



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DERECHO PENAL
MAGISTER EN DERECHO PENAL

"ANALISIS DE LAS CONSECUENCIAS PENALES DE LAS SANCIONES
IMPUESTAS DE CONFORMIDAD A LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL
ADOLESCENTE, EN LA PERSONA DEL INFRACTOR MAYOR DE EDAD"

Nombre: Yerko Antonio Pizarro Astudillo

Profesor guía: German Ovalle Madrid.

2014

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende analizar las consecuencias jurídicas de la sanción penal impuesta bajo el régimen de adolescentes previsto en la ley 20.084 ante un nuevo reproche penal, ahora como adulto, en relación con la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, la agravante de responsabilidad penal de reincidencia y la posibilidad de obtención de penas sustitutivas según lo dispone la ley 18216. Lo anterior, atendido a que nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente estas consecuencias, lo que ha dado lugar a diversas respuestas e interpretaciones jurisprudenciales sin que hasta la fecha exista una posición pacífica al respecto.

ABSTRACT

In this paper I analyze the legal consequences of criminal sanction imposed under the regime of adolescents under the Act 20.084, a new penal reproach, as an adult in connection with the mitigating circumstance of previous irreproachable conduct, aggravated criminal liability of recurrence and the possibility of obtaining alternative sanctions as provided by law 18216, attended the law does not specifically regulate these effects which has given rise to various judicial interpretations and that to date exists a peaceful response to the question .

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I SANCIONES EN LA LEY 20.084 COMO MANIFESTACIÓN DE UN REGIMEN PENAL DE ADOLESCENTES ESPECIAL Y DIFERENCIADO.	5
1.1 JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO ESPECIAL Y MAS BENIGNO DEL ADOLESCENTE.	8
1.2 SANCIONES, NATURALEZA, DURACIÓN Y FORMA DE DETERMINACIÓN.	11
1.3 FINES DE LA PENA EN LA LRPA Y SU COMPARACIÓN CON EL REGIMEN GENERAL.	16
1.4 CONSECUENCIAS INDIRECTAS DE LA SANCION PENAL MAS ALLA DE SU CUMPLIMIENTO.	22
II INJERENCIA DE LA SANCIÓN JUVENIL EN LA CONFIGURACION DE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR.	26
2.1 POSTURA A: SANCIÓN JUVENIL IMPIDE CONFIGURACION DE MORIGERANTE DEL ARTÍCULO 11 N° 6.	28
2.2 POSTURA B: POSIBILIDAD DE RECONOCER ATENUANTE EN COMENTO PESE SANCIÓN JUVENIL.	31
III EFECTOS DE LA PENA JUVENIL EN EL RECONOCIMIENTO DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA.	38
3.1 POSTURA A: CONDENAS IMPUESTAS COMO ADOLESCENTE PUEDEN SER CONSIDERADAS PARA AGRAVAR LA PENA DEL AUTOR EN UN NUEVO PROCESO COMO ADULTO.	40
3.2 POSTURA B: NO ES POSIBLE FUNDAR AGRAVANTE DE REINCIDENCIA POR CONDENA IMPUESTA EN REGIMEN SANCIONATORIO JUVENIL.	41
IV CONSECUENCIAS DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL EN LA CONCESIÓN DE PENAS SUSTITUTIVAS.	
V TOMA DE POSICIÓN FRENTE AL INTERROGANTE PLANTEADO EN LA INVESTIGACIÓN	47
CONCLUSIONES	49

Introducción

Con su entrada en vigencia, la ley N° 20.084 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico penal un nuevo sistema de imputación respecto de aquellas personas mayores de catorce y menores de dieciocho años que incurrieran en hechos constitutivos de delito. Nuevo estatuto que se ajusta a las exigencias internacionales promovidas por la Convención de Derechos del Niño que impone a los Estados partes la obligación de reconocer una forma de imputación especial, diversa y más benigna respecto de adolescentes, modificando entre otras instituciones, la naturaleza de las sanciones, su duración, forma de cumplimiento y fines, orientándolas a la socio-educación del adolescente en aras de dotar al menor infractor de herramientas concretas de inserción y desarrollo en su vida social futura, diferenciándolas así, del régimen de imputación general de adultos. A partir de su implementación, variadas han sido las inquietudes interpretativas que han surgido a propósito de su aplicación, uno de estas dice relación con los efectos de las sanciones impuestas a un adolescente en el marco de la ley N° 20.084, más precisamente, sobre la configuración o no de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, la circunstancia agravante de reincidencia específica o genérica y la imposición de medidas sustitutivas a la pena privativa de libertad, en el marco de un nuevo reproche penal como adulto conforme a las reglas generales de imputación del Código Penal. En este sentido, dispares han sido los argumentos que han entregado los tribunales de justicia a la hora de considerar estas condenas al momento de la determinación de la sanción y su forma de cumplimiento, sin existir aún, una solución pacífica a dicha interrogante. Por lo que la presente investigación se propone dar cuenta del estado actual de la discusión doctrinal y jurisprudencial del tema en comento, revisando, en primer término y de forma genérica, las características, justificaciones y fines de este régimen especial y diferenciado establecido para menores de edad para luego analizar cada una de las instituciones en conflicto exponiendo los principales argumentos y resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre la materia para, finalmente, plantear y justificar la toma de posición que aquí se propone.

1- SANCIONES EN LA LEY 20.084 COMO MANIFESTACIÓN DE UN RÉGIMEN PENAL DE ADOLESCENTES ESPECIAL Y DIFERENCIADO.

Tal como se adelantó en la introducción de este trabajo, la ley de responsabilidad penal adolescente (en adelante LRPA) incorporó un nuevo sistema de imputación penal respecto de aquellas personas mayores de catorce y menores de dieciocho años, acorde con los estándares internacionales que al efecto estableció la Convención de Derechos del Niño (en lo sucesivo CDN) consistentes en el reconocimiento de un sistema de imputación penal para menores de naturaleza garantista, moderado, basado en el principio de responsabilidad, diferenciado del régimen punitivo de adultos, modificando con ello, la normativa imperante al efecto inspirada en los principios del régimen de carácter tutelar vigente desde principios del siglo XX caracterizado por declarar la inimputabilidad del menor desconociendo su capacidad de asumir responsabilidad, quedando al margen del derecho penal, toda vez que, a diferencia de los adultos éstos carecerían de “decisión libre” para conducirse en forma delictiva. Sin embargo, pese a su irresponsabilidad penal, de todas formas este sistema propone un “remedio” físico y moral para reconducirlos y educarlos rectamente con el objeto de revertir las influencias criminógenas que han adquirido sometiéndolos a un tratamiento de corrección o tutela en un régimen de internación. Con ello, el presupuesto material de la intervención es la “desviación del menor”, que se verificaba con la constatación de problemas conductuales, conflictos en su entorno que derivaban en desprotección familiar, bajo rendimiento escolar y conductas delictuales que facultaban al Estado en su rol de custodio y salvador, a imponer una medida orientada a superar las causas de esta desviación que podían consistir en la restricción o privación de libertad de los menores. Eso sí, estas medidas eran aplicadas por medio de un procedimiento carente de ritualidades procesales, desconociendo los principios de legalidad, lesividad y debido proceso, ya que, para su imposición no era necesario constatar la lesión de algún bien jurídico protegido o la responsabilidad subjetiva del menor ¹.

¹COUSO SALAS JAIME. La política criminal para adolescentes y la ley 20.084. Estudios De Derecho Penal Juvenil I. N° (5): Pp. 47 y siguientes. 2009.

Así, siendo la protección del menor el fundamento de la aplicación de las medidas de protección, éstas podían consistir en privaciones o restricciones de libertad sin plazo ni límites determinados, ya que, lo relevante era la “recuperación” del menor y en ese sentido, el fin salvador justificaba cualquier medida sin importar el tiempo que los derechos de los menores estuviesen siendo restringidos en hogares infantiles, internados o casas de expósitos. Luego, constatando que con la excusa de estar cumpliendo un rol protector, en concreto, se aplicaban sanciones de carácter penal privando al menor de los derechos y garantías propias de un debido proceso en el marco de un juicio penal en un estado social y democrático de derecho y con el objeto de mejorar la posición del adolescente frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal, la comunidad internacional fue creando una serie de instrumentos jurídicos que hicieron posible el reconocimiento positivo de nuevas prerrogativas y garantías de orden penal y procesal que se concretaron, entre otras, con la celebración de las Reglas Mínimas de Beijing para la administración de justicia de menores en 1985, Las directrices de las naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (RIAD) y que culminaron con la Convención de Derechos del Niño el año 1989, la que fue suscrita y ratificada por Chile un año después. Es en ese marco en que a partir del 8 de junio del año 2007 la LRPA incorporo los principios y directrices encomendados por la CDN² estableciendo un régimen sancionatorio penal especial y más benigno respecto de adolescentes infractores, reconociendo una serie de garantías y derechos procesales y penales comunes a toda persona además de instaurar reglas especiales en atención a la calidad de menor, evolucionando de un sistema tutelar que negaba la capacidad de delito del adolescente a un modelo jurídico de responsabilidad que en términos generales reconoce al niño capaz de responsabilidad penal como sujeto de derechos, garantizando la observancia del principio de legalidad, la regulación estricta del uso,

²CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 40 N°3: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”

duración y condiciones de privación de libertad que se traduce en el carácter restrictivo de las sanciones y el reconocimiento de la dignidad personal, integración social y responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables. De esta manera, desde el punto de vista procesal penal, se aprecia el reforzamiento del debido proceso respecto de los adultos traducido en el fortalecimiento de la libertad y el aumento de requisitos para su privación, promoviendo mayores resguardos al derecho a defensa, disposición de otras herramientas de diversificación de respuestas y desestimaciones de causas con el objeto de evitar al máximo el contacto de los jóvenes con el sistema criminal³. En ese sentido, los objetivos que se propone este sistema de imputación en el marco de un estado democrático de derecho, son en primer término, velar por la protección de intereses individuales y sociales más relevantes, reconociendo al derecho penal como una herramienta de control social, rechazando el carácter asistencial del modelo tutelar y en concordancia con ello, busca limitar la intervención penal sobre los adolescentes por medio de garantías derivadas de sus propios derechos humanos, reconociendo que la CDN dispone la prerrogativa de una respuesta penal especial distinta de los adultos orientando la pena a la integración social del menor teniendo ésta un carácter menos aflictivo, recomendando su imposición solo por el menor tiempo que sea necesario⁴. En ese orden de ideas, la naturaleza diferenciada y más benigna del régimen penal adolescente respecto del adulto se manifiesta principalmente en el sistema de penas previstas para las infracciones cometidas por el adolescente, dotando al juez de un abanico más amplio de posibilidades punitivas. Junto con ello, se modifican las reglas de determinación de penas estableciendo la rebaja en un grado a la sanción dispuesta en abstracto para los adultos, sin perjuicio, de contemplar límites máximos de imposición de sanciones privativas de libertad como la internación en régimen semicerrado o cerrado con programa de reinserción social, que no podrán superar, bajo ninguna hipótesis, los 10 años de privación de libertad.

³ BERRIOS, GONZALO. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política criminal, N° (11): Pp. 169 y siguientes.2011.

⁴ COUSO SALAS, JAIME. op.cit.p.53.

En consecuencia, según lo expuesto la manifestación más latente y expresa en la LRPA del carácter especial y benigno del sistema de imputación penal de adolescentes es el régimen sancionatorio, que evidencia diferencias sustanciales con el régimen de adultos. De ahí la relevancia que tiene el conocer, en términos generales, cual es la justificación de este régimen más benigno, las normas de determinación de pena y sus fines, que serán decisivas al momento de dar una respuesta al interrogante planteado.

1.1 JUSTIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO ESPECIAL Y MÁS BENIGNO DEL ADOLESCENTE.

A continuación es necesario abordar los motivos que justifican la existencia de este régimen de responsabilidad especial y más benigna que el de adultos con el objeto de encontrar argumentos que nos permitan fundar y comprender de mejor manera las instituciones que luego se desarrollaran a propósito del tema en comento. De esta manera, desde un punto de vista formal o meramente legalista la justificación de esta forma de sancionar a los adolescentes infractores de forma diversa se encuentra en el mandato que impone el ya citado artículo 40 N° 3 de la CDN.⁵ Ahora bien, con el objeto de darle un contenido material a este mandato es necesario tener presente que el sistema de imputación penal de adolescentes se basa en el principio de responsabilidad, en virtud del cual nadie puede ser declarado penalmente responsable ni se le puede aplicar una medida coactiva de restricción o privación de libertad por la comisión de un delito si no ha actuado culpablemente. En ese sentido, la CDN y la LRPA, reconocen la autonomía ética de la persona del menor declarando que el adolescente es siempre capaz y junto con ello, titular de derechos, por tanto, el Estado puede exigir del adolescente una determinada respuesta pero, respetando su dignidad y autonomía progresiva, esto es, que si bien el menor es considerado persona debe tenerse en consideración al momento de determinar su culpabilidad que sus necesidades e intereses son diferentes a los adultos ponderando las fases evolutivas de su desarrollo diferenciándolo de un sujeto mayor de edad, teniendo presente que ser niño no significa ser menos que un adulto, si no por el contrario, es otra forma de

⁵BELLOF, MARY. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires. 2004. P 15.

ser persona, todos los niños y niñas tienen los mismos derechos al nacer por el solo hecho de ser tales y el ejercicio de dichos derechos dependerá de la evolución de sus facultades. En ese sentido, el Estado debe considerar que el menor por sus necesidades de nuevas experiencias es natural y lógico que lleve a cabo conductas que estadísticamente puedan ser consideradas delictivas, pero, que en modo alguno implican el inicio de una actividad criminal o que se vayan a prolongar como adulto.⁶

De la misma forma, al considerar al niño como una forma distinta de ser persona se abandona la idea de que el menor detentaba una imputabilidad disminuida, ya que, la capacidad de culpabilidad no puede ser satisfecha de forma parcial, la capacidad como atributo de la persona no admite graduaciones, se puede tener o no tener, se es capaz de comprender lo injusto y actuar en consecuencia o no se es capaz. En esa misma línea, el menor no puede ser equiparado con una persona anormal, defectuosa o incompleta, por el contrario, debe ser reconocido como una persona diferente en atención a su propia capacidad de adolescente considerando los presupuestos propios de su interacción y desarrollo social, por lo que, el fundamento de su responsabilidad no radica en su imputabilidad disminuida, sino en su propia imputabilidad como adolescente, sustentada en los ámbitos de autonomía y niveles de participación que le son socialmente reconocidos al menor de edad conforme con su natural proceso evolutivo.⁷ En ese mismo orden de ideas, se ha tratado de justificar el tratamiento diferenciado del adolescente en razones de carácter empírico-científicas, fundado principalmente en la psicología y en las neurociencias que han demostrado diferencias sustanciales entre jóvenes y adultos a nivel cognitivo, en la capacidad de juicio, en la cognición social e incluso a nivel de funcionamiento cerebral. Así, se ha demostrado que antes de los 12 años es bastante complejo e inusual que una persona alcance plena capacidad de juicio abstracto, lo que es tenido en cuenta para justificar la absoluta incapacidad de estos menores para responder criminalmente por sus actos; luego a partir de los 12 años y conforme avanza la edad es posible alcanzar la plena

⁶BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *El derecho penal del niño-adolescente: Estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2007. p. 28.

⁷MALDONADO FUENTES, FRANCISCO. La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado. *Justicia y derechos del niño*. N° (6) p. 131. 2004.

capacidad de razonamiento abstracto, que constituye un requisito mínimo para comprender y actuar conforme cualquier injusto penal. Junto con ello, también tienen especial relevancia los factores contextuales dados por el desarrollo social del individuo que dependerá del contacto del menor con el resto de la sociedad. En ese entendido, se puede afirmar que los adolescentes por lo general, son por ejemplo, más influenciables frente a terceros que los adultos, que tienden a minimizar las consideraciones futuras en mayor medida que los adultos, valoran más las consecuencias positivas a corto plazo y ante la disyuntiva riesgo-beneficio los jóvenes conceden más importancia a este último minimizando los riesgos, por lo que, la deficiencia en estos factores que presentan los adolescentes dan cuenta de una menor madurez psico-social, relevante a la hora de determinar la responsabilidad penal y que permiten justificar el reproche penal menos intenso en relación a los adultos.⁸ En esa misma línea, los diversos conflictos personales, familiares y sociales pueden llevar a muchos adolescentes a asumir cargas adicionales que no son propias o naturales con su nivel de desarrollo, que genera en el joven la necesidad de ser aceptado y respetado en otros grupos extra familiares dándole una igual o mayor importancia, influencia que puede ser favorable para el desarrollo de su identidad, formando parte de su proceso de socialización e integración en donde su pertenencia a un grupo y su actuación dentro de él da cuenta de su evolución social, debiendo el sentenciador ponderar esta situación para efectos de considerar su participación en la comisión de delitos. En ese sentido, el joven no debiera responder penalmente por los mismos comportamientos que resultan reprochables para los adultos dado que el adolescente aún se encuentra en un proceso de internalización y asunción de los mandatos que constituyen la base de las infracciones penales.⁹

⁸CHAN MORA, GUSTAVO. Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad penal de los jóvenes. Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N° (3) 351-391. 2011.

⁹CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal. Política criminal N° (4): Pp 121 y siguientes.2007.

1.2 SANCIONES, NATURALEZA, DURACIÓN Y FORMA DE DETERMINACIÓN.

Como se ha venido diciendo, lo esencial de cualquier sistema de responsabilidad que pretenda estructurar un derecho penal de adolescentes de carácter especializado y diferenciado del régimen de adultos, es detentar como contenido mínimo un marco sancionatorio que contenga la correcta aplicación de normas de determinación de penas considerando los principios básicos dados por la CDN, a saber, la excepcionalidad de la privación de libertad, la brevedad de la misma y la sujeción al principio de proporcionalidad, todos dispuestos en la letra B del artículo 37 y 40.4.¹⁰

En cumplimiento de dicho mandato nuestra legislación en el artículo 6 de la LRPA contiene una escala general de sanciones aplicables a menores infractores, constituida por la internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, libertad asistida especial, libertad asistida simple, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación, así como otras sanciones accesorias consistentes en la prohibición de conducción de vehículos motorizados y el comiso de instrumentos o documentos que provengan de la comisión del delito. Sanciones que constituyen un catálogo más amplio y diverso que permite al sentenciador responder de modo proporcionado y eficiente a las distintas expresiones que puedan presentar los ilícitos cometidos cumpliendo con el mandato de la CDN, encontrándose en una escala ordenada de acuerdo al mayor o menor grado de privación o restricción de derechos del menor infractor, siendo la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social la más gravosa de las sanciones, toda vez, que implica el encierro efectivo del menor por el tiempo que dure la sanción.

¹⁰CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO. Artículo 37 Letra B): b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

Artículo 40 N°4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

En cuanto a las reglas de determinación de penas, estas se encuentran contenidas en el párrafo 5 de la LRPA, comenzando con el artículo 20¹¹ de la ya citada ley, que contempla los dos elementos capitales del régimen penal sancionatorio adolescente, determinantes a la hora de establecer en concreto la sanción a aplicar. El primero de ellos, es el reconocimiento expreso del principio de responsabilidad, en virtud del cual, se termina con el modelo paternalista, protector y supuestamente pedagógico del régimen tutelar reemplazándolo por un estatuto de responsabilidad diferenciada en que lo relevante al momento de la imposición de la pena y su determinación no será la necesidad de protección basado en el carácter “desviado” del adolescente si no que tendrá su fundamento único y exclusivo en la responsabilidad penal subjetiva del infractor derivada de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito. Junto con ello, la norma ya aludida, en su parte final expone también el fin expreso que el legislador ha encomendado a la pena juvenil, esto es, la reinserción social del adolescente protegiendo el libre y natural desarrollo de su personalidad, poniendo hincapié en que este fin resocializador del joven no puede anteponerse al reproche por el acto. En ese sentido, el Estado está vedado de ampliar o intensificar su respuesta penal bajo el argumento que se trata de una intromisión que favorece el desarrollo e integración social del individuo, subordinando con ello, el ejercicio del *ius puniendi* estatal a los principios de necesidad de pena, responsabilidad y proporcionalidad, impidiéndose categóricamente la posibilidad de utilizar la sanción penal como herramienta de política social, por lo que, el sentenciador no puede ir más allá de la culpabilidad estando impedido de justificar una determinada sanción solamente en meras necesidades de prevención especial, educativas o de protección al desarrollo del joven.¹² El resto de la normativa da cuenta de un sistema de determinación de pena dependiente del contenido en los artículos 67 y siguientes del Código penal, así

¹¹LEY 20.084. CHILE. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de justicia, Santiago, Chile, 7 de diciembre de 2005. Artículo 20: Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que comentan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

¹²CILLERO BRUÑOL MIGUEL. Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: Consideraciones para la aplicación del criterio de la idoneidad de la sanción. Estudios De Derecho Penal Juvenil I. N° (5): Pp 158 y siguientes. 2009.

se contienen reglas relativas a la duración de las sanciones y normas referidas a la naturaleza de las mismas. En primer término, el artículo 21 de la LRPA¹³, prevé la rebaja en un grado a la pena que la ley establece en abstracto para la comisión de un delito para un adulto, para luego hacer aplicación a las normas contenidas en el código punitivo referidas al grado de ejecución del delito, el grado de participación, circunstancias modificatorias de responsabilidad penal sean especiales o generales y reglas que determinan el efecto de circunstancias modificatorias, teniendo en consideración los límites máximos tratándose de penas privativas de libertad respecto de menores de 16 años en cuyo caso no podrá superar los 5 años y respecto de mayores de 16 que no podrá ser superior a los 10 años de privación de libertad. . Ahora, una vez determinado el *quantum* de la pena a imponer deberán aplicarse las normas de determinación de la naturaleza de la sanción a aplicar, para ello, en primer término, la tabla contenida en el artículo 23 de la LRPA¹⁴, da cuenta que en cada marco penal se contemplan dos o más sanciones de igual o diferente naturaleza, salvo cuando la pena supere los 5 años, en cuyo caso solo se podrá aplicar la sanción de internación en régimen cerrado, confiriéndole al tribunal la facultad de elegir una de

¹³LEY 20.084. Artículo 21: Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, 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

¹⁴LEY 20.084. Artículo 23.- Reglas de determinación de la naturaleza de la pena. La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes: 1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social. 2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial. 3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad. 4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado. 5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

ellas conforme lo dispone la norma del artículo 24 de la LRPA¹⁵ que viene a concluir la fase de determinación precisa y concreta de la pena. En estrecha relación con ello, al momento de determinar la sanción efectiva a imponer el sentenciador deberá hacerse cargo de las razones de la misma indicando fundadamente cuales fueron los criterios que tuvo en vista para tomar su decisión, estando compelido el juez en su fallo, a aseverar la comisión del delito por el sujeto responsable valorando los fines de la decisión sobre la medida o la calidad de pena, indicando la gravedad específica del hecho en relación al contexto en que se han verificado y las circunstancias concretas con la que el sujeto ha actuado, constituyendo el deber de fundamentación una garantía esencial del debido proceso que impone al órgano de adjudicación la obligación de motivar las sentencias. Por lo que, la decisión de la pena en sede juvenil aplicable jamás podrá ser discrecional, por el contrario, el sentenciador necesariamente debe analizar, ponderar y manifestar en su resolución los criterios del artículo 24 de la LRPA dejando constancia de ello en su resolución.¹⁶

Ahora bien, en relación con estos criterios previstos en la LRPA para la determinación de la pena, surge el interrogante acerca si las pautas contenidas en las letras A a la E del artículo 24, al haber sido ya ponderadas previamente para determinar la extensión de la pena sean nuevamente considerados, ahora, para definir la naturaleza de la sanción a aplicar ¿constituye dicho ejercicio una vulneración al principio de doble valoración o *non bis in ídem*? Contestando dicho cuestionamiento, Horvitz Lennon, plantea que al haberse sopesado dichos criterios al momento de

¹⁵LEY 20.084. Artículo 24.- Criterios de determinación de la pena. Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

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

¹⁶NUÑEZ, RAÚL Y VERA, JAIME. "Determinación judicial de la pena, Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno". Política criminal. Vol. 7, N° (13): Pp 170 y siguientes. 2012.

determinar el *quantum* de la pena, existiría una doble valoración de los mismos. En ese sentido, respecto de la gravedad del delito el legislador al establecer el marco penal de extensión de pena fija las posibles sanciones que dentro de ese marco temporal pueden ser seleccionadas, la extensión de la pena juvenil está en directa correspondencia con la pena establecida a los adultos y está a su vez, con la entidad del bien jurídico protegido y magnitud de su afectación, por lo que, si el menor comete un delito de crimen la gravedad del ilícito ya se encuentra valorada y considerada en las reglas de determinación de pena que fija la extensión de la sanción y las penas aplicables a dicho marco, por lo que, todas las valoraciones del injusto y sus diversas manifestaciones como el *iter criminis*, autoría y participación y circunstancias modificatorias de responsabilidad penal se encuentran ya reconocidas en la formulación de los tipos penales y reglas generales que los afectan, proponiendo como solución a dicho defecto la ponderación de la naturaleza de la pena considerando como criterio único aquel más adecuado y efectivo al caso desde la perspectiva del fin de la prevención especial de la pena.¹⁷ En sentido contrario, Gonzalo Medina Schulz, indica que la apreciación recién expuesta constituye una respuesta apresurada al interrogante planteado, ya que, parte del supuesto que en la valoración que el legislador efectúa al establecer un ilícito penal, los elementos son de tal naturaleza que no permiten diferenciar grados de intensidad en la vulneración de la norma, con ello, plantea que tratándose de la gravedad del ilícito siempre será posible advertir, por ejemplo, la entidad de la violencia o amenaza, el actuar con dolo directo o dolo eventual, existiendo distintas formas de vulnerar una norma penal lo que puede dar lugar a juicios de reproche diferenciados, por lo que, no existiría una doble valoración si no que la norma tiene por objeto sopesar la real gravedad del injusto, en el mismo sentido, tratándose de las reglas del *iter criminis* podemos encontrarnos en presencia de un delito consumado o frustrado o en caso de modificatorias las circunstancias fácticas de las mismas pueden ser graduadas otorgándole efectos especiales¹⁸.

¹⁷HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia, N° (7): p. 112. 2006.

¹⁸MEDINA SCHULZ, GONZALO. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Revista de Estudios de la Justicia. N° (11): Pp 246 y siguientes.2009.

1.3. FINES DE LA PENA EN LA LRPA Y SU COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN GENERAL.

Sabemos que una de las inquietudes más relevantes y a la vez abordadas por la doctrina penal desde sus orígenes ha sido intentar dar una respuesta lógica y racional al interrogante sobre ¿Qué puede hacer legítimamente el Estado con el autor de un delito? Las soluciones han sido variadas y disímiles dependiendo de los diversos enfoques que cada corriente, según su época, ha planteado al respecto. En el presente apartado se presentará un cuadro general con las principales teorías de los fines de la pena, con el objeto de poder exponer, con posterioridad, cuales son los objetivos que la CDN y, a su vez, nuestra LRPA han declarado en forma expresa a la pena juvenil lo que será esencial para fundar cualquier interpretación respecto de los efectos de la sanción adolescente en un nuevo reproche penal como adulto.

En primer término, a partir del siglo XVIII y luego del surgimiento del Estado moderno, se pone fin al carácter privado del conflicto penal impidiendo a los particulares el uso de la venganza como forma de resolución de conflictos más propia del estado natural precontractual y surge la pena como una institución estatal, en que es, ahora la sociedad quien a través del Estado y de forma monopólica quien asume la prerrogativa de la respuesta criminal convirtiendo al derecho penal en un derecho de carácter público. Así, las primeras ideas que pretendieron justificar la imposición de la pena, en orden temporal, fueron las teorías relativas o de la prevención consistentes en fundar la pena por medio de fines utilitarios, bajo la premisa de que no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado si no que se evita lo que puede suceder en el futuro, planteando que la limitación de la libertad por medio de la pena solo se puede entender justificada como un medio para alcanzar una meta socialmente valiosa y esa meta no es otra que impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos y motivar a los demás a no hacerlo de la misma manera, descartando la venganza como móvil de la imposición de la sanción.¹⁹

¹⁹BACIGALUPO Enrique. Manual de derecho penal. Parte General. Editorial Temis S.a. Bogotá. 1996. Pp 11 y siguientes.

Por el contrario y una vez descartada la idea de venganza como fin último de la sanción y como respuesta a los fines utilitarios de la pena, surge de la corriente filosófica del idealismo Alemán la noción de pena absoluta o retributiva cuyo máximo exponente fue el pensador Immanuel Kant, quien rechaza cualquier aplicación utilitarista de la pena y por tanto, toda finalidad preventiva de la misma. Sosteniendo que sería ilegítimo perseguir una utilidad con la pena sin que previamente quede jurídicamente establecido cual es la sanción que el delincuente merece, agregando, que el autor no puede ser manipulado como medio para satisfacer las intenciones de otros y ser confundido entre los objetos del derecho de cosas, con lo cual se protege su innata personalidad, recalcando, que ante toda pena debe estar presente la noción de justicia siendo esta la que integra la esencia del concepto y que una vez que el delincuente es digno de castigo debe ser sancionado sin consideraciones de prudencia pues la ley es un imperativo categórico que no se puede soslayar. Por lo que, el merecimiento de pena va asociado únicamente a la infracción de ley, indicando que “todo delito provoca la pérdida de la felicidad” concluyendo, que el límite del *ius puniendi* no puede ser la utilidad de la pena para otros, si no el imperativo de justicia.²⁰ Luego, en el mismo orden de ideas dentro de la noción de retribución, Hegel, desde un punto de vista netamente jurídico dialéctico, plantea que el delito es la negación de la norma por parte del autor y por otro lado, la pena es la materialización de un reproche de culpabilidad, una respuesta merecida al hecho punible. La sanción, en ese sentido, es una respuesta institucional simbólicamente estructurada al delito en que la pena es la negación del delito y por tanto, afirmación dialéctica del derecho, logrando la anulación del delito que de lo contrario tendría plena validez, agregando que la sanción que se le impone al delincuente no solo es en sí misma justa sino que además, es al mismo tiempo expresión de su voluntad racional, de su libertad, por lo que el autor tiene derecho a la pena y en ese sentido, con su aplicación se honra al delincuente como ser racional, recalcando y coincidiendo con Kant en que el delincuente no puede ser utilizado como instrumento para la consecución de fines sociales.²¹

²⁰GARCIA CAVERO, PERCY. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2008. P. 42.

²¹CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho penal español. Parte general. Introducción*. Sexta edición. Tecnos. Madrid. 2006. p 22.

Por otro lado, en cuanto a las teorías relativas, estas suelen dividirse en teorías de la prevención especial y general. Las primeras tienen como destinatario al individuo que cometió el delito con el objeto de evitar la comisión de nuevos hechos ilícitos, ya sea, entregándole herramientas de reinserción social (prevención especial positiva) o mediante la eliminación de su potencial dañino (prevención especial negativa). En concreto estas últimas surgen a mediados del siglo XIX, a partir de los estudios de la escuela jurídico penal sociológica, cuyo mayor exponente es el penalista Franz Von Liszt, quien en su tratado de Marburgo, propone el aseguramiento de la sociedad ante la comisión de nuevos ilícitos mediante la aplicación de medidas de seguridad en contra de los potenciales autores, a través, de la inocuización del delincuente habitual, la intimidación del mero delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. En otras palabras, propone un derecho penal de defensa social fundado en la protección por medio de pronósticos de peligrosidad empíricamente constatados. Así, para Von Liszt, esta función de la pena traerá como consecuencia la sustracción del delincuente inútil para el ordenamiento social, limitando sus posibilidades físicas de comisión de nuevos ilícitos separándolo de la sociedad en forma temporal o definitiva.²² Luego de la segunda guerra mundial comienza un proceso de reconocimiento de los valores inherentes de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, que trajo como consecuencia la exclusión de las ideas de selección y segregación en atención a criterios de peligrosidad postuladas por la escuela positivista. Con ello, surge un derecho penal de la resocialización, como variante de la prevención especial, que tiene por objeto dotar al infractor de herramientas de reinserción y educación que le permitan incorporarse luego del cumplimiento de pena de la mejor manera a la sociedad. Sin embargo, estas teorías, en concreto, han debido lidiar con su escasa comprobación empírica en cuanto a sus buenos resultados.

Ahora, en relación a las teorías relativas de la prevención general, estas tienen como destinatarios a la sociedad, ya sea para inhibir a los potenciales delincuentes mediante la intimidación (prevención general negativa) o entregando un mensaje de

²²MIR PUIG, SANTIAGO. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel S.a. Barcelona. 1994. p. 121.

seguridad a las potenciales víctimas (prevención general positiva). Así, la prevención general negativa, encuentra en la teoría de la coacción psicológica de Feurbach su más destacada expresión, la que en términos generales, postula que si bien el Estado no puede encadenar físicamente a todos los ciudadanos para evitar la comisión de delitos, sí puede hacer uso de las cadenas síquicas eficaces provocando en la mente del indeciso unas sensaciones de desagrado tal que hicieren prevalecer los esfuerzos por impedir la realización del delito y de esa forma ejercer una coacción psíquica para abstenerse de la comisión de hechos ilícitos, recalcando, que la eficacia de esta amenaza va a depender de su realización concreta, es decir, de su efectiva imposición, ya que, sin ella la amenaza en abstracto carecerá de sentido. Por otro lado, la corriente de la prevención general positiva, quien tiene en Gunther Jakobs, a su principal expositor, postula que la legitimidad de la pena reside en su función de comunicar socialmente la desaprobación de la norma violada por el autor y de esta forma estabilizar las expectativas normativamente garantizadas por la ley. En ese entendido, la pena es la demostración de la validez de la norma a costa del responsable, y por tanto, el derecho penal solo tiene una función de ratificar la vigencia de la norma vulnerada y desautorizar la conducta que la lesionó, concluyendo que la pena infringida a un ser individual se convierte en la fuente de seguridad de todos.²³

Más adelante, luego de la década de los 70 surgieron nuevas concepciones que han pretendido dar una justificación a la pena incorporando simultáneamente elementos de prevención especial y general. Una de ellas, es la teoría unificadora preventiva sustentada por Claus Roxin, quien indica de forma tajante que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo, toda vez, que las normas penales solo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y el orden social. Ahora bien, en cuanto a la prevención general y prevención especial, Roxin, sostiene que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos, no obstante, en un orden de prelación

²³JAKOBS GUNTHER. *La pena estatal: Significado y finalidad*. Thompson Civitas. Madrid. 2004. Pp 145.

siempre tendrá preferencia la prevención especial positiva, toda vez, que el fin resocializador o educativo es un imperativo constitucional, en el marco del ordenamiento jurídico alemán, que no puede ser desobedecido. Agrega, para concluir, que el sentido de los fines de prevención general y prevención especial, se acentúan también de forma diferenciada, en primer término, en el proceso de conminación penal dado por la fijación de la pena en abstracto en la ley manifiesta la prevención general intimidadora como fin dando a conocer a la sociedad el hecho típico y la sanción que este lleva aparejado, luego, la imposición de la pena en la sentencia satisface necesidades de prevención especial y general al mismo tiempo, ya que, la amenaza coactiva solo surtirá efecto en la medida que la pena se concrete para, finalmente, en la ejecución de la sanción, prevalecer la prevención especial reconociendo el rol socializador de la pena como fin único en esta etapa, por lo que, esta teoría unificadora, reconoce ambos fines que se interrelacionan recíprocamente, reiterando que en caso de entrar en conflicto, el fin preventivo especial de educación se coloca en primer lugar de forma prevalente. En ese orden de ideas, Roxin, renuncia a todo fin retributivo de la pena, dejando claro que, no obstante, los fines preventivos que esta teoría alude, siempre estará limitada y sujeta al principio de culpabilidad, por lo que, le estará vedado al Estado punir solo con la excusa de educar o resocializar.²⁴

Ahora bien, y entrando derechamente a los fines de la sanción juvenil, la doctrina mayoritaria se encuentra conteste en sostener que de acuerdo a los estándares que impone la CDN los fines de la pena en la LRPA se acercan a las ideas de la prevención especial positiva, lo que se desprende del artículo 20 LRPA y otras disposiciones, que en términos generales plantean la necesidad de que la sanción impuesta al adolescente forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social del joven ofreciendo al condenado todas las opciones para superar en lo posible las diferencias sociales, culturales y educacionales que pueda adolecer, ampliando, en consecuencia, sus opciones de convivencia familiar, laboral y social, en general, que les permitan desempeñarse de mejor manera

²⁴ROXIN CLAUS. *Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. 2° ed. Civitas. Madrid. 1997. Pp 95 y siguientes.

en sociedad. Así, esta finalidad resocializadora tiene su punto de partida en el reconocimiento expreso por parte de la CDN del principio orientador del “interés superior del niño”, que si bien, no se encuentra expresamente definido en la ley se ha entendido que consiste en nada más y nada menos que en la satisfacción integral de los derechos del menor, en cuya virtud, el Estado tiene un deber especial de protección en relación a su desarrollo integral como persona. Constituyendo el principio en comento, una garantía de prioridad o primacía de los derechos de los niños por sobre cualquier otro interés, ya sea, del Estado, los padres o la sociedad, lo que se traduce en que el ordenamiento jurídico debe orientar y limitar todas sus decisiones en consideración a los intereses, garantías y prerrogativas de los menores. Como corolario de lo anterior, surge el principio de indemnidad de la sanción, directriz que se debe ponderar al momento de la determinación e imposición efectiva de la pena, en virtud de la cual, no se puede aplicar una sanción que implique una supresión de derechos, su inaplicabilidad o su denigración en el aspecto operativo. En ese sentido, la pena no puede transformarse en un factor de deterioro de la persona del menor y de sus proyectos de vida a futuro, de lo contrario, estableciendo sanciones similares a los adultos en cuanto a su duración y naturaleza, implicaría la afectación de todas las facultades y garantías del adolescente frente al Estado, de ahí es que se erige la prevención especial positiva como finalidad de la sanción en la LRPA, orientándola a la plena integración de los jóvenes ampliando sus opciones de desarrollo.²⁵ En ese mismo orden de cosas y en estricta relación con el principio rector del interés superior del niño y el de indemnidad en la sanción penal juvenil, es necesario repetir y recalcar que, no obstante, los fines resocializadores que propone la LRPA, el Estado no puede, si quiere someterse a los imperativos de un Estado social y democrático de derecho respetuoso de las libertades y garantías de las personas, más aun de los adolescentes, fundar, ampliar o intensificar la respuesta penal bajo el argumento que la intervención favorece al desarrollo e integración social del individuo. De esta forma, lo que distingue un régimen sancionatorio juvenil basado en el modelo de responsabilidad en contraposición al régimen tutelar, es el reconocimiento irrestricto por parte del Estado de los principios de culpabilidad, necesidad y proporcionalidad de pena con el objeto

²⁵ BUSTOS Ramírez, Juan. Op. Cit.p. 41

de evitar el “fraude de etiquetas” que se constató en el funcionamiento del antiguo régimen tutelar y que justificó su abolición, en que, el Estado, abusando del bien intencionado fin educativo y resocializador, terminó, en concreto, privando y restringiendo de libertad a los menores con la inobservancia de todas sus garantías y prerrogativas como persona, en todas las etapas del proceso y en la ejecución de las sanciones, solo en base a criterios de peligrosidad sin constatar lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido. Por lo que, en definitiva, el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* debe interiorizar y reconocer que el derecho penal no es un instrumento de política social y que si desea lograr las mejoras personales del adolescente que se propone deberá conseguirlo, a través, de la promoción de políticas públicas destinadas a asegurar el desarrollo e integración social de los adolescentes por medio de proyectos en el área de la educación, a nivel básico, medio y superior, dotando al menor de oportunidades reales de inserción en el mundo laboral, mas no, por medio del ejercicio del sistema punitivo. Coincidente con ello, y en relación con el principio de necesidad de pena, incluso Jakobs, tal como ya se expuso, férreo defensor de los ideales de prevención general positiva como fin legítimo de la pena, reconoce que tratándose de menores de edad sería posible renunciar a los fines comunicativos que propone de la pena y disminuir el castigo hasta incluso abstenerse de sancionar al adolescente en aras de lograr su efectiva reinserción y adaptación social atendido las especiales circunstancias de desarrollo del infractor.²⁶

1.4 CONSECUENCIAS INDIRECTAS DE LA SANCIÓN PENAL MÁS ALLÁ DE SU CUMPLIMIENTO.

En términos generales, sabemos que el principal efecto de toda pena impuesta, sea en el régimen general de adultos contemplado en el código penal como las sanciones decretadas de conformidad con la LRPA, es el cumplimiento efectivo de las mismas, ya sea, en el caso del régimen de adultos, en el encierro privado de libertad efectivo o sujeto a alguna pena sustitutiva de la ley 18.216, modificada por la ley 20.603 de junio de 2014, como la remisión condicional de la pena, la reclusión parcial o sujeto a la

²⁶CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. Op.cit. p.170.

medida de libertad vigilada simple o intensiva, el pago de las multas impuestas, la entrega de los bienes respecto de los cuales se decretó el comiso, la suspensión de oficios y cargos públicos, suspensión de la licencia de conducir tratándose de infracciones de la ley de tránsito, entre otras sanciones contempladas en leyes especiales. Ahora bien, tratándose de las penas de adolescentes, su cumplimiento dependerá de la naturaleza de la sanción impuesta, en ese entendido, puede decretarse el encierro total o parcial del menor infractor en régimen cerrado o semicerrado con programas de reinserción social, someterlo al régimen de la libertad asistida simple o especial, dando cabal cumplimiento a los planes de intervención que al respecto determinen los profesionales del área social competentes, el pago de multas, prestaciones de servicio en beneficio de la comunidad y amonestaciones. En la misma línea, existen algunas normas particulares que diferencian la etapa de ejecución de las penas en la LRPA respecto del régimen de adultos, en atención a los distintos fines que estas sanciones persiguen. Así, en primer término, en cuanto al juez competente para conocer de la ejecución, la LRPA indica que corresponderá al tribunal del domicilio del menor a diferencia del régimen general en que los conflictos suscitados a propósito del cumplimiento de una pena serán resueltos por la misma magistratura que dictó la condena. Junto con ello, en el cumplimiento de la pena juvenil existe la posibilidad de suspender la ejecución de la misma, además de contemplar las instituciones de la sustitución, ya sea pura simple o condicional de la sanción una vez que se ha empezado a cumplir y existan avances en el cumplimiento de los fines de la misma y la remisión de la condena, lo que constituye una manifestación clara del fin resocializador de la sanción penal juvenil.

Sin perjuicio de ello, más allá de la obligación de sufrir la carga que impone el cumplimiento de una sanción existen otras consecuencias indirectas que se mantienen en el tiempo una vez finalizado el periodo determinado por la sentencia para el cumplimiento, ya sea, que se trate de una pena de adultos o de adolescentes y que dicen relación con las anotaciones de estas sanciones en los registros prontuarios del condenado que van a ser relevantes para la vida futura del hechor, ya sea en la vida

personal, laboral e incluso en el ámbito criminal²⁷. En ese sentido, claramente, no es intrascendente la existencia de condenas pretéritas en el extracto de filiación de una persona al momento de afrontar un nuevo juicio penal, ya que, nuestra legislación contempla más gravosas consecuencias a la hora de su enjuiciamiento y sanción, impidiendo, por ejemplo, la posibilidad de acceder a salidas alternativas, configuración de circunstancias atenuantes o la sustitución de la pena privativa de libertad, a quienes registren antecedentes penales pretéritos en su extracto de filiación, requisitos que están condicionados, en definitiva, más que a la gravedad y nocividad del ilícito cometido, a las características personales del autor.

En el mismo sentido, nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de instituciones que pretenden dar una solución al conflicto penal distinta de la restricción o privación de libertad por la comisión de un hecho delictivo. Así el código procesal penal regula las salidas alternativas, más precisamente, en el artículo 237 de dicho cuerpo normativo, contempla la suspensión condicional del procedimiento, que consiste en la paralización por un periodo de tiempo no inferior a uno ni superior a tres años del enjuiciamiento penal, quedando sujeto el imputado a ciertas condiciones acordadas con el Ministerio Público, siempre que, este no haya sido condenado previamente.²⁸ En la misma línea, el código penal prevé en el artículo 11 N° 6 la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior respecto de quien posea un extracto de filiación exento de anotaciones penales, vital a la hora de la determinación de la pena efectiva a imponer. Por otro lado, también el código punitivo contempla en los numerales 15 y 16, del artículo 12, la circunstancia agravante de reincidencia genérica o específica, estableciendo un mayor disvalor en la fase de individualización judicial de la pena respecto de quien ha sufrido en el pasado una

²⁷DECRETO LEY 645 SOBRE EL REGISTRO GENERAL DE CONDENAS. CHILE. 1925:

Artículo 1° Créase el Registro General de Condenas sobre la base del prontuario, tarjeta índice e impresión digital, anexo a la Inspección de Identificación de Santiago y bajo la dependencia del jefe de este servicio.

Artículo. 3° En el prontuario respectivo se inscribirán todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por delitos y simples delitos. Se inscribirá también la forma como fue cumplida la pena o las causas por que no se cumplió en todo o parte.

²⁸MATURANA, CRISTIAN Y MONTERO RAÚL. *Derecho procesal penal tomo II*. Editorial Legal Publishing. Santiago de Chile. 2010. P.67.

condena. Finalmente, la ley 18.216, contempla penas sustitutivas para evitar que el hechor “primerizo”, tenga contacto con el régimen carcelario y la sanción no provoque un mayor deterioro en su vida disuadiéndolo de la comisión de nuevos ilícitos, contemplando las penas sustitutivas de remisión condicional de la pena y libertad vigilada para quienes carezcan de anotaciones penales en su extracto de filiación y la reclusión parcial domiciliaria, para quien teniendo condenas previas están no superen los 2 años de privación de libertad.

Así, estos efectos indirectos de la sanción penal juvenil son los que no se encuentran debidamente salvados y regulados en la LRPA y que han dado lugar a distintas interpretaciones y decisiones, la mayor parte de las veces contradictorias, en relación a cuál es la injerencia que tienen las sanciones impuestas bajo el régimen especial y diferenciado de adolescentes ante un nuevo reproche penal como adulto, por lo que se cuestiona si ¿Puede el infractor condenado como menor, gozar de la atenuante de irreprochable conducta anterior? ¿Es posible configurar la circunstancia agravante de reincidencia sea general o específica para aumentar su pena? ¿Es factible que el hechor condenado en su época juvenil pueda ser objeto de alguna de las penas sustitutivas de la ley 18.216? interrogantes que a continuación se intentaran resolver, analizando los principales argumentos que se han ventilado por los intervinientes en sede penal y las distintas resoluciones pronunciadas por los tribunales superiores de justicia relacionándolos con las instituciones abordadas en los apartados anteriores que permitirán, al final, dar una respuesta fundada a los cuestionamientos planteados.

2. INJERENCIA DE LA SANCIÓN JUVENIL EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR.

Tal como se planteó, el artículo 11 N° 6 del código penal contempla la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, morigerante, de importancia capital para mitigar el peso de una condena y sus efectos. Dicha atenuante encuentra su fundamento en el comportamiento anterior intachable del agente que haría presumir que cuando actuó lo hizo en circunstancias excepcionales que influyeron en su capacidad de autodeterminación. Así, un comportamiento anterior sin infracciones a la normativa penal evidencia un permanente acatamiento al ordenamiento jurídico que corresponde valorar de forma positiva al momento de determinar la pena, y en ese sentido, la primera actuación rebelde al derecho amerita una disminución en la intensidad de la sanción penal. Ahora bien, existen posturas doctrinales en conflicto que pretenden explicar el sentido y alcance de los términos irreprochable conducta anterior. Al respecto, Novoa, entiende que la conducta anterior del autor es irreprochable cuando no puede encontrarse nada reprobable en ella, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista moral, evidenciando una interpretación de máxima rigurosidad exigiendo requisitos negativos consistentes en acreditar la inexistencia de condenas penales antes de la comisión del hecho y requisitos positivos, que estriban en haber mantenido el agente un comportamiento ético-social adecuado con sus semejantes, agregando, que al momento de la ponderación de la atenuante deben considerarse factores tales como el ambiente en que vive el individuo que ha ejecutado una conducta delictual, su cultura individual y el contorno social en que se desarrolla, concluyendo, que no se puede exigir de igual manera al sujeto culto que actúa en medios socialmente favorables que al sujeto que no está en condiciones sociales de alcanzar una educación mínima que le permita alcanzar el mensaje de justicia del ordenamiento jurídico, por lo que, las consideraciones de indulgencias deberían estar establecidas en favor de este último y no del primero.²⁹

²⁹NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Curso derecho penal Chileno parte general*. 3° ed. Editorial jurídica de Chile. Santiago De Chile. 2005. P 31 y siguientes.

Cuestionando estas conclusiones, el profesor Enrique Cury, sostiene que de aceptar esta última propuesta de Novoa, nos encontraríamos ante la paradoja fatal de que, en definitiva, el buen carácter grava y lo malo beneficia, agregando, que la solución de exigir requisitos positivos y una conducta moral o ético-social intachable para configurar la atenuante en estudio se apartaría de las características de un derecho penal de acto que pretende concretar nuestra legislación, vulnerando con ello el principio de culpabilidad. Por lo que, en definitiva, entiende que para reconocer la atenuante del artículo 11 N° 6, basta el requisito negativo de que la conducta pretérita del hechor se encuentre exenta de tacha sin necesidad de acreditar que el autor ha llevado una vida virtuosa bastando con justificar que se abstuvo siempre de obrar mal.³⁰ Actualmente nuestra doctrina y jurisprudencia se encuentran contestes en sostener que para configurar la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, es necesario que el actuar previo del hechor se encuentre exento de reproche jurídico careciendo de relevancia los actos que puedan contravenir el orden ético o moral, y en ese entendido, la conducta será jurídicamente irreprochable cuando no existan transgresiones comprobadas al ordenamiento jurídico penal, esto es, sentencias condenatorias firmes y ejecutoriadas previas de carácter criminal y en esa lógica, será merecedor de la circunstancia atenuante en comento, aquel sujeto que no haya cometido delitos previstos y sancionados en el código punitivo y leyes penales especiales, manteniendo su extracto de filiación y antecedentes exento de anotaciones penales anteriores.³¹

De esta forma, teniendo clara cuál ha sido la tesis doctrinal y jurisprudencial respecto del concepto de la circunstancia atenuante en comento, es necesario abordar las principales líneas argumentativas en torno al interrogante planteado en el título de este apartado, esto es, si las sanciones juveniles impuestas impiden o no la configuración de la morigerante analizada.

³⁰ CURY Urzúa, Enrique. *Derecho penal: Parte general. Tomo II.* 2° ed. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992. p 117.

³¹ BULLEMORE GALLARDO, VIVIAN. *Tratado de jurisprudencia y doctrina: derecho penal.* Thomson Reuters Puntolex: Fallos del Mes. Santiago, Chile. 2011. p 79.

2.1 POSTURA A: SANCIÓN JUVENIL IMPIDE CONFIGURACIÓN ATENUANTE DEL ARTICULO 11 N°6

A la luz del estado actual del debate en juzgados con competencia en lo penal, así como de los distintos fallos emanados de los tribunales superiores de justicia, estamos en condiciones de aseverar que esta postura que niega la posibilidad de configurar la atenuante de irreprochable conducta anterior a aquellos imputados que han sido condenados previamente en su época juvenil defendida, principalmente, por el Ministerio Público en sus distintas intervenciones, es la tesis mayoritaria y predominante respecto al punto en atención a los argumentos que a continuación se expondrán.

En primer término, el ente persecutor ha planteado, que nuestro sistema de responsabilidad penal juvenil no contiene normas que regulen específicamente los efectos que deben asignarse a las anotaciones prontuariales que generen las condenas que se imponen a adolescentes ni mucho menos cuales sus efectos en relación con la restante normativa penal y en ese escenario, las normas aplicables son las mismas existentes para adultos. Por lo que, los menores de dieciocho años se encuentran sujetos a idénticos mecanismos de eliminación de anotaciones prontuariales del régimen general, en atención al reenvío que realiza el artículo 2 de la LRPA a la normativa penal general en todo lo no regulado por la ley 20.084. Así, solo las anotaciones eliminadas del prontuario según lo dispone el D.L 409³² quedarían al margen de ser consignadas en el extracto de filiación y antecedentes, dado que quienes cumplen con todos los requisitos establecidos por esta norma serán considerados como si nunca hubieren delinquido para todos los efectos legales. En sentido contrario, quienes no cumplan con estos mandatos tendrán consignada esta

³²DECRETO LEY 409 SOBRE REGENERACIÓN Y REINTEGRACIÓN DEL PENADO A LA SOCIEDAD. Chile. 1932. Artículo 1. Toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinquido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado.

condena en su registro de anotaciones penales y por tanto, no será posible reconocer la atenuante en discusión. Esto, en atención, a que el marco normativo delimita un radio de acciones jurídicas cuyos énfasis o alcances son determinados por la política de persecución, en concreto, la definición político criminal que plantea las anotaciones prontuariales registradas durante la adolescencia de una persona y la posibilidad de usarlas para agravar o atenuar su responsabilidad por los delitos cometidos en la adultez, debe ajustarse al marco jurídico y permitir que los conflictos que subyacen en cada caso particular se resuelvan de modo que la respuesta penal concreta satisfaga los propósitos preventivo generales del sistema penal y actualice la prevención especial positiva de un modo suficiente sin excesos.³³

En ese mismo orden de ideas, se ha sostenido que si bien, por mandato del artículo 59 de la LRPA, que modifica el inciso 2 del decreto ley N° 645 que crea el Registro Nacional de Condenas, las sanciones impuestas como menor de edad solo podrán ser consignadas en certificados que se emitan para efectos de ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y la Policía de Investigaciones, y por tanto, vedada la posibilidad de registrar dicha condena en el extracto de filiación y antecedentes del menor enjuiciado ahora como adulto. De todas formas, la sola existencia de la condena previa en la época juvenil impide cumplir con el requisito que indicamos en el apartado anterior para ser beneficiado por la mitigante en estudio. Así, los tribunales han entendido que la conducta previa del encartado no ha sido intachable, por el contrario, ha sido objeto de macula o reproche jurídico, ya que, la sanción juvenil, no obstante, ser atribuida bajo un régimen especial y diferenciado es en esencia un reproche jurídico penal que da cuenta del actuar delictivo del sujeto y que impide el reconocimiento de la atenuante, recalando que el espíritu de la ley es evitar que la condena juvenil impida o entorpezca las posibilidades de desarrollo social o laboral del menor, lo que ocurriría si apareciera una condena en su extracto de filiación. Por otro lado, concluir que dicha omisión también debe hacerse extensiva a la situación del encartado en un nuevo reproche penal sería extender infundadamente la

³³FUENZALIDA SUAREZ, IVÁN. Regulación y efectos de las anotaciones prontuariales de los adolescentes. Revista jurídica del Ministerio Público, N° (35):321-334. 2008.

intención del legislador, reconociendo, que es posible acreditar la existencia de condenas previas con cualquier otro medio de prueba, sin ser vinculante el extracto de filiación libre de anotaciones penales.³⁴

Otro punto relevante que la judicatura ha tenido en consideración al momento de fundar la decisión que se expone en este capítulo, es lo atinente a la fuerza vinculante del artículo 21.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia (en adelante Reglas de Beijing) que establecen en forma expresa que los registros de menores delincuentes no se podrán utilizar en nuevos procesos como adultos en los que esté implicado el mismo sujeto. Al respecto nuestra jurisprudencia ha sido oscilante en cuanto a su reconocimiento, no obstante, en su mayoría han indicado que el inciso segundo del artículo 2 de la LRPA dispone que en aplicación de la ley 20.084 las autoridades deberán tener en consideración todos los derechos y garantías que le son reconocidas en la Constitución, en las leyes, en la Convención de Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Y en ese sentido, dichas directrices o recomendaciones no han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico desde que no han sido aprobadas como convención ni tratado internacional por Chile, sin que la ley nacional especial contenga ninguna disposición que las haga procedentes de manera tal que constituyen meras recomendaciones para los Estados partes y que puede tener presente y acoger en el diseño normativo de sus instituciones y ordenamientos internos, de modo que solo si así ocurriera podrían tener carácter vinculante. En ese sentido, el único instrumento internacional sobre derechos de la infancia y la adolescencia que cumple con los requisitos de haber sido ratificado por Chile y encontrarse vigente es la Convención de Derechos del niño que no contiene normas específicas que se refieran al efecto de las sanciones impuestas como menor en la época de adulto.³⁵

³⁴ Así lo expresan los fallos dictados por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua en causa Rol 1633-2011 de 20 de enero de 2012 y recientemente, el tercer tribunal oral en lo penal de Santiago en causa Rit 342-2012, con fecha 08 de marzo de 2014.

³⁵ De esta forma lo argumentó la Excelentísima Corte Suprema en las causas Rol 7364-2012, de 4 de diciembre de 2012 y 7670-2012 de fecha 13 de diciembre de 2012.

2.2 POSTURA B: POSIBILIDAD DE RECONOCER ATENUANTE EN COMENTO PESE A SANCIÓN JUVENIL.

Los argumentos que en términos generales se han planteado para sostener la concurrencia de la morigerante en estudio se basan en el especial carácter del reproche al que es objeto el adolescente derivado de su particular estado de desarrollo que obliga a reconocer una capacidad penal distinta del adulto, no una imputabilidad disminuida o deteriorada como se venía sosteniendo, sino más bien, una capacidad de adolescente, razonamiento que se ve materializado en el artículo 10 N° 2 del código penal que en términos concretos asume que en nuestra legislación existen dos sistemas penales claramente diferenciados según la edad de la persona a quien se imputa una determinada conducta, quedando los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años exentos de responsabilidad criminal exigible para adultos, pero, sometidos a un sistema de responsabilidad especial diferenciada prevista en la LRPA. En ese mismo sentido, los Tribunales Superiores de justicia, aunque de manera excepcional, han resuelto que la LRPA inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido como consecuencia necesaria de los mandatos de la CDN, que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad lo que encuentra reconocimiento expreso en el artículo 2° de la LRPA, en el que se establece que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, es decir, sin afectar el desarrollo del menor, lo que es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos³⁶. En consecuencia, podemos concluir que los criterios para enfocar el

³⁶ Razonamiento expuesto en Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Chile pronunciada en Causa Rol 2995-2012 del 18 de abril de 2014.

sentido y alcance de la normativa penal adolescente vigente supone, necesariamente, considerar las particularidades jurídicas del sujeto responsable, la especial limitación del poder punitivo en la imposición de la pena, el reforzamiento de las garantías del menor, el enfoque sistemático y los fines de la intervención penal, todos factores que encuentran su fundamento en el mandato internacional impuesto a los Estados y reconocido en nuestra LRPA de velar por el interés superior del niño. Principio que pese a su aparente ambigüedad e indefinición, se ha transformado en un mecanismo eficaz de oposición a la amenaza y vulneración de las prerrogativas penales y procesales reconocidos a los adolescentes y a su vez, como medio idóneo de promoción de su protección igualitaria. En este sentido, el interés superior del menor, más que un mero principio constituye un mandato, una obligación especial de carácter imperativo para las autoridades políticas y judiciales que los determina a realizar acciones que tiendan a la plena satisfacción de sus intereses y derechos reconocidos, así como garantizar su plena eficiencia y exigibilidad, de ahí que el Estado en el ejercicio del poder punitivo deba orientar todas sus decisiones a estas prerrogativas permitiendo resolver los conflictos de derechos y vacíos legales considerando el derecho a la libertad, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad e indemnidad³⁷. En ese orden de ideas, la autoridad pública deberá propender a una particular protección del adolescente con el fin de evitar la frustración de su identidad, con el objeto de que llegue mañana a ser un hombre activo, plenamente integrado en la sociedad en su condición de adulto.³⁸ Por lo que, en base a lo expuesto, forzoso resulta concluir que no es posible equiparar la sanción juvenil con una pena de adulto atendido a que la primera surge como reconocimiento por parte de nuestra legislación de un sistema penal juvenil diverso, benigno y diferenciado integrado con normas y reglas que consideran el especial estado de desarrollo del menor, en que las conductas delictivas realizadas por adolescentes no pueden merecer un reproche jurídico idéntico al del adulto dadas sus particularidades y mucho menos permitir que este reparo se perpetúe en el tiempo y continúe produciendo efectos negativos en

³⁷CILLERO BRUÑOL, MIGUEL. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos de los niños. Justicia y Derechos Del Niño. N° (1): Pp. 50 y siguientes.1999.

³⁸DIAZ CORTES, LINA MARIOLA. *Introducción al derecho penal juvenil*. Librotecnia. Santiago, Chile, 2010. p.269.

detrimento de la persona del autor, evitando cualquier intención de transformación o cambio de vid. Por lo demás y a decir del profesor Enrique Cury, manifestando su adhesión a la tesis en comento, los hechos de la adolescencia y juventud no revelan tendencia antisocial alguna, sino por el contrario, son expresiones comprensibles y justificadas propias de la efervescencia vital imperante en esa edad, concluyendo que los muchachos de Unamuno que quiebran los faroles del alumbrado público para expresar su entusiasmo juvenil no dejan de gozar por ese solo hecho de una conducta irreprochable.³⁹

Un segundo argumento y como respuesta a lo expuesto en el apartado anterior en relación con la aseveración de que al no existir en nuestro ordenamiento jurídico normas especiales que regulen expresamente los efectos de la sanción juvenil en un nuevo reproche penal como adulto y teniendo presente el reenvío del artículo 2 de la LRPA que harían aplicables las reglas generales de eliminación de antecedentes previstas para los adultos, desde un punto de vista estrictamente formal es posible cuestionar la naturaleza jurídica del DL 645 que crea el registro Nacional de condenas, toda vez, que el artículo 2 de la LRPA mandata expresamente que en lo no regulado por la LRPA serán aplicables las reglas del código penal y leyes penales especial. En ese sentido, lo cierto es que ateniéndonos estrictamente al principio de legalidad, los decretos leyes dictados por gobiernos de facto no son leyes propiamente tales y por tanto, no pueden constituir una fuente legítima del derecho penal, toda vez, que no cumplen con las formalidades que nuestra Constitución política prevé para las leyes y por consiguiente sus mandatos y prohibiciones dejan de surtir efectos cuando desaparece la autoridad de facto que les otorgaba la coactividad en que basa su imperio⁴⁰. En esa misma línea y como corolario de lo anterior, el marqués de Beccaria ya expresaba, en su famoso tratado de los delitos y las penas, que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y por tanto, esa autoridad únicamente debe residir en el legislador que representa a toda la sociedad unida por el contrato social.⁴¹

³⁹CURY, ENRIQUE. Op cit.p.121.

⁴⁰POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE, RAMIREZ MARÍA CECILIA. *Lecciones de derecho penal chileno, Parte general*. 2° ed. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2005. p 96.

⁴¹ BECCARIA. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Heliasta Buenos Aires. 1993. p. 61.

Junto con los cuestionamientos formales expuestos, ahora, desde un punto de vista material atingentes son los cuestionamientos expuestos por la doctrina en cuanto a que la LRPA no se haya hecho cargo expresamente de un sin número de aspectos sustantivos y adjetivos relevantes al momento de enjuiciar la participación criminal de un adolescente, como las instituciones que se desarrollan en este trabajo, delegando dicha regulación a las normas generales contenidas en el código penal o leyes especiales para adultos, contrariando los principios y mandatos internacionales vigentes. De esta forma, Hernández Basualto indica que en los aspectos no abordados por la ley explícitamente será labor del interprete realizar una lectura y análisis diferenciado de dichas instituciones, agregando, que malamente, la ley solo se hizo cargo del *quantum* y la naturaleza de las sanciones, pero no de las penas en sí mismas, sin considerar las especiales características de un sujeto con un grado de madurez distinto del adulto, dando cuenta de un sistema de imputación desigual, desproporcionado e injusto que no distingue entre situaciones diferentes afectando con ello la garantía constitucional de igualdad ante la ley del N° 2 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, por lo que, no se encuentra ajustada a derecho la decisión legislativa de aplicar en forma subsidiaria el régimen de adultos en los casos no previstos expresamente por la ley juvenil y en ese sentido, concluye que, en ese escenario, le corresponderá a los tribunales de justicia a través de la interpretación de la normas según los mandatos constitucionales e internacionales hacer efectiva estas reglas de imputación diferenciada y más benigna.⁴²En el mismo orden de ideas y en concreto respecto a la aplicación subsidiaria de las normas de eliminación de antecedentes de adultos para las condenas impuestas conforme la LRPA, Mauricio Duce, expone que la exigencia internacional apunta a impedir que un registro de sanciones juveniles pueda ser invocado en un caso contra la misma persona en el sistema de adultos o al menos limitarlo en forma importante. En nuestra legislación, por el contrario, dada la laguna existente, tanto el Decreto Ley 645 que crea el registro nacional de condenas como el Decreto Supremo N°64 de eliminación de prontuarios penales de anotaciones, no reconocen adecuadamente las particularidades de los

⁴² HERNANDEZ BASUALTO HÉCTOR. El nuevo derecho penal de adolescente y la necesaria revisión de su "teoría del delito". Estudios De Derecho Penal Juvenil I. N° (5): Pp. 88 y siguientes. 2009.

jóvenes objeto de persecución pena. En ese sentido, el legislador resolvería el conflicto con criterios netamente normativos y no ontológicos o teleológicos, reconociendo solo parcialmente las exigencias internacionales de una justicia juvenil especializada, por lo que, plantear la utilización de los antecedentes penales previos en época juvenil dificulta el proceso de reintegración social de jóvenes infractores, no pareciendo razonable que el sistema se haga cargo del problema a través de una regulación que no toma en consideración realidades tan diversas como los adolescentes y adultos sustentando su accionar en disposiciones y criterios adoptados en el primer tercio del siglo pasado, concluyendo que, constatada esta realidad nuestro ordenamiento jurídico está bastante lejos de contener un sistema que reconozca y desarrolle en profundidad los elementos de especialidad que requiere un sistema de responsabilidad juvenil de acuerdo a estándares internacionales.⁴³

Ahora bien, según se expuso en el acápite anterior, otro punto conflictivo al momento de fundar la posibilidad de configurar la morigerante de irreprochable conducta anterior respecto de imputados condenados previamente bajo el régimen de la LRPA, es la obligatoriedad o fuerza vinculante del artículo 21.1. de las Reglas de Beijing que expresamente prohíben tomar en consideración las condenas como menor en un nuevo reproche penal como adulto, sin embargo, tal como se analizó, la respuesta a dicha inquietud no ha sido pacífica. Al respecto, la postura de quienes sostienen la tesis que se expone en este apartado reconocida en algunos fallos de los tribunales superiores de justicia, se basan en que la LRPA expresamente reconoce el rol orientador de los instrumentos internacionales disponiendo en el inciso segundo del artículo 2 de la LRPA, que las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que le son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la CDN y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, incluso el mensaje del ejecutivo precisó que las disposiciones propuestas recogen las más recientes innovaciones legislativas del derecho comparado aludiendo, entre otras, a las Reglas de Beijing, en ese entendido, el

⁴³DUCE, MAURICIO. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno. Política Criminal N° (10). Pp. 230 y siguientes. 2010.

sistema de responsabilidad penal especial implantado busca conciliar la necesidad de sancionar las conductas ilícitas tipificadas penalmente en que incurran los adolescentes con la circunstancia de pertenecer a un grupo etario cuya característica más relevante es ser sujetos en desarrollo, norma que tiene su fuente informadora en la CDN, convenio que en su texto de aprobación menciona de manera expresa a la reglas mínimas de Beijing, en la misma línea, la resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, invita a sus Estados miembros, entre los cuales se encuentra Chile, a que adapten su legislación, sus políticas y sus prácticas nacionales a estas normas. Por lo que, estamos en presencia de un mandato expreso de aplicar principios generales de un derecho que trasciende el ordenamiento jurídico nacional por ser inherente a la naturaleza humana y en ese orden de cosas, el derecho internacional no solo está integrado por aquellos instrumentos celebrados entre Estados, como los pactos, tratados y convenios, sino que también por los principios generales del derecho. En consecuencia, las reglas de Beijing deben ser aplicadas por quienes están llamados a administrar justicia aun cuando no tengan la categoría de Tratado Internacional porque expresamente la CDN, que si es un tratado ratificado por Chile, insta por la aplicación de los principios contenidos en dichas reglas y además, porque una cuestión como la que nos ocupa en que se pretende considerar un antecedente penal pretérito generado cuando el imputado, ahora adulto, era adolescente, debe resolverse, por la vía de la aplicación de los principios y reglas internacionales recogidas y contenidas en la LRPA, solución que en nada contradice al derecho chileno, por lo que resultaría ilógico que nuestra legislación reconozca las especiales características de un sujeto en desarrollo como es el adolescente y le aplique un estatuto punitivo diferenciado y más benigno, para permitir que esa conducta juzgada y sancionada bajo ese estatuto especial, perdure en el tiempo y sirva para que después, en la eventual comisión de un delito siendo adulto, agrave la pena a imponer lo cual significaría que carece de sentido ese tratamiento diferenciado entre adolescente y adulto.⁴⁴

⁴⁴ Fundamentos materializados en resolución dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 27 de septiembre de 2010, en causa Rol 262-2010, que acoge Recurso de Nulidad impetrado por la defensa.

Para complementar el punto, las reglas de Beijing constituyen directrices y normas programáticas que no es posible ignorar aunque éstas no hayan sido incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico chileno, no al menos sin dejar de lado el elemento histórico de interpretación contenido en el inciso 2° del artículo 19 del Código Civil, desde que constituyó uno de los instrumentos internacionales informadores del proyecto de la LRPA⁴⁵. En el mismo orden de ideas e incluso yendo más allá de lo resuelto por los tribunales superiores de justicia, el numeral 2 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre interpretación de tratados Internacionales, de mayo de 1969, mandata expresamente que para fijar el verdadero sentido y alcance de un tratado deberán considerarse además del texto propiamente tal, el contexto de su dictación, su objetivo y finalidades, recalcando que el contexto del tratado está integrado, además del cuerpo normativo, por el preámbulo y los anexos del mismo y en este sentido, precisamente, el preámbulo de la CDN menciona expresa y reiteradamente a las reglas de Beijing como fuente normativa e informadora. Por lo que, podemos estar en condiciones de afirmar que estas reglas mínimas al ser considerada expresamente en el preámbulo es también, en consecuencia, parte integrante de la CDN y al estar esta ratificada por Chile y encontrarse vigente genera todas las consecuencias jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico nacional que nuestra Constitución Política prevé para los tratados internacionales sobre derechos humanos que se encuentran en esa condición. En virtud de ello, las prerrogativas naturales reconocidas en las reglas de Beijing se incorporan al ordenamiento jurídico interno adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica sin necesidad de reforma no pudiendo ningún órgano del estado desconocerlos. Incluso su vulneración constituye no solo una transgresión a la Constitución sino también a la CDN, trayendo aparejadas las consecuencias jurídicas que correspondan tanto a nivel nacional como internacional y solo por medio de una reforma constitucional podrían modificarse sus normas en la medida que implicara una mayor protección.⁴⁶

⁴⁵ Así lo expreso la Excelentísima Corte de suprema en fallo de 17 de septiembre de 2013, en causa Rol 1709-2013, que será analizado con mayor profundidad al tratar la Reincidencia.

⁴⁶ VERDUGO MARINKOVIC MARIO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO. *Derecho constitucional. tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002. p.126.

3. EFECTOS DE LA PENA JUVENIL EN EL RECONOCIMIENTO DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA.

En el presente capítulo abordaremos los fundamentos que se han tenido en consideración para determinar si las sanciones impuestas en el régimen especial y diferenciado de adolescentes pueden ser invocadas para configurar la agravante de reincidencia, ya sea, específica o genérica según los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal. En primer término analizaremos el concepto, características y principales teorías justificativas del instituto en comento, que en nuestro país fue modificado el año 2008 por la ley 20.253 denominada agenda corta antidelincuencia, para luego analizar cada una de las posturas en conflicto.

En ese orden de ideas, siempre la doctrina ha manifestado la dificultad de elaborar un concepto preciso y universal de la agravante de reincidencia, debido a la disparidad de elementos y criterios que la legislación comparada exige para su determinación. No obstante, desde un punto de vista estrictamente jurídico, podemos expresar que la reincidencia puede caracterizarse como el hecho de volver a cometer un delito después de haber sido condenado anteriormente por el mismo o por otro delito, diferenciándose de la reiteración en el hecho que esta última se produce también la comisión de varios delitos, pero entre ellos no ha mediado condena.⁴⁷ Junto con los conceptos presentados, poseen especial relevancia doctrinal las diversas clasificaciones de reincidencia, así, dependiendo de si la condena anterior se cumplió o no, se sostiene que ésta se puede clasificar en propia o impropia o también llamada ficta, encontrándonos en presencia de la primera cuando el sujeto ha cumplido efectivamente la primera pena impuesta, por el contrario; existe reincidencia impropia o ficta, cuando el hechor no ha cumplido la pena anterior, ya sea, por rebeldía o por haber obtenido algún tipo de beneficio alternativo al cumplimiento de la pena. Una segunda clasificación, ahora en atención a la naturaleza de las penas impuestas, la reincidencia se puede dividir en genérica y específica, siendo genérica cuando el

⁴⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. *Derecho penal. Parte general*. Tomo II. 3ra ed. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1998. p 30.

culpable ha sido castigado precedentemente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena, para lo cual esta debe ser considerada en abstracto, es decir, aquella pena que la ley prevé para el delito sin considerar las circunstancias agravantes y atenuantes del hecho en concreto, por otro lado, estamos en presencia de reincidencia específica, cuando el culpable ha sido previamente castigado por un delito de la misma especie, esto es, que afecte a un mismo bien jurídico⁴⁸. Al respecto, es preciso mencionar que nuestra legislación hasta antes de la ley 20.253, contemplaba estas cuatro clasificaciones, no obstante, con esta nueva normativa se elimina la noción de reincidencia propia o verdadera, que exigía el cumplimiento efectivo de la anterior pena para que el hechor fuese considerado reincidente, existiendo desde el 14 de marzo del 2008 en nuestra legislación la noción de reincidencia impropia o ficta, bastando la sola condena anterior firme y ejecutoriada para tener por establecida esta circunstancia agravante. Ahora bien, en cuanto a los fundamentos que justificarían un trato menos benigno con aquella persona que ha vuelto a delinquir, variados han sido los argumentos que se han propuesto. En ese sentido, ya la escuela clásica de Carrara justificaba esta situación en el hecho de que el delincuente no ha aprovechado el castigo anterior, ya que, el cumplimiento de la pena no fue suficiente para enmendar su rumbo extraviado, así, a través de la comisión de un nuevo delito el autor demuestra su voluntad persistente y constante de delinquir manifestando una notable inclinación al delito y a la transgresión de la norma, revelando que la sanción no ha cumplido la misión reeducadora que constituye el fin de la pena, por lo que, de él se pueden esperar ulteriores hechos penales de relevancia. En la misma línea, la teoría de la justificación por la doble lesión funda la existencia de la reincidencia en el hecho que el delito, además del daño lógico que produciría la comisión del delito a la víctima, provocaría también, una alarma social que se traduciría en un segundo daño de carácter político social, lo que justificaría un mayor injusto.⁴⁹

⁴⁸LABATUT GLENA, GUSTAVO Y ZENTENO VARAS JULIO. *Derecho penal tomo I*. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. p. 229.

⁴⁹WELZEL HANS. *Derecho penal. Parte general*. Roque Depalma Editores. Buenos Aires. 1996. p. 253.

3.1 POSTURA A: CONDENAS IMPUESTAS COMO ADOLESCENTE PUEDEN SER CONSIDERADAS PARA AGRAVAR LA PENA DEL AUTOR EN UN NUEVO PROCESO COMO ADULTO.

Sobre este punto además de los argumentos ya vistos relacionados con el reconocimiento o no de la atenuante de irreprochable conducta anterior, que dicen relación con la aplicación supletoria de la normativa penal general en todo lo no previsto por la LRPA que hace aplicables a las sanciones juveniles las reglas de eliminación de antecedentes para adultos y el carácter meramente orientador y no vinculante de las Reglas de Beijing, existen otros argumentos interpretativos a partir de la normativa vigente, en concreto, el artículo 59 de la LRPA que modifica el artículo 2 del DL 645 que crea el Registro Nacional de Condenas, prevé que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados, entre otros fines, para su comunicación al Ministerio Público y a los tribunales con competencia en lo criminal, para comprobar la reincidencia de los imputados. En este sentido, el Ministerio Público y algunos fallos de los tribunales superiores de justicia han planteado que la circunstancia que la ley penal para menores establezca la existencia de un registro especial para anotar las infracciones que éstos cometan no puede ser interpretado como una derogación tacita de normas sustantivas de carácter penal, entre las que se encuentran la circunstancia agravante de la reincidencia, pues solo tiene por objeto evitar la estigmatización de los jóvenes que delinquen, sin que por ello se elimine de pleno derecho su historial delictivo. En ese sentido, la norma ya citada hace una clara y expresa referencia legal a la vigencia de la agravante de reincidencia respecto de adolescentes excluyendo cualquier posible interpretación teleológica al respecto que intente evitar su reconocimiento, ya que, el legislador tuvo en vista dichas directrices y mandatos al momento de promulgar el artículo 59 de la LRPA, de tal forma que al consignarse expresamente la procedencia de la agravante en estudio al momento de la determinación de la pena constituye una clara e incuestionable manifestación del parecer legislativo de reconocer su plena vigencia.⁵⁰

⁵⁰PEÑA SEPÚLVEDA, RODRIGO. Procedencia de la agravante de responsabilidad penal de reincidencia específica, respecto de condenas impuestas como adolescente. Revista jurídica del Ministerio Público, N° (53):257-268.2009.

3.2 POSTURA B: NO ES POSIBLE FUNDAR AGRAVANTE DE REINCIDENCIA POR CONDENA IMPUESTA EN RÉGIMEN SANCIONATORIO JUVENIL.

Junto con los fundamentos explicados en el capítulo anterior para sostener la posibilidad de reconocer la atenuante del artículo 11 N° 6 de irreprochable conducta anterior pese a la existencia de sanciones juveniles previas y antes de entrar al análisis de la tesis interpretativa del artículo 59 de la LRPA como respuesta a la postura expuesta en el acápite recién visto, es necesario tener presente que ya en el régimen general de adultos previsto en el código penal, resulta complejo y cuestionable encontrar justificación a la institución de la reincidencia dentro del marco del derecho penal liberal en un Estado social y democrático de derecho. Así, la doctrina ha cuestionado la agravación de la sanción penal en atención a la existencia de una condena anterior, toda vez que, en primer término, esta circunstancia atentaría contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N°2 de nuestra Constitución Política, ya que, ante la comisión de hechos de la misma naturaleza y significación se impondrían sanciones distintas por la sola circunstancia de que una persona ha cometido delitos con anterioridad, es decir, para la determinación de la pena en concreto se toman en consideración antecedentes ajenos al hecho punible propiamente tal y sin atinencia con la culpabilidad.⁵¹ En ese sentido el principio de culpabilidad constituye, además de la razón de ser de la pena, un límite de la misma, una exigencia de adecuación de la medida de la sanción en atención a la gravedad de la culpabilidad, manifestando con ello, el reconocimiento de las garantías fundamentales de dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, propias de un derecho penal liberal del acto que pretende sancionar conductas, actuaciones y no meros pensamientos y formas de ser, imponiendo restricciones o privaciones de libertad a los ciudadanos en base a criterios o pronósticos de peligrosidad⁵².

⁵¹ Manifestando su rechazo a la circunstancia agravante de reincidencia Enrique Cury, Eduardo Novoa Monrreal, Gustavo Labatut Glenda, planteamientos tratados en GARRIDO MONTT MARIO. *Derecho penal parte general tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997. p. 207.

⁵²BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios constitucionales del derecho penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1999. Pp 156 y siguientes.

Por el contrario, la reincidencia es una circunstancia agravante que no resulta explicable por una mayor culpabilidad por el hecho cometido, sino que el fundamento del trato menos benigno se encontraría, exclusivamente, en la personalidad del hechor, resultando constitucionalmente inconveniente su establecimiento por deslegitimar y controvertir la existencia de un derecho penal esencialmente respetuoso del fuero interno y limitado a la exclusiva protección de bienes jurídicos sociales externos. De ahí que esta agravante constituye en su esencia un reproche a una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida.⁵³ En ese orden de ideas y según lo expresa don José Luis Guzmán Dalbora, el delito pasado bajo ningún respecto aumenta el injusto de la nueva fechoría, por el contrario, la vida sesgada por un reincidente vale exactamente lo mismo del que muere en manos de alguien que nunca antes cumplió condena⁵⁴. Junto con ello, también se cuestiona esta circunstancia agravante, por estimar que al recordar un delito ya castigado e imponer una pena más grave solamente en base a la existencia de una condena previa, se transgrede el principio del *non bis in ídem*, olvidando que con el cumplimiento de la primera pena el delito ha sido expiado y en ese sentido, la ley y el Estado han quedado satisfechos y se han reconciliado, al menos, teóricamente, con el hechor⁵⁵. En concordancia con lo anterior, también el instituto en comento entra en conflicto con los principios de humanidad y resocialización, en cuya virtud se pretende orientar a que la sanción penal sea cada vez menos violenta en cuanto a su duración y contenido, así, se recomienda que en los Estados democráticos de Derecho no solo se prohíban las penas y medidas inhumanas y degradantes, sino también, se propende a la reducción del contenido aflictivo de las mismas suprimiendo el carácter estigmatizante de la sanción impuesta limitando la eficacia discriminadora de los antecedentes penales.⁵⁶

⁵³ MIR Puig, Santiago. *Derecho penal: Parte general*. 7° ed. Repertor. Barcelona.2007. Pp. 624.

⁵⁴ GUZMAN DALBORA, JOSÉ LUIS. Especies y efectos penales de la reincidencia. Centro de documentación Defensoría Penal Pública. Seminario: Agenda Corta Antidelincuencia. N° (3): 35-46.2010.

⁵⁵ FONTAN Balestra, Carlos. *Derecho penal. Introducción y parte general*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Pp 513 y siguientes.

⁵⁶ LUZON Peña, Diego Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general*. Editorial Universitas S.A. Madrid. 1996. p 89.

A continuación corresponde exponer la tesis interpretativa del artículo 59 de la LRPA que modifica el artículo 2 del DL N° 645, respecto a la consideración de los antecedentes criminales como menor de edad para efectos de reincidencia en respuesta a la postura analizada en el apartado anterior que en principio supondría entender que el legislador expresamente autorizó la posibilidad de invocar condenas impuestas bajo el régimen sancionatorio juvenil para efectos de agravar la pena de quien es nuevamente objeto de condena. No obstante, la excelentísima Corte Suprema de justicia en fallo de fecha 17 de septiembre de 2013, pronunciado en causa Rol 4419-2013, que pese a rechazar, por otros motivos, el recurso de nulidad impetrado por la defensa, estableció que el imputado con sentencias condenatorias previas como menor carga con una condena pretérita por un delito, que si bien, no puede ser considerado como reincidente de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 12 del código penal, de todas formas esta sanción juvenil surtirá otros efectos, así, tratándose de un nuevo juicio criminal como adolescente esta sanción deberá ser incluida entre los factores que genéricamente recoge la letra f) del artículo 24 de la LRPA con el objeto de determinar la naturaleza de la pena que se impondrá dentro de las diversas alternativas que para cada grado de penalidad ofrece el legislador así como para fijar su concreta cuantía dentro del marco legalmente determinado que corresponda. Por otro lado, si el nuevo procedimiento penal se ventila cuando el condenado juvenil ya es adulto, esta sanción tendrá injerencia al momento de ponderar los antecedentes personales y sociales del condenado para la configuración de los requisitos que establece la ley 18.216, para la aplicación de alguna pena sustitutiva, según se cumplan los distintos requisitos de que exige la mencionada ley, interpretación, que bajo ningún respecto cuestiona lo dispuesto en el artículo 2º del DL N° 645, modificado cuando prescribe que los antecedentes relativos a las condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados, entre otros fines, para su comunicación al Ministerio Público y a los tribunales, para comprobar la reincidencia de los imputados, ya que, según lo dispone expresamente el fallo, la ley penal no se sirve de la expresión “reincidencia” sólo para aludir a la agravante del artículo 12 N° 14, 15 ó 16 del Código Penal, sino también para indicar otras consecuencias de diversas naturalezas, como en este caso.

4. CONSECUENCIA DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL EN LA CONCESIÓN DE PENAS SUSTITUTIVAS.

El 12 de junio de 2012, se promulgó la ley 20.603 que modifica el régimen de medidas alternativas a la pena que contemplaba la ley 18.216 por un nuevo estatuto de penas sustitutivas a las penas restrictivas o privativas de libertad con la intención, según el mensaje del ejecutivo, de concretar con esta nueva normativa son el fortalecimiento de la reinserción social, controlar la ejecución de las penas y el uso racional de las sanciones privativas de libertad. En esa línea, la nueva ley 18.216 establece como principal novedad, en lo atingente con la presente investigación, la creación de penas sustitutivas consistentes en la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada simple e intensiva y la reclusión parcial domiciliaria previendo diversas modalidades de cumplimiento según las necesidades del condenado. Al respecto, tanto la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena y la libertad vigilada en sus dos modalidades, exigen como requisito objetivo y esencial para su establecimiento que el sancionado no hubiese sido condenado previamente por crimen o simple delito, y en el mismo sentido, la reclusión parcial domiciliaria, permite la obtención de dicha pena siempre que, no obstante, existir condenas pretéritas, estas no superen los dos años.

En ese sentido, en relación con el objeto de este trabajo, surge la inquietud ¿Puede una condena juvenil impedir la concesión de la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena o libertad vigilada o ser considerada en los cómputos de penas anteriores que exige el establecimiento de la reclusión parcial domiciliaria? Al respecto la ley 20.603 no contempla norma expresa que dilucide el conflicto, sin embargo, en su artículo 40 prevé que la presente ley no será aplicable a aquellos adolescentes que hubieren sido condenados de conformidad a la ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad por infracciones a la ley penal. Al respecto, pueden surgir dos interpretaciones posibles de dicha norma en relación con los cuestionamientos planteados. En primer término, lo que hace esta disposición es, simplemente, recalcar que aquel joven menor de 18 años cuya responsabilidad en un hecho que reviste los

caracteres de delito se ha comprobado solo podrá ser castigado de acuerdo con el catálogo de sanciones que contempla el artículo 24 de la LRPA y bajo ningún respecto con alguna pena privativa de libertad que contempla nuestra legislación penal para adultos, y por tanto, jamás un joven podrá ser objeto de alguna de estas penas sustitutivas. Por otro lado, se podría controvertir esta interpretación planteando ¿Qué necesidad tenía el legislador de reiterar aquello que es obvio, que ya lo dispone el artículo 10 N° 2 del código penal y la misma ley 20.084? Al parecer, la intención del legislador, realizando una interpretación teleológica de la norma de acuerdo con sus fines de reinserción social y de subsidiaridad de la privación de libertad es resolver el interrogante planteado disponiendo que las sanciones penales juveniles no serán consideradas para los efectos de determinar la existencia de los requisitos objetivos que permiten la obtención de alguna de las sustitutivas indicadas.

Junto con lo anterior, será pertinente a la hora del debate respecto de la relevancia que puedan tener las penas juveniles en una nueva sanción como adulto, lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 20.603 que indica que para los efectos de la determinación de los requisitos de las penas sustitutivas no se consideraran las condenas habiendo transcurrido 5 y 10 años desde su cumplimiento, dependiendo si se trata de un simple delito o crimen, en ese sentido, si bien la ley nada dice, lo cierto es que la LRPA en su artículo 5 modifica los plazos de prescripción de la pena y la acción penal en 2 y 5 años dependiendo si se trata de simple delito o crimen. En ese orden de cosas, realizando una interpretación analógica *in bonam parte* en favor del nuevo condenado con sanciones juveniles previas, se podría plantear un cómputo menor con el objeto de no considerar dichas sanciones impuestas en su época juvenil, entendiendo que la intención del legislador al establecer estos plazos menores para la procedencia de la prescripción de la pena es considerar los principios de necesidad de pena y resocialización, además, de asumir que atendido el natural proceso de desarrollo del menor la percepción del tiempo es diversa a la experimentada por un adulto y en atención a ello es que en general los plazos de internación provisoria, sanciones privativas de libertad, términos de investigación, entre otros, son más acotados bajo el régimen de la LRPA.

Finalmente, si bien es cierto que en atención a los argumentos planteados podríamos superar los requisitos objetivos que dispone la ley 18216 modificada por la 20.603, en cuanto a concluir que la sanción juvenil no puede ser considerada para los efectos de postular a algunas de las penas sustitutivas ya indicadas, lo cierto, y según se pudo advertir en el acápite anterior en relación con el fallo de la Corte Suprema de 17 de septiembre de 2013, en causa Rol 1709-2013, que en términos generales descarta la posibilidad de considerar las sanciones impuestas de conformidad con la LRPA para efectos de configurar la agravante de reincidencia, indica que, no obstante ello, puede ser considerada la pena juvenil para los efectos de determinar los requisitos subjetivos o personales que exigen estas penas sustitutivas. Así, tanto la remisión condicional de la pena como la libertad vigilada y la reclusión parcial domiciliaria exigen al tribunal ponderar los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior a la fecha de la comisión del hecho punible que permitan concluir que la pena sustitutiva lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos. En ese sentido, claramente, la comprobación de dichos requisitos subjetivos quedará entregada al criterio del tribunal llamado a conceder o no una pena sustitutiva, sin embargo, creemos deberá fundar el rechazo o la concesión de la misma atendiendo y ponderando los principios que inspiran la LRPA en relación con la CDN, sobre todo, teniendo en cuenta los fines preventivos de la pena juvenil, los principios de proporcionalidad e indemnidad de la sanción y por supuesto, sin olvidar los nefastos efectos desocializadores de la privación de libertad. Al respecto y para finalizar, elocuentes son las reflexiones expresadas por el destacado jurista Luigi Ferrajoli, quien sostiene que la cárcel es más que una simple privación de un tiempo abstracto de libertad, inevitablemente constituye un elemento de aflicción física que se manifiesta en las formas de vida y tratamiento que se dilatan a lo largo del cumplimiento de la pena, además de añadir la aflicción psicológica, entregada por la soledad, el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la pérdida de sociabilidad, de afectividad y por consiguiente, de identidad, en general, la aflicción específica unida a la pretensión de transformar la persona del preso.⁵⁷

⁵⁷FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Octava edición. Madrid.2006. p. 412.

5- TOMA DE POSICIÓN FRENTE AL INTERROGANTE PLANTEADO EN LA INVESTIGACIÓN.

A continuación se expondrá la respuesta que se propone para solucionar el cuestionamiento planteado en la presente investigación, en relación con los efectos de la sanción juvenil en un nuevo reproche penal como adulto, más precisamente, con el reconocimiento de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, agravación de la condena a través del instituto de la reincidencia y la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por algunas que contempla la ley 18.216.

En ese sentido en lo aquí propuesto, se plantea resolver estos interrogantes conforme a los principios, directrices y reglas propuestas por la Convención de Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales que ordenan de forma expresa y categórica que las sanciones juveniles no podrán ser consideradas en futuros juicios que se ventilen respecto del sancionado juvenil ahora adulto, norma que tiene su fundamento en los principios del interés superior del menor, proporcionalidad e indemnidad de la condena, en cuya virtud, la sanción penal debe propender al progresivo desarrollo del menor tendiente a mejorar su situación social, impidiendo que una condena juvenil continúe produciendo efectos perjudiciales para la vida del sujeto ahora adulto menoscabando sus posibilidades de desarrollo e integración social, familiar y laboral. Y en ese mismo orden de ideas, en relación con el estado actual de nuestra legislación sobre el punto, no es posible resolver estos vacíos aplicando supletoriamente reglas generales de adultos en que se ponderan y sancionan otro tipo de motivaciones, diversas y hasta antagónicas en su contenido, con los pilares del régimen adolescente, por lo que, realizar esta integración con normas de adultos, importaría efectuar una interpretación simplista, formal y vacía de la ley 20.084, sin considerar los motivos históricos y teleológicos que justificaron la creación de un sistema penal adolescente diverso del régimen de adultos. De ahí que la solución de los conflictos en sede juvenil y principalmente los efectos de las decisiones judiciales que se tomen al respecto y que luego vayan a influir en la etapa de adulto del sancionado no pueden ser analizados bajo la misma óptica que un conflicto jurídico penal general de adultos, toda vez que, el reconocimiento y el cumplimiento de los

estándares judiciales que impone la Convención de derechos del niño no pueden entenderse satisfechos con la mera rebaja en un grado de la sanción prevista para adultos y luego aplicar la naturaleza de la sanción que corresponda, si no, por el contrario, debe existir de parte de la judicatura una visión global, integral y especializada que sea capaz de ponderar la multiplicidad de particulares circunstancias que caracterizan esta etapa y aplicar esas motivaciones en cada una de las fases de la teoría del delito, iter criminis, grado de desarrollo, determinación de pena, y por supuesto, como en este caso, respecto de los efectos indirectos de la sanción una vez cumplida, para así propender , a ya 7 años de la entrada en vigencia de la ley 20.084, a construir un modelo de responsabilidad penal juvenil en serio, asumiendo e internalizando que estamos ante una persona distinta, no inferior, ni menos capaz, si no con una cosmovisión, forma de entender la vida diversa a la de un adulto, y que por tanto, no está en condiciones de entender, actuar e interactuar socialmente como si lo fuera, de ahí, que surge como consecuencia lógica, un tratamiento y una respuesta penal distinta.

CONCLUSIONES.

Luego del desarrollo de la presente investigación estamos en condiciones de proponer las siguientes conclusiones:

1- La ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente incorporó al ordenamiento jurídico penal chileno un nuevo estatuto sancionatorio juvenil, especial y diferenciado del régimen punitivo de adultos, inspirado en las normas y principios de la Convención de derechos del niño y otros instrumentos internacionales que tienen por objeto superar el antiguo modelo tutelar vigente a la fecha. Que si bien, se caracterizaba por considerar al adolescente inimputable, incapaz de responder penalmente por sus actos, de todas formas el Estado se encontraba facultado para imponer medidas de seguridad consistentes en restricciones y privaciones de libertad de los menores, teniendo como único fundamento criterios de peligrosidad, sin verificar, al menos, la puesta en peligro o lesión de algún bien jurídico, todo ello, sin plazos, carente de ritualidades procesales y exentos de toda garantía judicial tanto al momento de su imposición como de su ejecución, bajo la consigna propia de un Estado paternalista de estar “mejorando” o “salvando” al joven “desviado”.

2- En ese sentido, y en contraposición a lo anterior, capital en este nuevo sistema de responsabilidad penal, es el reconocimiento del principio de culpabilidad, razón y medida de la sanción penal juvenil, en cuya virtud solo podrá sancionarse a un adolescente cuando se compruebe judicialmente, conforme a las reglas del debido proceso, su culpabilidad en los hechos. En la misma línea, la duración de la sanción no podrá extenderse más allá de lo que en definitiva resuelva el tribunal que imponga la condena en base a las reglas de determinación de pena de la LRPA, estando el Estado impedido de fundar o agravar dicha sanción o propender a su prolongación, solamente, argumentando fines preventivos de la sanción juvenil.

3- En ese orden de cosas, las razones por las cuales se reconoce un sistema penal juvenil diferenciado y especializado en relación con los adultos, no se deben a meros argumentos de condescendencia de parte del Estado para con el adolescente, sino que tiene su base en motivos sicosociales, culturales y jurídicos, al reconocer en la persona del adolescente, no una imputabilidad disminuida o una capacidad menoscabada en comparación con el adulto, como se venía sosteniendo, sino más bien, una capacidad distinta, una capacidad de adolescente, reconociendo su autonomía moral y desarrollo progresivo conforme a su particular etapa de vida.

4- En ese sentido, la manifestación más latente y expresa de este carácter diverso y diferenciado de este sistema se encuentra en las normas de determinación y naturaleza de la sanción penal adolescente, en que, la ley expresamente otorga un catálogo más amplio de opciones punitivas al sentenciador, reconociendo expresamente que los fines de la sanción penal son la reinserción social del adolescente, buscando responsabilizar al joven por sus actos.

5- Ahora bien, teniendo claras e internalizadas estas aseveraciones respecto del sistema de imputación juvenil y sus evidentes diferencias con el régimen sancionatorio penal de adultos, y en respuesta a los cuestionamientos planteados en esta investigación que dicen relación con los efectos de la sanción juvenil en un nuevo reproche penal como adulto, más precisamente, con el reconocimiento de la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, agravación de la condena a través del instituto de la reincidencia y posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad según lo dispone la ley 18.216, estamos en condiciones de concluir, tal como se dijo expresamente en el capítulo V, que según la normativa internacional vigente que recoge los fundamentos teleológicos del tratamiento penal más benigno y diferenciado de adolescentes, no es posible considerar la sanción penal juvenil impuesta para desmejorar la posición del mismo sujeto en el marco de un nuevo reproche penal conforme a las reglas generales del código punitivo, pues sostener lo contrario atentaría contra el mandato del artículo 5 de nuestra carta fundamental que

impone tanto a la magistratura, como en general a todos los agentes estatales vinculados con el proceso penal, la obligación de reconocer, promover y respetar las garantías fundamentales que la normativa internacional contiene, y de esta forma entonces contribuir , en lo pertinente a esta exposición, a la construcción de un estatuto penal adolescente diverso, especial y diferenciado.

6- Solo logrado lo anterior, podrán los fines y características especiales de este régimen penal juvenil, traspasar e irradiar sus consecuencias, conforme lo propuesto, al sistema penal general de adultos, y así entonces permitir la coexistencia armónica de ambos sistemas de imputación penal, en que los principios de indemnidad de la sanción, proporcionalidad y el fin resocializador de la misma, mantengan su vigencia e imperio aun agotado el limite etario del sistema juvenil. Pues como se ha sostenido, se trata de dos sistemas penales diferentes, distintos, más no incompatibles, en la injerencia que pueda tener uno en la consecución del otro, consideración que necesariamente debe tener presente el intérprete al momento de resolver conflictos como los propuestos en la presente investigación, de forma tal que la sanción juvenil desde su concepción, imposición y ejecución pueda superar las fronteras propias de su ámbito de aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Bacigalupo Enrique. Manual de derecho penal. Parte General. Editorial Temis S.a. Bogotá. 1996.
- 2- Bacigalupo, Enrique. Principios Constitucionales del derecho penal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.1999.
- 3- Beccaria. Bonesana Cesar. Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1993
- 4- Beloff, Mary. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto, Buenos Aires. 2004.
- 5- Berrios, Gonzalo. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política criminal, N° (11), 163-191. 2011.
- 6- Bullemore Gallardo, Vivian. Tratado de jurisprudencia y doctrina: derecho penal. Thomson Reuters Puntolex: Fallos del Mes. Santiago, Chile.2011.
- 7- Bustos Ramírez, Juan. El derecho penal del niño-adolescente: Estudio de la ley de responsabilidad penal adolescente. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2007.
- 8- Carnevali Rodríguez, Raúl. La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración con la pluralidad de malhechores del Art. 456 bis N° 3 del Código Penal. Política criminal N° (4). 1-24. 2007.
- 9- Cerezo Mir, José. Curso de Derecho penal español. Parte General. Introducción. Sexta edición. Tecnos. Madrid. 2006.
- 10- Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos de los niños. Justicia y Derechos Del Niño. N° (1): 45- 62.1999.
- 11- Cillero Bruñol Miguel. Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: Consideraciones para la del criterio de la idoneidad de la sanción. Estudios De Derecho Penal Juvenil I. N° (5): 137-172. 2009.
- 12- Couso Salas Jaime. La política criminal para adolescentes y la ley 20.084. Estudios De Derecho Penal Juvenil I. N° (5): 47-83, 2009.
- 13- Couso Salas, Jaime. Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva. Revista de Derecho. Universidad Austral de Valdivia, v.25 N° (1) 149-174. 2012.

- 14- Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal: Parte General. Tomo II. 2° ed. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992.
- 15- Chan Mora Gustavo. Fundamentos psicológico-evolutivo y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes. Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N°(3). 2011.
- 16- Díaz Cortes, Lina Mariola. Introducción al derecho penal juvenil. Librotecnia. Santiago, Chile, 2010.
- 17- Duce, Mauricio. 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. Ius Et Praxis, v.15 n.(1), 73-120.2009.
- 18- Etcheberry Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal. 3ra ed. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1998.
- 19- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Octava edición. Madrid.2006.
- 20- Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998
- 21- Fuenzalida Suarez, Iván. Regulación y efectos de las anotaciones prontuariales de los adolescentes. Revista jurídica del Ministerio Público. N°35. 2008.
- 22- Garcia Cavero, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte General. Editorial Jurídica Grijley. Lima. 2008.
- 23- Garrido Montt Mario. Derecho penal parte general tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1997.
- 24- Guzmán Dalbora, José Luis. Especies y efectos penales de la reincidencia. Centro de documentación Defensoría Penal Pública. Seminario: Agenda Corta Antidelincuencia. N° (3), 35-46. Mayo 2010.
- 25- Hassemer Winfried, Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la criminología y al derecho penal. Tirant To Blanch. Valencia. 1989.
- 26- Hernández Basualto Héctor. El nuevo derecho penal de adolescente y la necesaria revisión de su "teoría del delito". Estudios De Derecho Penal Juvenil I. N° (5): 85-111. 2009.
- 27- Horvitz Lennon, María Inés. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia, n.7, 97-119,2006.
- 28- Jakobs Gunther. La pena estatal: Significado y finalidad. Thompson Civitas. Madrid. 2004.

- 29- Labatut Glenda Gustavo, Zenteno Varas Julio. "Derecho penal tomo I". Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 2008.
- 30- Luzón Peña, Diego Manuel. Curso de derecho penal. Parte General Editorial Universitas S.A. Madrid. 1996.
- 31- Maldonado Fuentes, Francisco. La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado. Justicia y derechos del niño. N°6.
- 32- Maturana Cristian y Montero Raúl. Derecho procesal penal tomo I y II. Editorial Legal Publishing. Santiago de Chile. 2010.
- 33- Medina Schulz, Gonzalo. Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Revista de Estudios de la Justicia, n.11, 201-234.2009.
- 34- Mir Puig, Santiago. Derecho penal: Parte general. 7° ed. Repertor. Barcelona.2007.
- 35- Mir Puig, Santiago. El derecho penal en el estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel S.a. Barcelona. 1994.
- 36- Novoa Monreal, Eduardo. Curso derecho penal Chileno parte general. 3°ed. Editorial jurídica de Chile. Santiago De Chile. 2005.
- 37- Núñez, Raúl y Vera, Jaime, "Determinación judicial de la pena, Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno". Política criminal. Vol. 7, N° 13. Art. 5, 168 - 208. 2012.
- 38- Peña Sepúlveda, Rodrigo. Procedencia de la agravante de responsabilidad penal de reincidencia específica, respecto de condenas impuestas como adolescente. Revista jurídica del Ministerio Público, n.53, 257-268.2009.
- 39- Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez María Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno, Parte general. 2° ed. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2005.
- 40- Roxin Claus. Derecho penal parte general tomo I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. 2° ed. Civitas. Madrid. 1997.
- 41- Verdugo Marinkovic Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio, Nogueira Alcalá, Humberto. Derecho Constitucional Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2002