y ratificado por el Estado Chileno, en consecuencia, obligatorio para el mismo. Asimismo, desde la perspectiva criminológica, se puede advertir que uno de los objetivos político criminales que tuvo el establecimiento de la Ley Nº 20.084, era fijar un derecho penal mínimo para el adolescente, es decir, limitar la intervención punitiva del Estado sobre los mismos, conforme a los criterios internacionalmente aceptados, plasmados en los tratados internacionales suscritos por nuestro país, resguardando sus derechos y garantías, por ello, se debe reducir al mínimo la posible intervención penal, en especial, la privación de libertad, sólo hasta lo necesario para la protección de los bienes jurídicos...**" Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Octavo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Junio 2008. 105p., página 60 y siguientes.

Otro punto a destacar, es que se debe tener en cuenta que la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin preventivo, al ser una relación de medios y fines, debe considerar que la perspectiva de las medidas resocializadoras encaminadas a evitar la reincidencia debe ofrecer al adolescente “diferentes opciones (medidas) que permitan satisfacer sus necesidades de desarrollo e integración social”, por lo que el énfasis está en la responsabilidad del Estado frente al adolescente²⁴⁷.

Destacamos lo anterior, pues cabe recordar que los adolescentes a quienes se aplicará la LRPA serán fundamentalmente los pertenecientes a grupos de mayores carencias²⁴⁸. Sin embargo, creemos que nuestra interpretación del artículo 24 LRPA provee de un resguardo a dichos jóvenes, en cuanto se sopesa su grado de culpabilidad, que de la mano con su adolescencia debiese disminuir la intensidad del reproche, lo que deberá tenerse en cuenta al valorar la idoneidad, no desde una perspectiva que intensifique la intervención y con ello la afectación derechos, sino de una intervención limitada y que evite mayor desocialización.

H.- Peligro de violación de la prohibición de doble valoración con esta postura.

Podría uno preguntarse válidamente, deteniéndose en la diferenciación en el tratamiento de delitos leves, menos graves o graves, y su vinculación con la existencia o no de habitualidad -idea que aquí se propone como una orientación válida y adecuada para aplicar el criterio preventivo del artículo 24 letra f) LRPA-, que existe un peligro de violación de la prohibición de doble valoración, pues se estaría introduciendo nuevamente consideraciones ya estimadas en la determinación legal de la pena, a saber, pena abstracta del delito, normas sobre concursos de delitos, o reglas de aplicación de penas en caso de reiteración.

²⁴⁷ Bustos, Juan, op. cit., página 68.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Consideramos que esa inquietud puede ser descartada, al revisar la forma en que hemos construido la interpretación de la totalidad del artículo 24 LRPA, por lo siguiente:

a) La construcción del régimen de sanciones, y dentro de ella la individualización de la pena exacta, responde a los ejes responsabilización (retribución) y prevención especial positiva (evitar la reincidencia y afianzar el respeto a derechos de terceros) a través de la reinserción social.

b) El artículo 24 LRPA, en cada una de sus letras, combina criterios referidos a la entidad del injusto y la culpabilidad (letras a, b, c, d, e) que se relacionan con la responsabilización, y por otro lado la letra f), referida al criterio preventivo.

c) Lo que se ha sostenido aquí es que la aplicación del artículo 24 LRPA requiere de una revisión íntegra de cada uno de los criterios, vinculándolos, de modo tal que la entidad del injusto concreto -determinada en su peso específico luego de examinar las letras a) a e) del artículo 24-, **condiciona** de modo importante la forma en que se aplicará o influirá la letra f) referida al criterio preventivo. Sostenemos dicha vinculación, ya que afirmamos la imposibilidad de construir una interpretación global o inclusiva de los criterios de la norma, de otro modo. Cillero indica que el principio de proporcionalidad actúa como regulador de la relación entre estos criterios, a través del juicio de ponderación, que deriva en la exclusión de unos por otros, arrojando un orden preferencia para el caso concreto, pese a que abstractamente todos sean válidos. Ese podría ser un punto de partida, aunque no nos parece suficiente por lo señalado sobre el punto en páginas anteriores, pues pese a que los criterios del artículo 24 LRPA se identifican unos con el injusto, otros con la culpabilidad, otro con la prevención, el asunto no es de ponderación de principios, sino de normas o reglas que deben ser aplicadas, determinando su peso en el caso concreto y su influencia en la naturaleza y quantum de la pena, y no necesariamente la exclusión de unos por otros.

d) Entonces, creemos que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, con sus tres subprincipios, regula la relación entre la carga concreta de injusto

determinado por los restantes letras del artículo 24, que en sí constituyen un grupo referido al hecho y culpabilidad, con la letra f), referida al fin preventivo, o si se quiere, regula la tensión entre merecimiento y necesidad de pena.

e) Esto se da porque el juez, examinando las letras anteriores, logra determinar un contenido específico de injusto más allá del abstracto dado por el tipo penal y su marco de sanciones. O sea, puede decir luego de la individualización: “este delito x perpetrado por y, es más o menos grave en concreto que otros de su tipo”, atendida la especial forma de comisión -por ejemplo la forma de intimidación-, el grado de madurez del adolescente que lo perpetró, ya sea de acuerdo a su edad, su entorno social y cultural, o la extensión del daño causado en cuanto sea reprochable a éste, etc.

f) Así las cosas, cuando el juez se enfrenta a la letra f) no puede desconocer ni desentenderse del concreto hecho que juzga y considerar que el criterio preventivo le permite tomar la decisión de la pena sólo valorando factores de esa índole (preventiva). Y en esto a mi juicio radica la operatividad del principio de proporcionalidad aquí. En cuanto a la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto, los tramos de sanciones sólo en abstracto satisfacen estos subprincipios, pero en concreto no, puesto que en un caso de escasa gravedad concreta, más allá de la abstracta, permitiría descartar desde ya sanciones privativas de libertad aunque sean posibles de aplicar en el marco penal. Por otro lado, un delito de leve o mediana gravedad abstracta pudiere en concreto ser más grave y justificar la imposición de una sanción altamente intensa, por ser más idónea en relación al fin perseguido (me refiero al fortalecimiento de los derechos de terceros por la vía de una sanción fuerte en contenido de resocialización). En estos casos de mayor contenido de injusto, el condicionamiento viene dado también por la obligación de justificar por qué se debiese aplicar una pena inferior en base a consideraciones de reinserción social, y en ese caso el tema de la privación de libertad y su efecto desocializador tienen relevancia, cobrando sentido entonces su consideración como medida de último recurso. En tal caso el subprincipio de necesidad incide en la decisión.

g) Ahora, el porqué nos parece que el esquema de Couso se puede aplicar en este ámbito, puede explicarse del siguiente modo: Cuando Couso expone esta idea (delitos de menor, mediana o mayor gravedad, habitualidad o no) lo hace en el ámbito del desarrollo de una política criminal para el trato de adolescentes. Esa política criminal, si bien no ejecutada directamente por el juez, expresa en su decisión – sentencia- conceptos propios de ella y que se construyen derivados del marco legal de la responsabilidad penal juvenil, como la mínima intervención, la privación de libertad como último recurso, el interés superior del niño, etc. Por ello, la habitualidad tiene un rol que cumplir, pues la ley busca fortalecer el respeto de los derechos de terceros y evitar la reincidencia (a través de medidas de reinserción que son entonces un medio) y por ello no sería lo mismo tratar un delito cometido por un primerizo, versus uno habitual. Subyace entonces en el criterio preventivo, la consideración de la reiteración o habitualidad para establecer la medida idónea que respete la proporcionalidad y no rebase el contenido del injusto. Por lo mismo, es pertinente distinguir también, para determinar la sanción idónea conforme a la letra f) del artículo 24 LRPA, si se es primerizo o reincidente en delitos leves, medianos o graves. La efectividad del componente resocializador, su eficacia en ese aspecto, será distinta, tanto en lo referido a la naturaleza como al quantum de la sanción y por lo mismo es conveniente que se vinculen todos los criterios del artículo 24. Por ejemplo, un robo en lugar habitado cometido por un joven primerizo, el delito es tentado (recuérdese que en este estadio no aplicamos el artículo 450 del Código penal), se sustrajeron especies del antejardín, se saltó la reja sin causar daños. En ese caso podemos descartar de plano sanciones privativas de libertad, e incluso una libertad asistida intensa o de alta duración, pero lo importante será siempre el fundamento: se descartan esas medidas porque el contenido de injusto que en abstracto pudiere ser de mayor gravedad, en concreto no lo es, eso condiciona la aplicación de la letra f), puesto que las necesidades preventivas se ven menguadas. Así, el injusto concreto condiciona o vincula al criterio preventivo, su consideración irá a favor del imputado.

h) Si el caso es el contrario, delito mediano o grave (el mismo robo, con 17 años, consumado, dentro de la casa, se rompieron puertas y ventanas para ingresar, había moradores presentes, etc.) reiterado o habitual, la consideración abstracta se

concretiza en el hecho, hay más razones que empujan a mayor intervención penal referidas al injusto, y ello condiciona o influye al pronunciamiento sobre la letra f), puesto que en base a consideraciones preventivas, ya no en razones del injusto, debería el juez justificar por qué impone una privativa de libertad, o una no privativa de libertad de intensidad, y asimismo el quantum de cualquiera de ellas, decidiendo por una extensión mayor o menor. Pero para ello el juez, o si se quiere el adolescente, cuenta con una ventaja, cual es que -como también se toca en parte de la tesis- las posiciones doctrinales referidas a los fines de la pena orientados a la prevención especial positiva permiten disminuir –o incluso prescindir- de la pena en base a dichas consideraciones preventivas, cuando resulten innecesario o contraproducente su imposición (desocialización en la privación de libertad, por ejemplo). Por otro lado, el juez aun contando con esa carga de injusto que pudiere tender hacia sanciones más rigurosas, todavía debe vencer y argumentar cómo supera el principio de intervención mínima, y en los casos más extremos, el de privación de libertad como medida de último recurso. Es entonces cuando el principio de proporcionalidad, en su subprincipio de necesidad (de las medidas idóneas para alcanzar el fin, la que implique menor restricción de derechos) mostraría su máxima operatividad, pues obliga al juez a fundamentar, y por ende su decisión se hace controlable.

I) Creemos que esta consideración global no viola el *ne bis in idem*, o la prohibición de doble valoración, puesto que las circunstancias que se utilizan conforme a las restantes letras del artículo 24 LRPA distintas de la letra f), se refieren a manifestaciones concretas, ya no abstractas del injusto típico, pues no han sido consideradas especialmente para determinar el marco penal, mas sí se consideran al individualizar la pena exacta, pero esa valoración sólo influye en la decisión una vez que se aplica el artículo 24 RPA en su totalidad, o sea, no muestran su influencia en la pena concreta hasta que no son contrastadas o vinculadas con el criterio preventivo de la letra f). En resumen, creemos que la forma de hacer operativo, e incluso predecible la aplicación del criterio preventivo al individualizar conforme al artículo 24 letra f), es condicionando el mismo a la carga de injusto típico que viene dada por los demás criterios de esa índole que el mismo artículo 24 obliga al juez a considerar. ¿Cómo lo condiciona? Eso puede discutirse, pero nos parece que lo propuesta de Couso referida

a una política criminal para adolescentes, que nosotros tomamos en este punto, es una solución en principio satisfactoria, y aunque podría haber otras, ésta es coherente con el sistema RPA.

Si no se pudiere vincular las demás letras referidas al injusto con el criterio preventivo, ¿cómo y cuándo mostrarían su influencia? Creemos que nuestra postura plasmada en las páginas anteriores, responde a la pregunta.

I.- La individualización judicial de la pena o sanción en la jurisprudencia:

Al tratar cada uno de los criterios de la individualización judicial de la pena, hemos constatado que en esta materia aun la argumentación judicial es escasa, y la postura propuesta en este trabajo no se vislumbra como argumentación a la que se recurra, salvo indiciariamente en algunos fallos que revisamos ya en cada criterio.

Un primer problema que detectamos, es la existencia de fallos que ni siquiera realizan la labor de fundamentación a la que los obliga el artículo 24 LRPA²⁴⁹, otros que sólo enuncian los criterios sin darles contenido²⁵⁰, y otros que los señalan, pero no establecen de qué forma influyen en la individualización de naturaleza y quantum²⁵¹.

²⁴⁹ Un ejemplo en la sentencia del Juzgado de Garantía de Valparaíso de fecha 4 de septiembre de 2007, Rol 8816-2006, que señala: “NOVENO:...Asimismo, conforme al artículo 18 del Código Penal, se dará aplicación a lo dispuesto por la ley N° 20.084, **para efectos de determinar la naturaleza de la sanción considerando los aspectos indicados en artículo 24 de la citada ley; conforme a los cuales será impuesto régimen semicerrado, con programa de reinserción social**”. Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Sexto informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Enero 2008. 101p., página 97 y siguientes.

²⁵⁰ A modo ejemplar, sentecnia del Tribunal de juicio roal en lo penal d e Rancagua, de fecha veintitrés de junio de 2010, que condenó aun adolescente de 17 años a 5 años y un día de internación en régimen cerrado, por un delito de robo con violencia calificado (con lesiones graves): “**DÉCIMO**:...Respecto de N.A.S.S., según da cuenta su extracto de filiación en donde consta su data de nacimiento, teniendo a la fecha de los hechos 17 años de edad y de conformidad al artículo 21 de la ley 20.084, la pena aplicable al delito se rebajará en un grado desde el mínimo señalado en la ley, correspondiéndole en consecuencia la pena de presidio mayor en su grado mínimo...De acuerdo a lo anterior, la duración de la pena a imponer, establece como sanción de conformidad al artículo 23 N°1 de la ley 20.084, la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. Se tuvo en cuenta además los criterios del artículo 24 del mismo cuerpo legal, como lo son el grado de desarrollo del delito, la participación de aquel en el mismo, el real daño causado, y fundamentalmente la idoneidad

Si bien hay varios fallos que detectan como un problema una eventual violación del *ne bis in idem*, en varios casos se concreta dicha situación pues se valora nuevamente, particularmente en el criterio de gravedad del hecho, participación, grado de desarrollo del delito y modificatorias, las mismas circunstancias sin hacer una nueva distinción basaba en el mayor o menor contenido de injusto y culpabilidad²⁵². No obstante, hay algunos fallos que se refieren a algunas consideraciones de esta índole, que hemos analizado junto a cada uno de los criterios, particularmente en el referido a la gravedad del hecho y extensión del daño causado, lo que alienta a profundizar sobre esos puntos y canalizarlos por la vía dogmática, superando la forma intuitiva en que se realiza.

de la duración de la sanción para efectos de obtener una resocialización acorde a los principios que rigen la normativa penal adolescente, satisfaciendo a su vez la necesidad de imponer un adecuado castigo a conductas ilícitas.” Disponible en www.poderjudicial.cl.

²⁵¹ Así, por ejemplo, la sentencia del Quinto Juzgado de Garantía de Santiago de fecha 26 de julio de 2007, Rol 2200-2007, que señala: “**QUINTO:...***En consecuencia, y de acuerdo al artículo 23.3 de la Ley N° 20.084, corresponde imponer al inculpado la pena de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas o prestación de servicios en beneficio de la comunidad, toda vez que nos encontramos frente a una pena que se extiende entre 541 días y tres años. En dicho contexto, y para determinar la pena en concreto, se atenderá a los criterios establecidos en el artículo 24 de la Ley 20.84, a saber: el hecho de haberse afectado la propiedad ajena mediante el uso de la coacción, poniendo en peligro la vida e integridad física del ofendido; su participación en calidad de autor en un ilícito que alcanzó a consumarse, junto con un grupo o pandilla de individuos; que estamos frente a un joven que a los pocos días cumplió la mayoría de edad; y la mayor extensión del daño producido al haberse ocasionado a la víctima lesiones de carácter leves, no obstante haberse recuperado intacto lo sustraído...*” Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Agosto 2007. 53p., página 43 y siguientes.

²⁵² Por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 21 de diciembre de 2009, Rol 383-2009, que señala: “3.- *Que respecto de la primera infracción denunciada, no existe la vulneración que se pretende, pues los criterios del artículo 24 son meramente referenciales, constituyendo una guía para los jueces, pero no existen allí reglas fijas que permitan, en el caso sublite, entender que se ha faltado a lo dispuesto por el legislador.*

4.- *Que, además, si atendemos a la gravedad del delito –primer parámetro legal- parece obvio que hemos de acudir al tipo en sí y no a la pena que conforme a la ley 20.084 sea la base aplicable para los menores. Es el ilícito mismo el que ha de ser grave, lo cual quiere decir que el legislador lo entienda especialmente peligroso o serio, y lo demuestre con la sanción abstracta que le asigna en el tipo respectivo.*

5.- *Que la calidad del partícipe –segundo parámetro legal del artículo 24 citado- es la de coautor ejecutor, de suerte que también éste punto lleva a una sanción elevada, dentro de los márgenes jurídicos.*” Disponible en www.poderjudicial.cl.

Lo anterior puede deberse, por una parte, a la dificultad en la interpretación de las normas de determinación de la pena en general en la LRPA, o por otra, al escaso ejercicio que la jurisprudencia chilena ha realizado en torno a la individualización de la pena en materia de adultos, como se estableció al estudiar la aplicación del artículo 69 del Código penal, respecto del cual además, mayoritariamente se ha afirmado, no es susceptible de ser controlado en su aplicación a través de un recurso de derecho estricto, como el de casación.

En lo referido al criterio preventivo, debe resaltarse la necesidad de superar interpretaciones que con un sentido tutelar lo aplican²⁵³, y destacando la integración que a los principios garantistas a favor del adolescente se da en este ámbito, como vimos, el interés superior del adolescente la limitación a la privación de libertad y la intervención mínima, su carácter de sujeto de derechos y su autonomía progresiva.

Asimismo, la incorporación del principio de proporcionalidad al análisis, en sus facetas de idoneidad y necesidad²⁵⁴, además de ideas de una política criminal en relación a los adolescentes infractores, distinguiendo en casos de ocasionalidad versus habitualidad o menor o mayor gravedad de la criminalidad, es aún incipiente²⁵⁵.

²⁵³ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, de fecha 20 de febrero de 2008, Rol 02-2008, ya citada. Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Octavo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Junio 2008. 105p., página 72 y siguientes.

²⁵⁴ Un voto de minoría de en la sentencia de fecha 3 de abril de 2008, Rol 65-2008, de la Corte de Apelaciones de Copiapó se refiere al tema, señalando: "1º) *Si bien el sistema penal de adolescentes incorpora marcadamente el fin preventivo especial de la pena, sobre todo, a objeto de lograr la reintegración del menor y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, reflejo de lo cual viene a ser la expresión "idoneidad de la sanción" a que se refiere la letra f) del artículo 24 de la Ley Nº 20.084, norma esta última que establece criterios generales de determinación de la pena, es lo cierto que dicho parámetro debe necesariamente conjugarse con los demás criterios que la citada disposición legal contempla, en una lógica proporcionalista de la sanción a imponer.*" Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Noveno informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Octubre 2008. 51p., página 31 y siguientes.

²⁵⁵ Como vimos, supra 124 y siguientes. Sobre las características concretas en que se ejecuta la sanción, y la relación entre los fines de la pena y su vinculación con el principio limitativo de la privación de libertad, es relevante citar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 21 de diciembre de 2009, Rol 383-2009, ya citada, que dice: "9.- *Que en cuanto a la idoneidad de la sanción, ella parece adecuadamente abordada por los falladores, sin que pueda*

Sin perjuicio, sobre este punto, cabe resaltar y alentar las sentencias que reconocen que la errónea interpretación y aplicación del artículo 24 LRPA puede dar lugar a la nulidad del fallo²⁵⁶ por la vía del recurso de nulidad, aunque hay otras sentencias que han restringido dicha posibilidad²⁵⁷.

atenderse a los reclamos del defensor respecto de las falencias prácticas del sistema de régimen cerrado, pues con tal criterio esa pena debería quedar de hecho suprimida, por la sola aplicación del artículo 24 letra f) de la ley 20.084, lo que desde luego no se sostiene. En tanto sus condiciones no deriven en una pena inhumana, cruel o degradante, su mejor o peor implementación es asunto del poder político, y su idoneidad debe ser medida por los jueces con relación a todos los otros factores ya enunciados, y en especial con vistas a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que aunque centra la finalidad de la pena en la reintegración del condenado a la sociedad, no deja de advertir, primero, que se trata, con estas sanciones, de hacer efectiva la responsabilidad penal, lo que introduce una dimensión retributiva, inevitable por lo demás, en este campo. En el caso que nos ocupa, resulta idónea y hasta necesaria la privación de libertad, precisamente porque, más allá incluso del castigo en sí, el menor necesita, como primera condición para readecuar en el futuro sus conductas, comprender que los actos abiertamente antisociales tienen una sanción de la que el responsable ha de hacerse cargo. El asumir las consecuencias de lo que se hace es un paso primero e indispensable para la rehabilitación; y si lo que se hace es de gravedad tal que en términos penales constituya un crimen, parece necesario, al menos en principio, que esa consecuencia tenga una gravedad suficiente como para que el mensaje no resulte exactamente el opuesto; esto es, para que no se entienda por el infractor que no importa qué se cometa, si se es menor el castigo no existe. Esa impresión –muy natural cuando la levedad de la sanción no se condice con la gravedad de la falta- sí que atentaría contra la posibilidad de readecuación social y, por ende, una pena enteramente en libertad en un caso como el que nos ocupa no sería idónea, por desproporcionadamente leve, ni para hacer efectiva realmente una responsabilidad penal, ni para llevar a la reflexión que permita la hipotética rehabilitación.”

²⁵⁶ Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 20 de julio de 2007, Rol 709-2007 ya citado. Disponible en *Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente*, agosto de 2007, Unidad de Defensa Penal Juvenil, página 15 y siguientes.

²⁵⁷ Así por ejemplo, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 20 de marzo de 2008, Rol 120-2008, señala: “8º) **Que el recurso reprocha los sentenciadores el que “no desarrollaron todos los criterios copulativos taxativamente indicados en el artículo 24 de la LRPA” concluyendo que de haber sido así deberían haber dispuesto una medida distinta de aquella señalada en la sentencia, configurándose de esta manera un error de derecho que influye en lo dispositivo del fallo. Que, a contrario de los sostenido por el recurrente, la sentencia impugnada en sus basamentos décimo quinto, décimo octavo y décimo noveno realiza un análisis de la normativa en cuestión en el ámbito de las facultades que ley entrega al Tribunal, no siendo efectivo que hayan dejado de considerar algunos de los criterios establecidos en la norma legal que se invoca, ya que todos ellos fueron tomados en cuenta para resolver en la forma que lo hizo. El no compartir la decisión del Tribunal, no puede ser considerado un error de derecho que autorice la invalidación de la sentencia, por lo que en lo relativo a éste capítulo, el recurso debe ser rechazado.”** Disponible en DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Octavo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Junio 2008. 105p., página 34 y siguientes.

VI.- CONCLUSIONES

Luego del examen de la ley, tratados, doctrina y jurisprudencia en relación al tema de la individualización judicial de la pena y la LRPA, creemos hemos arribado a las siguientes conclusiones:

A.- En cuanto a la individualización judicial de la pena:

Sostenemos que la individualización judicial de la pena forma parte de un proceso mayor de determinación de la pena, que incluye tanto su determinación legal como la individualización judicial. Constituye una labor o proceso complejo, que debe guardar estrecha relación entre los fines de la pena y las circunstancias concretas del caso, que permitan cumplir las primeras de la forma más adecuada, proporcional y justa para el caso y autor concreto sobre quien recaerá la sanción. En doctrina pueden apreciarse distintas visiones, aunque todas ellas revelan como elemento común establecer preliminarmente cuáles son los límites de lo permitido valorar en este proceso, límites que vienen dados por los fundamentos de la sanción y los fines perseguidos por la misma, los principios generales garantistas limitativos del *ius puniendi* y el marco legal dado por el legislador.

B.- En cuanto a los principios de la responsabilidad penal adolescentes:

La individualización de la pena en materia de adolescentes debe integrar los principios y garantías establecidos a favor de los adolescentes por la legislación nacional e internacional sobre la materia, destacando particularmente el reconocimiento como sujeto de derechos, la protección de sus derechos fundamentales, estimar la privación de libertad como medida de último recurso y por el menor tiempo posible, lo que se liga además con el principio de intervención penal mínima, el interés superior del adolescente entendido como la plena satisfacción de

sus derechos y el reconocimiento de su autonomía progresiva en el ejercicio y goce de sus derechos.

C.- En cuanto a los fines de las sanciones en la LRPA:

Consideramos que la responsabilización equivale a retribución en cuanto a reproche por el acto cometido por un sujeto responsable, pero de modo diferente al adulto por su etapa incompleta de desarrollo, al que por ello se le aplica un sistema diferenciado en cuanto a principios, sanciones y procedimientos.

Por otro lado, consideramos que el fin preventivo especial positivo se materializa en la fórmula de fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de terceros, esto es, el respeto de los bienes jurídicos combatiendo y evitando la reincidencia, lo que se lograría a través de la resocialización que comprende poner a disposición del adolescente alternativas para el ejercicio cabal de sus derechos, removiendo obstáculos para que ello ocurra y evitando la desocialización cuando la alternativa implica la imposición de una pena más rigurosa.

D.- En cuanto a la determinación legal de la pena:

El artículo 24 LRPA es la norma de individualización judicial de la pena para adolescentes. Las anteriores normas –artículo 21 a 23 LRPA- se refieren sólo a la determinación legal de la pena, no fijando con exactitud el quantum ni la naturaleza de la sanción, arrojando sólo un marco penal abstracto. La concretización de la pena dentro de ese marco abstracto, depende en su totalidad de la aplicación de los criterios del artículo 24 LRPA, salvo las sanciones que añaden otros criterios, como en el caso de la multa, o límites temporales propios, como los servicios en beneficio de la comunidad.

E.- En cuanto al artículo 24 LRPA:

Consideramos que todos los criterios señalados en el artículo 24 de la LRPA tienen un sentido aprovechable en relación a los fines de la pena y los principios señalados.

A nuestro juicio los criterios del artículo 24 LRPA desde la letra a) a la e) permiten valorar la carga concreta de disvalor del injusto típico y la culpabilidad, categorías ambas graduables, y con ello corresponder al fin de responsabilización o justa retribución. El criterio de la letra f) del artículo 24 LRPA permite valorar el fin preventivo, integrando en la idoneidad de la sanción para cumplir el fin preventivo su aptitud y necesidad, y los demás principios y garantías que protegen al adolescente del *ius puniendi*, que se ve limitado además por el hecho concreto, valorado por los criterios anteriores. La relación entre los primeros criterios referidos al injusto y culpabilidad, con el criterio preventivo, estaría regulada por el principio de proporcionalidad. Así, los primeros criterios permiten clasificar el caso concreto dentro de categorías generales que atienden a su menor o mayor gravedad, y su carácter ocasional o habitual, respecto de los cuales existen sanciones que, desde el punto de vista preventivo son más idóneas y constituyen un punto de partida desde el cual afinar la sanción concreta a imponer.

Respecto a una eventual violación de la prohibición de doble valoración, sostenemos que bajo nuestra interpretación se elude, ya que lo que se valora en cada uno de los criterios corresponde a circunstancias que quiten o añadan disvalor al hecho y que, por cierto, no hayan sido valoradas anteriormente por el legislador o en la fijación del marco penal abstracto.

F.- En cuanto a la aplicación actual de la norma:

Creemos que en la actualidad no se aplica el artículo 24 LRPA obedeciendo a un interpretación clara, en muchos casos incurriendo en simples menciones y violando la prohibición de doble valoración, aunque incipientemente se comienza a considerar situaciones específicas del hecho que repercuten en la fijación de naturaleza y

quantum de sanción. Aun es posible encontrar resabios tutelares, haciendo aplicación de la sanción con fin preventivo excediendo los límites dados por el hecho concreto.

En resumen, a nuestro juicio, **una correcta interpretación del artículo 24 LRPA, será aquella que pondere los criterios de la norma en cuestión integrando los fines de la pena propios de la responsabilidad penal de adolescentes, retribución y prevención especial positiva limitados por los principios y derechos fundamentales que la normativa específica de adolescentes consagra para estos constituyéndose en un reforzado nivel de protección, evitando al máximo la desocialización del adolescente sancionado producto de la pena.**

BIBLIOGRAFÍA

A.- Fuentes doctrinarias:

1.- ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho Penal de menores. Barcelona, PPU, 1990. 588p.

2.- BELOFF, Mary. Los adolescentes y el sistema penal. En: SEMINARIO para auxiliares docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: primer semestre, 2002. 27p. Documento de trabajo entregado en el "IX Curso de Protección jurisdiccional de los derechos del niño para jueces, fiscales y defensores", Montevideo, año 2006. [en línea] <http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/7_adolescentes_y_sistema_penalMary_Beloff.pdf> [consulta: 15 diciembre 2009]

3.- BUSTOS Ramírez, Juan. El Derecho Penal del Niño – Adolescente. Estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Santiago, Ediciones jurídicas de Santiago, 2007. 210p.

4.- CARNEVALI, Raúl y KÄLLMAN, Eva. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N°3 del Código Penal. Política Criminal, 4: 1-24, 2007.

5.- CILLERO, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. En: Infancia, Ediciones Instituto Interamericano del Niño, Montevideo. 1998.

6.- CILLERO, Miguel. *Nulla poena sine culpa*. Un límite necesario al castigo penal. Justicia y Derechos del Niño, 3: 65-75, diciembre 2001.

7.- CILLERO, Miguel. La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. Justicia y Derechos del Niño, 7: 97-103, septiembre 2005.

8.- CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del Niño, 9: 125-142, agosto 2007.

9.- CILLERO, Miguel. Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el Derecho Penal de Adolescentes chileno. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de Trabajo N°13. Abril 2008, 37p.

10.- COUSO, Jaime. Principio educativo y (re)socialización en el derecho penal juvenil. Justicia y Derechos del Niño, 8: 51-63, noviembre 2006.

11.- COUSO, Jaime. La política criminal para adolescentes y la ley 20.084. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de Trabajo N°12, marzo 2008, 32p.

12.- COUSO, Jaime. Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la ley de responsabilidad penal del adolescente. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de trabajo N°15, junio 2009, 55p.

13.- CURY Urzúa, Enrique. La prevención especial como límite de la pena. ADPCP, Vol. XLI (fas.III): 685-702, 1988.

14.- CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal Parte General. 7 ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812p.

15.- DEMETRIO Crespo, Eduardo. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995. ADPCP, Vol. L: 323-362, 1997.

16.- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General. 3 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Vol. II.

17.- FEIJOO Sánchez, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 1/2007: 1-20, enero 2007.

18.- FUENTES Cubillos, Hernán. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. Ius et Praxis, 14(2): 15-42, 2008.

19.- GARCÍA Méndez, Emilio. Infancia y adolescencia: de los derechos y de la justicia. 2 ed. México D. F, Fontamara, 2001.

20.- GARCÍA Planas, Gabriel. Consecuencias del principio “non bis in idem” en Derecho Penal. ADPCP, tomo XLII (fas.I):109-123, 1989.

21.- GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005a. Vol.I.

22.- GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal Parte General. 4 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005b. Vol.II.

23.- GÓMEZ Rivero, María Carmen. La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000. Revista Penal, 9: 3-26, 2002.

24.- HERNÁNDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la consecuente necesaria revisión de su “teoría del delito”. Unidad de defensa penal juvenil, Defensoría penal pública. Documento de trabajo N°8, abril 2007, 25p.

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, 7: 97-119, 2006.

26.- LASCURAÍN Sánchez, Juan Antonio. La proporcionalidad de la norma penal. Cuadernos de Derecho Público, 5: 159-190, sep-dic. 1998.

27.- LUZÓN Peña, Diego-Manuel. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. ADPCP, tomo XLVI (fas.I): 21-33, 1993.

28.- MARTOS Núñez, Juan Antonio. El principio de intervención penal mínima. ADPCP, tomo XL (fas.I): 99-134, 1987.

29.- MEDINA Schulz, Gonzalo. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Unidad de Defensa penal juvenil, Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo N°14, mayo de 2008, 30p.

30.- PALUMMO Lantes, Javier. El segmento judicial del sistema penal juvenil. En: DEUS, Alicia, LAMAS, Bilman y Palummo, Javier, El proceso penal juvenil en el Uruguay a partir del Código de la niñez y la adolescencia. Justicia y Derechos del Niño, 8: 65-104, 2006.

31.- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2 ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 613p.

32.- RAMOS Tapia, María I., y WOISCHNIK, Jan. Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 2001: 143-156, 2001.

33.- ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Madrid, Editorial Civitas, 1997. 1071p.

34.- RUDNICK Vizcarra, Carolina. La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación de la pena. Santiago, Lexis Nexis, 2007. 507p.

35.- SILVA Sánchez, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 2/2007: 1-15, abril 2007.

36.- TAMARIT Sumalla, Josep. El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor? Revista Penal, 8: 71-89, 2001.

37.- VAN WEEZEL, Alex. Determinación de la pena exacta: El artículo 69 del Código Penal. Ius et Praxis, 7(2): 401-407, 2001.

38.- VARGAS Pinto, Tatiana. La determinación judicial de la sanción penal juvenil. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 34: 475-501, 2010.

39.- VIANA Ballester, Clara. La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores. Revista Penal, 13: 151-184, 2004.

40.- VON HIRSCH, Andrew. Censurar y castigar. Madrid, Editorial Trotta, 1998. 181p.

41.- ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1996. 201p.

B.- Fuentes normativas

1.- Convención Americana sobre derechos humanos. Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia. Unicef. Montevideo, julio 2004. 23-36.

2.- Convención de los derechos del niño. Derechos. Niños y adolescentes. Unicef - Ministerio de Justicia. Santiago, enero 2004. 3-16.

3.- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD). Derechos. Niños y adolescentes. Unicef - Ministerio de Justicia. Santiago, enero 2004. 69-75.

4.- HISTORIA de la ley N°20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Diciembre 2005. 1207p.

5.- Ley N°20.084. CHILE. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia. Santiago, 7 de agosto de 2005. 24p.

6.- Ley N°20.191, textos complementarios publicados en el Diario oficial de 16 de junio de 2007.

7.- Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia. Unicef. Montevideo, julio 2004. 51-61.

8.- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Derechos. Niños y adolescentes. Unicef - Ministerio de Justicia. Santiago, enero 2004. 41-56.

C.- Jurisprudencia:

1.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Primer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Julio 2007. 76p.

2.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Segundo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Agosto 2007. 53p.

3.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Tercer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Octubre 2007. 85p.

4.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Sexto informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Enero 2008. 101p.

5.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Séptimo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Marzo 2008. 70p.

6.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Octavo informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Junio 2008. 105p.

7.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de Defensa penal juvenil. Noveno informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Octubre 2008. 51p.

8.- DEFENSORÍA penal pública. Unidad de defensa penal juvenil. Décimo primer informe de jurisprudencia sobre la ley 20.084 de responsabilidad penal del adolescente. Julio 2009. 49p.