



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado

**ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 20.084:
INTEGRACIÓN DE LA FUNCIÓN GENERAL DE LA PENA Y LA ESPECIAL
FINALIDAD SOCIOEDUCATIVA AMPLIA ORIENTADA A LA PLENA INTEGRACIÓN
SOCIAL.**

**MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL
LUIS ALBERTO GONZÁLEZ ORTIZ**

Profesor Guía
Germán Ovalle Madrid

Santiago, Chile
2014

RESUMEN INTRODUCTIVO

El presente trabajo se centra en realizar una interpretación armónica y sistemático jurídica del artículo 20 de la ley 20.084. Nuestro principal interés se centra en establecer cuáles son los objetivos de la pena adolescente y de qué manera se integran entre ellos. Para realizar lo anterior, empezaremos por establecer que el adolescente es sujeto de derechos y que por ello responde penalmente, presupuesto que será analizado, así como la necesidad del establecimiento de un sistema de responsabilidad penal diferenciado del de adultos.

Analizaremos los fines preventivos generales de la pena adolescente en sus fases de la conminación y de la imposición judicial, si éstos deben primar por sobre otros fines de la pena. Pero también analizaremos el fin de reinsertar socialmente al adolescente a través de la pena. Para lo anterior, estudiaremos los fines preventivos especiales adolescentes y su interés superior.

Concluiremos acerca de la integración necesaria de todos los objetivos de la pena, con el énfasis preponderante de la reinsertión social y que nuestro sistema de determinación de la pena en materia juvenil es reglado y sustentado en principios que no pueden ser obviados, impidiendo la verificación de un examen meramente discrecional y sin margen.

CAPÍTULO I	4
1. El derecho del adolescente a ser juzgado en base a un sistema normativo especial en materia penal.	4
1.1.- El adolescente como sujeto de derechos.	7
1.2.- La especialidad manifestada como el reforzamiento del debido proceso.	11
1.3.- La especialidad y el juzgamiento penal juvenil.	14
1.4.- La especialidad y los límites garantistas a la intervención punitiva del Estado.	17
2.- La responsabilidad penal y el interés superior del adolescente.	19
CAPÍTULO II	22
1. Individualización judicial de las sanciones penales.	22
1.1.- Criterios a considerar al momento de imponerse la sanción penal adolescente.	23
1.2.- Determinación de la pena adolescente.	26
1.3.- Primera fase: Determinación de las penas equivalentes posibles de aplicar. ...	29
1.4.- Segunda fase: Determinación de la pena concreta a ser impuesta.	30
1.4.1.- Artículo 24 letras a), b) y c) de la ley 20.084.-.....	31
1.4.2.- La edad del infractor, letra d) del artículo 24.	33
1.4.3.- La extensión del mal causado, letra e) del artículo 24.	35
1.4.4.- La idoneidad de la sanción, en los términos del artículo 24 letra f).	36
CAPÍTULO III	41
1.- Responsabilidad y orden humano.	41
2.- El artículo 20 de la ley 20.084 y los fines preventivos generales de la pena.	43
2.1.-Fines generales de la pena en sus diversas fases.	44
2.1.2.- Fines generales en la conminación de la pena.	45

2.1.3.- Prevención del delito juvenil y la mínima intervención del derecho penal...	47
2.1.4.- Fines generales en la imposición judicial de la pena.....	48
2.2.- Criminalidad grave y privación de la libertad.....	50
2.3.- El artículo 23 N°1 de la ley 20.084.....	52
3.- El artículo 20 de la ley 20.084 y la reinserción social como fin de la pena.....	59
4.- Integración de los fines preventivos generales de la pena y la reinserción social en materia adolescente.....	62
5.- Castigar y educar.....	64
6.- Especial tolerancia para jóvenes.....	67
CAPÍTULO IV.....	70
CONCLUSIONES.....	70
BIBLIOGRAFIA.....	71

CAPÍTULO I

1. El derecho del adolescente a ser juzgado en base a un sistema normativo especial en materia penal.

A comienzos de junio del año 2007 se implementó el sistema de responsabilidad penal adolescente actual, obedeciendo a la clara tendencia internacional imperante que mayoritariamente aplicaba el “Modelo de justicia o responsabilidad (doctrina de la protección integral de los derechos del niño)”. Hasta entonces, regía legalmente el “Modelo Clásico o Liberal (la base del “discernimiento”)”, fundado en un estudio previo al juzgamiento penal, en que se analizaba casuísticamente las facultades de autodeterminación del joven. El mensaje del proyecto de la ley 20.084 que establece el sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, hacía referencia al Modelo Clásico, indicando que constituía un sistema *“atípico en el derecho comparado, híbrido en relación a su orientación teórica y, como se expresó, ineficaz desde el punto de vista de los objetivos de prevención que persigue el sistema de justicia penal”*¹. Por lo anterior se buscó una reforma acorde con los nuevos tiempos, un sistema normativo en que los fines preventivos generales y especiales confluyeran con satisfacción de ambos intereses, representados doctrinariamente por los términos responsabilidad y reinserción social, respectivamente. La intención legislativa plasmada en el citado mensaje, indicó que la tendencia a nivel internacional y las recomendaciones de las organizaciones internacionales especializadas en la materia, referían que la fórmula de prevención del aumento de la delincuencia juvenil, consiste en la creación de un sistema que combine la responsabilidad de los adolescentes por los delitos cometidos, mediante sanciones idóneas y proporcionales al hecho, con una oferta amplia de políticas sociales que impida la confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos.

El modelo de la responsabilidad implica la aplicación de sanciones penales que restringen sus derechos, teniendo como presupuesto el reconocimiento de sus

¹ Mensaje de la ley 20084, de fecha 2 de agosto de 2002, dirigida por S.E. Ricardo Lagos Escobar a la Honorable Cámara de Diputados.

capacidades de autodeterminación, sustentada a su vez en la calidad de sujetos de derecho de la que son poseedores². Atendida esta posesión de los adolescentes, no sólo de detentador sino también de ejecutor de estos derechos, el Estado puede responder punitivamente si en el ejercicio de éstos se ha conculcado la ley penal³.

La ley presume la capacidad de autodeterminación plena en el caso de los adultos y, de no ser así, debe acreditarse en juicio, mientras que respecto de los adolescentes, la responsabilidad debe ser distinta porque no pueden igualarse las capacidades de autonomía de ambos. El adolescente, atendidas sus facultades, posee una menor culpabilidad, lo que permite sustentar un tratamiento diferenciado de adultos. La diferenciación debe no sólo abarcar a las normas del procedimiento sino también las sustantivas. Este derecho a un tratamiento especial es denominado en doctrina como principio de especialidad⁴.

A juicio de parte de la doctrina, la especialidad consiste en un conjunto de derechos que poseen rango constitucional, en virtud del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile, y que se manifiestan principalmente en el interés superior del adolescente, la privación de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible y en la adopción de medidas tendientes a la inserción social del adolescente, con un efecto socioeducativo⁵.

El reconocimiento a este juzgamiento especializado respecto de los adolescentes lo ha sido también en el contexto internacional desde hace tiempo. Primeramente en la Convención sobre los Derechos del Niño, del año 1989, de ahora en adelante CDN, en el artículo 40.3 señala de manera vinculante que los Estados Parte, entre ellos Chile,

² Francisco Maldonado Fuentes, La Especialidad del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Reflexiones acerca de la Justificación de un Tratamiento Penal Diferenciado. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (N°6), pp. 103-160, noviembre 2004.

³ Ríos Martín, C, *El menor infractor ante la ley penal*, Granada, 1993, pp. 227.

⁴ Mauricio Duce J., El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. *Revista Ius et Praxis*, pp. 73-120.

⁵ Jaime Couso Salas, Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (N° 10), pp. 97-112, septiembre 2008.

deben adoptar las medidas apropiadas para la promoción de leyes, procedimientos, así como el establecimiento de autoridades e instituciones específicos, respecto de aquellos menores de edad que hayan delinquido o se les atribuya una actuación de esa naturaleza. Nuestro país estaba obligado desde hace años a legislar al respecto y adecuar sus normas en favor de los derechos de los adolescentes, en desmedro de un estado paternalista e ineficaz. También, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, de ahora en adelante Reglas de Beijing, en la regla 2.3 señala que debe existir en cada país un sistema normativo de aplicación específico para los niños y adolescentes, así también de órganos e instituciones que impartan justicia. En otro instrumento internacional también especializado, las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, refiere en la Directriz N°52, indica que es deber de los gobiernos internos de cada país, la creación de leyes y procedimientos especiales en relación a los menores de edad, para lograr el fomento y protección de sus derechos y bienestar. De igual manera, también se consagra en la normativa internacional no especializada como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 14.4 dispone que el tipo de procedimiento aplicable a los menores de edad en el ámbito penal se debe considerar su calidad de tal y la relevancia de fomentar su readaptación social. Asimismo, en numerosas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca de la necesidad de un estatuto normativo reforzado de garantías a favor de los adolescentes, como en el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” del año 2004⁶, al señalar en su párrafo 209 que todos tenemos derechos procesales y sus pertinentes garantías, adultos y menores, pero que en el caso de los niños, por sus características especiales, refiriéndose a una mayor susceptibilidad en su vulneración, para su correcto ejercicio, es necesaria “la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

⁶ Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay,(2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17 (OC-17/2002) Condiciones jurídicas y derechos humanos del niño, 28/2002, agosto, <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_112_esp.pdf> [consulta: 28 agosto 2013]

En consecuencia, el principio de especialización en el aspecto penal sustantivo debe cumplir con la satisfacción de las necesidades del adolescente en orden a lograr su reinserción social, mediante un catálogo de normas que, respetando sus derechos, velen por proporcionarle los medios al efecto, garantizando los fines preventivos generales a través de la imposición de penas, y los especiales, analizándose caso a caso las necesidades del joven. Desde el punto de vista procesal penal igualmente deben existir normas sólo referidas a ellos, que consagren y respeten sus derechos en base a un sistema reforzado de garantías, pero también que el juzgamiento sea realizado por actores especializados que sepan distinguir su calidad diferenciada respecto del juzgamiento adulto, de manera de garantizar que aquellas garantías reforzadas, no sean amenazadas o conculcadas.

1.1.- El adolescente como sujeto de derechos.

En nuestro sistema penal adolescente anterior, que obedecía a un Modelo Clásico o Liberal, se aplicaban sanciones penales, sustentadas en la responsabilidad penal personal, fundada a su vez, en la capacidad de autodeterminación. Para establecer la concurrencia o falta de esta autosuficiencia de determinación, debían concurrir dos criterios, uno psicológico y otro biológico. La primera estudiaba si el joven tuvo la suficiente culpabilidad en la comisión del hecho, es decir, si tuvo la suficiente capacidad de dolo. Mientras que el criterio biológico se reducía a establecer un rango etario en el que debía realizarse este análisis. En Chile, el estudio del discernimiento se realizaba a los mayores de 16 y menores de 18 años. Este sistema vulneraba los derechos de los adolescentes, ostentando el Estado un rol paternal que, en el ejercicio de sus facultades de tal, transgredía las garantías y derechos de sus hijos. Este sistema que desmedraba la situación jurídica de los jóvenes, aplicaba medidas sin la participación de un abogado defensor, se dictaminaban sin un plazo de vigencia, e incluso, se adoptaban medidas privativas de libertad sin respeto al principio de legalidad.

La necesidad de protección del modelo tutelar con el tiempo fue cuestionada porque en algunos sistemas las instituciones dedicadas a menores infractores solían ser más

represivas que algunas destinada a adultos⁷, justificándose legalmente toda actuación estatal. De esta “doctrina de la situación irregular” se pasó a la “doctrina de la protección integral”, cuya primera fundamentación se extrae de instrumentos jurídicos internacionales basándose en el concepto de infancia como “sujeto de derechos”⁸.

Los instrumentos internacionales vinieron a cuestionar esta visión y los Estados adherentes debieron cambiar sus regulaciones internas. El profesor Emilio García Méndez definió este proceso de cambio “como una larga marcha que puede ser resumida con el pasaje a la consideración del menor como objeto de la compasión-represión, al niño y al adolescente como sujeto pleno de derechos”.

Pero la doctrina también refiere otros factores de incidencia en este proceso de cambios y final reconocimiento de derechos a los adolescentes. El profesor García Méndez observa que esta evolución ha sido coincidente con los avances en los sistemas de gobierno democráticos, mientras que el profesor Ferrajoli, asegura que la calidad de “ciudadano”, define al sujeto como “titular de derechos ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”, por lo que en un estado totalitario, no tendría derechos fundamentales⁹. Baratta, refiriéndose a los derechos fundamentales, en cuanto al desarrollo de los pensamientos sobre los derechos fundamentales de los niños, vincula el concepto de “ciudadanía del niño” con el de la titularidad de éstos. Concluye que la ciudadanía del menor exige derechos políticos y de participación, refiriendo que su condición diferente del adulto se ve compensada con el interés superior del niño¹⁰.

En el caso de los adolescentes, la otra cara de la moneda de la responsabilidad penal por la verificación de una conducta delictual, está representada por el

⁷ Giménez-Salinas C, *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, un derecho penal del menor*. Jurídica el Cono Sur, Santiago de Chile, pp. 109, 1992.

⁸ Lina Mariola Díaz Cortés, El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal, *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, Legis*, pp. 95-130 julio-septiembre 2004.

⁹ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2º Ed., Trotta, Madrid, pp.38, 2001.

¹⁰ Baratta A., Infancia y Democracia. *Revista Justicia y Derechos del Niño (Nº9)*, pp. 17-26, agosto 2007.

reconocimiento de sus derechos, entre los que se cuenta el de ser enjuiciado en base a un sistema normativo especial como ya vimos. De este modo, el menor sujeto de derechos constituye una consideración básica en la discusión de su responsabilidad penal. El reconocimiento de estos derechos deviene a su vez, en la facultad de autodeterminación del joven. En síntesis, la responsabilidad adolescente supone primeramente la existencia de un nivel determinado de capacidades físicas y psíquicas que habiliten, o posibiliten, el desarrollo de un comportamiento personal autónomo, capacidad que debe ser reconocida tanto jurídica como socialmente¹¹. De esta manera, para exigir responsabilidad y aplicar medidas en su caso, es preciso que el sistema les reconozca espacios de desarrollo e interacción autónomos, unidos a la capacidad material para su ejercicio. Que un país pueda accionar de manera coactiva con legitimidad en contra de algún ciudadano, precisa no sólo de la facultad individual que éste para proceder autónomamente, sino también de su reconocimiento normativo en el ámbito jurídico¹².

La Convención sobre los Derechos del Niño alude a éstos como sujetos de derecho en sentido pleno, siendo efectivamente respetados como portadores de necesidades personales específicas, como personas que poseen un pensamiento, conciencia y religión propia, como sujetos que tiene derecho a comunicar y a asociarse ente ellos o con otros¹³. La aludida Convención en el artículo 11 reconoce el derecho del adolescente a expresar su opinión en los asuntos que le afectan, en el artículo 12 a ser escuchado por las autoridades judiciales y administrativas, en el artículo 13 el derecho a la libertad de expresión, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, en el artículo 14 el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en el artículo 15 el derecho a la libertad de asociación y de reunión pacífica, en el artículo 16 el derecho de acceso a la información, en el artículo 30 el de pertenecer a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o indígenas y de tener su propia vida cultural, el derecho

¹¹ Hernández Galilea, Jesús Miguel, *El sistema español de justicia juvenil*, editorial Dykinson, Madrid, pp. 23, 2002. Refiere sobre la necesidad de reconocimiento jurídico de la capacidad personal.

¹² Francisco Maldonado Fuentes, op. cit. pp. 103-160.

¹³ Baratta A. op. cit. pp. 17-26.

a profesar y practicar su religión y servirse de su idioma, mientras que en el artículo 31 se les reconoce el derecho a participar de manera libre en la vida cultural y artística en condiciones de igualdad. No debemos olvidar, que en base a un análisis sistemático de las normas adolescentes, el artículo 2 de la ley 20.084 hace aplicables y por tanto reconoce expresamente la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, haciendo suyos, por cierto, todos los derechos ahí consagrados.

Los derechos adolescentes no se limitan estrictamente a constituir los mismos que detentan adultos, debiendo el sistema de normas que las contienen, tener un reforzamiento de protección de estas garantías, atendida la mayor susceptibilidad de ser vulnerados. A modo de ejemplo, en lo que respecta al aviso de la detención de un adolescente al adulto responsable o persona de confianza, en el caso *Bulacio vs. Argentina* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, en que el Estado argentino finalmente reconoció su responsabilidad por la golpiza con resultado de muerte materializada por la Policía Federal Argentina en la ciudad de Buenos Aires en contra de Walter David Bulacio, adolescente de 17 años que tenía la calidad de detenido. La Corte fue enfática al señalar que el contacto que se debe hacer con un familiar o adulto responsable respecto de la detención de un menor de edad es obligatoria, ya que constituye un derecho del adolescente. Agrega la Corte que este deber de las policías, que existe por ser un derecho de los menores detenidos, obliga aunque éste no lo haya solicitado, demostrando a todas luces que constituye un derecho reforzado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aludido a la CDN, haciendo énfasis en que ya en las discusiones de su establecimiento, se destacaba que los niños poseen derechos comunes a todos los seres humanos, a los adultos, pero “tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el estado”¹⁵. En igual

¹⁴ Caso *Bulacio vs. Argentina*, (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia fecha 18/2003, septiembre, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf> [consulta: 28 agosto 2013].

¹⁵, *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, (2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17 (OC-17/2002) Condiciones jurídicas y derechos humanos

sentido La Corte ha señalado que la mayoría de edad conlleva la capacidad de actuar, es decir, aquella que permite a una persona ejercitar sus derechos en forma personal y directa, así como la posibilidad de asumir obligaciones. Agrega que no todos detentan esta capacidad, como es el caso de los niños, pero que ellos igualmente son “sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”¹⁶.

Como podemos ver, más que un reconocimiento normativo nacional e internacional como el existente, es preciso que las autoridades que interpretan y ejecutan las normas que sustentan la correlación sujeto de derecho-responsabilidad adolescente, tengan siempre presente la incidencia que podría tener en su desarrollo la excesiva intervención penal, siendo imprescindible sustentar y defender su interés superior. De esta manera, si lo que pretende el legislador es hacer responsable a los adolescentes por sus infracciones en materia penal, es imprescindible que posea derechos, los que deben ser reconocidos y respetados por el Estado, el que no puede tener un rol paternalista que mitigue o vulnere esta detentación. Asimismo, el Estado debe garantizar jurídicamente la existencia y respeto de éstos.

1.2.- La especialidad manifestada como el reforzamiento del debido proceso.

Como hemos visto, el adolescente posee derechos que no pueden ser amenazados o conculcados por el Estado o tercero alguno, presupuesto que implica una mayor exigibilidad de responsabilidad por sus actuaciones. Estos derechos que afrontan la responsabilidad penal del adolescente, requieren de un sistema reforzado de normas que aseguren su pleno ejercicio, de la misma manera que un adulto lo haría en su calidad de plenamente capaz. La renuncia a una garantía del debido proceso siempre implicará, sea adolescente o adulto el juzgado, que ésta se haga de manera informada y voluntaria. Respecto de los adolescentes, esta renuncia voluntaria e informada de

del niño, 28/2002, agosto, <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_112_esp.pdf> [consulta: 28 agosto 2013]

¹⁶ Yean y Bosico contra República Dominicana, (2002) Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, 8/2005, septiembre, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_156_esp.pdf> [consulta: 28 agosto 2013]

cierta garantía requiere, para no vulnerar el debido proceso, de mayores exigencias formales tendientes a garantizar que no sea forzada o sujeta a presiones indebidas. El reforzamiento a la renuncia de estos derechos se debe al menor desarrollo que posee el menor de edad, lo que se traduce en la minusvalía que detenta respecto del medio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en sentencia de septiembre de 2004 que los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas por igual, pero que en el caso especial de los niños, supone la adopción de medidas específicas para el efectivo goce de esos derechos y garantías¹⁷.

Atendido lo anterior, el Estado de Chile debió adoptar medidas procedimentales adicionales en el caso del juzgamiento de los jóvenes, para así poder garantizar este efectivo goce de sus derechos y garantías. No podemos dejar pasar por alto la importancia de las necesarias exigencias adicionales que deben concurrir cuando se renuncia al derecho consagrado en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal, de ahora en adelante CPP, el derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, relacionada estrictamente con el artículo 40 2 b) iv) de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable.

El artículo 31 de la ley 20.084, sobre la detención en caso de flagrancia, que no obstante su nombre es aplicable tanto a las detenciones por flagrancia como por orden de detención al aludir a los artículos 129 y 131 del CPP, refiere que se precisan de presupuestos adicionales formales para garantizar, si el adolescente participa de alguna diligencia probatoria, incluyendo la renuncia al derecho a guardar silencio, lo haga con la debida asesoría letrada, voluntaria e informada. La norma exige que el adolescente declare ante el fiscal en presencia de su defensor, siendo indispensable la presencia de éste para dar validez a cualquier actuación en la que se requiera al

¹⁷ Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay,(2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17 (OC-17/2002) Condiciones jurídicas y derechos humanos del niño, 28/2002, agosto, <http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_112_esp.pdf> [consulta: 28 agosto 2013]

adolescente, que exceda de la acreditación de su identidad. Si bien el artículo 129 del CPP se llama “Detención en caso de flagrancia”, su inciso tercero establece que la policía debe detener, entre otros, al que tuviera una o más órdenes de detención pendiente. Aún así, sea en situación de detención o en cualquier momento del proceso, las mayores exigencias a la renuncia de este derecho siempre deben cobrar vigor, ya que las condiciones propias de la falta de desarrollo siempre subsistirán en el caso adolescente. Atendida la mayor indefensión del menor de edad, para concebir una renuncia informada y voluntaria a este derecho y declarar en el procedimiento, es preciso que se respete la defensa técnica, tal como lo exige el artículo 37 d) y 40 2 ii), ambos de la CDN.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, en fecha 12 de marzo de 2010, ante la apelación del Ministerio Público interpuesta respecto de la resolución que dictó el auto de apertura de juicio oral, confirmó con declaración la resolución de primera instancia, indicando que los testimonios de los funcionarios de Carabineros de Chile aprehensores del adolescente, no pueden referirse de manera alguna a las declaraciones o alcances efectuados por éste, “que prestara sin la debida asistencia técnica de un abogado, y por lo mismo, con vulneración de una de las manifestaciones del derecho de defensa, reconocido en el artículo 19 N°3 inciso 2° de la Constitución Política de la República”¹⁸.

Las policías no pueden tomarle declaración a un adolescente, y si él está dispuesto a renunciar a su derecho a guardar silencio, debe declarar ante el fiscal, con su defensor presente, constituyendo su presencia presupuesto de validez de la diligencia, que se consagran como exigencia adicional para garantizar que la declaración del adolescente sea informada, voluntaria y libre.

¹⁸ Contra Hueraman Peña, (2010): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol Corte 52-2010. 12/2010, marzo. Apelación presentada por el Ministerio Público, ante la resolución de primera instancia que excluyó la incorporación de estos testigos en el auto de apertura del juicio oral, <<http://es.scribid.com/doc/35714762/Corte-de-Apelaciones-de-Copiapo-52-2010>>[consulta: 28 agosto 2013].

De esta manera, el sistema normativo que regula la exigencia de responsabilidad penal en relación a los adolescentes, no puede ser el mismo que el de un adulto. Necesariamente debe encontrarse reforzado para asegurar el debido proceso, que el ejercicio de los derechos no será vulnerado, exigencia que se hace en relación a la especial condición de susceptibilidad en que se encuentran sus detentadores.

1.3.- La especialidad y el juzgamiento penal juvenil.

La especialidad del juzgamiento de los adolescentes debe manifestarse necesariamente en el procedimiento al que son sujetos. El diseño del proceso debe satisfacer objetivos específicos o propios de la justicia juvenil, como son por ejemplo el principio educativo o el resguardo de la privacidad de los niños¹⁹. Lo anterior, necesariamente debe materializarse en procedimientos más flexibles y livianos, en los que los límites temporales sean más breves, en los que se respete la vida privada de los adolescentes y en general los efectos nocivos propios del juzgamiento penal.

El principio educativo constituye un principio básico del derecho penal, al punto que se lo ha sindicado como un principio configurador de este derecho, y que por lo tanto, debe consagrarse en todos los aspectos del sistema de enjuiciamiento juvenil, tanto en el procesal, como en las consecuencias jurídicas de la imposición de las sanciones²⁰.

La estructura del proceso penal adolescente precisa de una mayor facultad discrecional por el juzgador, para el debido respeto al principio educativo y en general de flexibilidad en su juzgamiento. La mayor rigidez del sistema de enjuiciamiento adulto no puede trascender a los adolescentes. Tanto es así que la regla 6.1 de las Reglas de Beijing faculta al juez para tener un margen suficiente de discrecionalidad en todas las etapas del juzgamiento adolescente, en todos los niveles de administración de justicia de los menores "incluidos los de investigación, procesamiento y de las medidas complementarias de las decisiones". La mayor discrecionalidad que debe tener el juzgador del adolescente, conlleva asimismo, el de respetar siempre el principio de legalidad del procedimiento. Por lo tanto, es fundamental que los actores del sistema

¹⁹ Mauricio Duce J., op. cit. pp. 73-120.

²⁰ Cruz Beatriz, *Educación y Prevención General en el Derecho Penal de Menores*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 23, 2006.

en general, sean especializados. Para que la ley procedimental adolescente, así como la sustantiva, logren los fines que les son propios, consideramos indispensable que jueces, fiscales y defensores penales públicos, tengan las debidas competencias y conocimientos en esta materia. Este aspecto no es ajeno al ámbito legal nacional, ya que el artículo 29 de la ley 20.084., de ahora en adelante LRPA, señala que estos intervinientes deben estar capacitados en los estudios e información criminológica relativa a los adolescentes, así como en la CDN, en las características especiales de la etapa adolescente y en la ejecución de las penas a su respecto. Si los principales intérpretes de esta normativa especializada poseen las herramientas idóneas, es muy probable que el ánimo del legislador se materialice al impartir justicia, de lo contrario, seremos propietarios de una maquinaria de última generación, pero operada por conductores ineficaces y no se lograrán los objetivos tenidos en vista.

En lo relativo a una mayor flexibilización del juzgamiento y que éste lo sea en un menor período temporal, el inciso segundo del artículo 27 de la ley 20.084 sujeta a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio, el conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiere una pena no privativa de libertad. Lo indicado, refleja el claro ánimo del legislador en que la sustanciación de los juicios adolescentes sean lo más cortos posibles, por cuanto entre más largos, mayor desgaste, estigmatización y susceptibilidad de vulneración de sus derechos.

En este mismo sentido, en el procedimiento ordinario, el artículo 38 de la LRPA en su inciso primero, refiere que existen dos tipos de plazos. Para el caso que no se haya fijado uno judicial, el máximo legal es de seis meses, pero si el juez fija otro inferior, regirá éste. Si el Ministerio Público deseara ampliar cualquiera de estos plazos, esto no puede verificarse por un período superior a dos meses. La Ilustrísima Corte de San Miguel, en fallo de fecha 30 de agosto del 2012, indicó que en el caso analizado se fijó un plazo judicial inferior al plazo de seis meses y, que éste sólo pudo ampliarse por un máximo de dos meses, por lo que la actuación del tribunal, ampliándolo por un término

superior, afecta el derecho a la libertad personal del menor, procediendo a acoger el recurso de amparo deducido en su favor²¹.

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y justo, que en el caso de un adulto puede durar hasta dos años²², además de las mayores vulneraciones de las que son susceptibles de ser afectados los adolescentes, también es posible que, cumpliéndose con los requisitos de los artículos 32 y 33 de la LRPA, en relación al artículo 140 del CPP, el imputado sea sujeto a la medida cautelar de internación provisoria, pero también a otras igualmente estrictas de menor intensidad como el arresto domiciliario total o parcial del artículo 155 a) de ese Código²³.

En lo que respecta a la estructura del procedimiento penal adolescente, es indispensable que en todas sus etapas se garantice el respeto a la vida privada del adolescente. Así lo exige la CDN en el artículo 40 2 b) vii) lo que en rigor podría pugnar con la publicidad imperante en nuestro modelo de procedimiento. Esta controversia no es tal, ya que en el caso de los adolescentes, el valor de la publicidad de los casos criminales tiene una menor importancia que el perjuicio que ésta pueda incidir en el adolescente. Lo mismo es consagrado en la regla 8 de las Reglas de Beijing, enfatizándose en el comentario de esta regla que los jóvenes son particularmente vulnerables a la difamación. Agrega que son diversos los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación que han suministrado pruebas sobre los aspectos perjudiciales que dimanen de la individualización de los jóvenes como “delincuentes” o “criminales”. Esto ha sido consagrado por nuestra legislación y el artículo 33 de la ley

²¹ Contra Ovalle Hormazábal, (2012): Ilustrísima Corte de San Miguel, Rol Corte N° 312-2012, que acogió recurso de amparo deducido por la defensa penal pública, respecto de resolución que acogió ampliar el término de investigación en un total de 78 días, en juicio seguido, entre otros imputados, respecto de un adolescente sujeto a internación provisoria. 30/2012, agosto, <<http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>> [consulta: 28 agosto 2013].

²² Artículo 247 del Código Procesal Penal.

²³ El artículo 32 de la ley 20.084 se refiere a la procedencia de la medida cautelar de internación provisoria, reservándola sólo cuando el delito atribuido sea de aquellos que respecto de un adulto constituyen crimen, y además, cuando los objetivos del inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pueden ser satisfechos mediante la aplicación de otras medidas cautelares personales de menor intensidad. El artículo 33 de esta Ley, exige proporcionalidad entre la medida cautelar que se impondrá y la pena probable, no respecto de las posibles, sino, respecto de aquella que con los antecedentes con que se cuente al momento de resolver sobre su procedencia, sea la más probable de ser impuesta.

19.733 prohíbe dar a conocer a través de los medios de comunicación, la identidad de los menores de edad que sean sindicados como autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otra información que pudiera llegar a establecerla.

El procedimiento penal adolescente debe consagrar normas que resguarden la especialidad del juzgamiento adolescentes, debiendo hacerse una justa distinción respecto del juzgamiento adulto. La responsabilidad de los adolescentes debe ser diferenciada, lo que no sólo debe manifestarse en la ley sustantiva, sino también en la procedimental, ya que ambas forman parte de la responsabilidad penal adolescente, y ambas inciden en la ostentación y eventual vulneración de los derechos del joven, pero además, para garantizar que estas normas serán bien interpretadas a la luz de los objetivos tenidos en cuenta en su establecimiento, es preciso que jueces, fiscales y defensores penales tengan conocimientos especiales en el ámbito adolescente.

1.4.- La especialidad y los límites garantistas a la intervención punitiva del Estado.

Siempre dentro de la especialidad del derecho penal adolescente, es preciso adoptar medidas restrictivas al ámbito de su aplicación. La pena adolescente siempre es un gravamen, un mal que se aplica al condenado, así como también lo es el procesamiento del individuo, motivo por el que la intervención debe limitarse sólo a los casos estrictamente necesarios, lo que amerita su pertinente consagración legal.

En nuestro país, la ley 20.084 en su artículo 1 inciso tercero, derechamente despenaliza las faltas respecto de los menores de dieciséis años, mientras que los mayores de esta edad y menores de dieciocho años, sólo son juzgados penalmente por las faltas consagradas taxativamente en esa disposición. La idea del legislador fue dejar al margen del ámbito penal las conductas de escasa relevancia penal, con el afán de evitar el trauma, estigmatización y contaminación criminógena que implica la consecución de un juicio criminal respecto de un adolescente, limitándolas sólo a aquellas de mayor relevancia político criminal.

Atendida la mayor vulnerabilidad de los adolescentes y los claros riesgos que un proceso penal en contra pueden conllevar en su normal desarrollo emocional, se debe

reservar esta forma de proceder sólo cuando es imperioso e indispensable, para conductas de importancia y que no pueden ser obviadas sino mediante la satisfacción conjunta de los fines preventivos generales y especiales de una pena. La idea es evitar al máximo las negativas consecuencias que un juicio penal implica para un menor edad, así también como su estigmatización²⁴.

Manifestación de la idea del legislador de limitar el *Ius Puniendi* estatal, es que el artículo 35 de la LRPA, al referirse al principio de oportunidad, señala que los fiscales del Ministerio Público deben considerar la incidencia que el enjuiciamiento puede repercutir en la vida futura del adolescente, para efectos de favorecer su comunicación. En la práctica, al residir esta facultad en el fiscal del Ministerio Público, que por lo general no son capacitados en el juzgamiento penal adolescente, al no existir, por ejemplo, asesoría especializada que pudiera prestar una institución independiente, por lo general esta facultad se reduce a los mismos casos en que procede respecto de los adultos.

En España, la Ley Orgánica N°5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, consagra la figura del “Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar”. Consiste en el desistimiento del Ministerio Fiscal de la acción penal contra el adolescente, respecto de aquellas infracciones que constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación, en cuyo caso, debe remitir los antecedentes a la entidad de protección para la adopción de una medida civil.

Podemos decir, en consecuencia, que a nivel normativo el legislador ha limitado el *Ius Puniendi* estatal, lo que a priori demuestra que no existe un equilibrio entre responsabilidad y reinserción social, ya que claramente queda de manifiesto que se prefiere ésta última por sobre la primera, en justa aplicación del interés superior del adolescente y su manifestación más lógica, la mínima intervención penal a su respecto. Este tema será reiteradamente tratado en este texto, constituyendo el mentado artículo 35, sólo una de varias manifestaciones en la restricción del *Ius Puniendi* estatal.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño OG/10 párrafo 25 y comentario a Regla N°11 de las Reglas de Beijing.

2.- La responsabilidad penal y el interés superior del adolescente.

La Convención sobre los Derechos del Niño consagró en su artículo 3 el interés superior del adolescente como principio rector en toda decisión relativa a los intereses de éstos. Su vigencia no se restringe al derecho penal, sino al ejercicio en general de los derechos del adolescente. El artículo 2 de la ley 20.084, "Interés superior del adolescente", lo consagra e indica que se expresa "en el reconocimiento y respeto de sus derechos".

Si bien hay autores que plantean el problema que este principio es excesivamente vago y que el interés superior podría entenderse de maneras tan distintas como intérpretes existen²⁵, gran parte de la doctrina nacional e internacional señala que es necesario reducir la indeterminación y otorgar una amplia tutela a los derechos del niño. El profesor Miguel Cillero Bruñol, refiere que el interés superior del adolescente consiste en la plena satisfacción de sus derechos²⁶. Agrega que el contenido del principio son los propios derechos y que sólo éstos pueden calificarse de interés superior. El profesor Francisco Maldonado Fuentes²⁷, señala que el niño, considerado como sujeto de derechos, precisa de un real respeto y promoción de sus derechos de manera de lograr la eficacia y vigencia de los mismos, lo que constituye a su entender el interés superior del niño. En consecuencia, este principio constituye una limitación, una prescripción imperativa hacia las autoridades al momento de resolver sobre los distintos ámbitos en la vida del niño. El profesor Ronald Dworkin²⁸ considera a este principio como una garantía, "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos".

La sustanciación del proceso penal, así como la pena que finalmente se le impone al adolescente, implican una restricción o privación del ejercicio de sus derechos, en una etapa vital en que el ser humano se encuentra formando y consolidando sus

²⁵ Ornosá Fernández, María Rosario, Derecho Penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, 2º edición, Edit. Bosch, Barcelona, pg. 77, 2003.

²⁶ Cillero Bruñol, Miguel, El Interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño (Nº9)*, pp. 125-142, 2007.

²⁷ Francisco Maldonado Fuentes, op.cit., pp. 103-160.

²⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª. Ed., 1989.

rasgos de personalidad. Siguiendo al profesor Maldonado Fuentes, la intervención en el joven puede generar desajustes mayores que los beneficios que se pretenden obtener, debiendo exigirse a la intervención coactiva del sistema penal de adolescente, medidas tendientes a minimizar y evitar la desocialización, consistentes en: i) la existencia de un amplio catálogo de sanciones posibles de aplicar; ii) a ser impuestas en un procedimiento reglado predominantemente discrecional; iii) en base a una regla de principios especializados; iv) la utilización de la privación de la libertad como último recurso; v) el establecimiento periódico de revisión de la medida; vi) la mayor celeridad en el procedimiento; y vii) la consagración de salidas alternativas y medidas de “diversión”.

En el derecho comparado, Beatriz Cruz Márquez de España²⁹, dice que las principales diferencias entre el derecho penal adolescente, respecto del adulto, deben ser: i) La existencia de un catálogo diferenciado de medidas (ya que tienen como finalidad principal, la satisfacción del interés superior del adolescente); ii) La previsión de alternativas de naturaleza desjudicializadora³⁰, y la aplicación del Principio de flexibilidad y modificación de la medida impuesta: atención al interés superior del menor³¹.

Todas estas medidas son recogidas en nuestra legislación. La ley 20.084 en sus artículos 6 dispone de un catálogo de penas en lugar de las establecidas en el Código Penal y por lo tanto, especialmente aplicables a los adolescentes. En cuanto a la mayor discreción que debe tener el juzgador en materia penal adolescente, si bien no existe una norma expresa al respecto, el mismo artículo 20 de la ley exige que al responsabilizar a un adolescente imponiéndosele una sanción, ésta debe formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social del

²⁹ Cruz Márquez, Beatriz, Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente, *AFDUAM* 15, pp. 248, año 2011.

³⁰ Como es el caso del ya comentado desistimiento incondicionado, y también del desistimiento condicionado prejudicial, consagrado en el artículo 19 de la Ley Orgánica N° 5/2000, que se produce a través del juez de menores, y que consiste en el sobreseimiento del caso a petición del Ministerio Fiscal, cuando se han cumplido la reparación del daño realizada a favor de la víctima o producido la conciliación.

³¹ Consagrado textualmente en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica N° 5/2000 española.

adolescente, para lo cual es imprescindible una mayor facultad discrecional, tal como lo exige la regla 6 de las Reglas de Beijing. En cuanto a la tercera medida, el artículo 2 de nuestra ley no sólo indica que debe siempre considerarse el interés superior del adolescente, sino también todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, las leyes, la CDN y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile. La privación de libertad como medida de última razón se establece en los artículos 26 y 47 de la LRPA, consagrándose las figuras de la sustitución, sustitución condicionada y remisión de la pena en los artículo 53 y siguientes, para hacer efectiva la revisión de éstas. El plazo de investigación, tal como ya lo vimos, se reduce a seis meses a menos que el juez haya establecido otro inferior, ampliables por dos más a petición del fiscal según el artículo 38 de la ley 20.084. En lo relativo a las salidas alternativas, éstas deben propiciarse en mayor medida que en el caso de los adultos y así cumplir con la intervención mínima del Estado en la aplicación de penas adolescentes. No obstante, no existe normativa expresa al respecto.

Como se ha podido analizar, el interés superior del adolescente y su responsabilidad penal no son incompatibles. El profesor Cillero Bruñol³², al promover una interpretación compatible entre ambos, propone considerarlos como un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo estatal y aseguran la protección de los derechos del niño. Concluye que en el ámbito de los derechos fundamentales ambos pueden complementarse. A nivel de los fines del derecho penal adolescente, el interés superior de ellos no puede fundamentar una pena o utilizarse como mecanismo para su determinación. Esto se sustenta especialmente en que la pena siempre es y será, un gravamen y por cierto, una privación o restricción de los derechos del sancionado.

El reconocimiento y respeto que exige la ley respecto de los derechos del adolescente en el artículo 2 de la LRPA, la consistencia del interés superior de éste, no se puede reducirse a la intervención del juez, sino también a la del defensor y fiscal del Ministerio Público. Más allá de exigirse la especialización del juez e intervinientes en el artículo 29 de la Ley, el defensor no puede propender a un mayor reproche punitivo

³² Cillero Bruñol, Miguel, op. cit. pp. 125-142.

considerando el desamparo del adolescente o una posible conveniencia paternalista, así como el fiscal debe considerar la vida futura del adolescente en general y no reducirlo a los casos del artículo 35 de la ley, porque toda intervención supone siempre reconocer y respetar los derechos de quien está siendo juzgado como adolescente.

Como desarrollaremos más adelante, el interés superior del adolescente no es lo mismo que las finalidades preventivas especiales, ya que si bien las primeras son de orden educacional para evitar la reincidencia en la infracción penal, el interés superior del adolescente viene a garantizar su desarrollo autónomo, libre e independiente, permitiendo que sea un agente activo de su proceso de afrontamiento y resistencia³³. Tal como veremos, la intervención conjunta, permite ver resultados desde una perspectiva multidisciplinaria³⁴.

Podemos concluir que el interés superior del adolescente no se contrapone a la responsabilidad penal adolescente y que son totalmente compatibles, siendo el primero un límite y presupuesto regulador del segundo, sin el cual no existiría mayor diferencia con la responsabilidad adulta, siendo de todas maneras un presupuesto de legalidad en el juzgamiento adolescente y en la ejecución de las sanciones que les son impuestas.

CAPÍTULO II

1. Individualización judicial de las sanciones penales.

En nuestro estudio del artículo 20 de la LRPA, resulta imprescindible analizar todo aquello que no puede ser obviado para efectos de individualizar la pena concreta que será aplicada al adolescente. Si el ánimo de la Ley es que el joven escarmiente, pero que este castigo sea el medio para sociabilizarlo, es necesario que la pena que se le imponga, sea la mejor opción de entre todas aquellas equivalentes posibles.

Una de las dificultades para determinar la sanción concreta en materia penal adolescente, es la errada interpretación que se puede hacer de los criterios de

³³ Coleman J.C./Hendry,L.B., *Psicología de la adolescencia*, cuarta edición, Morata, Madrid, pp. 227-239, 2003.

³⁴ Cruz Márquez, Beatriz, *Presupuestos de la*, op. cit., pp. 248.

determinación de la pena adolescente. En el ámbito de la responsabilidad esto cobra suma importancia, porque aún cuando se apliquen las pertinentes normas, ajustándose esto a derecho, aún así la pena ya singularizada puede no cumplir sus fines propios, generales y especiales, siendo un desastre a la postre. Para poder definir la pena correcta, en doctrina se han establecido criterios mínimos de la determinación de la pena, y que veremos a continuación, como también normativa interna que indica la correcta forma de individualizar la sanción, a la luz de la interpretación que le da la Excelentísima Corte Suprema.

El profesor Carlos Tiffer Sotomayor³⁵ señala que hay una serie de criterios que el juez debe analizar al momento de imponer una sanción, sin ser ésta una lista taxativa, y que a continuación analizaremos.

1.1.- Criterios a considerar al momento de imponerse la sanción penal adolescente.

El primero ya fue adelantado bajo un tópico especial, y dice relación con la aplicación del derecho penal como método de última razón, procediéndose en consecuencia, a una aplicación mínima. En lo que respecta a la actividad del Ministerio Público, debe reducir la judicialización de los casos sólo a los indispensables, pudiendo procederse conforme la facultad de no inicio de la investigación o incluso, de acuerdo al artículo 35 de la LRPA, comunicándose el principio de oportunidad, atendiendo a la mayor afectación que puede implicar en la vida futura del joven, la judicialización de la infracción. Además, debe siempre propenderse a las salidas alternativas como formas de términos, sea la suspensión condicional del procedimiento si se cumplen los presupuestos, o el acuerdo reparatorio, por sobre la aplicación de cualquier tipo de pena, incluida la de reparación del daño causado del artículo 10 de la Ley.

Tampoco es posible pasar por alto el criterio de la culpabilidad, que conlleva un concepto de imputabilidad y otro de responsabilidad, los que a su vez deben ser recíprocamente proporcionales, es decir, mayor es la imputabilidad si mayor es la

³⁵ Carlos Tiffer Sotomayor, Fines y determinación de las sanciones penales juveniles, *Estudios de derecho penal juvenil II, Defensoría Penal Pública*, pp. 27-38, diciembre 2011.

responsabilidad. Por lo anterior es que la imputabilidad del Código Penal se refiere exclusivamente a los adultos, ya que el artículo 10 N°2 del Código Penal refiere que los adolescentes se encuentran exentos de responsabilidad, siendo ésta regulada por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil. La intención del legislador es hacer la indispensable diferenciación entre una y otra responsabilidad, no eximiendo a los adolescentes de manera absoluta, sino regulándola en una ley especial. El artículo 1 de la ley 20.084 circunscribe las finalidades de la ley en orden a regular la responsabilidad por la comisión de delitos, el procedimiento y el establecimiento de esa responsabilidad, además de la determinación de las sanciones y su ejecución. Manifestación concreta de esta diferenciación es que el inciso final de este precepto, como ya lo vimos, limita la responsabilidad por las faltas, sólo a las ahí indicadas y en la medida que la edad sea entre los dieciséis y diecisiete años.

Más allá de la imputabilidad, la responsabilidad de un adolescente respecto a un delito es distinta a la de un adulto y deberá establecerse caso a caso a la luz del principio del derecho penal, *nulla poena sine culpa*. La culpabilidad no sólo analiza el antecedente objetivo relativo a la naturaleza de la infracción, sino también uno subjetivo consistente en la reprochabilidad en el obrar. Como lo veremos más adelante, la culpabilidad en materia adolescente es imprescindible para determinar el grado de responsabilidad del adolescente, y por lo tanto, fundamental para establecer el quantum de la sanción. La responsabilidad del adolescente debe ser condescendiente con su grado de responsabilidad.

Atendido lo anteriormente referido, no es posible dejar pasar el criterio de la proporcionalidad, ya que tiene estricta correspondencia con el de la culpabilidad. La proporcionalidad es una categoría jurídica que busca equilibrar la protección de los bienes jurídicos a través de la limitación de los derechos fundamentales. La proporcionalidad busca poner límite a la facultad punitiva del Estado en orden a limitar estas restricciones de derechos, considerándose de esta manera como garantía para los ciudadanos. En materia adolescente, la proporcionalidad tiene dos subprincipios que son la idoneidad y la necesidad. La idoneidad dice relación con la obligación de todos los poderes públicos de cumplir en su funcionamiento con los fines que

persiguen, de manera que la idoneidad de un acto debe ser siempre respecto de los fines de la norma. La necesidad, dice relación con que cualquier actuación pública debe verificarse con la menor afectación posible a los derechos fundamentales. De lo anterior, que tanto idoneidad como la necesidad deben ser debidamente justificadas para que la actuación pública sea acorde a la proporcionalidad y consecuente con la Constitución. Al momento de establecerse la sanción en la sentencia definitiva, el Juez debe escoger entre las dispuestas por el legislador, por aquella que en menor medida afecte los derechos fundamentales, pero que asimismo cumpla con los fines que persigue, ya que de no cumplir con el principio de proporcionalidad, será contraria a la Constitución.

Es preciso cumplir también con los criterios de no estigmatización y reinserción social del joven sancionado, criterios que también deben considerarse como mínimos para la determinación de la pena. Es sabido doctrinariamente que la socialización se produce en libertad, motivo por el que la privación de éste es de última razón y por el período más breve posible. Con largas penas privativas de libertad no se logra la reinserción social de un menor de edad, presupuesto que se contrapone con la pena que se puede imponer a un adolescente en el tramo del artículo 23 N°1 de la LRPA, ya que la pena de internación en régimen cerrado puede alcanzar hasta los diez años, sanción única en el tramo. Queda legalmente vedada la posibilidad a los jueces de poder escoger otra sanción menos gravosa y con mayor propensión a la reinserción social, favoreciéndose, tal como lo veremos en este trabajo, los fines preventivos generales de la pena y especiales negativos, por sobre los especiales positivos, atendiéndose principalmente a la gravedad del hecho.

Debemos tener presente también el criterio de la flexibilidad, en especial al momento de la determinación de la sanción, lo que ciertamente supone una justicia más benigna para los adolescentes en relación a los adultos. Esto se justifica entre otras motivaciones de política criminal, porque respecto de ellos las posibilidades de apartarse del delito son mayores, ya que aún se encuentran en una etapa de desarrollo moral. La mayor flexibilidad para un juez a este respecto no es ajena a la obligación de fundamentar la elección de una pena en concreto. Este principio, si bien no tiene consagración legal expresa en la LRPA, sino sólo manifestaciones a través de sus

normas, se encuentra consagrado en la regla 6.1 de las Reglas de Beijing, tal como lo vimos.

Estos criterios son el reflejo de la especialidad que debe detentar el derecho penal adolescente. Su respeto, permite meridianamente alcanzar los objetivos pretendidos mediante la imposición de la pena, para prosperidad del joven y de la sociedad. Si logramos la armonía entre la responsabilidad y la reinserción social en la pena adolescente, estaremos garantizando el debido reconocimiento del respeto y reconocimiento de sus derechos, fundamentalmente en los artículos 37 y 40 de la CDN. Según algunos incluso, estos derechos gozan de rango constitucional a la luz de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de junio de 2007, considerando 28^{o36}, resolución que si bien fue rechazada por no prohibirse aquella privación de libertad adolescente que no sea ilegal o arbitraria, lo que implica reconocer que de acuerdo a su rango, los derechos de la CDN sí deben ser respetados por el legislador y podrían dar lugar a acoger un requerimiento de inconstitucionalidad, si una prohibición establecida por ella fuese violada por una ley³⁷.

1.2.- Determinación de la pena adolescente.

El artículo 20 de la ley 20.084 refiere cuál es la finalidad de las sanciones y otras consecuencias: “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social”.

Del tenor de este artículo, podemos afirmar que se combinan los aspectos de prevención general y especial en la pena adolescente, enfatizando en los segundos, a través del interés superior del adolescente, para materializar la finalidad educativa de la sanción. Por lo anterior que nuestro modelo punitivo ha optado por criterios amplios y

³⁶ Requerimiento de declaración de inconstitucional del artículo único, número tres del proyecto modificatorio de la ley 20.084 en la parte que modifica el artículo 23 N°1 de esa ley, deducido por más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, (2007): Tribunal Constitucional, Rol N° 786-2007 considerando vigesimooctavo, 13/2007 junio. <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=21>> [consulta: 28 agosto 2013].

³⁷ Jaime Couso, op. cit. pp. 97-112.

generales y no únicos para establecer la pena. Asimismo, combinan aspectos objetivos y subjetivos, los que deben orientarse en los fines establecidos por ley para la sanción y que siempre deben fundarse debidamente en la sentencia definitiva.

Asumiendo el legislador la necesidad de reconocer la menor culpabilidad adolescente por la infracción penal, abstractamente, redujo en todos los casos de infracción a la ley penal la sanción a imponer, respecto de aquella que corresponde a un adulto. El artículo 21 de la ley 20.084 refiere que “Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”.

Como límite a la punición aplicable, el artículo 18 de la LRPA, prohíbe imponer a un menor de edad sanciones superiores a los 5 años si es mayor de 14 y menor de 16 años, o superiores a 10 años si es mayor de 16 y menor de 18 años, debiendo necesariamente asentarse la sanción en los tramos de las números 2 y 1 del artículo 23 de la LRPA, respectivamente, para los casos de mayor penalidad.

Luego, para efectos de determinar la pena, es menester aplicar las normas que regulan el grado de desarrollo del delito y de la participación que le ha cabido al adolescente en el hecho y, finalmente, hacer aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal para determinar el tramo del artículo 23 que corresponde atender.

Por ejemplo, al adolescente cómplice de un delito de homicidio simple frustrado que tiene 15 años de edad, a quien le favorece una circunstancia atenuante y ninguna agravante, le corresponderá el siguiente ejercicio: rebaja en un grado la sanción desde el mínimo de la pena impuesta para un adulto por el delito por aplicación del artículo 21 de la LRPA, quedando ésta en presidio menor en su grado máximo. Luego, atendida la complicidad en la comisión de un simple delito frustrado, corresponde rebajar la pena en dos grados según el artículo 51 del Código Penal, quedando ésta en presidio menor

en su grado mínimo y, concurriendo una circunstancia atenuante y ninguna agravante, quedamos en el tramo N° 4 del artículo 23 de la LRPA.

Pudiera discutirse, al momento de hacer aplicación de las normas de determinación de la pena dispuestas en el Código Penal y la consagrada en el artículo 21 de la LRPA, cuál debiera aplicarse primero. A nuestro entender, tratándose del juzgamiento especializado de un sujeto de derecho, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 N°2 del Código Penal se encuentra exento de responsabilidad porque ésta debe regirse por la ley 20.084, debe ser ésta la que debe primar por especialidad, siendo aplicables las normas del Código Penal de manera supletoria conforme el artículo 1 inciso segundo de la Ley, y en consecuencia de manera posterior.

Una vez definido el tramo del artículo 23 de la LRPA, ya sabiendo cuales son las posibles penas imponibles, para establecer la pena concreta entre éstas y su duración, es necesario analizar los criterios de determinación de la pena del artículo 23 de la LRPA. En el ejemplo que seguíamos, el artículo 23 N°4 establece las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, la prestación de servicios comunitarios o la reparación del daño causado. Es trabajo del intérprete, aplicando el artículo 23, definir el quantum de la pena, es decir, establecer cuál será la imponible y duración.

Nuestra interpretación coincide con la que hace la Excelentísima Corte Suprema en fallo de fecha 14 de julio de 2008, Rol E. Corte N°316/2008³⁸. Alude a una primera etapa para definir en qué tramo del artículo 23 corresponde asentar la pena en abstracto, y respecto de la pena concreta, señala en el considerando noveno, que el artículo 24 de la Ley 20.084 establece los criterios de la naturaleza pena, “los cuales deben ser considerados por el juez para determinar la sanción a imponer, tanto su duración como su cuantía, esto es, permite fijar el quantum preciso del castigo”.

³⁸< <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> > [consulta: 28 agosto 2013]

1.3.- Primera fase: Determinación de las penas equivalentes posibles de aplicar.

El artículo 23 de la ley 20.084 establece cinco tramos y, por cada uno de ellos, varias sanciones posibles de aplicar, a excepción del N°1 que sólo dispone de la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, de ahora en adelante, IRC. Para determinar el tramo que corresponde, deberemos seguir diversos pasos.

- a) Las sanciones aplicables a los adolescentes se disponen taxativamente en el artículo 6 de la ley 20.084, de mayor a menor gravedad, siendo la más intensa la IRC y la menos, la de amonestación.
- b) El artículo 23 de la LRPA posee cinco tramos y en cada uno de ellos, una o más penas posibles de ser impuestas. El tramo más alto, el N°1, corresponde al máximo de pena a imponer y está reservado sólo a los mayores de 16 y menores de 18, presidio mayor en el grado mínimo. Luego, cada tramo baja en un grado de la pena divisible, desde presidio menor en grado máximo con el N°2, hasta llegar al tramo de la prisión, que constituye el tramo con la penalidad más baja y que corresponde al N°5 del artículo 23.
- c) Límite para el sentenciador al momento de determinar la pena es el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 26 de la LRPA, esto es, que no se le puede imponer una pena privativa de libertad a un adolescente, si un adulto condenado por lo mismo, no debiera cumplir una sanción como esa. La profesora María Inés Horvitz³⁹ dice que el legislador se refiere a los casos en que un adulto puede ser beneficiado con la sustitución de la pena si se cumplen las exigencias de los artículos 4, 8 y 15 de la ley 18.216. Esto es totalmente razonable, ya que no se vislumbra otra manera de cumplir en el medio libre sino a través de las medidas alternativas al cumplimiento efectivo allí consagradas.

³⁹ Horvitz Lenon, María Inés, Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable, *Revista de Estudios de la Justicia* N°7, pp. 113, año 2006.

d) Tal como ya se refirió anteriormente, límite para la punición adolescente es el artículo 18 de la ley, conforme el cual, no es posible aplicar una sanción superior a los 5 años respecto de un menor de 16, ni una más extensa de los 10 años en el caso del mayor de esa edad y menor de 18, debiendo radicarse las sanciones en el más gravoso escenario en el N°2 y N°1 del artículo 23 de la ley 20.084.- respectivamente.

Una vez establecido el tramo de las posibles penas a aplicar, es necesario determinar la sanción concreta que deberá imponerse, en cuanto a su naturaleza y su duración.

1.4.- Segunda fase: Determinación de la pena concreta a ser impuesta.

Luego de la primera fase, corresponde dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 24 de la LRPA para determinar la pena concreta, esto es, su naturaleza y duración. Tal como lo indica este precepto, el sentenciador debe atender a estos criterios, dejando expresa constancia de ello en el fallo.

La Excelentísima Corte Suprema en el considerando noveno del fallo de fecha 14 de julio de 2008, Rol E. Corte N°316/2008 ya aludido, refiere que al momento de determinar la pena, los criterios del artículo 24 de la LRPA conceden un grado de flexibilidad a los juzgadores que les permite realizar un análisis casuístico, de las necesidades del joven y sus posibilidades de de rehabilitación, porque la determinación de la pena adolescente no constituye un ejercicio matemático, ya que “informa la ratio legis el fin político criminal de reinsertar al infractor”. Agrega que el juez es soberano para determinar la duración de la pena, previo análisis caso a caso, ya que la LRPA, como la mayoría de la consultada para su establecimiento, no establece mínimos sino sólo máximos. Señala que esta forma de interpretación es la única manera de darle coherencia a la normativa enjuiciadora adolescente, en el entendido que se trata de un todo orgánico como sistema de establecimiento de sanciones.

Al momento de aplicar los criterios que se analizan, se ha planteado un cuestionamiento a nivel doctrinal: si hay o no una infracción al principio del ne bis in

idem en la aplicación de los tres primeros. Por lo anterior, haremos un análisis conjunto y diferenciado de los restantes de las letras d), e) y f).

1.4.1.- Artículo 24 letras a), b) y c) de la ley 20.084.-

De la lectura que hacemos del artículo 24, parte de la doctrina como la profesora Horvitz⁴⁰, refiere que hay criterios que no debieran haberse consagrado ya que se produce una afectación al principio de ne bis in idem como es el caso de las letra a), b) y c) de este artículo. Señala que al momento de determinarse la extensión de la pena para definir el tramo del artículo 23, ya fueron valoradas la gravedad del delito, el iter críminis, el grado de participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad, motivo por el que no debieran considerarse sino sólo en su idoneidad preventivo-especial al caso determinado.

Gonzalo Medina Schulz ⁴¹refiere que esta infracción pudiera no ser más que algo aparente, ya que la norma puede ser vulnerada con disímil intensidad, dejándose de lado la multiplicidad de conductas que pueden infringir una misma norma penal, algunas más lesivas que otras, mientras que en lo que respecta a la participación e iter críminis, tampoco todas las formas de autoría son iguales ni tienen el mismo grado de involucramiento en el delito y por tanto de reproche. Lo mismo, la tentativa, la frustración y la consumación, implican la concurrencia de una serie de sucesos, no siendo todos los sucesos fácticos iguales. Le entrega la responsabilidad al sentenciador para efectos de no incurrir en la infracción al ne bis in idem, en base a la obligación que le impone legislador, no sólo de fundar la sentencia sino también la pena concreta elegida. No podemos soslayar que el mandato legal en el encabezado del artículo 24, es que el tribunal debe atender a los criterios de determinación de la pena, lo que no se satisface con su simple enunciación, sino mediante el estudio pormenorizado de cada uno de ellos.

⁴⁰ Horvitz Lenon, María Inés, op. cit. pp. 113.

⁴¹ Gonzalo Medina Schulz, Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la Ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente, *Informes de Derecho Penal Juvenil I, Defensoría Penal Pública*, pp. 236 y siguientes, 2008.

Para nosotros, no existe una infracción al *ne bis in idem* al contemplarse las letras a), b) y c) del artículo 24 como criterios de determinación de la pena, porque la pena a imponer debe ajustarse a los fines que la sustentan. La sanción así, desligada de sus finalidades, no logrará ningún resultado, incumpléndose el artículo 20 de la Ley. Entonces, si el artículo 20 de la ley 20.084 tiene por finalidad hacer responsables a los adolescentes por los delitos que cometan, lo que se materializa en la aplicación de una pena, de tal manera que ésta sea un medio para lograr la reinserción social, entonces debemos concluir que la pena adolescente no posee únicamente fines preventivos especiales positivos, sino también debe ser retributiva y satisfactoria de los fines preventivos generales. Si únicamente analizáramos para efectos de imponer una sanción las letras c), d), y e) del artículo 24 de la LRPA, los fines preventivos generales no se satisfarían con la mera aplicación de una sanción. En efecto, si bien la aplicación de una pena obedece a este tipo de fines, éstos no se reducen a su mera imposición, siendo necesario considerar los tres primeros criterios, para lograr la exigida proporcionalidad entre el caso concreto, y la culpabilidad adolescente.

Para determinar la pena concreta, incluso a favor o en desmedro de la aplicación de una sanción de mayor o menor intensidad, es preciso considerar estos factores, ya que la responsabilidad culpable del adolescente debe centrarse tanto en él, como en el reflejo de su infracción, el hecho delictual. Considero que de esta manera se puede encontrar la armoniosa manera de compensar los fines de la pena, pensando por un lado en la satisfacción de “la sed de justicia” del ente social, y de las necesidades del joven por el otro.

En este punto, qué fines deben primar, la doctrina no es unánime en su postura. Hay autores que enfatizan en los fines preventivos especiales positivos como los más importantes e imprescindibles, como la profesora Horvitz⁴², mientras que otros como Cillero⁴³, analizan esta norma atribuyéndole un fin integrador a la sanción, en base al

⁴² Horvitz Lenon, María Inés, op.cit. pp.113 y siguientes.

⁴³ Cillero, Miguel, Proporcionalidad y fines de la sanción penal adolescente: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción, *Informes en Derecho I, Defensoría Penal Pública, volumen I*, pp. 137-171, 2009.

merecimiento de una sanción y siempre velando por la proporcionalidad entre el hecho y ésta.

Lo anterior es importantísimo porque el artículo 20 no refiere que los adolescentes se hacen responsables en la medida que se les impone una sanción, sino a través de ésta. Claro, la sanción “forma parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”, pero partiendo de la base que ésta es una pena y que constituye la forma de hacer responsable al adolescente, responsabilidad y reinserción social, exigen la satisfacción de sus fines.

1.4.2.- La edad del infractor, letra d) del artículo 24.

Gran importancia tiene este criterio, que de acuerdo al orden del establecimiento del artículo 24, es el primero que atiende al sentenciado, al adolescente a quien se impondrá la pena, importancia que ha sido reconocida a nivel doctrinal, entre ellos Medina y Horvitz⁴⁴. El legislador también considera muy importante la edad del infractor, lo que no sólo se manifiesta a través del establecimiento de un régimen de responsabilidad diferenciado en relación a los adultos, sino en específico a través de algunas de sus normas. Como ya vimos, el artículo 18 impide imponer penas superiores de 5 años a los menores de dieciséis, ni tampoco superiores a 10 años para los mayores de esa edad pero menores de dieciocho. También como referimos, el artículo 1° de la LRPA, al establecer la inimputabilidad respecto de las faltas de los menores de 16 años y sólo de algunas en el caso de los mayores de esa edad y menores de dieciocho, también manifiesta la gran importancia que le cabe la edad en nuestro sistema de responsabilidad penal adolescente.

La tremenda relevancia que el legislador le da a la edad, se asienta en la estricta relación que tiene con la mayor o menor culpabilidad del sujeto infractor, es decir, la edad es el reflejo del grado de desarrollo moral del joven y por lo tanto de su madurez. Dependiendo del estadio de desarrollo del sujeto, la conducta le será más o menos reprochable, y a su vez, la sanción será más o menos intensa. Tal como lo veremos más adelante, un joven de 14 años no posee la misma culpabilidad que uno de 17

⁴⁴ Horvitz Lenon, op. cit. pp. 113 y siguientes; Medina Schulz, pp. 236 y siguientes.

años, y siendo justos, no se les puede aplicar la misma pena porque ostentan diversos estadios de desarrollo de culpabilidad.

En lo que respecta al ámbito europeo, hay unanimidad en torno a la existencia de una culpabilidad disminuida en relación al adolescente⁴⁵, consecuencia de los cambios corporales, psicológicos y sociales que experimenta el adolescente. De manera que el adolescente se encuentra en una etapa tensionante en su vida. Por un lado, debe desempeñar roles apropiados y mantener su individualidad, pero por el otro, se produce de manera simultánea la adquisición de facultades y destrezas necesarias para afrontar la diversidad y novedad de acontecimientos a los que se enfrenta.

Es por esta culpabilidad disminuida que al momento de establecerse la pena deben analizarse la calidad de adolescente en términos cuantitativos y cualitativos⁴⁶. Los primeros se refieren a los adolescentes en general, a todos aquellos que se encuentran en esta etapa existencial y que posee características comunes, mientras que las segundas, se refieren a la culpabilidad del adolescente infractor en particular, lo que exige un análisis casuístico. Los primeros son materia de análisis en este criterio ya que aluden a todos aquellos que se encuentran en el rango etareo adolescente, mientras que los segundos serán analizados en el criterio de la idoneidad de la pena.

Respecto de los cuantitativos, el desarrollo cognitivo se traduce en grandes cambios durante la adolescencia, lo que se manifiesta en los comportamientos y actitudes. Hay cambios en la atención, memoria, velocidad de procesamiento de información, de estrategias de organización y en la capacidad de pensar en los propios procesos de pensamiento, que se conduce a la disposición de una mayor conciencia de sí mismos. En el conocimiento individual, existe a su respecto el “egocentrismo adolescente”, que constituye la puerta para el conocimiento social en la medida que se toma conciencia del pensamiento de los demás, a quienes se atribuye un pensamiento propio. Al adolescente le resulta difícil diferenciar entre su pensamiento propio y el de los demás,

⁴⁵ Martín Cruz, A, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón*, Comares, Granada, pp. 91 y siguientes, año 2004. Refiere a la diferenciación, adolescente-adulto, respecto de la capacidad de comprensión y autodeterminación.

⁴⁶ Cruz Márquez, Beatriz, *Presupuestos de la*, op. cit. pp. 259.

dando por supuesto que, si le obsesiona un problema o pensamiento, al resto le ocurre lo mismo⁴⁷. Respecto del conocimiento social, los adolescentes pueden estar en diversos estadios de desarrollo, que implican las diferentes formas de percibir la relación entre el yo y los otros, sobre la base de una distinción fundamental entre la adopción de roles y la adopción de perspectivas sociales⁴⁸. La consideración de la valoración que el adolescente posee de sí mismo y en sus relaciones con los demás, se traduce en grandes diferencias respecto de un adulto en el ámbito de la culpabilidad.

En el derecho comparado, en Alemania, dice el Fiscal Jefe de la Fiscalía de Berlín al analizar la legislación de ese país, Detlev Achhammer⁴⁹, que hasta los 14 años las personas son inimputables, para los mayores de esta edad y menores de 18 es preciso establecer si tienen o no responsabilidad, debiendo establecerse a través del examen de rigor. Entre los 18 y los 21 años las personas son responsables, pero si el desarrollo alcanzado permite equipararlo con la adolescencia, se puede aplicar el derecho penal de menores. Para los mayores de 21 se aplica derechamente el derecho penal de adultos.

La edad, como criterio de determinación de la pena, permite determinarla concretamente, debiendo la naturaleza y duración de la sanción, su intensidad, ser proporcional a la culpabilidad. Como se ha indicado, la edad es un indicador de ésta, ya que permite sostener la proporcionalidad entre el mayor o menor grado de comprensión del acto lesivo y éste.

1.4.3.- La extensión del mal causado, letra e) del artículo 24.

Este criterio atiende a la mayor o menor afectación que se ha producido respecto del bien jurídico con la realización de la conducta delictual, de modo que a mayor

⁴⁷ Coleman J.C./Hendry, L.B., op. cit. pp. 1025-1034.

⁴⁸ Nakkula, M/Selman, R, *How people treat each other: pai therapy as a context for the development of interpersonal ethics*, *Handbook of moral behaviour and development*, Vol. 3, Erlbaum, Hillsdale, NJ, 1991, citado por Coleman J.C./Hendry, L.B., *Psicología de la adolescencia*, cuarta edición, Morata, Madrid, pp. 52, 2003.

⁴⁹ Detlev Achhammer, Fiscal Jefe en la Fiscalía de Berlín, *El proceso penal juvenil en la república federal alemana*, doc 125.

afectación, mayor reproche y viceversa. El profesor Medina⁵⁰ señala que este criterio es aplicable a todos los delitos y no se reduce sólo a los de resultado. Refiere que cualquier norma que protege legítimamente un bien jurídico está siempre estructurada conforme la idea de afectación del bien jurídico tutelado y esa afectación puede tener distintas intensidades.

Constituye un criterio que claramente tiene relación con el hecho que se le atribuye al adolescente, que busca definir la pena sin respecto de su persona y sus necesidades. Su establecimiento satisface lo que la víctima y la sociedad perciben como la lesividad del acto perpetrado, para luego reflejarlo en la pena. Pudiera esto favorecer una pena más baja, pero pudiera también incrementarla.

1.4.4.- La idoneidad de la sanción, en los términos del artículo 24 letra f).

Para el profesor Cillero⁵¹ el artículo 24 f) de la ley 20.084), es una regla de interpretación de la ley para la individualización judicial de la pena. Refiere que en general, las norma de determinación de la pena adolescente⁵² son normas que regulan la interpretación jurídica, limitando el proceder judicial, legitimando cierta discrecionalidad que se contrapesa con la obligación de fundamentación.

La discrecionalidad, facultad referida precedentemente, tiene sustento normativo, en la ya aludida regla 6 de las Reglas de Beijing. Permite que el juez poseedor de conocimientos especiales, pueda fundadamente resolver de acuerdo a las necesidades concretas que posee el adolescente enjuiciado. Hay legislaciones que consagran la necesidad de proceder con mayor flexibilidad en el juzgamiento adolescente, como es el caso español⁵³. No obstante la existencia de esta facultad de discreción, como lo exige la ley, debe fundarse debidamente la relación existente entre la pena idónea, y los demás criterios de la pena para establecer el quantum de ésta. Así, la idoneidad de

⁵⁰ Gonzalo Medina Schulz, Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la Ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente, *Informes de Derecho Penal Juvenil I*, Defensoría Penal Pública, pp. 253, 2008.

⁵¹ Cillero, Miguel, *Proporcionalidad y fines*, op. cit., pp. 137-171.

⁵² Título I, Párrafo 5°, ley 20.084.

⁵³ Ley Orgánica N° 5/2000 española, artículo 7.3.

la pena, con finalidades preventivo generales y especiales positivas, pasa por la aptitud para logra responsabilidad y reinserción social, sin sobrepasar el principio de legalidad.

Para establecer la idoneidad de la sanción en el marco de la letra f) del artículo 24, es imprescindible atender al subprincipio de proporcionalidad, el que junto a los subprincipios de idoneidad y de necesidad conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio⁵⁴. Este subprincipio de la proporcionalidad⁵⁵ exige una estricta relación entre la infracción cometida por el adolescente y el merecimiento de la pena a imponer, es decir, una adecuación estricta entre el agravio causado y el gravamen que se impondrá. Lo anterior, que se sustenta de alguna manera en el estricto apego a la ley (principio de legalidad), limita los subprincipio de necesidad e idoneidad, siendo en consecuencia, una limitación al ius Puniendi estatal. En muchos casos es sabido que el adolescente infractor penal, al no poseer las herramientas de contención personales, familiares y sociales suficientes, incurrirá nuevamente en la comisión de delitos, pero debemos tener siempre presente que el adolescente es sujeto de derechos, que la pena es un agravio impuesta por el Estado no paternalista, y que la pena se sustenta en parte, en el merecimiento de punición. De esta manera, evitamos cualquier exceso que pudiera ir más allá de las facultades del ius Puniendi estatal. De manera que la idoneidad de la pena se encuentra supeditada a la proporcionalidad y a la ley.

Parte de la doctrina considera que, al analizarse este criterio de determinación de la pena, debe necesariamente, hacerse en relación al hecho mismo de la infracción, esto es, la descripción fáctica del delito, y las circunstancias personales del adolescente para efectos de determinar el quantum de la pena⁵⁶. Pensamos de diversa manera. Si en este criterio analizamos el hecho, que no es otra cosa que valorizar su gravedad, así como el grado de desarrollo y de participación, al haberse realizado un análisis de los criterios de las letras a) y b) del artículo 24, volvemos a considerar estos antecedentes para fundar la sanción, incurriendo en la pertinente infracción al ne bis in idem. Del análisis conjunto y copulativo de cada uno de los criterios debe proceder el

⁵⁴ Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 171-172, 2006.

⁵⁵ Ibid pp. 171-172.

⁵⁶ Cillero, Miguel, *Proporcionalidad y fines*, pp. 137-171.

fundamento que sustenta la pena, sin poder considerarse unos mismos antecedentes en más de un criterio.

Lo anterior es importante porque podrían verse favorecidos unos fines preventivos en desmedro de los otros, luciendo como trascendente y legalmente exigible, como primera cara de la misma moneda, la obligación de analizar este criterio, así como los otros, dejando expresa constancia de su consistencia, y como segunda cara, el derecho del adolescente de exigir esta fundamentación en el fallo. Sería aceptable de nuestro punto de vista, que el hecho pudiera volverse a analizar en este criterio para efectos de fundar la pena, sólo en la medida que sea fundamento para favorecer la reinserción social, en desmedro de la responsabilidad, es decir, una interpretación in bonam parte, siempre partiendo de la base que nuestro sistema de responsabilidad penal no es paternalista.

Pareciera que la fuente de inspiración de este criterio se sustenta en el artículo 40 de la CDN, que comprende la obligación de los estados parte de tratar a los adolescentes de manera acorde con el fomento al fortalecimiento del “respeto del niño por los derechos y libertades de terceros”, “y la importancia de promover la integración social del niño”. Tal como lo dijimos al comienzo del análisis bajo este tópico, entendemos que la proporcionalidad propiamente tal no es suficiente para analizar de manera correcta este criterio de determinación de la pena, haciéndose necesario abarcar los subprincipios que conforman el concepto amplio de proporcionalidad, que son el de adecuación o idoneidad y el de necesidad, a la luz de la distinción que hace el profesor Lopera Mesa.

Respecto del primero, al momento de analizarse este criterio, se dispondrá de algunos antecedentes relacionados al sancionado que serán los allegados al juicio, muchas veces proporcionados por los delegados de la medida cautelar del artículo 155 b) CPP, o de pericias sociales o psicológicas realizadas al adolescente generalmente aportadas por la defensa, los que se agregarán a los ya sabidos acerca de las facultades que cada sanción contiene en su aplicación práctica, conforme a los medios que dispone. La idoneidad de la pena pasa por consistir en el medio preciso, entre las

alternativas punitivas existentes, para lograr los fines propuestos por la ley. De manera que si lo buscado es la responsabilidad conforme lo dispone el artículo 20 de la ley 20.084, es preciso que tanto el juez como los intervinientes tengan cabal conocimiento no sólo de la ley y la definición que ésta da de las sanciones, sino de los medios que cada uno de los programas encargados de la ejecución de las penas dispone, de los profesionales con que cuenta, de la cobertura horaria, los aspectos relevantes sobre los que enfatiza la sanción e incluso la disposición temporal que permite la carga de trabajo al programa realizar una adecuada intervención. Por su parte, es preciso, en la medida de lo posible, contar con los antecedentes suficientes del joven para poder establecer de mejor manera cuáles son sus necesidades, siempre considerando las limitaciones de proporcionalidad y necesidad. Todo lo anterior, será un aporte que permitirá la individualización de la sanción, siempre en relación a los demás criterios de determinación de la pena del artículo 24⁵⁷.

Sobre la necesidad de la pena, el mandato es a preferir, de entre todas aquellas sanciones idóneas, la que produzca la menor afectación en los derechos del joven sancionado. Pudiera no darse este supuesto, en cuyo caso se optará por la única prácticamente adecuada para lograr los fines que busca la ley. Como el joven sancionado es sujeto de derechos, la mayor intervención que se haga respecto de este derecho fundamental, debe sustentarse en la mayor necesidad de intervención en el adolescente. A esta premisa, Alexy, en su Teoría de los Derechos Fundamentales, la llamó como “ley epistémica de la ponderación”⁵⁸.

⁵⁷ Es preciso aclarar, que pudiera ser cuestionable que nuestro sistema no sea paternalista. Esto, porque el objetivo principal de la sanción satisfecho a través de los fines preventivos especiales, consiste en que el adolescente no vuelva a delinquir. Pero este tipo de fines va de la mano de su interés superior, el que se materializa en el principio educativo consistente en la reinserción educacional formal, laboral, o que se rehabilite de su adicción a las drogas. De manera que cuando analizamos o no la concurrencia de la figura del quebrantamiento, por ejemplo en las libertades asistidas, no basta con que no vuelva a delinquir, sino con el cumplimiento de esa efectiva reinserción social, es decir, el cumplimiento global de los objetivos del plan de intervención individual.

⁵⁸ Alexy R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, pp. 55, septiembre/diciembre 2002. Lo refiere señalando: *Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las*

La situación que se da respecto del artículo 23 N°1 de la ley 20.084 es bastante particular, esto, porque sólo existe la sanción de internación en régimen cerrado como opción punitiva, favoreciéndose por un lado la responsabilidad en base estricta a la gravedad del delito, en desmedro de la reinserción social del joven. Como los objetivos de la sanción están dados por los términos del artículo 20, es paradójico y contraproducente que el mismo legislador limite uno de los objetivos buscados en la pena. Adolescentes hay como necesidades resocializadoras existen, no pudiendo éstas ser alcanzadas, si el medio en el sistema penal adolescente, la pena, se limita a sólo una, y privativa de libertad. No obstante haberse anunciado lo anterior, desarrollaremos este tema más adelante en nuestro estudio, bajo un tópico especial.

Es en este criterio en el que debemos analizar la culpabilidad del adolescente desde el punto de vista individual y social de manera casuística, y de esta manera poder establecer cuánto de ésta tuvo en su proceder, es decir, cuanta madurez tenía el adolescente al momento de cometer el delito, para comprender el injusto de su obrar y ajustarlo conforme esa comprensión⁵⁹. No obstante lo anterior, no es suficiente establecer que el adolescente comprendía lo injusto de su proceder y que tenía la capacidad para actuar conforme esa comprensión, sino que la valoración concreta de la culpabilidad exige además, analizar la dinámica y naturaleza de la conducta delictiva a la luz de las singularidades del proceso evolutivo de cada joven en particular.

La idoneidad de la sanción implica, necesariamente, establecer una relación concreta entre el adolescente enjuiciado y los objetivos o fines que se persiguen en este criterio: fortalecer el respeto del joven por los derechos y libertades de terceros y promover la integración social de éste. No todos los adolescentes disponen de las mismas herramientas individuales y sociales, por lo que la culpabilidad de cada uno es distinta. El adolescente que tiene 17 años y sólo ha cursado hasta 5° año de enseñanza básica, perteneciente a una familia disfuncional que no lo ha educado correctamente, que no ha tenido en el ámbito social educación que supla esas

premisas que sustentan la intervención". Refiere que esta ley no hace énfasis en la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica.

⁵⁹ Coleman J.C./Hendry,L.B., op.cit. pp. 190.

carencias, probablemente detendrá una menor culpabilidad que el joven de igual edad, pero que ha tenido la formación y educación propia de su edad. Por lo anterior, resultan de suma trascendencia los informes que peritos sicólogos y asistentes sociales pueden alumbrar al tribunal respecto de las herramientas individuales y sociales que dispone el joven para efectos de establecer la pena correcta⁶⁰.

CAPÍTULO III

1.- Responsabilidad y orden humano.

Aparece como incuestionable que los adolescentes mayores de 14 años de edad deben responder por las infracciones penales que cometen, pero es necesario saber por qué y de qué manera deben hacerlo.

Para algunos autores, la responsabilidad aparece como un espacio indelegable al orden humano, es decir, un espacio que pertenece al ser humano. Para Tamar Pitch⁶¹, la responsabilidad es una cuestión moral y se remite a las consecuencias de una acción por las que alguien puede responder, lo que implica un contexto desnaturalizado, es decir, se precisa del accionar intencional o no de un sujeto que tiene capacidad de obrar con intención. Por lo anterior, la responsabilidad sólo puede existir en un universo desnaturalizado. Podemos desprender que la responsabilidad sólo pertenece al orden humano, orden en el que la causalidad no es natural, rigiéndose la dimensión de la elección y respuesta por la acción respecto de las que el sujeto debe y puede responder. De la misma manera Jorge A. Degano⁶², refiere que existe en este sentido la siguiente fórmula:

⁶⁰ El artículo 40 de la LRPA refiere que en la audiencia de determinación de la sanción concreta aplicable al adolescente, el tribunal puede requerir la opinión de peritos. Por lo general, son los propios intervinientes los que rinden este tipo de prueba con la finalidad de establecer su pretensión punitiva, consistente generalmente en la declaración de psicólogos y asistentes sociales.

⁶¹ Tamar Pitch, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Editorial Ad-Hoc, pp.65-66, 2003, citado por Jorge A. Degano, *La ficción de la rehabilitación*, Rosario, Argentina, Editorial Juris, pp. 236, diciembre 2005.

⁶² Ibid, pp. 236.

Sujeto – dimensión de Responsabilidad – Otro que imputa – respuesta y recepción de la sanción

De manera que a diferencia del orden natural en que rige el principio de causalidad, en el orden de la responsabilidad, en el orden humano, rige el principio de la imputación. Según Kelsen⁶³ imputable es quien es castigado por su comportamiento, es decir, aquel que puede ser responsabilizado.

Como ya lo hemos analizado en este estudio, la responsabilidad de un adolescente debe diferenciarse de la de un adulto, entre otras razones, por su menor culpabilidad. En este sentido el profesor Bustos Ramírez⁶⁴ señala que cuando relacionamos la culpabilidad con responsabilidad, debemos siempre hacerlo respecto del adolescente concreto en la situación particular. Dice que responsabilidad y exigibilidad son dos términos indisolublemente unidos, y de ello que la culpabilidad del adolescente responsable, esto es, que la exigibilidad de responsabilidad, sea principio fundante de la intervención punitiva del Estado. No obstante, el profesor Bustos indica que la responsabilidad se aviene más con el principio de la autonomía ética de la persona y que mejor que culpabilidad, responsabilidad es igual a exigibilidad. Estamos de acuerdo con este razonamiento, la responsabilidad aludida en el artículo 20 de la ley 20.084.- no se sustenta en un reproche meramente ético, sino en la exigibilidad de respuesta punitiva que detenta el Estado de Chile.

Siéndole exigible a los adolescentes imputables una respuesta penal, ya sabemos que a la luz del artículo 10 N°2 del Código Penal, poseen un tratamiento diferenciado al de un adulto, tal como ocurre en el derecho moderno .En los sistemas modernos de enjuiciamiento adolescente, está prohibida la posibilidad de someterlos a la justicia general prevista para los adultos⁶⁵.

⁶³ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Méjico, Editorial Porrúa, pp. 96, 1993, citado Jorge Dégano, op. cit. pp. 237.

⁶⁴ Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, Editorial Trotta, 1999, pp. 332, citado por Jorge Dégano, op. cit. pp. 243.

⁶⁵ García Méndez/Beloff, *Infancia, ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 57-58, 1999, citado por Jorge Dégano, op. cit. pp.277.

2.- El artículo 20 de la ley 20.084 y los fines preventivos generales de la pena.

El sentido moderno de la prevención general como fin de la pena ha sido principalmente introducido por Feuerbach, pero también por Filangieri y Bentham⁶⁶, y alude a la prevención delictual frente a la comunidad. Para Feuerbach la pena sirve como amenaza realizada por la ley para evitar que se delinca, es decir, opera como una “coacción psicológica” en el momento de la incriminación legal. La ejecución de la sanción tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal⁶⁷. A la primera se la llama negativa, a la segunda positiva.

De este modo, podemos afirmar que existe una prevención general negativa, constituida prácticamente por esta intimidación de la aplicación de una sanción y que busca la inhibición de la tendencia a delinquir, y también una positiva, consistente en hacer efectiva la conminación de esta norma penal. Amir Kaufmann atribuye a la prevención general positiva una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer, pero también, la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse, de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos un actitud de respeto por el derecho, no una actitud moral. Entonces, la prevención general implica una razonable afirmación del derecho, lo que supedita la imposición de la pena, a una serie de principios entre los que están el de legalidad y el de proporcionalidad entre delito y pena, evitándose que este tipo de prevención no conozca límites.

De acuerdo a lo que ya hemos analizado y lo que veremos más adelante, sabemos que en materia adolescente este tipo de prevención debe ceder, en caso de conflicto y por regla general, en favor de la especial positiva, lo que se refleja en nuestra legislación de diversas maneras, a través de el favorecimiento de la mínima aplicación del derecho penal, como es el caso del planteamiento establecido en el artículo 35 de la ley 20.084, en orden a la aplicación del principio de oportunidad, minorizando la prevención general a favor del interés superior del adolescente.

⁶⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 8° edición, Editorial Reppertor, pp. 81, 2008.

⁶⁷ Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal*, traducido Zaffaroni/ Hagemeyer, Buenos Aires, pp. 14, 1989.

Es necesario aclarar eso sí, que la sanción que se impone siempre constituye un mal, un agravio, consagra la privación o restricción de derechos que se dispone como consecuencia de una infracción penal, su carácter aflictivo es deliberado. Además, es estigmatizante, ya que simbólicamente busca indicar negativamente a quien se le impone, como una forma de significar el rechazo institucional que provoca el delito cometido⁶⁸. Como ya hemos afirmado, en el caso de los adolescentes, la repercusión de la imposición de una sanción en sujetos aún en desarrollo y más vulnerables, implica una mayor gravosidad, por lo que existiendo un sistema reforzado de derechos, la imposición de este mal debe ser con mayor razón de última ratio, pero no por ello innecesario en su imposición, ya el derecho penal adolescente no está al margen de ningún fin de la pena⁶⁹.

El artículo 20 de la LRPA tiene por finalidad asegurar la responsabilidad de los adolescentes por los ilícitos cometidos, pero también su correcta reinserción social. Respecto de la primera finalidad, es preciso analizarla en relación a los fines preventivos generales.

2.1.-Fines generales de la pena en sus diversas fases.

La función de la pena debe informar el sistema penal, es decir, los fines de la pena deben estar tan acuciosamente predefinidos, que su validez debe ser sujeta a prueba según se cumplan o no sus objetivos. La pena tiene diversos fines, sea para adulto, sea para adolescente, según la fase en la que nos encontremos: conminación penal, imposición judicial de la pena o la ejecución de la misma⁷⁰.

En relación al análisis que podemos hacer respecto de la prevención general de la pena, sólo nos abocaremos a las dos primeras fases, ya que la ejecución se sustenta eminentemente en fines preventivos especiales. Roxin refiere que se justifica la ejecución de la pena en la medida que se persiga, como finalidad, la reincorporación

⁶⁸ Jaime Couso Salas, Política criminal para adolescentes y ley 20.084, *Documento N°12 de la Defensoría Penal Pública*, pp. 1-35, marzo 2008

⁶⁹ Albrecht, *El derecho penal de menores*, Editorial PPU, 1990, citado por Jorge Dégano, op. cit.

⁷⁰ Percy García Cavero, Acerca de la Función de la Pena, <www.revistajuridicaonline.com> [consulta: 05diciembre 2012].

del delincuente a la comunidad. Afirma que sólo puede indicarse una ejecución de tipo resocializadora⁷¹.

2.1.2.- Fines generales en la conminación de la pena.

La prevención general negativa entendida como la conminación penal contenida en la norma⁷², presupone un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos⁷³. Si los destinatarios de la norma penal son los adolescentes, este problema es aún mayor, no sólo porque los adolescentes no están informados en derecho penal y específicamente sobre las penas, sino porque su desarrollo psicológico y moral es menor que el de un adulto, disminuyendo consecuentemente la exigencia de este tipo de vinculación.

Como ya vimos, la responsabilidad constituye una cuestión moral⁷⁴, por lo que si el desarrollo moral del destinatario de la norma no es el adecuado, las finalidades de la conminación de la pena serán difíciles de lograr.

Los adolescentes no piensan ni obran como adultos, por lo que no puede materializarse esta conminación penal como se hace con los mayores de edad, porque no logrará el efecto deseado. Si bien los adolescentes tienen grupos de socialización primaria, especialmente la familia, también tienen en la socialización secundaria, clubes deportivos, comunidades de vecinos, colegios entre otros, un grupo de gran y en ocasiones de mayor influencia. Como se encuentran en pleno desarrollo de la moralidad, estas relaciones horizontales de gran influencia sólo son limitadas principalmente por la Policía⁷⁵. De modo que la subjetividad minoril/delincuencial conforma una dualidad de relación o sociabilidad con características propias, donde lo prevalente es el vínculo con los semejantes, los pares, en una conformación de valores, en la que muchas veces obran sin mayores razones que el llamamiento de

⁷¹ Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Editorial Reus, pp. 31, 1976.

⁷² Feuerbach, op. cit. pp. 13.

⁷³ José María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Madrid, J.M. Bosch Editor S.A. pp. 212 y sgtes, 1992.

⁷⁴ Tamar Pitch, en relación a libro de Jorge Degano, op. cit. pp. 236.

⁷⁵ Jorge Degano op. cit. pp. 197.

éstos⁷⁶. En este mismo sentido, la niñez y la adolescencia se caracterizan por la pertenencia de los niños y adolescentes a grupos informales de jóvenes y en algunos casos también, a grupos delictivos o desviados. Estos grupos de pares forman parte esencial en el proceso de socialización de los jóvenes. La socialización constituye la totalidad de los procesos en los que el ser humano, como ente individual se convierte en un miembro activo de una sociedad y su cultura. A través de estos procesos el individuo obtiene su identidad como persona capaz de obrar en sociedad⁷⁷.

Este factor tan importante en la fase de la conminación penal no ha sido considerado, por sobre todo porque los grupos de pares pueden formar estructuras autoritarias y desarrollar procesos de fomento en la comisión de delitos. La noción de presión del grupo expresa la idea de que las normas internas del grupo fuerzan a los jóvenes a actuar de manera distinta de lo que lo harían si no estuvieran en grupo⁷⁸.

Entonces entran en conflicto, la norma penal y su poder conminativo, sustentado en la vinculación psicológica analizada y la efectiva imposición de una pena al aplicarse la norma penal por un lado, mientras que por el otro, está el adolescente con su menor desarrollo moral y las normas de los pares y el posible reproche de éstos al incumplir esos mandatos. Si bien hay estudios que indican que la presión del grupo depende de condiciones socioculturales y de la influencia de la familia a nivel individual⁷⁹, una gran cantidad de los adolescentes preferirá cumplir con la normativa de sus iguales sin que los fines preventivos generales sean suficientes.

⁷⁶ Jorge Degano, op. cit. pp. 198.

⁷⁷ Raúl Carnevali y Eva Källman, La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil: especial consideración con la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, *Estudios de Derecho Penal Juvenil I, Defensoría Penal Pública*, pp. 112, noviembre 2009.

⁷⁸ Berger/Thompson, *El desarrollo de la persona desde la niñez a la adolescencia*, Madrid, Editorial Médica Panamericana, 1995, pp. 593, Carnevalli y Källman, op. cit. pp. 121.

⁷⁹ Nickel, *Psicología del desarrollo de la infancia y de la adolescencia*, Düsseldorf, Editorial Herder & Herder, 1980, pp. 436, Carnevalli y Källman, op. cit. pp. 122.

Queda excluidas entonces, la orientación preventiva general negativa de la pena, debido al escaso efecto intimidatorio de la intervención penal en la conducta de menores y jóvenes⁸⁰.

Nosotros somos de la misma opinión y podemos concluir que la intimidación de la imposición de la sanción en materia adolescente no se logra mayormente en el caso de los adolescentes. Pensamos que una forma de solución alternativa es la prevención delictual, como medio informativo de las consecuencias de incurrir en delitos. Esta información preventiva a nivel de colegios, clubes deportivos, asociaciones de vecinos entre otros, podrían lograr suplir las deficiencias que los fines preventivos generales ostentan en la conminación de la pena.

2.1.3.- Prevención del delito juvenil y la mínima intervención del derecho penal.

El principio educativo obliga al Estado a desarrollar políticas públicas de prevención del delito juvenil⁸¹, como una manifestación de la efectiva aplicación del principio de última ratio en derecho penal respecto de los adolescentes. Si bien es una finalidad preventivo especial de la pena trabajar con el adolescente para que no incurra en nuevos delitos, la pena sólo debe imponerse cuando no existe penalmente otra manera menos invasiva de responder por parte del Estado.

Lo anterior se ve sustentado por la CDN y por figuras como el artículo 36 de la LRPA⁸². El delito juvenil debe ser considerado como un episodio de la juventud, un error situacional⁸³, es decir, no puede considerarse el delito juvenil como el inicio de una carrera delictual sino sólo como un episodio.

En consecuencia, como el adolescente es sujeto de derechos, en tal calidad tiene la facultad de exigir que en nuestro Estado de Derecho, se adopten todas las medidas a través de los mecanismos idóneos a nivel público, por sí o a través de terceros, para

⁸⁰ Cruz Márquez, Beatriz, *Presupuestos de la*, op. cit., pp. 246.

⁸¹ Carlos Tiffer Sotomayor, "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles", *Estudios de Derecho Penal Juvenil II, Defensoría Penal Pública*, pp. 17, diciembre 2011

⁸² En relación al artículo 170 del CPP, que establece la facultad del Ministerio Público de comunicar el Principio de Oportunidad.

⁸³ Kaiser G. *Kriminologie*. 3. Auflage. C. F. Müller Verlag. Heidelberg, pp. 608, 1996.

que se realice un trabajo de prevención delictual juvenil, así como la adopción de mecanismos para verificar que este sistema normativo penal sólo sea aplicado cuando no exista otra forma de resolución menos invasiva y perjudicial a su respecto.

2.1.4.- Fines generales en la imposición judicial de la pena.

Como vimos anteriormente, la pena cumple también el fin preventivo general de confirmar la seriedad de la conminación penal, reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse⁸⁴. La prevención general positiva viene a limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal por la vía progresiva de la amenaza penal⁸⁵.

Si bien en materia adolescente este fin de la pena se da, tiene una clara limitación político criminal, ya que deben priorizarse los fines preventivos especiales positivos. Es por esta razón que la inminencia en la aplicación de la sanción no es igual que en el caso de los adultos y debe ceder si es pertinente. La pertinencia de estos casos está regulada por la ley y por principios que constituyen pilares fundamentales en materia penal adolescente. Tal como ya vimos, los principios de proporcionalidad y de mínima intervención del derecho penal son fundamentales al momento de hacer efectiva la conminación de la pena, pero por sobre todo, el sustento principal yace en el interés superior del adolescente.

La CDN en el artículo 40.3 b) refiere de manera bastante liviana que los Estados Parte deben tomar todas las medidas necesarias para la promoción de leyes, procedimiento, autoridades e instituciones para los niños infractores de la ley penal, siempre que sea “apropiado y deseable” la adopción de medidas, evitando recurrir a procedimientos judiciales Refiero de manera liviana por la ambigüedad e los términos “apropiado y deseable”, exigencias que parecieran además copulativas.

Como ya lo vimos, una forma de evitar la judicialización y eventual aplicación de una pena, es a través de artículo 35 de la Ley 20.084. Conforme la objetividad que

⁸⁴ Armin Kaufmann, *Política criminal y reforma*, Bogotá, pp.127, 1982, citado por Mir Puig op. cit. pp. 82.

⁸⁵ Roxin, *Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Editorial Reus, año 1976, citado por Mir Puig op. cit. pp. 83.

deben tener los fiscales del MP, si el encausado es adolescente, podría procederse de esta manera, limitándose la efectiva aplicación de una sanción. El inciso segundo de este artículo amplía el ámbito de aplicación del principio de oportunidad, al referir que puede procederse de esta manera una vez aplicado el artículo el artículo 21 de la LRPA, permitiendo comunicarlo respecto de delitos con mayor penalidad. La exigencia del legislador sobre la mayor o menor incidencia que podría conllevar la carga de un procedimiento penal en contra del joven, la estigmatización, contaminación criminógena, además de la carga psicológica, entre otros, no exige prueba concreta para establecer su procedencia, ya que se utiliza el término “podría”, aludiendo a una eventualidad, a un hecho futuro e incierto imposible de acreditar al momento de su comunicación, pero que por política criminal se ha tolerado proceder en la comunicación, aún en la incertidumbre.

Otra manifestación en nuestra legislación de la manera en que cede el fin preventivo general positivo al momento de la imposición de la condena se consagra en el artículo 41 de la Ley 20.084, la suspensión de la imposición de la condena. Para proceder conforme esta figura son presupuestos para su aplicación, que se trate de sanciones privativas o restrictivas de libertad iguales o inferiores a 540 días y la concurrencia de antecedentes favorables que hagan desaconsejable la imposición de la sanción. Respecto del primer requisito, en una interpretación sistemática de la normativa especializada adolescente, pensamos que el marco punitivo es el concreto, es decir, una vez que se ha aplicado el artículo 21 de la LRPA, tal como sucede respecto de la aplicación del principio de oportunidad. Además, siempre en este primer presupuesto, la procedencia de esta figura es respecto de toda sanción, ya que todas estas, hasta la misma amonestación, implica una restricción de libertad, entendiéndose como un mal aplicado a un sujeto de derecho y que implicó su detención, consecución en un procedimiento penal y en la mayoría de los casos, desde su punto de vista, la llamada de atención realizada por una autoridad que no considera legítima. Los antecedentes favorables que hacen desaconsejable su imposición, generalmente pasan, erradamente, por la mayor o menor asistencia del adolescente al sistema judicial penal. Generalmente el juez analiza si el joven tiene o no condenas y pasadas por el sistema penal, y en algunas ocasiones exigen también acreditar arraigo familiar

y social. Pensamos que el juez debiera realizar una prognosis de la aplicación de la sanción, es decir, que no se hace aconsejable la aplicación de la sanción porque a partir de ella pudiera perjudicarse la reinserción social del adolescente, no sólo no haciéndose necesaria su imposición, sino que además porque podría ser perjudicial.

Las salidas alternativas también constituyen formas de término del juicio penal que evitan la eventual imposición de una condena. La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio deben ser propiciados por el Ministerio Público con mayor discreción que respecto de los adultos.

Podemos ver entonces, que en la etapa efectiva de la imposición de la condena, ésta se ve limitada porque el interés político criminal nacional e imperante a nivel internacional, que es priorizar la reinserción social de nuestros adolescentes, y para alcanzar ese objetivo, los fines preventivos generales deben necesariamente ceder terreno en su favor, pero esto está lejos de constituir una regla absoluta. En efecto, cuando la necesidad de imponer la sanción es tal, ésta debe imponerse.

Recordemos que la sanción constituye un mensaje para el sancionado en orden a advertirle que la conducta por él realizada no será tolerada, y que será retribuida en su perjuicio con un gravamen, la pena. Pero también es un mensaje que se dirige a la sociedad en orden a confiar en la ley, que cuando se cumplan los presupuestos legales, la sanción será impuesta. Pero la prevención general positiva por sí sola no es suficiente para imponer una sanción, es decir, no se basta como único fundamento de la pena. Hay doctrina que la entiende como un modelo educativo de carácter opresivo y amenazante. En definitiva, este fin encuentra sentido en la necesidad de exigir responsabilidad penal al adolescente por parte de la sociedad, pero siempre, en respeto de los principios de proporcionalidad y culpabilidad que son irrenunciables en un Estado de Derecho.

2.2.- Criminalidad grave y privación de la libertad.

Considero no cuestionable que hay casos excepcionales en los que, a la luz de los fines preventivos generales y especiales, debe priorizarse la imposición de una sanción

privativa de libertad por sobre otra que no lo es⁸⁶. Doctrinariamente algunos podrían incluso justificar a la luz de la prevención especial positiva la aplicación de una pena de esta naturaleza más no únicamente sustentarla en fines preventivos especiales⁸⁷.

Sabemos que la inmensa mayoría de la doctrina refiere que la privación de libertad como tal, impide la normal resocialización del adolescente⁸⁸, lo que se sustenta en estudios a nivel comparado. Es el caso de diversos sistemas penitenciarios, entre ellos el alemán⁸⁹, el norteamericano⁹⁰ y el español Beatriz Cruz Márquez⁹¹. Existen antecedentes estadísticos a nivel mundial que la privación de libertad no resocializa, entonces no puede sustentarse únicamente en intereses preventivos especiales positivos una medida de esta naturaleza, es decir, no puede aplicarse una pena privativa de libertad por ser idónea para resocializarlo, procediendo de esta manera “en su favor”. Claramente volveríamos a un régimen como el antiguo, tutelar, en el que aplicamos medidas de esta naturaleza “porque le hará bien”, infringiendo con ello el interés superior del adolescente, el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En consecuencia, se trata de ponderar casuísticamente la interrelación que debe existir entre los criterios preventivo generales, que buscan la responsabilidad del adolescente, con los especiales positivos que propenden a que la sanción permita “fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”⁹². Esto permitirá que la sociedad sea satisfecha en su necesidad de imponer un reproche, pero a su vez, que sean mitigados en todo lo posible, los efectos nocivos de la sanción para el adolescente⁹³.

⁸⁶ Jaime Couso Salas, *Límites a la imposición*, pp. 173-229, noviembre 2009.

⁸⁷ Jaime Couso Salas, op. cit. pp. 177. El autor refiere que el Ministro Correa defiende esta postura en las consideraciones del fallo del Tribunal Constitucional.

⁸⁸ Jaime Couso, *La política ...*, pp. 56.

⁸⁹ Peter Alexis Albrecht, *Jugendstrafrecht* 2° edición, München, Alemania, 1993, citado por Jaime Couso, *Límites...* pp. 190.

⁹⁰ Barrie Feld, *Bad kids. Race and the transformation of the juvenile court*, Oxford University, citado por Jaime Couso, *Límites...*, pp. 190.

⁹¹ Beatriz Cruz Márquez, *Educación...* op. cit. pp. 23.

⁹² Artículo 24 letra f) de la LRPA.

⁹³ Beatriz Cruz Márquez, *Educación...* op. cit., pp. 134/135.

Sabemos que nuestra LRPA establece que la privación de libertad de un adolescente es método de última razón, como medida cautelar y como sanción, según lo disponen los artículos 32, 33, 26 y 47 de la misma, respectivamente. Al efecto, en casi todos los tramos del artículo 23 se disponen penas no privativas de libertad, pero contrariamente a lo que reza el ánimo de la ley, en todos también, a excepción del 23 N°5, se consagran penas privativas de libertad. En la práctica, por lo general se cumple con el principio de privación de libertad como de última ratio, aplicándose sólo en casos extrema gravedad y de reiteración.

De esta manera, la justificación de la imposición de una pena privativa de libertad procedería en aquellos casos en que es imprescindible satisfacer los fines preventivos generales y especiales negativos, por sobre los especiales positivos, casos en que la gravedad del delito y la culpabilidad del adolescente, hagan preferir ésta por sobre una sanción ambulatoria. Como sabemos que el ánimo de la Ley es sólo recurrir a las penas privativas de libertad en casos excepcionales, es indispensable que se fundamente expresa y debidamente en el fallo porqué ha de preferirse una pena como ésta, contraviniendo el principio de privación de libertad como de última ratio. Pero también puede sustentarse la privación de libertad en la satisfacción de los fines preventivos generales y de los especiales positivos, lo que sucederá también de manera excepcional y debiéndose dejar constancia en la sentencia. Se dará esto, por ejemplo, en delitos que no constituyan crímenes sino simples delitos, pero en que la reinserción social se vea favorecida por una pena de esta naturaleza. El caso del adolescente con numerosas condenas previas que comete un delito de robo de vehículo motorizado, y que lo ha sido a numerosas penas no privativas de libertad y que no han logrado inhibirlo de futuras infracciones penales. En su caso, además de los argumentos preventivo generales, podría sustentarse su internación en régimen semicerrado, en fines preventivo especiales positivos.

2.3.- El artículo 23 N°1 de la ley 20.084.

En todos los tramos punitivos del artículo 23 de la LRPA son diversas las penas equivalentes que pueden ser impuestas a los adolescente y en todos se incluyen tanto penas privativas, como no privativas de libertad, con excepción de los números 5 y 1.

En el tramo 5° de este precepto, todas las penas son a ejecutarse en el medio libre, ya que se aplican por delitos de menor entidad. El único tramo en que debe aplicarse una pena privativa de libertad es en el N°1, reducido a los delitos de mayor gravedad cometidos por los mayores de 16 y menores de 18 años. Sólo es posible aplicar la sanción de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social⁹⁴. Si bien la ley en este tramo originalmente permitía la imposición de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, antes de su entrada en vigencia fue modificada, manteniéndose sólo la absolutamente privativa de libertad.

La modificación aludida obedece a una política criminal que parece contradecirse. Por un lado propugna que se prefieran las penas no privativas de libertad, pero por el otro, impide aplicar una sanción de esta naturaleza en ciertos casos de mayor gravedad, prescindiendo del merecimiento, es decir, ha preferido la responsabilidad en desmedro de la reinserción social en el medio libre, sin excepción, cualquiera fuera el caso y quien fuera el adolescente, debiendo aplicarse la internación en régimen cerrado al infractor. ¿Por qué en estos casos se debe aplicar únicamente esta pena? Aunque se establezca pericialmente la pertinencia de una sanción no privativa de libertad, ¿por qué el legislador impide proceder de esta manera? Entiendo que el legislador en estos casos, es decir, en aquellos graves en que la penalidad es alta, ha preferido los fines preventivos generales, por sobre los especiales positivos en comunión con el interés superior del joven.

En este tipo de situaciones, la mayor gravedad del delito primeramente fue considerada por el legislador para establecer la pena y consecuentemente definir el tramo del artículo 23 en el que se asentará la sanción aplicable, artículo 23 N°1, pero nuevamente es considerada la gravedad del delito por el legislador para establecer la naturaleza de la pena que debe imponerse: internación en régimen cerrado. Al intérprete judicial sólo le cabe aplicar la ley, lo que denota que la política criminal que

⁹⁴ La ley 20.191, de fecha 2 de junio de 2007, modificó el artículo 23 N°1 de la Ley, manteniendo como sanción imponible a la internación en régimen cerrado, y excluyendo la internación en régimen semicerrado de ese tramo, pero la Ley de enmienda olvidó ordenar excluir de la Tabla Demostrativa de La Extensión de las Sanciones y Penas Aplicables, esta sanción en ese tramo.

ésta inspira, no sólo no se condice con el respeto del interés superior del adolescente y sus subprincipios pertinentes, sino que limita al juzgador en términos de poder aplicar el criterio de idoneidad de la sanción consagrado en el artículo 24 f) de la Ley.

El 13 de junio de 2007, en causa ROL 786-2007, el Tribunal Constitucional se pronunció ante un requerimiento formulado por 33 diputados, que solicitaban la declaración de inconstitucionalidad de la reforma legal al entonces artículo 23 N°1. El proyecto, como se indicó, modificaba las penas aplicables en este tramo, excluyendo la internación en régimen semicerrado y manteniendo sólo la de internación en régimen cerrado. Como hemos visto, fue rechazado el recurso deducido, pero considero trascendente que analicemos el fallo para saber por qué en este tramo sólo existe la mentada sanción.

En la sentencia, El Tribunal Constitucional considera el fin de la ley 20.084 mencionado en el mensaje de ésta, refiriendo que busca favorecer la responsabilidad y la reinserción social del adolescente, no pudiendo menos que *“afirmarse que la indicción parlamentaria tiene una relación directa y sustantiva con aquella, pues tales objetivos se cumplen si, como sostiene su autor, se trata de eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado, al menos durante los dos primeros años de la condena”*⁹⁵. Señala que para efectos de determinar la pena, la LRPA y el proyecto de ley que se impugnan, conceden al juez un rol activo e integral en orden a determinar la pena concreta, permitiendo de esa manera asegurar *“el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes”*⁹⁶. Refiere que en el artículo 23 se disponen diversas penas que puede optar el juez para imponer, siendo más compatibles las penas leves con la internación en régimen semicerrado, y que lo contrario sucede con las penas superiores a 5 años, siendo el artículo 19 inciso primero, un medio que le permite al juez sustituir el cerrado por

⁹⁵ Requerimiento de declaración de inconstitucional del artículo único, número tres del proyecto modificador de la ley 20.084 en la parte que modifica el artículo 23 N°1 de esa ley, deducido por más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados, (2007): Tribunal Constitucional, Rol N° 786-2007 considerando vigesimosegundo, 13/2007 junio.

⁹⁶ Tribunal Constitucional, op. cit. considerando vigesimotercero.

semicerrado, al evaluar si se han cumplido los fines de responsabilidad y de reinserción social. Motivo por lo que el proyecto no es inconstitucional.

El razonamiento que hace el Tribunal Constitucional a este respecto es errado a partir de sus presupuestos. Como hemos podido analizar, habla de un equilibrio que debe existir entre los fines preventivos, lo que pudiera ser sustento de la responsabilidad penal adulta, pero no adolescente. En efecto, sabemos que con la pena deben ser satisfechos ambos tipos de fines, pero con un marcado énfasis en los fines preventivos especiales y de inserción social, sustentado esto, en el mismo sistema reforzado de normas que está contenido en la ley 20.084, en la CDN y tratados internacionales ratificados por Chile⁹⁷. Si el Tribunal Constitucional sustenta su conclusión en que debe existir este equilibrio, puede entonces sostener que para las sanciones superiores a 5 años, atendida únicamente su gravedad, sin dar pie al pertinente estudio de culpabilidad caso a caso, sólo se pueda imponer la internación en régimen cerrado, lo que no se condice con el ánimo del legislador.

El Tribunal Constitucional refiere que el artículo 19 de la LRPA permite sustituir la condena de cerrado por semicerrado evaluando si se han cumplido los fines de resocialización y de responsabilidad⁹⁸. Está aludiendo a la sanción mixta. Pero sucede que al momento de dictar sentencia, los jueces no pueden saber cómo será el cumplimiento de los fines de la pena al cabo de dos o más años de internación en régimen cerrado. No puede esto ser establecido a priori, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40 de la Ley⁹⁹, pudiendo ese presupuesto sólo establecerse a posteriori, es decir, durante la ejecución misma de la pena en internación en régimen cerrado, obedeciendo más bien esto a la figura de sustitución de la condena o sustitución condicional de los artículos 53 y 54 de la Ley respectivamente. El Tribunal Constitucional enfatiza en esta posibilidad jurisdiccional de aplicar la sanción mixta en

⁹⁷ Art. 2 inciso segundo de la LRPA, ordena a las autoridades nacionales tomar en consideración todos los derechos y garantías reconocidos en esos cuerpos normativos.

⁹⁸ Tribunal Constitucional, op. cit. considerando vigesimoprimerero.

⁹⁹ Artículo 40 de la LRPA: *Audiencia de determinación de la pena. La audiencia a la que se refiere el inciso final del artículo 343 del Código Procesal Penal deberá llevarse a cabo en caso de dictarse sentencia condenatoria. En dicha audiencia, el tribunal podrá requerir la opinión de peritos.*

el tramo 23 N°1, haciendo una interpretación mitigante de las peores consecuencias desde el punto de vista del condenado, estas son, que sólo se pueda aplicar la internación en régimen cerrado en este tramo y hasta por el término de 10 años, sin mixtura con la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

En los considerandos 27° y 28° del fallo, el Tribunal Constitucional principalmente funda el rechazo del recurso refiriendo que no hay una contravención al interés superior del adolescente y a la normativa internacional reconocida por Chile, agregando que no hay infracción al artículo 5 de la Constitución Política, ya que el artículo 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño no prohíbe la privación de libertad adolescente, sólo exige que sea conforme la ley como último recurso y por período más breve posible. El ministro Jorge Correa Sutil no estuvo de acuerdo con estas consideraciones y en su lugar tuvo presente que “la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño, de modo tal que debe favorecerse su permanencia en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para privarlo de libertad, en función, precisamente, del interés superior del niño”, agregando que la prisión debe “justificarla en razón de ese interés”.

Ya lo hemos desarrollado previamente, no es posible fundar la privación de libertad de un adolescente en base a su interés superior, ya que éste consiste precisamente en el reconocimiento y respeto, entre otros, de el derecho de privación de libertad como última ratio y por el menor tiempo posible, oponiéndose paradójicamente a sustentar el régimen cerrado como única opción en el tramo 23 N°1.

El mismo ministro Correa Sutil aminora los efectos de la modificación legal en los considerandos 5° y 7° de su voto, refiriendo que *“tampoco resulta irracional que el legislador concluya que la, rehabilitación, resocialización o reinserción de un menor que ha cometido uno o más delitos que, por su gravedad o reiteración, merezcan pena superior a cinco años, exigen, en aras a estos propósitos que están en su interés, de su internación en régimen cerrado por dos años”*. Como ya vimos, es posible fundar la necesidad de aplicar una sanción, incluso las privativas de libertad en base a finalidades preventivos especiales positivos, las que por cierto deben unirse a las

también concurrentes preventivo generales. Pero, también como vimos, para que los fines preventivo especiales positivos sean fundamento de la aplicación de una pena, y a mayor abundamiento de una privativa de libertad, es imprescindible que se realice el pertinente estudio específico del caso y del adolescente. Sólo en este contexto de análisis de responsabilidad, inserción social y culpabilidad, podría sustentarse que los fines preventivo especiales positivos pudieran ser fundamento de ésta sanción u otras, erradicándose consecuentemente el razonamiento que para todos los casos del tramo N°1 del artículo 23, sin excepción, deba imponerse la sabida sanción.

El mismo ministro en el considerando 7°, refiere que no hay vulneración a las normas internacionales que propugnan la existencia de medidas o sanciones alternativas a la prisión adolescente, que sólo constituyen una opción para el juez, en que *“la privación de libertad en régimen cerrado sea la única modalidad de pena aplicable por un tiempo acotado de dos años, que será siempre menos de la mitad del tiempo efectivo establecido en la sentencia respectiva”*. Es necesario dar lectura al artículo 19 para asegurar en reiteración que la sanción mixta es sólo una posibilidad, y que así como pueden ser 2 años de internación en régimen cerrado, también pueden ser más, hasta 10 años, lo que se permitió con la inclusión de esta modificación a la Ley.

Era fundamental que al momento de resolver, el Tribunal Constitucional hubiera analizado la historia de la LRPA. Se discutió en su momento en el Senado la extensión máxima de las penas en el sistema penal adolescente. Algunos referían que debía ser de 5 y de 10 años, dependiendo si el infractor era mayor de 14 y menor de 15 o si tenía más 16 y era menor de 18 años, respectivamente, o bien, si debían ser de 3 y 8 años en su caso. Uno de los fundamentos de aquellos que propiciaban las penas más extensas, fue que en el tramo del artículo 23 N°1 era posible aplicar la sanción de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social. El senador García¹⁰⁰ refiere que el entonces proyecto de ley de responsabilidad penal adolescente buscaba como justo equilibrio, satisfacer a la sociedad en orden a no dejar en la impunidad los delitos cometidos por los adolescentes, pero por otro lado, lograr

¹⁰⁰ *Historia de la Ley 20.084*, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 975, 7/2005 diciembre.

que se reinseren en la vida. Agrega que desde ese punto de vista, la iniciativa es importante, porque aunque el adolescente sea condenado a 10 años, lo podía hacer en internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social. Posteriormente, refiere la consistencia de ambas sanciones e indica que la sanción final a imponer debe estarlo a la luz de su procedencia conforme lo señala el artículo 24 de la Ley.

De este modo, en lo legalmente procedente, tampoco se cumple el augurio del senador Espina que reduce la aplicación del tramo 23 N°1, y con ello la extensión de la sanción hasta 10 años para los mayores de 16 y menores de 18, para únicamente tres casos: el secuestro con homicidio, el robo con secuestro y el robo con violación¹⁰¹. En la práctica, hay otros delitos a los que se le puede aplicar la sanción, como el homicidio calificado (391 N°1), el parricidio (390), el robo con lesiones graves del artículo 397 Números 1 y 2 (433), incendio del artículo 475, entre otros.

Como podemos ver, incluso la extensión de la sanción por el término de 5 y 10 años dependió en su momento de la procedencia de la internación en régimen semicerrado en el artículo 23 N°1 y de los pocos casos prácticos en que se aplicaría. No es así desde la modificación legal, y lejos de los 2 años que en teoría se podrían aplicar mixtamente como sanción en el 23 N°1, vigente está que no existe la pena de internación en régimen semicerrado en ese tramo de sanción.

Se dan casos de adolescentes que son condenados a penas de internación en régimen cerrado, siendo ésta totalmente vulnerante de los subprincipios de idoneidad y necesidad analizados. Pudiera ser que se diera estricto apego a la proporcionalidad propiamente tal, pero el principio amplio de igual nombre debe cumplir, además, con la idoneidad y necesidad. Entonces, podemos decir, que es la misma LRPA la que impide lograr en estos casos establecer la pena idónea ante la falta de otra u otras penas equivalentes aplicables, dando una clara señal de preferencia a fines especiales negativos o de inocuización, en lugar de su propio afán consagrado en el artículo 20.

¹⁰¹ *Historia de la Ley 20.084*, op. cit. pp. 966.

3.- El artículo 20 de la ley 20.084 y la reinserción social como fin de la pena.

En el proceso de individualización de la pena el juez debe aplicar los criterios establecidos en la ley, para cuya interpretación será de importante auxilio la función atribuida a la pena. Así lo refiere el artículo 25 inciso 2º de la LRPA, que sienta la importancia interpretativa del artículo 20 de esta ley y la necesidad de una resolución motivada que se haga cargo de tales finalidades¹⁰². Podemos entender del artículo 20 en comento, que concurren intereses contrapuestos que deben ser compatibilizados, del autor, de la víctima, los de la sociedad, pero no debemos perder nunca de vista los principios y reglas que fundan la pretensión sancionadora del Estado. En este sentido, el artículo 26 inciso segundo, al indicar que la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso, está imponiendo al intérprete un criterio general de determinación de la pena sustentado en aspectos preventivo especiales, constituyendo un lineamiento en esta materia, lo que permite concebir un criterio interpretativo general de la LRPA del interés superior del adolescente¹⁰³.

El artículo 20 de la ley 20.084, llamado “Finalidad de las sanciones y otras consecuencias”, busca hacer responsables a los adolescentes por los delitos que cometen aplicándoles una sanción, cuando corresponde. Del tenor literal del precepto, el legislador nos alumbra sobre cuál es la finalidad de la pena a imponer: que forme parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social.

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir otros delitos¹⁰⁴. Para Roxin, esta teoría no goza de idoneidad para justificar el derecho penal, porque no explica por qué debe imponerse una pena si no hay peligro de reiteración, ni tampoco la filosofía de adaptar al infractor forzosamente, debiendo necesariamente justificarse en otras consideraciones jurídicas.

¹⁰² Horvitz Lenon, María Inés, op. cit. pp. 101, 2006.

¹⁰³ Horvitz, ibid, pp. 101.

¹⁰⁴ Roxin , Claus, *Problemas básicos del derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Editorial Reus, pp. 15, 1976.

Debemos eso sí, hacer la distinción entre el principio del interés superior del adolescente y los fines preventivos especiales. Los segundos están dirigidos a evitar la comisión de futuros delitos por el menor y proteger a la sociedad de éste, mientras que el primero, busca su desarrollo autónomo, libre e independiente¹⁰⁵. De manera que al hablar de plena reinserción social, debemos comprender que son ambos objetivos los que se pretenden con la sanción, los preventivos especiales y el interés superior del adolescente. Atender a este interés, al mantenimiento de las condiciones necesarias para asegurar el libre desarrollo de la personalidad, constituye la única opción éticamente sostenible de responder penalmente a la criminalidad juvenil. Pero ambos implican la concesión de las herramientas educacionales necesarias para, prevenir la reincidencia de conductas disruptivas en relación a los fines preventivos especiales, y el desarrollo acorde de la personalidad del adolescente, respecto del interés superior. Por lo anterior, cuando nos referimos a la reinserción social, no sólo aludimos a los objetivos preventivos especiales, sino también la satisfacción del interés superior del adolescente.

Como ya se ha indicado, preside en el derecho nacional y comparado moderno sobre la responsabilidad penal del menor, la orientación de reinsertarlo socialmente. Tal como lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 3 y la ley 20.084 en el artículo 2, el interés superior del adolescente, que ordena priorizar este tipo de orientación, considerando que se trata de sujetos aún en desarrollo.

En la legislación española se establece que la responsabilidad penal de los menores es primordialmente educacional, rechazándose otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la pena e incluso la intimidación dirigida a los destinatarios de la ley¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cruz Márquez, Beatriz, *Presupuestos ...*, *op. cit.* pp.243.

¹⁰⁶ Ley Orgánica N°5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Título Primero, N°7, *Exposición de motivos*, sancionada por el Rey de España, Juan Carlos I, 12/01/2000.

Por su parte, la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense¹⁰⁷ refiere en su artículo 123 inciso primero, llamado “Forma de aplicación”, que las sanciones penales que se imponen a los adolescentes deben tener una finalidad primordialmente educativa, aplicándose con la intervención de la familia y ayuda de especialistas.

El artículo 20 en análisis, tal como sucede con la legislación española y costarricense, enfatizan en el principal motor de este tipo de responsabilidad, el educacional, socioeducacional como refiere nuestra ley, y que busca la integración del adolescente al medio. Esta finalidad debe concurrir en cada una de las sanciones a imponer, ya que en un país como Chile, la imposición de una sanción debe justificarse en sus fines, no sería aceptable una sanción penal siquiera para adultos, con menor razón para adolescentes, que no cumpla una finalidad¹⁰⁸. La sanción por el mero reproche, es incompatible con un Estado Democrático. En consecuencia, la principal finalidad válida de las sanciones imponibles a un adolescente, es su función socializadora.

La función social educacional que se busca al responsabilizar a un adolescente a través de una sanción penal, se manifiesta principalmente en el marco de penas diferenciadas de las imponibles a los adultos. En este sentido, en todos los tramos del artículo 23, a excepción del N°1 en que sólo es aplicable la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, como ya vimos, se establecen por lo menos tres sanciones de diversa naturaleza que se pueden imponer. El artículo 6 de la LRPJ dispone una Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes que va, desde la amonestación, hasta la aludida internación en régimen cerrado. Estas sanciones contenedoras de fines socializadores, se consideran en abstracto, todas ellas, como potencialmente aptas para lograr los objetivos pretendidos, motivo por el que la sanción concreta a imponer es tan importante, teniendo como presupuesto que el sentenciador dispone de varias sanciones a las que puede echar mano.

¹⁰⁷ LJPJ, San José de Costa Rica, 30/04/1996.

¹⁰⁸ Carlos Tiffer Sotomayor, op. cit. pp. 16.

Para Carlos Tiffer Sotomayor¹⁰⁹, el principio educativo está constituido por todas aquellas estrategias o programas, que tanto al momento de su imposición como en su ejecución, son consideradas para inhibir nuevas infracciones por el adolescente y que fomentan el respeto de los derechos ajenos. Señala que se trata de educarlos en responsabilidad.

4.- Integración de los fines preventivos generales de la pena y la reinserción social en materia adolescente.

Tenemos claro que la sanción adolescente tiene distintos fines y que no necesariamente se contraponen entre sí. En el proyecto de ley, lo que respecta al artículo 20 de la LRPA, fue modificado, dejándose expresa constancia en el Segundo informe Comisión de Constitución de la Historia de la Ley¹¹⁰ que debía hablarse de fines de las sanciones y no de fines del sistema, porque no parecía pertinente indicar que la sanción venía a fortalecer el respeto del adolescente por sus propios derechos. Para este efecto, se sugirió añadir que la pena formará parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social. Fue acogida por los miembros de la Comisión la idea de establecer que las sanciones tengan una connotación socioeducativa y orientada a la plena integración social del menor. Lo refirió el senador Andrés Zaldívar en el debate ya tantas veces aludido¹¹¹, la idea es hacer todo lo posible por “la recuperación de los adolescentes para que nuevamente formen parte de la comunidad mediante la reinserción social”.

Entonces la sanción debe satisfacer las finalidades preventivo generales por un lado, constituido por el resarcimiento subjetivo que se relaciona comúnmente con “pagar lo que hizo”. Consiste entonces, en que el autor adolescente asuma la responsabilidad por los daños causados¹¹². Pero también, como se desprende del ánimo de la ley y de su historia, la misma pena debe propiciar que el joven sea inserto

¹⁰⁹ Carlos Tiffer Sotomayor, op. cit. 19 y sgtes.

¹¹⁰ *Historia de la Ley 20.084*, op. cit. pp. 642-643.

¹¹¹ *Historia de la Ley 20.084*, op. cit. pp. 969.

¹¹² Osvaldo Agustín Marcón, *Delincuencia Juvenil. Del niño “en peligro” al “niño peligro”*, editorial Juris, pp. 62, 2005.

en la sociedad y no una sanción meramente inocuizadora¹¹³. En el mismo debate, el entonces ministro de justicia, Luis Bates, refiere que el proyecto de ley, además de enfrentar el delito, debe ofrecer oportunidades de reinserción social, ya que es la única manera que la Ley preste utilidad, evitando que el adolescente se perpetúe en el ambiente delictual. Agrega que no es posible obviar el artículo 20 de la LRPA, esto es, que la finalidad de la sanción es hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forma parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social¹¹⁴.

Algunos en la doctrina consideran que el legislador no ha señalado una finalidad primordial para las sanciones juveniles, habiendo combinado factores objetivos y subjetivos, estos son, factores del hecho y condiciones subjetivas del autor¹¹⁵, asignándole la tarea al intérprete y a la jurisprudencia en orden a combinar los factores y determinar las prioridades. Señalan que debe enfatizarse en las preventivas especiales en caso de conflicto, en todo momento, incluso el de la determinación de la sanción. A nuestro entender y tal como lo analizaremos en el título siguiente, deben priorizarse los fines preventivos especiales porque esa es la intención de la Ley.

La ley 20.084 es el texto que regula la responsabilidad de los adolescentes por los delitos que cometan, tal como lo estipula su artículo 1. En este cuerpo legal, se dispuso un catálogo de penas que pueden imponérseles y como vimos, van desde la amonestación hasta la internación en régimen cerrado. Si estuviéramos en un sistema tutelar como el que precedió al actual, podrían algunos afirmar que las sanciones que se les imponen son una forma de ayudar al adolescente a enmendar el mal rumbo que ha tomado, quizás una forma de corregir una conducta disruptiva en su propio beneficio y en el de todos también, incluso aplicándosele si es necesario, medidas desproporcionadas en relación al hecho infraccional.

¹¹³ Que vela únicamente por intereses especiales negativos.

¹¹⁴ *Historia de la Ley 20.084*, op. cit. pp. 968.

¹¹⁵ Carlos Tiffer Sotomayor, Fines y determinación de las sanciones penales juveniles, *Estudios de derecho penal juvenil II, Defensoría Penal Pública*, pp. 41, diciembre 2011.

Aquella forma de pensar no se ajusta a la actual normativa, y como hemos visto también, el adolescente es titular de derechos que deben ser reconocidos por el Estado. Entonces, toda pena por más pequeña que sea, implica una restricción o privación de derechos en contra del adolescente y por lo tanto, de ser impuesta, debe serlo porque se busca la responsabilidad del adolescente como fin de la pena, de acuerdo al artículo 20 que analizamos.

Hay casos en que la responsabilidad debe satisfacer los fines preventivos generales a través de la imposición de la pena, casos excepcionales a la luz del principio de mínima intervención, en que no es posible darle término de otro modo menos gravoso para el adolescente (principio de oportunidad, salida alternativa, incluso la suspensión de la imposición de la condena conforme el artículo 41 de la Ley), y serán aquellos en que no sólo es necesario enjuiciar al joven, sino además, imponerle una sanción y que la ejecute obligadamente. La pena con su implícito gravamen debe ser impuesta, porque es de los casos en que la intimidación de la existencia de la pena debe necesariamente confirmar su vigencia y contenido ético. En estos casos entonces, deben concurrir también los fines preventivos especiales y el interés superior del adolescente según el tenor literal del artículo 20 de la Ley. El ánimo del legislador, es que la pena, este gravamen que se le aplica al adolescente no sea solamente eso, sino que sea un medio para lograr su reinserción social. De manera que podemos concluir que la pena cumple una función social con diversos fines, responsabilidad y de reinserción social. Si ambos fueran puestos en una balanza imaginaria, no habría equilibrio entre ambos, ya que en el caso de los adolescentes debe primar, ante un eventual conflicto y por regla general, la segunda de ellas.

5.- Castigar y educar.

La aplicación de una sanción por la comisión de un delito tiene su fundamentación en el caso de los adolescentes, en una cuestión radicada en el ámbito del castigo, o de la educación o en ambas. Según Jonathan Valenzuela¹¹⁶, una teoría de la pena conformada por estos dos objetivos tiende a diluir el principio de legalidad. Refiere que

¹¹⁶ Jonathan Valenzuela S., La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil, *Revista de Estudios de la Justicia* N°11, año 2009

este principio atiende a cierta previsibilidad de la pena aplicable y ello no sería posible en un sistema mixto o de unión como el nuestro, por el principio de flexibilidad que lo impera. Señala que es difícil para el autor establecer la conducta más reprobable, ya que el quántum de la pena es relativo, así como las consideraciones para sustentarla prudencialmente, pudiendo combinarse diversas manifestaciones del castigo. En consecuencia, el profesor Valenzuela cuestiona que las pretensiones retributivas y educativas se encuentren en un plano de igualdad. No podemos obviar que la imposición de la pena a un adolescente es distinto del acto de imposición de una pena a un adulto¹¹⁷.

La cuestión que nace a la luz de una teoría mixta, retributiva y educativa, es que la pena cumple una doble función, de educación y de reprobación del hecho. Jean Hampton¹¹⁸ realizó un estudio respecto de los fundamentos de la imposición de la pena, refiriendo que es indispensable el fin retributivo de la pena y, por consiguiente, no basta una finalidad meramente educativa. Señala que de ser así, el trato hacia el sancionado sería totalmente degradante. Refiere que padecer la pena puede servir de medio para expresar, en términos morales, lo que se encuentra bien.

De este modo, esta teoría viene a considerar la pena siempre como un gravamen, de manera que la justificación de su imposición no puede sustentarse en la educación únicamente sino también en la retribución que corresponde por la comisión del delito, consistente en el sufrimiento o pesar que implica su cumplimiento. Una postura meramente educativa se justifica esencialmente en la prevención de la comisión de nuevos delitos, prefiriéndolo al juicio de reproche. Lo anterior, implica no enfrentar al autor del delito como una persona enferma, sino para darle un mensaje con carga moral al autor del delito.

¹¹⁷ Serrano, M., *Derecho Penal Juvenil*, Madrid, pp.319-321, 2007.

¹¹⁸ Hampton, Jean, The moral education theory of punishment, en Simmons, A, Cohen, M, Cohen, J., Beitz, C., *Punishment*, *Princeton: Princeton University Press*, pp. 112-142

En opinión de Hampton¹¹⁹, la pena se impone en base a fundamentos retributivos y no educativos, siendo los primeros el justificativo de la aplicación de la pena, y la educación implícita en la pena, una exteriorización de la sanción o una de las formas de su cumplimiento, pero no la justificación de su imposición. Dicho de otro modo y estando de acuerdo con esta doctrina, la mera finalidad educativa recargada de moralidad, no es suficiente fundamento para la imposición de la sanción. La retribución proporcional al gravamen del autor de un delito es imprescindible para efectos de sancionarlo, considerando siempre que ésta es un gravamen impuesta a un sujeto de derechos.

Entonces, si la aplicación de la pena se sustenta en la retribución, sin perjuicio que la pena proporcional tenga entre otras finalidades la educación, ésta debe especialmente sustentarse en la necesaria distinción que debe haber respecto de la pena de un adulto. Por lo anterior es fundamental atender a la especial culpabilidad de los adolescentes, al impacto que en sus vidas conlleva la aplicación de las penas y la especial tolerancia que debe tenerse a su respecto, todo cuanto implica un trato moderado en relación al tratamiento adulto, sustentándose en un sistema de garantías reforzadas en su favor. Nuestra legislación ha recogido parcialmente lo anterior y lo ha plasmado normativamente. El artículo 26 inciso segundo de la ley 20.084 señala que no puede imponérsele al adolescente una pena privativa de libertad, si un adulto por el mismo hecho tampoco lo fuera. Lo consagra de manera mezquina a nuestro entender, igualando con los términos “por lo menos”, el tratamiento de un adolescente con el de un adulto, limitando que sea más severo, sin perjuicio de la existencia de otras normas de la LRPA que exigen mayor benevolencia, como es el caso de los artículo 18 y 21.

De esta manera, la Observación General N° 10 de la ONU¹²⁰, referida a los derechos del niño en la justicia de menores, en el artículo 10, llamado “El interés superior del adolescente”, señala que los niños se diferencian de los adultos en su desarrollo físico y psicológico, así como por sus necesidades educativas y

¹¹⁹ Hampton, Jean, op. cit. pp. 112-142.

¹²⁰ Comité de los Derechos del Niño, 44° período de sesiones. Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

emocionales, y que éstas constituyen la base de una menor culpabilidad, lo que justifica una justicia especializada en base a un trato distinto. Agrega que la protección del interés superior del niño, implica que los tradicionales objetivos de represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva.

De esta manera, es totalmente viable poder castigar y educar al mismo tiempo a través de una sanción, no existiendo una incompatibilidad en la generalidad de los casos, constituyendo la necesidad de reproche el fundamento del proyecto educativo, y no la situación a la inversa.

6.- Especial tolerancia para jóvenes.

Podemos afirmar que el tratamiento punitivo en Chile y en casi todo el mundo occidental, es más benigno para los adolescentes. En nuestro país, la legislación actual se ha ajustado a las exigencias internacionales, en especial, a las de la Convención sobre los Derechos del Niño¹²¹. Lo anterior se manifiesta en un sinfín de formas, como la inimputabilidad de las faltas respecto de los menores de 16 años y sólo de algunas si el joven es menor de 18 y mayor de 16, por la escala de penas dispuestas en el artículo 6 de la ley 20.084, totalmente distintas a las de adultos y que mayormente tiende a la reinserción social, a la exigencia del artículo 21 de la LRPA, entre otras normas.

Según Von Hirsh¹²², este tratamiento más apacible a favor de los adolescentes se funda en tres tipos de motivaciones: en la menor culpabilidad que detentan, proporcional a su menor desarrollo psicológico y moral, el mayor impacto que la sanción penal tendrá en relación a un adulto y en la noción social de considerar a la adolescencia como un período de experimentación.

¹²¹ El mensaje de la LRPA, bajo el tópico "Justificación", refiere: *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 vigentes en Chile.*

¹²² Andrew Von Hirsh, Proportionate sentences for juveniles. How different than for adults? *Punishment and Society*, (N° 3): pp. 223, 2001.

En lo que respecta a la primera, refiere que una persona de 15 años puede cometer el mismo delito que uno de 35 años, pero el reproche no debe ser el mismo, puesto que la infracción del primero es menos severa, motivo por el que la sanción a imponer también debe serlo¹²³. Refiere que esta menor culpabilidad se sustenta en un aspecto cognitivo y otro volitivo. En breves palabras, el primero implica la menor capacidad del adolescente para apreciar las consecuencias nocivas de su obrar, es decir, su capacidad de comprensión de las consecuencias negativas de su proceder puede ser insuficiente. En algunos casos incluso comprendiendo lo anterior, su capacidad de apreciarlo pudiera ser insuficiente¹²⁴. Von Hirsh se refiere a que el adolescente pudiera comprender que robar es malo, por ejemplo, pero no posee la capacidad cognitiva lo suficientemente desarrollada para arraigarla en su fuero interno. Indica que es razonable que se haga un distingo etario en este aspecto, ya que existen grandes diferencias en niveles de comprensión entre un joven de 14 y otro de 17 años, ya que gran parte de este elemento cognitivo se obtiene y desarrolla con la edad¹²⁵.

El otro aspecto de la culpabilidad se refiere a la capacidad de control volitivo. Los adolescentes poseen menos herramientas para posponer la satisfacción de una necesidad: es más difícil decir “NO” cuando uno sólo tiene 14 o 15 años¹²⁶. Señala que el autocontrol constituye uno de los aspectos morales que se aprende, siendo la adolescencia el período en el que se desarrolla este proceso de comprensión. De manera que mientras el joven más se aproxima a la mayoría de edad, también mayormente se le debe exigir en su responsabilidad.

En segundo lugar, el impacto que produce la pena en un adolescente es sustancialmente mayor que respecto de un mayor de edad. Lo anterior se debe a que son menos resilientes y a que se merman en mayor medida sus posibilidades de educación y de desarrollo personal¹²⁷. De la misma manera, un adolescente sentirá siempre la pena de forma más intensa que un adulto, y por lo tanto, con mayor

¹²³ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 223.

¹²⁴ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 224.

¹²⁵ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 225.

¹²⁶ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 226.

¹²⁷ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 227.

desagrado. Aun así, la severidad de la pena no dice relación con lo mal que lo sienta cada individuo al ser aplicada, sino en la mayor restricción de sus derechos como la libertad de desplazamiento, privacidad, autonomía personal y el derecho de asociación¹²⁸.

Por último y como tercer factor, es parte del consenso social permitir que los jóvenes desarrollen su personalidad a fin de modelar los consensos sociales a futuro. Por lo anterior, es necesario dotar a este período de cierto margen de error para permitir un entrenamiento en libertad del adolescente¹²⁹. La adolescencia es la etapa de experimentación en la vida, el tiempo de sentir moderadamente la liberación de los adultos para probar la autonomía, poniendo a prueba los límites. Según refiere Frank Zimring¹³⁰, es la época en que se le concede a un conductor el permiso de aprender. En sus palabras, sabemos que será peor conductor que uno experimentado, pero igualmente le permitimos que conduzca. Este autor refiere que es muy importante para una sociedad libre, que no se entrene a los adolescentes a cumplir roles sociales predeterminados como ha sucedido en las sociedades tradicionales. En lugar de esto preferimos que hagan sus propias elecciones en lugar de estar predeterminados. Lo anterior, implica correr el riesgo de que incurran en equivocaciones, habiendo varias posibilidades para elegir.

En consecuencia, debemos afirmar que los adolescentes tienen derecho a una especial tolerancia, es decir, a un trato diferenciado respecto de los adultos. Tal como lo expusimos, porque son menos culpables, lo que no se reduce únicamente a sus menores facultades cognitivas y volitivas, ni tampoco a la mayor severidad a su respecto que implica la imposición de una pena, sino que también nosotros les hemos dado mayores facultades de autonomía y con esto, mayores posibilidades de

¹²⁸ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 227-228.

¹²⁹ Andrew Von Hirsh, *ibid.*, pp. 229.

¹³⁰ Zimring, *The changing legal world of adolescence*, Nueva York, Free Press, capítulo. 5, 1982.

equivocarse. Von Hirsh dice que aprender a tomar decisiones implicará tomar malas decisiones¹³¹.

Esta mayor tolerancia debe ser para todos los adolescentes por igual, no pudiendo favorecerse a unos y a otros no, por ejemplo, al que cometió un delito más grave, no puede negársele esa posibilidad. Lo anterior, debido a que todos ellos tienen los mismos derechos, entre los que se cuenta, el de desarrollarse en libertad. Por último, la tolerancia que los favorece es temporal, es decir, debe ser gradual y por ello, entre más joven es el infractor, mayor tolerancia debe existir y menor en la medida que se acerca a la mayoría de edad, siendo en consecuencia, proporcional a su desarrollo moral.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

Conforme hemos podido analizar el artículo 20 de la ley 20.084, podemos concluir que es imprescindible, para efectos de la determinación de la pena adolescente, que concurren fines preventivos generales y fines preventivos especiales. Asimismo, éstos últimos, a la luz del principio del interés superior del adolescente configuran el principio educativo. El sustento de la pena adolescente no se satisface con la sola concurrencia de unos fines y la inexistencia de los otros. Si sólo concurren los preventivo generales, el mismo ánimo del legislador es violentado, puesto que la ley exige que la sanción sea resocializadora. Por su parte, si sólo concurren los preventivos especiales positivos, se transgreden principios fundamentales del derecho penal adolescente chileno como el interés superior del adolescente, el de necesidad y el de la proporcionalidad.

Si la concurrencia de estos fines preventivos pudiera traducirse en una pugna entre sí atendida su incompatibilidad, ello es sólo apariencia si se hace una correcta interpretación sistemática y casuística de las normas de determinación de las sanciones adolescentes, en relación a los fines buscados. En la inmensidad de los casos deben preferirse aquellos consistentes en la proporción de las herramientas

¹³¹ Andrew Von Hirsh, op cit. pp. 232.

idóneas de reinserción social, en desmedro del sentido social de justicia retributiva. Lo anterior tiene sustento en la menor culpabilidad que posee el adolescente en la realización de sus conductas. Atendido el permanente estadio de desarrollo de su moralidad, tampoco puede exigirse proporcionalidad entre la infracción y la pena concreta. No obstante, también hay casos excepcionales en que los preventivos generales deben primar, como por ejemplo, en los casos de la privación de la libertad adolescente, sin perjuicio que incluso éstas deben promocionar la inserción social del joven, siempre en integración de los objetivos de la pena

Podemos concluir que el tramo del artículo 23 N°1 de la Ley, transgrede las finalidades del artículo 20, ya que en este tramo, sin realizar un análisis casuístico y sólo valorándose la gravedad del delito, preponderan los fines preventivos generales por sobre los especiales positivos y el interés superior del adolescente.

Podemos concluir, además, que no basta con realizar un correcto análisis jurídico de los artículos 23 y 24 de la LRPA para determinar la pena concreta, sino que ésta debe realizarse siempre a la luz del analizado artículo 20 de ese cuerpo normativo. La finalidad de la pena adolescente no se reduce a la mera responsabilidad, ni siquiera en estos tiempos en que se exige mano dura en contra de los adolescentes, sino que debe esencialmente propiciar la inserción social.

BIBLIOGRAFIA

- Alexy R., Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, pg. 55, septiembre/diciembre 2002.
- Andrew Von Hirsh, Proportionate sentences for juveniles. How different than for adults? *Punishment and Society*, (N° 3): 2001.
- Baratta A., Infancia y Democracia. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (N°9), pg. 17-26, agosto 2007.
- Carlos Tiffer Sotomayor, "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles", *Estudios de derecho penal juvenil II*, Defensoría Penal Pública, diciembre 2011

- Cillero Bruñol, Miguel, El Interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (Nº9), pg. 125-142, 2007.
- Cillero, Miguel, Proporcionalidad y fines de la sanción penal adolescente: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción, *Informes en Derecho I, Defensoría Penal Pública, volumen I*, pg. 137-171, 2009.
- Claus Roxin, *Problemas básicos del derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Editorial Reus, 1976.
- Coleman J.C./Hendry,L.B., *Psicología de la adolescencia*, cuarta edición, Morata, Madrid, 2003.
- Cruz Márquez, Beatriz, Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: Una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente, *AFDUAM 15*, año 2011.
- Cruz Beatriz, *Educación y Prevención General en el Derecho Penal de Menores*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.
- Detlev Achhammer, Fiscal Jefe en la Fiscalía de Berlín, *El proceso penal juvenil en la república federal alemana*, doc 125.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª. Ed., 1989.
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 2º Ed., Trotta, Madrid, 2001.
- Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal*, traducido Zaffaroni/ Hagemeyer, Buenos Aires, 1989.
- Francisco Maldonado Fuentes, La Especialidad del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes. Reflexiones acerca de la Justificación de un Tratamiento Penal Diferenciado. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (Nº6), pg. 103-160, noviembre 2004.
- Giménez-Salinas C, *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita, un derecho penal del menor*. Jurídica el Cono Sur, Santiago de Chile, 1992.

- Gonzalo Medina Schulz, Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la Ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente, *Informes de Derecho Penal Juvenil I*, Defensoría Penal Pública, 2008.
- Hampton, Jean, *The moral education theory of punishment*, en Simmons, A, Cohen, M, Cohen, J., Beitz, C., *Punishment*, Princeton: Princeton University Press.
- Hernández Galilea, Jesús Miguel, *El sistema español de justicia juvenil*, editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- Historia de la Ley 20.084, Biblioteca del Congreso Nacional, 7/2005 diciembre.
- Horvitz Lenon, María Inés, Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable, *Revista de Estudios de la Justicia* (N°7), año 2006.
- Jaime Couso Salas, Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena. *Revista Justicia y Derechos del Niño* (N° 10), septiembre 2008.
- Jaime Couso Salas, Política criminal para adolescentes y ley 20.084, *Documento N°12 de la Defensoría Penal Pública*, marzo 2008.
- Jaime Couso Salas, Límites a la imposición de sanciones privativas de la libertad en el art.26 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, *Informes en Derecho Penal Juvenil I*, Santiago, Editorial Defensoría Penal Pública, noviembre 2009.
- Jonathan Valenzuela S., La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil, *Revista de Estudios de la Justicia* (N°11), año 2009.
- Jorge A. Degano, *La ficción de la rehabilitación*, Editorial Juris.
- José María Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Madrid, J.M. Bosch Editor S.A., 1992.
- Kaiser G. Kriminologie. 3. Auflage.C. F. Müller Verlag. Heidelberg, 1996.
- Martín Cruz, A, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón*, Comares, Granada, año 2004.

- Mauricio Duce J., El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. *Revista Ius et Praxis*, pg. 73-120.
- Mensaje de la ley 20084, de fecha 2 de agosto de 2002, dirigida por S.E. Ricardo Lagos Escobar a la Honorable Cámara de Diputados.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 8° edición, Editorial Reppertor, 2008.
- Lina Mariola Díaz Cortés, El menor como sujeto de derechos: base para un modelo de responsabilidad penal, *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, julio-septiembre 2004.
- Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Ornosá Fernández, María Rosario, *Derecho Penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, 2° edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2003.
- Osvaldo Agustín Marcón, *Delincuencia Juvenil. Del niño "en peligro" al "niño peligro"*, editorial Juris, 2005.
- Percy García Cavero, *Acerca de la Función de la Pena*, <- www.revistajuridicaonline.com> [consulta: 05diciembre 2012].
- Raúl Carnevali y Eva Kállman, La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil: especial consideración con la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N°3 del Código Penal, *Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Defensoría Penal Pública, noviembre 2009.
- Serrano, M., *Derecho Penal Juvenil*, Madrid, 2007.
- Zimring, The changing legal world of adolescence, *Nueva York, Free Press*, capítulo. 5, 1982.