



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

LA SUSTITUCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL EN LA LEY 20084

Magister en Derecho con mención en Derecho Penal

Nombre alumno: Ricardo Andrés Aravena Durán
Profesor guía: Álvaro Castro Morales

RESUMEN

El informe indaga los contornos que deben marcar el debate forense y la correspondiente resolución jurisdiccional a pronunciar respecto de la sustitución de la pena impuesta a las personas condenadas bajo el imperio de la Ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente, en tanto mecanismo expresamente consignado en el artículo 53 de dicho cuerpo legal. Tras el repaso de la finalidad de la pena que asume el legislador nacional, el informe prosigue con la descripción de dos casos, a modo de ejemplos, que ilustran la confusión que se verifica en un estadio como la sustitución de la pena. Enseguida y tras revisar los tópicos principales del problema, el informe termina con una serie de conclusiones, entre estas constatando la opción del legislador nacional por preterir a la culpabilidad como el único factor relevante para la determinación del castigo primitivo, girando a un análisis exclusivamente de corte prospectivo en sede de sustitución, en términos de estudiar la factibilidad de mejorar la reinserción social del delincuente juvenil por la vía de cumplir en lo sucesivo una pena menos gravosa. En este sentido el informe expresa la impertinencia, en todo momento, de consideraciones de prevención especial negativa a modo de insumo para la decisión a emitir.

ÍNDICE

	Página
La sustitución de la sanción penal en la ley 20084.	1
1. El problema Jurídico.	1
2. Antecedentes de hecho.	2
3. El derecho.	3
4. Las penas en la ley RPA.	12
5. La sustitución de la pena: Modelo de análisis para la resolución del caso.	14
6. Exigencias explícitas contenidas en el artículo 53 de la ley RPA	16
7. Mayor detalle: el estudio retrospectivo.	18
8. El cumplimiento o incumplimiento de los objetivos comprendidos dentro del Programa de reinserción social.	25
9. Análisis prospectivo.	28
9.1 La cuestión del tiempo mínimo de privación de libertad.	31
9.2 La pena mixta como realidad no restrictiva de la sustitución, bajo la idea de un mínimo de prevención general.	37
9.3 La peligrosidad del delincuente y el pronóstico de reiteración.	39
Conclusiones.	40
Bibliografía.	43

INFORME EN DERECHO

LA SUSTITUCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL EN LA LEY 20084

El informe indaga los contornos que deben marcar el debate forense y la correspondiente resolución jurisdiccional a pronunciar respecto de la sustitución de la pena impuesta a las personas condenadas bajo el imperio de la Ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente (en adelante Ley RPA), en tanto mecanismo expresamente consignado en el artículo 53 de dicho cuerpo legal y cuya finalidad es favorecer la reinserción social del infractor.

1. El problema Jurídico

En el marco de la finalidad mixta de la pena contemplada en la Ley RPA, posible de caracterizar en términos generales como un sistema débilmente retributivo y fuertemente educativo, la praxis judicial ha puesto en entredicho los efectivos alcances de la figura de la sustitución de la pena, a partir de los argumentos vertidos por los persecutores (querellantes y fiscalía del Ministerio Público) al poner de relieve tras el objetivo de obtener el rechazo judicial a peticiones de este tipo, la cuantía y naturaleza de la pena en principio impuesta en tanto expresiva de la gravedad del hecho que motivó el enjuiciamiento y que justificó tal otrora castigo¹. La cuestión por resolver en el

¹ Matizando la caracterización consignada como un sistema débilmente retributivo y marcadamente resocializador, el profesor Berrios afirma que la Ley RPA recoge, además, otras finalidades que la dogmática ha expuesto en esta materia: "De esta forma, el proyecto asume explícitamente el carácter sancionatorio y retributivo de las penas, lo cual si bien puede criticarse desde la perspectiva de los fines de la pena, es positivo en cuanto reconoce que las sanciones son un "mal" que afectan severamente los derechos de un sujeto, terminando así con los "eufemismos de la bondad" que en materia de "derecho de menores" históricamente han servido de justificación de graves violaciones a los derechos de los niños.

Por otra parte, también es claro que el proyecto se ubica preferentemente en una perspectiva preventivo-especial positiva, al enfatizar los fines de integración social y el carácter socioeducativo de las intervenciones. Tal finalidad fundamenta claramente los mecanismos de revisión de sanciones que se crearon. En todo caso, es indudable que también están presentes finalidades de prevención general y de inocuización, pues solo ello podría explicar la ampliación de las penas privativas de libertad hasta 10 años". BERRIOS, Gonzalo, "El Nuevo sistema de justicia penal para adolescentes". *Estudios de la justicia* n°6, pág. 166, 2005.

presente informe consiste entonces en analizar si resulta procedente tal argumento y otros afines como por ejemplo la probabilidad de reincidencia, desde que la norma en su tenor literal centra toda su atención en factores propios de reinserción social del adolescente condenado, adscribiendo a criterios dogmáticos etiquetados como de prevención especial positiva. De este modo cabe preguntarse si efectivamente en el escenario de sustitución resulta pertinente acudir a tópicos propios de prevención general o retribución, manteniendo la justificación mixta de la imposición de la pena inicial, o, por el contrario, si la discusión en este nuevo escenario se debe enmarcar únicamente en la conveniencia (o inconveniencia) que resulta el cambio de pena para el infractor sobre el entendido de admitir tan solo consideraciones de reinserción social del penado.

Así, bajo la primera interrogante y ante la respuesta afirmativa, huelga tener presente una nueva pregunta: ¿Es dable resolver el asunto concluyendo que la cuestión es de énfasis, preponderando en esta nueva tarea los factores propios de reinserción social, por sobre aquellos que integran el núcleo duro de lo que se dice llamar retribución o prevención general? ²

2. Antecedentes de Hecho

En general, el debate tras la sustitución tendrá lugar siempre que sea posible reducir el gravamen que representa la pena juvenil a una tal que, en términos objetivos, explicita una menor entidad. Así las cosas, por ejemplo, se podrá procurar el traslado desde la pena (inicial) de libertad asistida especial a una libertad asistida simple (pena sustituta). Empero que lo anterior es efectivo por los amplios términos que presenta el artículo 53 de la Ley RPA, el asunto tomará verdadero interés en aquellos casos en donde el condenado juvenil padece sanciones privativas de libertad. En efecto,

² En este sentido Jaime Couso Salas señala: “Sin perjuicio de esa clara centralidad de la prevención especial positiva en las decisiones sobre sustitución, ellas no pueden ignorar, frente a injustos culpables muy graves, la necesidad de asegurar un mínimo preventivo-general”. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. *Informes en derecho*. Estudios de derecho penal juvenil II. Centro de documentación, Defensoría Penal Pública, n°2, Santiago, diciembre de 2011, pág. 335.

considerando que adscriben a este estatus las sanciones de régimen cerrado y régimen semi cerrado, ambas con programas de reinserción social, tendrá relevancia la discusión en sede de estas penas, inicialmente impuestas, pues la sustitución aquí supone un drástico cambio en el contenido, condiciones y percepción del castigo que se debe cumplir: Se tratará del intento por pasar desde el encierro al medio libre, lo que da cuenta de una más que evidente alteración en el control que el Estado ejerce sobre el o la joven adolescente. En cuanto a la percepción, el cambio puede afectar la comprensión social del efectivo sentido de castigo punitivo que representa un régimen en libertad, considerando que la cárcel pareciera cumplir una doble función para el colectivo social³: constituir la forma -lícita- de irrogación de un mal por el delito perpetrado -retribución- manteniendo de paso en un espacio delimitado y controlado a los sujetos peligrosos -prevención especial negativa-. De esta manera, por ejemplo, la petición de sustitución de pena para un condenado juvenil por el delito de homicidio doloso, sometido inicialmente a ocho años de régimen cerrado con programa de reinserción social, significará una cuestión de suyo compleja de comprender por la comunidad, tanto por las consideraciones de hecho y derecho que presupone el castigo impuesto y en vigor, como por el impacto que una eventual mutación de la pena supondrá a título de impunidad, palpable, de entrada, con la muy probable oposición a tal *petitum* por parte de los parientes del fallecido. Este ejemplo destaca la necesaria lucidez con la cual se deben considerar los deslindes que marcan correctamente el planteamiento del debate jurídico que acarrea la sustitución de la pena juvenil, pues, caso contrario, la invitación a colacionar factores como la gravedad del hecho, la trascendencia que el mismo tuvo en la sociedad, el mal causado con el ilícito, la necesidad que la comunidad comprenda que delitos de este tipo necesariamente suponen el encierro del culpable, entre otras razones, para la “defensa” del grupo social, constituirán la reiteración de reflexiones que -muy probablemente- ya estuvieron presentes con ocasión del pronunciamiento de la sentencia definitiva.

³ Respecto a la delincuencia juvenil y las expectativas sociales de castigo por la vía del encierro del infractor Cfr. COUSO Salas Jaime y DUCE Mauricio. *Juzgamiento penal de adolescente*. Santiago, LOM, 2013, pág. 343.

3. El derecho

Una cuestión que conviene destacar es que al tiempo de la determinación judicial de la pena, el compromiso del derecho penal chileno para adultos con el principio de culpabilidad por el hecho es solamente de corte parcial, desde que en tal proceso la concreción jurisdiccional del castigo admite la injerencia de las llamadas circunstancias extrínsecas o ajenas al respectivo hecho punible que motiva el juzgamiento, por ejemplo, las referidas al comportamiento procesal del acusado catapultadas en los números 8 y 9 del artículo 11 del código penal. Concordante con el anterior mandato sustantivo, el tenor del inciso 4º del artículo 343 del código procesal penal dispone que, en caso de veredicto condenatorio, el tribunal abrirá debate para conocer el concurso de “circunstancias ajenas al hecho punible y demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena”.

Bajo la constatación de esta plataforma morigerada de la culpabilidad, en el estadio que sigue a la sentencia condenatoria, reservado al cumplimiento del castigo, la ley actual para adultos muestra al derecho chileno más bien proclive hacia figuras alternativas de aquellas penas de cárcel ordenadas, *prima facie*, de suerte que la privación de libertad solo se traducirá en el efectivo encierro del condenado si concurren factores como la reincidencia delictiva y/o si la cuantía de la pena de cárcel supera el umbral del presidio menor en su grado máximo⁴.

Este fecundo régimen sustitutivo de las penas de cárcel para los mayores de edad está ostensiblemente estructurado en el marco de la prevención especial positiva bajo el entendido que se trata de formas especiales de reproche que procuran como

⁴ V.GR. Artículo 1º4º,8º,15 y 15 bis de la Ley 18216. En contra de la cuantía de la pena en tanto superior al presidio menor en su grado máximo, se encuentra el artículo 196 ter de la ley del tránsito, introducido por la ley n°20770, publicada en el D.O. el 16 de septiembre de 2014, conocida como “Ley Emilia”. Esta enmienda dispuso que tratándose de la infracción al artículo 110 de la Ley 18.290, si el comportamiento prohibido fuere ejecutado en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas y se causaren las lesiones indicadas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la ejecución de la pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto.

objetivo crucial la reinserción social del delincuente⁵. Esa y no otra es la lectura que se debe concluir con respecto al texto de la Ley 18.216, camino a cumplir 40 años desde su incorporación al derecho patrio, reforzada con las modificaciones que introdujo la Ley 20603. Si todo lo anterior es efectivo como realidad jurídico positiva no debería entonces resultar motivo de sorpresa que a la hora de legislar en materia de responsabilidad penal juvenil, específicamente en cuanto a la determinación judicial de la pena, la opción, otra vez, discurrese sobre una serie factores que nada tienen que ver con la culpabilidad por el hecho y que, por ende, favorecen una mirada más bien prospectiva que retributiva del castigo que se avizora, cuando concurren todos los presupuestos para la imputación penal por la comisión (u omisión) de un comportamiento prohibido (u ordenado)⁶.

En este sentido, en el caso de los adolescente si bien la norma madre se asila en el artículo 20 de la Ley RPA, subordinando la tarea de responsabilizar al joven “por los hechos delictivos que cometan”, a reglón seguido el artículo 24 siguiente se manifiesta pródigo en variables por completo alejadas de la culpabilidad por el hecho, asunto que

⁵ A los factores de reincidencia y cuantía se añade según tenor del artículo 1º de la Ley 18216, como “exigencia negativa”, la exclusión de determinados delitos, entre otros, secuestro, violación de persona menor de 14 años, homicidio, homicidio calificado, parricidio, porte y tenencia de armas de fuego.

⁶ Una mirada general sobre las principales definiciones teóricas justificativas de la pena en Cfr. MAÑALICH Raffo Juan Pablo. La pena como retribución. *Estudios Públicos* (108): 84-124, 2007 quien señala que “Las consideraciones anteriores hacen posible organizar la discusión del siguiente modo. En términos generales, el debate acerca de la justificación de la pena tiene lugar en un espacio dominado por dos principios de justificación alternativos: el de prevención y el de retribución. Una primera distinción que cabe trazar entre las distintas teorías de la justificación de la pena atiende a si uno de estos principios es defendido como el único principio de justificación de la pena, o si en cambio se defiende alguna combinación de ambos. De ahí que puedan diferenciarse teorías monistas y teorías pluralistas de la justificación de la pena. Al interior del conjunto de teorías monistas, es posible diferenciar, propiamente, teorías retribucionistas y teorías prevencionistas, según si la imposición de la pena es justificada en términos retrospectivos, entendiéndose que la pena es una reacción en sí misma correcta y justa frente al comportamiento previo defectuoso (retribución), o bien en términos prospectivos, atendiendo a la evitación de la comisión de delitos futuros (prevención). Al interior del conjunto de teorías pluralistas, por otra parte, es posible diferenciar teorías que mantienen que el principio que justifica la imposición de la pena es uno de prevención, el cual resulta limitado por el principio de retribución, frente a teorías que mantienen que la relación es la inversa, o sea, que el principio justificador es el de retribución, mientras que el principio limitador es el de prevención. De acuerdo con la primera variante de teoría pluralista o combinatoria, la pena habría de imponerse *en* virtud de sus consecuencias preventivas favorables, siempre que ello respete la exigencia de culpabilidad del sujeto sancionado; de acuerdo con la segunda variante, en cambio, la pena habría de imponerse en virtud de su prestación retributiva, siempre que ella también resulte preventivamente indicada.”

impide sostener que la finalidad de la pena también en el campo de la sanción juvenil, es sinónimo de castigo puro y duro, directa y exclusivamente circunscrito al injusto típico reprochado.

La anterior constatación revela que para el legislador chileno tanto en lo que se refiere al derecho penal de adultos como al previsto para los mayores de 14 y menores de 18 años, la tarea de determinar judicialmente la pena se alberga en el marco de las llamadas teorías mixtas o híbridas de la justificación de la pena estatal y que aparece muy bien retratada en la obra del profesor Cury, quien afirmaba que: “En mi opinión la pena tiene por finalidad primordial la prevención general (positiva) mediante la amenaza de que quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones del derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en el que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de lo posible, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica”⁷. El mismo Cury defendiendo su concepto sostiene que la naturaleza de la pena es retributiva y que su finalidad es preventiva, en la medida que la pena no tiene una naturaleza “*en sí*” pues consiste en aquello que el ordenamiento jurídico decide⁸. La misma tesis -en tanto finalidades combinadas- aparece esta vez en el discurso de Garrido quien luego de conceptualizar a la consecuencia penal como la reacción jurídica por excelencia ante la perpetración de un delito, afirma que los parámetros a considerar en su imposición están dados por el merecimiento y la necesidad, el primero expresa el juicio de desvalor sobre el hecho, en tanto la necesidad explícita que aquel hecho merecedor de pena “necesita” ser penado⁹. Bullemore y Mackinnon también admiten la pertinencia de una teoría combinatoria para acuñar la noción de pena, perfilando su carácter de mal impuesto retributivamente por el Estado sobre la base de la culpabilidad del agente “y con la finalidad de evitar nuevos delitos”, descartando que se trate de un bien para quien la sufre conforme a la noción de los correccionalistas. Dejando muy claro la reunión de los objetivos retributivos y preventivos estos autores, al pie, sostienen: “En su esencia, la pena es retribución, mediante ella se retribuye un mal (la privación de bienes

⁷ CURY Enrique, Derecho Penal, parte general, Ediciones UC, 7º edición, pág. 63).

⁸ *Ibíd*em, pág. 76

⁹ GARRIDO Montt. Mario Derecho Penal. Parte General. 1º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo I, pág. 252.

jurídicos) al mal que el delito supone. Esto no quiere decir que se reduzca a la retribución, que se agote en la aflicción del condenado a ella; debe cumplir además necesariamente fines concretos (prevención general, prevención especial), pero si en realidad se quiere distinguir de la medida de seguridad ha de destacarse como predominante su esencia retributiva. Así considerada, su fundamento y límite se encuentran en la culpabilidad del sujeto”¹⁰. Alfredo Etcheverry de igual modo manifiesta su preferencia por las justificaciones mixtas de la pena, considerando para esto que la finalidad primera del derecho penal es la prevención general, lograda a través de la conminación penal, desde que la pena como consecuencia de derecho frente a la inobservancia de la norma, es consagrada justamente para el reforzamiento de la orden que contiene la anterior, finalidad que se obtiene en la medida que se observe cierta proporción entre la gravedad de la ofensa y la pena, derivando a la prevención especial, como readaptación del delincuente, al tiempo de implementar su ejecución¹¹.

Finalmente, Eduardo Novoa Monreal, otro de los clásicos autores nacionales, alude a la pena como un mal en la medida que se traduce en una pérdida coercitiva de derechos para el delincuente y porque: “ella en sí misma no es apta para eliminar materialmente el daño específico producido por el delito en el bien jurídico que la ley quiere tutelar”. Sus razonamientos dejan ver una lectura de un retribucionismo matizado: “en estos sentidos se dice que la ley es retributiva y que restablece el Derecho violado. Ella es jurídicamente un mal, pero no se impone como venganza ni para remediar los negativos efectos del delito, sino porque es necesario que la ley hollada exhiba su poder y pruebe que no se la puede violar, y que, aunque no haya manera de hacer retroceder el hecho histórico acaecido, la ley actúa en coacción contra el culpable, exteriorizando su fuerza y su imperio, no aminorados por la violación. En esta forma obtiene el Derecho que se reestablezca el equilibrio que debe existir en un régimen legal que es obedecido; la perturbación que el orden jurídico que el delito constituye, viene a ser contrabalanceada por una enérgica reafirmación del tal régimen y un sometimiento al infractor”. A lo anterior el autor explicita enseguida la compatibilidad de esta lectura de la justificación de la pena con finalidades utilitarias de

¹⁰ BULLEMORE Vivian y MACKINNON John. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 1º edición, Santiago, Lexis Nexis, año 2007, tomo I pág. 17.

¹¹ ETCHEVERRY Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. 3º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo I pp 34-35.

prevención del delito (prevención general) y corrección del delincuente (prevención especial), pues: “El haber sentado un principio de retribución como fundamento de la pena, no impide apreciar la posibilidad y la conveniencia social de lograr con ella fines socialmente útiles”, en donde la prevención de los delitos, como principal utilidad social, “no puede ser estimada como algo extraño a sus fundamentos retributivos, sino como una consecuencia que le es inherente”¹².

A partir de todo lo anterior es posible constatar la efectividad de aquella afirmación que sostiene que la pena es una realidad institucional, donde: “no hay tal cosa como una poena naturalis, pues es la praxis interpretativa de la respectiva comunidad de seres humanos lo que sostiene, constitutivamente, el estatus semiótico de una pena”¹³.

Así entonces tanto la ley como gran parte de la doctrina nacional miran la pena en su dimensión más perceptible: En la concreta imposición tras el juzgamiento por hechos determinados, bajo la titánica, y acaso no contradictoria, tarea de conciliar la responsabilidad por el hecho al alero del principio de culpabilidad, por un lado y el objetivo resocializador, por el otro.

De este modo si la pena judicial, ya para adultos ya para infractores juveniles, no es otra cosa que aquello que dispone nuestra realidad institucional y si esta es expresiva de la recepción de teorías mixtas justificadoras de la pena, los debates que han marcado la pretensión de los defensores penales juveniles en sede de sustitución de la pena se han encargado de mostrar, con notable distingo, la tensión que parece estar en la esencia de estos modelos mixtos, desde que se enfrentan en calidad de fuerzas antagónicas las aspiraciones retributivas con las exigencias resocializadoras¹⁴. Para muestra de lo anterior huelga tener a la vista un par de ejemplos:

i) En la causa rit n°8940-2009 conocida por el 4º Juzgado de Garantía de Santiago el menor de edad de iniciales J.Y.N.V. fue condenado como autor material del delito de

¹² NOVOA Monreal Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. 3º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II, pp 269, 271 y 275.

¹³ MAÑALICH Raffo Juan Pablo. “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”. (en línea) *InDret*. Abril de 2015, n°2, consulta 30 de marzo de 2018, pág 9.

¹⁴ Como muestra de una tensión no superada entre programas de derecho penal anclados en aspiraciones preeminentemente retributivas y otros con preponderancia preventiva en el campo del derecho penal juvenil europeo Cfr. FRIEDER Dülkel y CASTRO Morales, Sistema de justicia juvenil y política criminal en europa. *Revista de derecho penal y criminología* (12), 2014, pág. 265.

homicidio simple, consumado, perpetrado el 11 de julio de 2009, a la pena de dos años de régimen semi cerrado más un año de libertad asistida especial. El superior jerárquico al fallar la apelación que se dedujo en contra del fallo de primera instancia aumentó a tres los años de régimen semi cerrado. El tribunal de 1° grado adhiriendo a la tesis del profesor Garrido reflexionó sosteniendo que la privación de libertad requiere merecimiento (culpabilidad) y necesidad (prevención), destacando que el mandato que emana de la Convención de los Derechos del Niño prioriza el interés superior de este. Conclusión: la sanción mixta es la idónea pues permite el paulatino ingreso al medio libre. La Corte para justificar el aumento de la pena de régimen semi cerrado, estimó improcedente una atenuante que había sido reconocida, impactando de este modo en la regla aplicable (se trasladó desde la n°3 a la n°2 del artículo 23 de la Ley RPA), pero sin dar a conocer las razones por las que debía preferir esta pena por la de libertad asistida especial. Para mayor confusión mantuvo el considerando décimo de la sentencia en alzada cuyo tenor enfatizaba expresamente la subordinación del castigo por el hecho al objetivo principal, resocializador, marcado por el artículo 20 de la señalada ley. De este modo la conclusión no puede ser sino el implícito interés del tribunal de segunda instancia aumentando la cuantía del encierro como reproche vista la gravedad del hecho punible perpetrado. Tal omisión argumentativa marcó la indefinición de los márgenes del debate a la hora de resolver la sustitución que la defensa del condenado pidió en reiteradas oportunidades. En efecto, la historia del caso revela que hubo cuatro peticiones en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 53 de la Ley RPA, acogiéndose la petición de cambio, bajo la variante de la sustitución condicionada, cuando apenas faltaba cumplir 03 de los 36 meses del régimen semi cerrado primitivamente impuesto. Además en esta parte la causa da cuenta de lo siguiente: Cumplidos 21 meses de encierro, más del 50% del total, la corte revocó la sentencia del juez de control que ordenaba la sustitución pues el informe del Sename solo mostraba el “cumplimiento formal” de los objetivos del plan de reinserción social, sin constatar una resocialización mayor y real en el adolescente. Más adelante, transcurridos dos de los tres años de régimen semi cerrado, la corte nuevamente revoca la sentencia que daba lugar a la sustitución recordando, entre otras consideraciones, la gravedad del ilícito y la intervención a título de autor, sumado al hecho que los informes indicaban que el condenado no había superado el peligro de

impulsividad. El tercer intento de sustitución se verificó cuando el adolescente había cumplido dos años y medio de un total de tres de la pena de encierro, esta vez confirmando la corte la resolución emanada del juzgado de garantía denegando ahora el cambio de la pena. La clave para el juez de garantía, para justificar este insólito vuelco en lo que parecía un afianzado convencimiento en pro de la sustitución, estuvo en el informe de los profesionales a cargo del programa de reinserción que ahora comunicaban la resistencia del condenado a “descargas emocionales” con relación a la sentencia condenatoria sin respuesta clínica a la fecha, apreciando solo “cumplimiento formal” del plan, de modo que el adolescente no estaba dotado de herramientas para desenvolverse en el medio libre. La corte, empero, deja de lado este motivo y se encarga más bien de enfatizar la forma de comisión del ilícito y la alarma pública que produjo su perpetración. Finalmente, a apenas tres meses de cumplir los tres años de régimen semi cerrado, se hace lugar a la sustitución: Aquello que en el pasado reciente había sido descrito como cumplimiento solo formal de los objetivos del plan, ahora se deja de lado concluyendo la intervención en carácter de cumplida enfatizando el efecto negativo que significaba para el joven la mantención del encierro.

El caso muestra que el infractor juvenil sometido al estatuto de una ley más favorable terminó -paradojalmente- perjudicado por los términos del impreciso debate que marcó la serie de peticiones en orden a la sustitución de la pena, mutando una vez que se informó que los objetivos estaban cumplidos y que el encierro resultaba perjudicial para el condenado, sobre la base de un reporte evacuado apenas tres meses después de aquel otro que acusaba cumplimiento solo formal del plan, y todo lo anterior bajo la constante directriz del tribunal superior en orden a destacar la gravedad del hecho punible que explicaba el castigo primitivo. Poco y nada con respecto a consideraciones de pronóstico bajo el marco de la pena sustituta que se proponía y escasa distinción, por no decir ninguna, en relación con la figura de la remisión de la pena, de tal suerte que a la postre cuando se accede finalmente a la sustitución esta se verifica con los objetivos cumplidos, es decir, bajo el mismo supuesto de hecho para esta otra forma de término anticipado de la condena (remisión).

ii) En la causa rit n°504-2012 el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, por medio de sentencia de 14 de julio de 2012, condenó a la adolescente de iniciales C.M.Q. como autora del delito de homicidio simple, consumado, hecho perpetrado el

12 de febrero de aquel año. La pena impuesta correspondió a tres años y un día de régimen cerrado. El tribunal tuvo a la vista la gravedad del ilícito, la extensión del mal causado, el carácter irreflexivo de la actuación, la circunstancia de condenas anteriores y el informe psicosocial aportado por la defensa, estimando que la sanción se enriellaba en la necesidad de fortalecer el respeto de parte de la joven por los derechos de las otras personas y sus habilidades personales ya que solo así se asegura la responsabilidad de la trasgresora por el hecho ilícito cometido. A los dos años y diez meses del total de tres años de condena, se pronunció sentencia por petición de sustitución, negando el tribunal de ejecución tal cambio dado los incumplimientos por parte de la condenada al régimen de salida diaria y el riesgo de volver a delinquir asociado a la historia vital de la infractora. La Corte conociendo el recurso de apelación en contra del fallo que denegó el cambio de pena, tuvo a la vista la normativa internacional que prescribe la necesidad de decretar la libertad del menor antes de tiempo y la suspensión durante los dos últimos meses del tratamiento contemplado en el plan de intervención, concluyendo que el encierro carecía de sentido.

El caso parece inverso al anterior, desde que aquí es el tribunal de base el que niega la sustitución sobre argumentos que nada tienen que ver con aquellos posibles de enderezar a la luz del artículo 53 de la Ley RPA. La potencial perpetración de nuevos delitos más bien transforma la pena en medida de seguridad, como un intento de bloquear al sujeto peligroso despreciando la significación de culpabilidad por el hecho y, peor aún, la responsabilidad penal subordinada al interés por resocializar al infractor¹⁵. El defecto común al primer ejemplo es que la sustitución es permitida en las postrimerías de la pena originalmente impuesta, por lo que otra vez aparece confundida con la remisión de la pena y por cierto en entredicho la seriedad del programa de reinserción que se supone debe acompañar a la nueva pena (en este

¹⁵ La pérdida de distinción entre penas y medidas de seguridad es el resultado casi seguro bajo el esquema de la Prevención Especial, pues no hay razones bajo esta concepción, para dejar de castigar a un menor de 14 años, o a un loco o demente si este resulta una persona peligrosa o antisocial. Justamente, a diferencia de la prevención general, la teoría de la prevención especial consigna que la legitimidad de la punición está en referencia a la obtención de un efecto en la persona del condenado: la resocialización. En la literatura fundante de esta teoría se consigna que este propósito coexiste con otros, allegándose a un derecho penal de autor. La selección de la pena depende del tipo de delincuente: Así el ocasional puede ser corregido el habitual, aquel no “intimidable” o corregible, en cambio, debe ser neutralizado.

caso se transitó a la libertad asistida especial), esto último considerando la escasa cantidad de tiempo para su racional implementación.

4. Las penas en la ley RPA

De la lectura de los artículos 6 a 17 de la Ley RPA se constatan ocho sanciones en carácter de principales y tres en el estatus de accesorias¹⁶. En el caso de las principales solo dos de estas constituyen castigos de encierro que, por si mismas y por la naturaleza de las restantes (desde el llamado de atención, pasando por contribuciones pecuniarias y prestaciones personales de servicios), aparecen en forma más intuitiva como supresora de derechos, desde que expresan en forma inmediata y directa la pérdida, temporal, del ejercicio del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, aspecto básico en el desenvolvimiento de todo ser humano. Para enfatizar la mayor gravedad de estas dos penas de encierro, en la llamada “Internación en Régimen Cerrado con Programa de Reinserción Social”, está el hecho que la ley contempla a esta como sanción única y exclusiva para aquellos casos en donde la suma del castigo queda determinada por sobre los cinco años de cárcel¹⁷. Fuera de este último escenario en todas las demás cuantías resultantes después de los ejercicios de determinación de la pena, el encierro del menor de edad se presenta tan solo como una opción disponible al juzgador¹⁸. En igual derrotero discurren los artículos 19, 21, 22 y 47 de dicho texto legal. En el caso del artículo 19 la ley permite combinar sanciones privativas de libertad con otras a satisfacer en el medio libre, (inciso 2º) y hasta posponer el encierro, bajo expectativa de no cumplir en definitiva con aquel si se

¹⁶ En relación a un disimulado y desmedido control social y los peligros que ello conlleva, estructurado sobre la presunta conveniencia de una pluralidad de sanciones no privativas de libertad Cfr. LLOBET Rodríguez Javier. La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica. UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pp. 20 y 21.

¹⁷ Regla 1 del artículo 23 Ley RPA: “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”.

¹⁸ Así en el caso de la regla 2 del citado artículo 23, la afectación de la libertad ambulatoria que da cuenta el régimen semi cerrado, coexiste con otra pena que se satisface en el medio libre, de suerte que el tribunal puede acceder únicamente a esta última.

satisface un primer castigo no privativo de libertad (inciso 3º del artículo 19 de la Ley RPA).¹⁹

En suma, todo el conjunto de disposiciones que constituyen la Ley RPA, toma distancia a la hora de la determinación judicial de la pena en relación a las aludidas sanciones de encierro, optando por una mirada restrictiva, como último recurso²⁰. Y esto como se sabe no es casualidad: La Ley RPA es una manifestación del cumplimiento por parte del Estado chileno respecto de obligaciones internacionales contraídas en la materia, propiciadoras del establecimiento de un sistema punitivo para menores de edad marcadamente débil en lo retributivo y fuerte en el tópicó resocializador²¹. El remache de todo lo anterior está en la expresa desvinculación de la

¹⁹ Expuesto así, el tenor del artículo 23 evidencia un vínculo entre pena juvenil y gravedad del injusto típico reprochado, en términos de una relación directa proporcional: a mayor gravedad del injusto mayor entidad de la sanción y viceversa. Sobre este entendido la culpabilidad del infractor adolescente subyace tanto en esta regla como en aquella contenida en el artículo 21 de dicho cuerpo legal. En contra Cfr. CRUZ Márquez Beatriz. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos. *Informes en derecho*. Estudios de derecho penal juvenil III. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Nº11, Santiago, Octubre de 2012, pág. 11 y 12.

²⁰ Como principios básicos en materia de derecho penal juvenil: i) El Carácter de responsabilidad penal especial; ii) La especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal y; iii) La especial orientación del derecho penal juvenil a la prevención especial positiva. Los dos últimos con directa incidencia en la consideración del encierro como pena excepcional, la mayor brevedad posible en caso de imposición y en la proscripción de objetivos neutralizadores tras su decreto. COUSO Jaime y DUCE Mauricio. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago, Editorial LOM. Colección derecho en democracia, 2013, pág. 304 y 344.

²¹ En el Mensaje dirigido por el Presidente de la República (Nº68/347 de 02 de agosto de 2002) al Presidente de la Cámara de Diputados que contiene proyecto de la actual Ley RPA se lee lo siguiente: "El Proyecto de Ley que sometemos a vuestra consideración, por el contrario, busca adecuarse a los avances del derecho comparado, ser consistente teóricamente, considerar al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delito.

Las disposiciones propuestas recogen las más recientes innovaciones legislativas, como las contenidas en la nueva ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España, que entró en vigencia el 13 de Enero del año 2001 y la experiencia positiva y negativa de la aplicación de leyes similares en el contexto de América Latina, especialmente la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica de 1996 y el Estatuto del Niño y Adolescente de 1990 en Brasil.

Consideran, también, las normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; asimismo ha considerado las conclusiones de estudios de organismos internacionales especializados en el tema de la Justicia y los derechos de la infancia como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Instituto Interamericano del Niño (organismo especializado de la Organización de Estados Americanos)

pena primitiva con la cosa juzgada sustancial desde que el modelo punitivo juvenil contempla tres salidas que abortan la inmutabilidad de la sanción²². Dos de ellas pensadas para casos de “observancia” del castigo, como significante de objetivos plenamente satisfechos y expectativas de mejores resultados, constituidas por las figuras de la remisión y la sustitución de la pena, respectivamente, y una tercera prevista para el caso de incumplimientos graves de la sanción primitiva, en cuyo evento la ley prevé el cambio en términos de agravamiento de la pena inicial siguiendo el orden de proporcionalidad cardinal que deja a la vista el artículo 23²³.

5. La sustitución de la pena: Modelo de análisis para la resolución del caso

A efectos de acotar este estudio a las situaciones de mayor relevancia, reduciré mis consideraciones a aquellas en donde la sustitución de la sanción juvenil envuelve la pretensión de mutar penas privativas de libertad por otras posibles de cumplir en el medio libre, considerando que la experiencia de la cárcel constituye un hito -negativo- en la historia vital de toda persona, más aún si se trata de un condenado menor de edad, quien justamente empero sus primeros años y a poco de andar en la vida social debe padecer el encierro junto a los rigores que ello acarrea y que parecen consustanciales al mismo²⁴. El yerro que en mi parecer se verifica en este nuevo

y el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)”.

En el estatus de criterio general de las consideraciones preventivos-especiales, en el proceso de determinación de la pena juvenil: HORVITZ Lennon. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. *Estudios de la justicia*, (7), P 101, 2006.

²² Para adultos ocurre otro tanto por medio de la figura de la interrupción de la pena privativa de libertad y su reemplazo por la libertad vigilada intensiva prevista en el artículo 33 de la ley n°18216.

²³ El agravamiento del castigo a título de incumplimiento es otra clara muestra del distanciamiento del legislador con respecto a la culpabilidad como medida exclusiva de la pena.

²⁴ Destacando la severidad de la prisión en cuanto castigo que interfiere con intereses importantes del condenado tales como la libertad de movimiento, la privacidad, la autonomía personal en las actividades cotidianas y el derecho de elegir las relaciones. VON HIRSCH Andrew, Cfr. “Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos?”. *Informes en Derecho*. Estudios de Derecho Penal Juvenil. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, n°11. Octubre de 2012, pág.71 y 72. En el mismo sentido, bajo la idea del efecto criminógeno de la cárcel: TIFFER Carlos y LLOBET Javier. “El principio de última ratio de la sanción de internamiento” en “*La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*”. UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pág. 91 a 108.

escenario post sentencia definitiva, radica en la inclinación por reverdecer los alegatos y consideraciones en la órbita de la gravedad del hecho punible que explica el castigo penal que se pretende sustituir, a lo que se suman, de ordinario, apelaciones a la peligrosidad de la o el joven en tanto potencial sujeto activo de nuevos delitos junto a la orfandad y/o disfuncionalidad socio familiar que espera al penado en un eventual escenario de ejecución del castigo en el medio libre. El punto es que frente a los anteriores tópicos usualmente se oponen reflexiones en torno al efecto desocializador de la pena de encierro y las expectativas favorables tras un cambio en la sanción, fundado esto último en los informes que acusan progresos tras la implementación del programa de reinserción social. El cuadro final redundante en una perfecta paradoja o “diálogo de sordos”, pues en tanto unos apuntan a un objetivo retributivo y hasta neutralizador, otros en cambio destacan la necesidad y conveniencia de la reinserción. A la postre el riesgo salta a la vista: terminar alegando y decidiendo esta discusión de manera intuitiva y/o colmado de prejuicios, cuya mejor demostración aparece en los dos ejemplos anotados en la medida que las peticiones se debatieron bajo un cuadro de difusos argumentos. Ahora bien, lo notable es que la redacción del artículo 53 de la Ley RPA ofrece un tenor que no amerita tamaña confusión ni aun a pretexto de una interpretación sistemática de todo este cuerpo legal, para lo cual se acude al texto de la primera parte del artículo 20 como si la responsabilidad por el hecho, significante de un componente de prevención general o retribución, fuese un objetivo separable del propósito principal y rector de la ley dado por el desafío de la resocialización del adolescente infractor. El hecho que, a veces soterradamente, en otras explícitamente, el debate esté marcado por la tendencia a una nueva ponderación de la gravedad del delito o la peligrosidad del delincuente, es expresivo de aquello que la doctrina más autorizada describe como una tensión entre los objetivos y finalidades de la pena cuando esta es concebida bajo el alero de las teorías mixtas²⁵. Dígase por ahora que todo discurso relativo a la peligrosidad potencial del condenado constituye un asunto por completo ajeno al marco dispuesto por la ley penal para menores de edad, en un

²⁵ COUSO Salas, Jaime: *Informes en derecho*. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones, Estudios de derecho penal juvenil II. Centro de documentación, Defensoría Penal Pública, nº2, Santiago, diciembre de 2011, pp 273, 274

claro contraste con el panorama presente en el caso del derecho penal para adultos²⁶. La impertinencia anterior, inclusive, es predicable en el proceso de fundamentación de la pena primitiva: Toda consideración que apunte a un hipotético comportamiento peligroso de cualquier encausado juvenil se aparta de la ley y del consenso doctrinario que gira en la órbita de un derecho penal del hecho y no del autor en razón de la primacía del principio de culpabilidad, aspecto que por lo demás se refleja en la distinción legal entre pena y medida de seguridad²⁷. Así entonces, en mi parecer, al alero de la actual redacción de todo el texto de la Ley RPA, en especial de su artículo 53, un correcto debate en sede de sustitución de la pena obliga a centrar la pretensión en dos sentidos: Un primer análisis de carácter retrospectivo a modo de diagnóstico de lo que se lleva de ejecución de la pena a sustituir, como insumo para la decisión a pronunciar, bajo el entendido que en el caso que interesa para este análisis, la pena de cárcel ya en su elección, ya en su cuantía, deberá aparecer no solo debidamente justificada al amparo de los artículos 20, 21 y 23, sino, además, subordinada al logro de objetivos resocializadores, conforme al criterio que se deja leer en la letra f) del artículo 24 de la ley RPA²⁸. Sin embargo, esta primera parte no ha de prejuzgar en calidad de obstáculo insalvable para negar la sustitución en aquellos casos de resultados desfavorables en el tratamiento (expuestos como objetivos no logrados) pues se debe indagar en las causas de este aparente “fracaso” y llevar a cabo un segundo y último análisis: el estudio de las consideraciones prospectivas que se proponen para justificar el cambio en la pena. En este último caso se está en presencia de un debate delineado por los términos que propone la prevención especial positiva²⁹.

²⁶ En este sentido ley n°18216, Art 4° letra c), 8° letra c) y 15 N°2.

²⁷ Art 455 del código procesal penal: “Procedencia de la aplicación de medidas de seguridad. En el proceso penal chileno solo podrá aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas”

²⁸ El artículo 24 letra f) de la ley N°20084, tanto por influencia del aporte científico de la psicología (mayor impacto negativo de la privación de libertad en los adolescentes) como por la contingencia que muestra a los centros de régimen cerrado como simples cárceles, debería conducir, cuando los demás requisitos aparezcan excepcionalmente concurrentes, a la imposición como pena idónea de un muy acotado tiempo de encierro.

²⁹ En contra de esta interpretación: COUSO Salas Jaime quien sostiene que la ley solo entrega de forma “fragmentaria” los criterios que el juez de control debe seguir al tomar sus decisiones, entre otras materias, en el caso de la sustitución de la pena. *Informes en derecho*. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes. Criterios y límites para las decisiones en sede

Concluyo entonces que, vista la sustitución de la manera propuesta, la discusión se acota en los términos que ordena la ley, con exclusión de alegatos relativos a la gravedad del hecho y/o la peligrosidad del adolescente acudiendo para esto último a una mixtura entre la historia delictual que nutre el pasado del delincuente juvenil y un ejercicio especulativo sobre lo que se puede, *razonablemente*, esperar de su persona en el medio libre.

6.-Exigencias explícitas contenidas en el artículo 53 de la ley RPA

Una revisión al tenor literal de la disposición mencionada permite distinguir los siguientes elementos a modo de expresas exigencias:

- i) Pena primitiva: Iniciada en su cumplimiento;
- ii) Pena propuesta: Proyectivamente exhibida como más favorable al objetivo central expuesto a lo largo de toda la ley: La reinserción social del adolescente condenado;
- iii) Menor gravamen de la pena sustituta en relación con la pena en vigor.

El tercer punto no amerita mayor dificultad desde que la Ley RPA en sus artículos 6 y 23 entrega el catálogo de sanciones bajo un determinado esquema de proporcionalidad cardinal, por ende, la aspiración de cambio deberá estar en consonancia con tal orden. Sin perjuicio de lo anterior, ordinariamente la petición (o actuación oficiosa del tribunal) transitará desde una sanción de encierro a una cuyo cumplimiento compatibilice con el desenvolvimiento del infractor en el medio libre.

En rigor aquello que resulta motivo de verdadera pugna corresponde a la circunstancia de mostrar la sanción sustituta mayor eficiencia resocializadora y la coyuntura de hecho, escuetamente expuesta por el legislador, relativa a la pena primitiva vigente como iniciada en su cumplimiento.

En mi opinión la manera jurídicamente correcta de enfrentar estos últimos tópicos pasa por lo antes anunciado: diagnosticar y proyectar. Diagnosticar es evaluar, asunto que importa el estudio de lo que se lleva trabajado con la pena que se pretende sustituir, en términos de observar y ponderar las respuestas del joven al tratamiento

de control judicial de las sanciones, Estudios de derecho penal juvenil II. Centro de documentación, Defensoría Penal Pública, n°2, Santiago, diciembre de 2011, pág. 270.

que le ha sido impuesto, por ejemplo, en el contexto de un régimen de encierro³⁰. Esto aporta una base de comparación con respecto a la propuesta que constituye la nueva sanción, en donde se procura demostrar que esta última encauzará de mejor manera los réditos que rinde la pena primitiva, con el agregado favorable que el nuevo castigo es de corte menos gravoso para el infractor, que, contingentemente, corresponderá a uno de aquellos posibles de cumplir en el medio libre. Lo anterior muestra que, según igualmente ya se anotó, se debe descartar por completo, en tanto variables ajenas al debate: i) la gravedad del hecho que motivó el castigo ii) otras consideraciones de prevención general, ya sea bajo el pseudo argumento que, por ejemplo, el encierro ha sido “exitoso” para los objetivos del plan (concluyendo que no es razonable cambiar la pena); y iii) la peligrosidad del delincuente. Entre otras consideraciones se opone para todo esto la observancia del principio de legalidad, según se consignó anteriormente³¹.

7. Mayor detalle: El estudio retrospectivo

Las sanciones sostenidas en la Ley RPA, en tanto actuaciones judiciales de alta relevancia quedan sujetas a la dirección establecida en el artículo 2º de dicho estatuto legal: El llamado “interés superior del Adolescente” cuyo contenido se deja leer como la exigencia de reconocimiento y respeto de los derechos consagrados tanto en el plano interno como en el internacional, este último fecundo en el establecimiento del marco básico que se debe respetar con ocasión del juzgamiento y castigo de las personas que se encuentran en este especial y particular estadio del desarrollo humano³². Amén

³⁰ Según se anotó anteriormente, la sustitución se analiza sobre la usual pretensión de cambiar la pena de régimen cerrado o semi cerrado por otra que se cumple en libertad.

³¹ En relación a la problemática de la pena privativa de libertad, en términos generales: CURY Urzúa Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. 7º Santiago, Ediciones UC, 2015, pág., 719.

A propósito del debate de la determinación judicial de la sanción, recalcando la perentoriedad de observar el principio de legalidad, Cfr. CILLERO Bruñol Miguel, Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: “Consideraciones para la aplicación del criterio de la idoneidad de la sanción, *Informes en derecho*. Estudios de derecho penal juvenil I, nº5 noviembre de 2009. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, pág. 138 y139.

³² En cuanto a la mirada internacional de la pena a imponer a adolescentes infractores y en especial acerca de la cárcel juvenil: Reglas de Beijing: Reglas 17.1.a: “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”. Regla 17.1-b: “Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”. Comentario oficial de esta regla: “El

a este propósito de la comunidad internacional la ley nacional consagra la excepcionalidad de la privación de la libertad y la reinserción como el objetivo central de la pena juvenil³³. En efecto, tanto a la hora de reglamentar en forma particular cada una de las sanciones, como al momento de la consagración de los lineamientos generales perseguidos a modo de finalidades de la pena, el legislador chileno es pródigo en conceptos que reiteran la idea de integración social como el paradigma que debe centrar la discusión y la decisión jurisdiccional en esta materia. Se trata del intento legislativo por conciliar la responsabilidad penal como primer pilar, destacando aquí la pena en su rol tradicional explicitado en la inevitable carga supresora y/o restrictiva de derechos, con la educación y esto último como el bastión que sostiene la noción de pena juvenil en su carácter de herramienta tras la búsqueda de la resocialización del delincuente adolescente³⁴.

inciso b de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven. De conformidad con la resolución 8 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas, dicho inciso alienta el uso, en la mayor medida posible, de medidas sustitutorias de la reclusión en establecimientos penitenciarios teniendo presente el imperativo de responder a las necesidades concretas de los jóvenes. Debe, pues, hacerse pleno uso de toda la gama de sanciones sustitutorias existentes, y deben establecerse otras nuevas sanciones, sin perder de vista la seguridad pública. Habría de hacerse uso de la libertad vigilada en la mayor medida posible, mediante la suspensión de condenas, condenas condicionales, órdenes de las juntas y otras resoluciones”

³³ V.G.R. Ley RPA: Art 2. La obligación de considerar el interés superior del adolescente en todas las actuaciones judiciales y administrativas relativas, entre otros tópicos, a la hora de penar, traducido esto en el reconocimiento y respeto de sus derechos constitucionales, legales, proveniente tanto del derecho interno como del derecho internacional ratificados por el Estado y que se encuentren vigentes. Art 13: La libertad asistida concebida como sanción consistente en la sujeción del adolescente penado al control de un delegado conforme a un plan de desarrollo orientado a su reintegración social. Art 16: La Internación en régimen semi cerrado conceptualizado como sanción consistente en la residencia obligatoria del joven infractor en un centro de privación de libertad sujeto a un programa de reinserción social. Art 20: la directriz resocializadora presente en el sentido de toda sanción que se imponga a un delincuente juvenil. Art. 24 letra f): La idoneidad de la sanción a imponer supone que la misma debe procurar el fortalecimiento y respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Art 55: Remisión del saldo de la condena cuando se consideren logrados los objetivos trazados con su imposición.

³⁴ Enfatizando la premisa que el adolescente advierte una posición jurídica privilegiada generalizable a todo el derecho, por ende, igualmente presente a la hora de pena, Cfr. CILLERO Bruñol Miguel, Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: “Consideraciones para la aplicación del criterio de la idoneidad de la sanción, *Informes en*

Como sea que esto no resiste la mirada crítica de cierta doctrina, lo concreto es que lo anterior constituye el mandato actual del legislador³⁵. Asimismo, aparte de las objeciones doctrinarias, la contingencia del debate político en exceso condicionado por el impacto de los medios de comunicación social y la construcción de pseudo realidades, conducen a entender, superficialmente, que la solución frente a la delincuencia juvenil pasa por reconocer la imperiosa necesidad del “castigo efectivo”, como sinónimo de concretas y elevadas penas de cárcel, menospreciando los esfuerzos pro rehabilitación del condenado y el consiguiente cumplimiento de la sanción en el medio libre. Sin embargo, según ya se anotó, la ley actual discurre sobre un objetivo fuertemente resocializador. Así entonces, observantes del actual panorama positivo, a la hora de resolver una petición de sustitución que pretende dejar atrás el encierro del adolescente, resultará imprescindible como primer ejercicio inquirir las razones entregadas por el juzgador para la imposición del castigo que es pretendido rever, pues aquel deberá encontrarse subordinado a los objetivos reeducadores, que en lo relevante para este informe, exhibirá la imposición de una de las dos posibles sanciones de encierro o, inclusive, de ambas acuñadas bajo la figura que permite el inciso 1° del artículo 19 de la Ley RPA. Al respecto dos puntos: i) huelga siempre tener presente que en el caso de las penas consistentes en restricciones a la libertad ambulatoria, conceptualizadas estas como la expresión de mayor intensidad del mal que expresa el catálogo de castigos penales juveniles, las mismas por orden de la ley solo resultan admisibles en forma excepcional (Art. 47 de la Ley RPA) ; ii) igualmente por disposición legal (artículo 53 de la misma ley) dado el estatus de pena más gravosa, los encierros serán -potencialmente- sustituibles por otra sanción que se ejecute en el medio libre³⁶. Por ello es que tras la sustitución estará, frecuentemente, la

derecho. Estudios de derecho penal juvenil I, nº5 noviembre de 2009, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, pág. 140.

³⁵ En contra de la admisión de la pena bajo un prisma combinatorio de finalidades retributiva y preventivas (lo que incluye finalidades preventivas especiales positivas) y a favor de la pena como retribución, MAÑALICH Raffo Juan Pablo. “la pena como retribución”. En estudios Públicos (108): 84-124, 2007.

³⁶ Como expresión concreta de la justicia penal juvenil caracterizada por la flexibilización y la diversificación traducido esto en una actividad tolerante, capaz de varias según las necesidades de los jóvenes en caso particular, Cfr TIFFER Sotomayor Carlos. “Principio de proporcionalidad y sanción penal juvenil” en “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”. UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pág. 54.

pretensión de cambiar la sanción de cárcel por alguna pena no privativa de libertad. Pues bien, dentro del abanico de penas que dispone la Ley RPA las dos privativas de libertad no están constituidas por el simple encierro del adolescente, sino que se realizan bajo la complejidad y directriz del llamado “programa de reinserción social”, inserto que demanda el suministro de una serie contenidos de educación formal, re escolarización, actividades de formación para la vida laboral y en general acciones de carácter socioeducativas³⁷. En el caso de las sanciones accesorias de tratamiento para vencer la adicción al alcohol o a las drogas, el reglamento de la ley requiere un abordaje interdisciplinario, de tipo biopsicosocial, bajo un enfoque integral comunitario³⁸. Dado el hecho que el programa de reinserción social debe ser aprobado judicialmente, entonces es la misma instancia jurisdiccional la que debe dar las pautas para el diseño de este plan y someterlo al debido control con audiencia de los intervinientes. Esto supone como factor clave: la correcta detección -y medición cuando ello es posible- de las deficiencias que el condenado o condenada muestra al momento de su entrada al sistema institucional, en relación a variables de integración social. Aquí el imperativo gira tras exigencias de claridad definicional y concreción medible de el o los objetivos que se enuncian primeramente en modo general, con señalamiento expreso de las condiciones materiales y humanas mínimas y necesarias en calidad de recursos institucionales que deben quedar explicitados para superar o al menos avanzar en la inclusión social defectuosamente evidenciada, que fundamenta en último término la punición juvenil en sus formas más gravosas a modo de “presunción de derecho”³⁹, de modo que un suministro insatisfactorio de los elementos imprescindibles (imaginemos por de pronto un centro de reclusión deficiente por un sinnúmero de motivos) puede redundar en parte (o en todo) en la explicación de por qué no han sido alcanzados los objetivos, o, escasamente, tan solo se constata el concurso de algunos de los inicialmente trazados en el contexto de la sanción penal⁴⁰. De esta manera, por

³⁷ Art. 16 y 18 de la Ley RPA.

³⁸ Art. 25 del reglamento de la Ley RPA.

³⁹ Figurativamente esto de la “presunción de derecho”: Como forma de destacar que las sanciones más intensas de la Ley RPA, libertad asistida e internación, siempre y en todo caso se justifican con sendos programas reeducadores. Si ello es así, es de toda lógica comprender que la ley supone siempre un déficit a este respecto.

⁴⁰ “La privación de libertad prolongada, y desde corta edad, implica un tipo de socialización diferente, ya que, en un dispositivo de encierro, el adolescente sufra una pérdida importante del

ejemplo, frente a informes de contenido desfavorable, expuestos con el debido desglose, será posible diferenciar qué parte puede ser achacada al sistema institucional y qué, en cambio, puede ser atribuido al adolescente penado, cuestión esta última que enfatiza de paso la figura del condenado como un sujeto sometido a la intervención estatal bajo condiciones institucionales reales y concretas, cuya suficiencia y eficiencia no le compete procurar. Este cometido permite detectar, desde un inicio, tanto eventuales impedimentos como también la presencia de factores favorecedores que podrán ser trabajados para luego resultar confrontados con los resultados que emergen tras posteriores mediciones de los objetivos de resocialización. De este modo se evita el sesgo de achacar sin más y únicamente al joven infractor los fracasos en el plan, asilándolos livianamente, por ejemplo, en una presunta inmadurez emocional, esperable por cierto en una persona que cursa un ciclo de la vida justamente caracterizado por cambios cognitivos, emocionales y sociales, por lo demás no constitutivo de una genuina variable sobreviniente ajena al diseño original de la intervención y por tanto derechamente sindicable como desconocida o ignorada (justificadamente) por los operadores⁴¹. Asimismo, se impide recalar en

entorno habitual, aislados de la sociedad (Goffman, 1994) de la familia y el grupo de pares, por eso los efectos de la pena de prisión en la vida de una persona se proyectan más allá del período de encierro, contribuyendo a incrementar y agravar su desarraigo social y la desvinculación familiar, teniendo en cuenta su especial etapa de desarrollo y la percepción del tiempo intensificada (Piaget, 1978). Las condiciones en que se encuentran estos Centros privativos de libertad y los hechos que han marcado el sistema negativamente fueron tratados en el informe Anual 2016 del INDH, donde se alertó de las principales afectaciones de derechos detectadas en estos Centros según las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de Centros (CISC) que tiene entre sus funciones asesorar a las autoridades en el debido respeto de los derechos de los adolescentes y de sus condiciones de vida al interior de los CIP CRC. De las actas emitidas por las CISC analizadas, se extrajeron hechos que significaban maltrato hacia los y las adolescentes, consistentes principalmente en el uso de fuerza, abuso de poder y agresiones físicas por parte de Gendarmería de Chile (GENCHI); casos de abuso sexual y agresión física por parte de educadores de trato directo (ETD); utilización de celdas de separación como instancia de castigo y como segregación en caso de amenazas o conflictos entre adolescentes; ausencia de incumplimiento de protocolos conjuntos entre Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional de Menores; falta de supervisión e injerencia de los directores de centros de SENAME, a las intervenciones directas de Gendarmería de Chile, traslados, allanamientos y faltas de seguimiento a las denuncias de maltrato; entre otras irregularidades (INDH, 2016)”. En Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual (2017). Situación de los Derechos Humanos en Chile INDH en particular. “Situación de los y las adolescentes en centros de privación de libertad administrados por el Estado”, pág. 117.

⁴¹ Considerando al adolescente como una persona en formación explicitado en la capacidad de comprensión social y la capacidad de autoderminación: “La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos”. Cruz Márquez

livianas conclusiones como “desidia juvenil”, “carencia de voluntad”, “fragilidad de ánimo”, o, en último término, etiquetando una personalidad como refractaria, mudando aquí -en el hecho- la pena como sanción rehabilitadora al estatus de la pena como medida de seguridad, anclado esto último en el (presuntamente) peligro que representa la persona del joven para con la sociedad.

De este modo un adecuado diseño del plan supone un correcto diagnóstico de inicio junto a un contenido operativo y concreto que se pretende llevar adelante, aterrizado a la realidad material-institucional y personal del menor de edad castigado. Desarrollado de esta manera resultará contributivo para un debate en sustitución, pues de entrada podrá dar cuenta de una pena correcta o incorrectamente justificada y/o suficiente o insuficientemente implementada. Favorecerá además la decisión a modo de resultado final en sede de análisis de cumplimiento/incumplimiento de objetivos, dado que, como se ve, en el caso del fracaso del programa se podrá ahora distinguir, como causas probables, circunstancias del todo ajenas al adolescente, entre ellas errores de diseño en el plan o defectos en la implementación en el mismo, que, equivocadamente y bajo una línea de argumentos acomodaticiamente centrados en la persona del joven, corren el riesgo de ser ignorados favoreciendo sin más el rechazo de la petición de sustitución. El resultado de esta primera fase se puede esquematizar en términos binarios como cumplimiento/incumplimiento del o los objetivos establecidos en el plan, que, en el caso de evaluación favorable, no ha de significar el compromiso de todos los objetivos trazados pues, ya se dijo, en tal coyuntura la sustitución debería dar paso a la remisión de la condena. En el evento de cumplimiento de objetivos, sin duda que la discusión de sustitución en sede de prevención especial positiva se verá fuertemente favorecida en pos de una decisión favorable, comprendiendo que la privación de libertad es por definición programática un factor que juega en contra de los objetivos de reeducación⁴².

Beatriz. Informes en derecho. Estudios de derecho penal juvenil III. Centro de documentación, Defensoría Penal Pública. N°11, Octubre 2012, pág. 13 a 16.

⁴² Ver nota al pie n°32. Además, en Reglas de Beijing: Regla 17.1 c): “Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”; Regla 17.1 d) “En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor”. Comentario oficial de la regla 17.1 c): “El inciso c de la regla 17.1 corresponde a uno de los principios rectores contenidos en la

Todo lo anterior da cuenta que el lineamiento educacional de la pena juvenil debe quedar configurado, estructuralmente, en la sentencia definitiva. Por su parte, el

resolución 4 del Sexto Congreso, que propugna evitar el encarcelamiento en casos de menores salvo que no haya otra respuesta adecuada para proteger la seguridad pública”. Regla 23. “Ejecución efectiva de la resolución”. Regla 23.1: “Se adoptarán disposiciones adecuadas para la ejecución de las órdenes que dicte la autoridad competente, y que se mencionan en la regla 14.1, por esa misma autoridad o por otra distinta si las circunstancias así lo exigen”. Regla 23.2: “Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas órdenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas”. Comentario oficial de la regla: “En los casos de menores, más que en los de adultos, las resoluciones tienden a influir en la vida del menor durante largos períodos de tiempo. De ahí la importancia de que la autoridad competente o un órgano independiente (junta de libertad bajo palabra, autoridad encargada de supervisar la libertad vigilada, institución de bienestar juvenil u otras autoridades) con calificaciones iguales a las de la autoridad competente que conoció del caso originalmente, supervisen la ejecución de la sentencia. La creación del cargo de juez de la ejecución de penas en algunos países obedece a este propósito. La composición, los poderes y las funciones de la autoridad deben ser flexibles; en la regla 23 se describen en general con objeto de facilitar su amplia aceptación”; Regla 28: “Frecuente y pronta concesión de la libertad condicional”. Regla 28.1: “La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”. Regla 28.2: “Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad”. Comentario oficial de la regla: “La facultad para conceder la libertad condicional puede conferirse a la autoridad que se menciona en la regla 14.1 o a una autoridad distinta. De ahí que en el presente caso proceda hablar de «correspondiente» y no de autoridad «competente». Cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al «buen comportamiento» del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc. Cuando se conceda la libertad condicional a un delincuente se deberá designar a un agente de libertad vigilada o a otro funcionario para que supervise su comportamiento y le preste asistencia (en particular si aún no se ha implantado el régimen de libertad vigilada), y estimular el apoyo de la comunidad”.

En el mismo sentido: CDN: Artículo 37: 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; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Reglas de la Habana, adoptadas como resolución 45/113 por la Asamblea General de la ONU el 14 de diciembre de 1990. “I. Perspectivas fundamentales, 2 Solo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

desarrollo más operativo se debe abordar, con la rigurosidad técnica antes indicada, en el respectivo plan de intervención sometido a la aprobación judicial. En efecto, la idoneidad de la sanción pasa como condición necesaria para la misma, por el imperativo de determinar en la sentencia definitiva, a modo de contenido general, la aspiración del modelo de intervención para el fortalecimiento por parte del adolescente respecto de los derechos y libertades de las personas junto a las necesidades de desarrollo e integración social de la o el joven condenado. A razón de este concreto contenido y objetivo general educativo, el plan deberá entonces desplegar una batería de actividades manifestadas en el campo del crecimiento personal, la educación formal y/o en el plano de la capacitación laboral. Lo relevante es que todas las anteriores deberán comprender instrumentos de evaluación objetivos y revisables, estandarizados y comprobables por terceros ajenos a la ejecución de estas tareas⁴³.

8. El cumplimiento o incumplimiento de los objetivos comprendidos dentro del plan de reinserción social.

Diseñados los objetivos al interior del programa de reinserción social de la manera propuesta, la medición periódica de aquello que se espera obtener de parte de el o la condenada permitirá dar vida a la exigencia internacional en orden a mantener la privación de libertad del preso juvenil durante el menor tiempo posible⁴⁴. Ya he propuesto que el diseño del programa deberá partir de la realidad cognitiva, psicológica, afectiva, educacional y social del adolescente, consignando expresamente los frutos a recibir como productos demostrativos de resocialización, considerando los factores positivos y negativos que, desde un inicio, sean diagnosticados tanto por los

⁴³ Adjetivando la tarea de la determinación judicial de pena como un ejercicio expresivo de razonamiento argumentativo y de interpretación jurídica normado, destacando el deber de fundamentación que debe observar el principio de legalidad y la "idea de la pena proporcional": Cfr. CILLERO Bruñol Miguel, Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: "Consideraciones para la aplicación del criterio de la idoneidad de la sanción, *Informes en derecho*. Estudios de derecho penal juvenil I, nº5 noviembre de 2009, Centro de documentación Defensoría Penal Pública, pág. 144.

⁴⁴ Respecto al encierro como contradicción al principio del interés superior del niño y la necesidad de reeducarlo y la coherencia de tal directriz junto al deber de protección integral como significantes del uso restrictivo de la cárcel: LLOBET Rodríguez Javier. "La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica". UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pág. 21.

expertos encargados de la elaboración del programa de trabajo de reeducación, como por aquellos expresamente manifestados en el debate del juicio que termina con la condena penal y que se plasman, a modo de ejes estructurales, en la sentencia definitiva. Los resultados deberán mostrar tanto la dimensión cualitativa de lo obtenido como el aspecto cuantitativo resumido en una conclusión general. A partir de esto, el programa podrá exhibir su éxito o fracaso. En la primera hipótesis la sustitución recibirá un fuerte respaldo, sin que puedan ser estimadas tales mejorías como el argumento para mantener el encierro, pues según se dijo anteriormente, la cárcel por definición normativa y hasta científica representa un factor o elemento negativo en la instrucción del programa⁴⁵. En la segunda variante, objetivos incumplidos, la evaluación además de mostrar este resultado deberá identificar las razones que explican tal estado. Este ejercicio anticipa que se podrá mostrar un sinnúmero de causas, a modo de ejemplos: errores de diseño, correcto plan pero defectuosa implementación del programa no imputable al condenado, deterioros en la salud del encarcelado juvenil, dificultades de adaptación del adolescente al régimen carcelario, condiciones materiales inapropiadas, rechazo del joven ya sea a toda intervención o a colaborar o participar de las actividades del programa⁴⁶. Como se ve son muchas las explicaciones que pueden concurrir para entender los resultados adversos y que se deben constatar a la hora de

⁴⁵ Relativizando la premisa que cárcel y reinserción juvenil no son incompatibles bajo un programa de prevención especial positiva pues subyace una cuestión de carácter contingente: COUSO Jaime y DUCE Mauricio. Juzgamiento penal de adolescentes. Santiago, Editorial LOM. Colección derecho en democracia, pág. 351 y 352.

⁴⁶ “Los Centros de Internación Provisoria y los Centros de Régimen Cerrado, si bien son dispositivos dispuestos por el Estado para perseguir un fin resocializador, en la realidad, debido a la normalización de prácticas, pueden llegar a ser espacios de maltrato, de sanciones crueles y humillantes que no hacen más que agravar el castigo extremo ya impuesto con la sanción penal en sí mismo (INDH 2013)”. “El Comité de los Derechos del Niño (CRC) en su última observación al Estado de Chile, manifestó que le preocupaba que: “Los centros de internamiento se gestionen a menudo como prisiones juveniles, no existan programas especialmente diseñados para la rehabilitación y la integración de los niños en conflicto con la ley y no se disponga de los recursos necesarios para ofrecer servicios básicos de salud, educación y formación profesional”. Situación de los y las adolescentes en centros de privación de libertad administrados por el Estado”. Informe Anual (2017), Situación de los Derechos Humanos en Chile, Instituto Nacional de Derechos Humanos, pág. 118.

En cuanto al carácter criminógeno que el encierro juvenil comparte con la cárcel en el caso de los adultos, empero los esfuerzos por contrarrestar estos efectos: LLOBET Rodríguez Javier, “Fijación de las sanciones penales juveniles”, “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”. UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pág. 106 y 107.

ponderar la pertinencia de la sustitución. Empero esta potencial pluri causalidad, es claro que todas aquellas razones que no refieren su génesis en la persona del joven, puedan correctamente, sin más, resultar atribuidas a este a la hora de fundar el rechazo de la sustitución, ni aun bajo el oblicuo argumento consistente en sostener que superadas las dificultades se podrán efectivamente obtener los productos resocializadores deseados. Tal razonamiento pugna con una cuestión de justicia elemental e ignora el mandato del legislador nacional (e internacional) por concluir lo más anticipadamente posible la reclusión del adolescente. Frente a este panorama entonces será necesario indagar, por ejemplo, el defecto de origen o sobreviniente en el plan, junto con permitir el debido debate a la apertura de un nuevo tratamiento, el que, si fuere del caso, deberá incluir la alternativa de su implementación en el medio libre. Así las cosas, solo se podrá argumentar y resolver por el rechazo de la sustitución, dada la no obtención de los objetivos centrales del programa, cuando esto se explique exclusivamente en la actitud negativa del condenado quien está llamado jurídicamente a prestar un mínimo de cooperación para llevar adelante los contenidos del plan, en la medida que muchas de las actividades diseñadas parten de la premisa, contra factual como se ve, que son admitidas y hasta queridas por el adolescente. Lo anterior deja en claro que la reeducación bajo el contexto de la sanción penal, juvenil en este caso, no se asimila a la educación como esfuerzo pedagógico formal y de largo aliento que el mismo Estado debe entregar a los niños y jóvenes en el plano extrapenal como respuesta al reconocimiento de un derecho social, ya que la resocialización bajo el contexto punitivo es educación a través de la pena, lo que significa que rebasa la voluntad del educado, imponiéndosele. Esto último, de paso, muestra la indesmentible y hasta indisimulable instrumentalización del sujeto bajo el alero de las teorías preventivas de la justificación de la pena, que, empero, resultan expresamente admitidas por autores marcadamente proclives a estas concepciones mixtas de la pena estatal⁴⁷.

⁴⁷ “Por otra parte, la pena, cuando es impuesta significa siempre un sufrimiento y un mal para quien la soporta. Esto es así en tanto se lo somete a ella coactivamente, y por eso fracasa todo intento de transformarla en tratamiento resocializador. Un tratamiento “forzado” es castigo, nos guste o no, pues solo es auténticamente tratado quien ha consentido en ello”. CURY Urzúa Enrique. Derecho Penal, Parte General. Ediciones Universidad Católica. 7º edición. Pág.78. En el mismo sentido: MIR PUIG Santiago: “Que queda en pie de la resocialización”, en Cuaderno

Un examen retrospectivo en el carácter de correcto insumo para la decisión de sustitución exige, por lo tanto, el siguiente concurso de elementos: 1) Análisis de la sanción ordenada primitivamente. Si acaso la anterior se ancló sobre un diagnóstico inicial, frente a los cuales propuso objetivos concretos, distinguiendo metas intermedias en función de una potencial sustitución, lo que demanda control de cumplimiento (artículos 16, letra b), 42, 44, 49 y 50 de la Ley RPA y 31 del reglamento; 2) Conclusión respecto a la consecución o no consecución de tales objetivos; 3) Ponderación de las causas tras el fracaso de los objetivos trazados en el programa.

9. Análisis prospectivo.

Con el informe de resultados que mostrará los objetivos esperados y confrontados estos con los obtenidos (o no logrados), el debate de sustitución podrá ser canalizado en forma más precisa dentro de los términos que señala el artículo 53 de la Ley RPA. De este modo, según ya se anotó, la constatación del éxito constituirá un importante argumento para permitir la sustitución, partiendo de la premisa que parte de los objetivos logrados desde un inicio fueron diseñados en favor del potencial cambio de la pena hacia una menos gravosa. A lo anterior se deberá añadir una prognosis favorable en relación con los objetivos especialmente pensados esta vez en la pena que se pretende. Y aquí el punto: ¿qué debemos entender por prognosis favorable? Desde luego es conveniente aclarar de entrada que aquello que debe marcar el eje de un estudio prospectivo, al igual que los anteriores, no puede traspasar el cerco de lo analítico e ingresar al campo de la simple especulación o la retórica. Es decir, no es una cuestión de convicción o de creer que en el futuro el joven manifestará un mejor y mayor grado de integración social. Lo anterior viene en pertinencia ya que es claro que el examen en esta parte a diferencia del anterior que trabaja sobre realidades expresadas en datos duros a modo de “productos” obtenidos con ocasión del ejercicio

del instituto Vasco de criminología. San Sebastián, nº 2 extraordinario. Octubre de 1989, pág. 37. Admitiendo la convergencia entre tratamiento y su obligatoriedad: LLOBET Rodríguez Javier. “fijación de las sanciones penales juveniles”, “Criterios preventivos en la fijación de una sanción inferior a la culpabilidad”, en UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pág. 128 a 131.

de una pena en desarrollo, cambia de plano pues el porvenir, por definición, es incognoscible de modo que parece entonces recomendable no perder de vista la casi inevitable tentación a hacer de esta parte del trabajo el aludido ejercicio intuitivo dada la “realidad” objeto de su estudio. Por lo anterior resulta clave evitar la confusión y centrar debidamente el objetivo de esta parte del debate para la posterior decisión: pronóstico de mejor inserción. De este modo, este trabajo al igual que los anteriores se enmarcará en el contexto de la racionalidad, solo que en este caso bajo un corte inferencial probabilístico. Para esto una importante fuente de apoyo argumentativo -y resolutivo- estará en los análisis y resultados que se aportan desde la criminología, en tanto disciplina que suministra información conclusiva, a partir de la cual se pueden formular premisas para el caso en concreto a decidir, teniendo presente los resultados obtenidos con la implementación de la pena primitiva y de experiencias análogas en la ejecución de la pena a la que se postula⁴⁸. Enseguida otra cuestión relevante es precisar el campo o margen de discusión: ¿Esta pronóstico es solo comprensiva de la comisión de delitos futuros o se debe restringir al delito que motivó el castigo en curso? La respuesta está en la ley: El artículo 53 de la Ley RPA sugiere que ninguna de las anteriores opciones es correcta, pues el debate en clave de pronóstico gravita más bien en pos del mayor y mejor favorecimiento de la nueva pena a la reinserción social del infractor. Es decir, se trata de una cuestión que supera la expectativa de futuros nuevos delitos, ubicándose más allá de la diada en referencia: comisión /no comisión de delitos, ocupándose en cambio de la expectativa de una nueva sanción tras la mejor reeducación del infractor. ¿Esto quiere decir que resocialización o mejor resocialización no es intrínsecamente incompatible con eventuales nuevos delitos? Entiendo que eso es correcto, pues lo que pretende la ley se debe comprender bajo un proceso de desarrollo no necesariamente lineal siempre ascendente en la curva de socialización, sino que, bajo una tendencia sostenida hacia la reeducación satisfactoria, admitiendo, y hasta esperando, ciertos espacios de “recaídas” constituido por la comisión y/o intervención delictiva en injustos penales de menor entidad y compromiso social que

⁴⁸ Para un análisis de factores de riesgo presentes en la criminalidad juvenil Cfr. REYES Quilodrán, Claudia. ¿Por qué las adolescentes chilenas delinquen? [en línea]. *Política Criminal*, Julio de 2014, Vol 9 N° 17. Fecha de la consulta 15 de junio de 2018.

aquel que motivó la intervención estatal en curso, como, por ejemplo, responsabilidad sobreviniente por causa de la perpetración de una falta penal.

Descartada la intuición como factor crucial para la decisión y superado el debate que propone igualar la prospección con cero “posibilidad” de comisión de delitos futuros, el análisis del porvenir en sede de reeducación debe considerar, además:

i) La transversalidad de la premisa que sigue: la cárcel constituye un estadio esencialmente desocializador. Tal punto representará un elemento favorable para el análisis de sustitución, pero no una novedad sino más bien un costo indeseado resultante de las penas más gravosas. Con todo, siempre es útil recordar este primer punto por la recurrente idea de filtrar tanto aquí como en otros momentos de la discusión en sustitución, los mentados argumentos de “prevención general” para mantener el encierro. La cárcel juvenil no representa un fin en sí mismo sino un medio tras el evidente esfuerzo reeducador de la pena y en prognosis acuñar este motivo objetante es, derechamente, una oblicua forma de defensa de la inocuización o de retribución pura⁴⁹.

ii) La comprensión que toda pena inicial que no rinda en sede de objetivos resocializadores, por ejemplo, cumplimiento de estudios formales, integración con la comunidad por medio de actividades concretas, es una pena que no contribuye, o lo hace mínimamente a la reinserción social;

iii) Acotar este concepto de reeducación como reincorporación al conjunto social, bajo un mínimo exigible: el rendimiento de la nueva pena en orden a la mayor probabilidad de no repetir el delito que motivó el encierro, en términos singulares, visto eso sí esto de “delito” en la idea del bien jurídico que cautela la norma de sanción en concreto quebrantada. Como abono de esta lectura huelga traer a colación el tenor de los artículos 4 letra c) y 8 letra c) de la Ley 18.216 en donde los términos expresamente giran bajo la idea global de temor a actividad delictiva futura. Esto muestra aquí, en cambio, que la prognosis es acotada, pues no se trata de cumplir con una radiografía

⁴⁹ Afirmando a la reinserción familiar y social del joven como expresión concreta del principio del interés superior del niño y la protección integral de este, bajo condiciones de libertad y dignidad. En: “Interés Superior del niño, protección integral y garantismo (en particular con respecto a las sanciones y sus alternativas en el derecho penal juvenil). LLOBET Rodríguez Javier. “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica- UNICEF ILANUD CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999, pág. 3 y 4.

completa del infractor o infractora esperando que en todas las fases de su vida muestre resultados satisfactorios. De ser este el campo de trabajo, en verdad, además de agotador e infinito termina por, otra vez, perder el centro de gravedad: la prognosis debe analizar exclusivamente el delito que motivó la actual pena en tanto ello dará luces a la labor de reinserción social atendiendo a las peculiaridades personales, familiares y comunitarias que propiciaron tal actividad delictiva, mostrando la realidad post sentencia en relación a aquellas circunstancias, en especial el trabajo ejecutado con la actual pena y la inserción social esperada.

iv) Desechar la exigencia de un 100% de certeza ya sea que se considere esto como equivalente a un sí y solo sí de mejor reinserción o un sí y solo sí de no comisión de delitos futuros (esto último en mi parecer equivocado por las razones antes expuestas). Demandar lo anterior efectivamente representa una contradicción lógica: el porvenir del infractor o infractora juvenil es algo que nadie puede asegurar en términos absolutos, de suerte que el sistema por una limitación natural debe rendirse ante el inevitable lastre de incertidumbre que este trabajo demanda. Por lo demás la vida de todo ser humano y del cuerpo social funciona bajo este cuadro. Por último tal y como se dijo anteriormente la demanda del 100%, además de irracional, termina por confundir por completo el debate y la distinción conceptual entre sustitución y remisión de la pena.

v) Resultados negativos a la luz de los objetivos que se propusieron en el programa de la pena inicial no significa *per se* que el debate en sustitución deberá ser considerado, desde un inicio, como un ejercicio del todo estéril, pues según se indicó anteriormente las causas de tal fracaso pueden estar muy alejadas de la persona del joven infractor, de suerte que igualmente en este aparente adverso escenario podrá ser factible la sustitución, y, por ende, el análisis prospectivo. La clave estará en la evaluación del desempeño del programa como tal, en las condiciones materiales dispuestas efectivamente para su cumplimiento, y en la salud, como concepto integral del adolescente infractor, sin tener cabida, en forma independiente, las llamadas razones de “prevención general”, desde que esta se somete al contexto del programa de reinserción.

A continuación, abordaré algunos tópicos especialmente recurrentes en el análisis prospectivo:

9.1 La cuestión del tiempo mínimo de privación de libertad

Una exigencia de parte de la doctrina nacional es entender que la decisión de sustitución no puede dejar de lado las consideraciones de prevención general comprendidas en la pena original⁵⁰. Hay tras esta tesis una demanda del llamado “mínimo de prevención general” en su significado de mantener la seriedad de la amenaza punitiva. El punto aquí es que tal mínimo no aparece posible de cuantificar sobre criterios objetivos directamente aplicables que permitan que todos los debates de sustitución de la pena mantengan una cierta homogeneidad en el análisis de tal variable. En efecto, perfectamente bajo esta idea del mínimo de prevención general, en un caso de alta conmoción pública la inclinación probable podría estar del lado de extender notablemente tal piso, de suerte que la sustitución y su debate terminará desvirtuado a tal extremo que la separación conceptual de esta figura con la remisión de la condena será imposible de practicar⁵¹. En contra, en aquellos casos que no demandaron la atención de la comunidad, el mínimo de prevención general estará exento de esta variable extra jurídica aligerando la discusión. Así es evidente que frente a iguales injustos culpables la “gravedad del hecho” pudiera perfectamente ser mensurada de manera distinta, con resultados igualmente disímiles a la hora de calibrar cuanto tiempo (como mínimo) debe permanecer encerrado el adolescente. Tal cuestión desde luego pone en entredicho la igualdad en el trato que ante la ley asiste a

⁵⁰ “El tenor literal del Art. 53 sugiere que la única consideración debe ser que la sustitución “parezca más favorable para la integración social del infractor”, mientras que la exigencia de que ya “se hubiere iniciado su cumplimiento” se convierte prácticamente en una formalidad (con el simple ingreso del adolescente al programa o centro, ya se puede tener por iniciado el cumplimiento). Pero esa interpretación, particularmente en el caso de las sanciones privativas de libertad en régimen cerrado, plantea problemas de fondo al sistema de administración de justicia penal de adolescentes, que podrían resumirse en que no garantiza el mínimo efecto preventivo general que la propia ejecución penal debería tener, y sin el cual, según advierte Roxin, tampoco la conminación penal lograría conservar su función motivadora (Roxin & nm41)”. COUSO Salas, Jaime: Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. *Informes en derecho*. Estudios de derecho penal juvenil II. Centro de documentación, Defensoría Penal Pública, nº2, Santiago, diciembre de 2011, pág. 289.

⁵¹ A diferencia de la sustitución de la pena, en el caso de la remisión de condena articulada en el artículo 55 de la Ley RPA, para las penas privativas de libertad la ley dispone un mínimo: cumplimiento de “más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuestas.”

todas las personas en calidad de derecho fundamental. De otro lado, si se presta atención al panorama legal dispuesto para infractores penales mayores de edad, el actual artículo 33 de la Ley 18.216 y los artículos 2 y 3 del DL n°321 sobre Libertad Condicional, consagran parámetros fijos. En el primer caso, la exigencia apenas alcanza al 1/3 de la pena privativa de libertad y en el segundo la regla general establece el cumplimiento de la mitad de la condena. Ahora bien, el punto es que en estos cuerpos legales el legislador expresamente asume este mínimo como requisito expreso, objetivo y habilitante para el ejercicio de los correspondientes derechos, en cambio el tenor del artículo 53 de la Ley RPA solo condiciona la sustitución cuando la misma “parezca más favorable para la integración social del infractor” exigiendo que la pena inicial o primitiva “hubiere iniciado su cumplimiento”⁵². Para esto último se argumenta en contra sosteniendo que una interpretación que desconozca este mínimo de prevención general terminaría por desvirtuar y desnaturalizar el trabajo de justificación de la pena en la sentencia definitiva, ya que siguiendo una interpretación literal de la actual redacción del artículo 53 de la Ley RPA, bien podría una condena de diez años en régimen cerrado resultar sustituida apenas transcurridos los primeros días desde su efectivo inicio, dando cuenta de una conclusión representativa de un evidente contrasentido, funcionando más bien como fuente de desprestigio de la actividad jurisdiccional. Sobre este tópico, un ejemplo como el expuesto por cierto dejaría perplejo a cualquier analista mínimamente objetivo y sin duda frente a la comunidad una decisión primitiva que resulta mutada en tales términos exhibiría -a lo menos- poca seriedad en el trabajo jurisdiccional, involucrando aquí a todos sus operadores⁵³. Sin

⁵² En España, el actual artículo 13 de la ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores faculta al juez para en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta. En términos análogos el artículo 123 de la ley N°7576, sobre justicia penal juvenil de la República de Costa Rica.

⁵³ A propósito de la historia de la ley Francisco Estrada Vásquez en revista Chilena de Derecho. Volumen 38 n°3 pág. 545 a 572. Versión On line ISSN 0718-3437, sostiene lo siguiente: “El primer presupuesto implica que no hay un plazo mínimo, a diferencia de lo que, como vimos, ocurre en alguna experiencia comparada. Durante la discusión legislativa, la Cámara de Diputados aprobó un texto que contemplaba dos situaciones. Una, que requería un tercio del tiempo fijado para la condena. Decía el entonces artículo 77, que procedía esta figura cuando “se hubiere dado cumplimiento, al menos, a un tercio de su duración o cumplimiento”. Otro, solo aplicable cuando se condenaba al tiempo mínimo de privación de libertad (1 año para 14-15; 2 años para 16-17) y que no requería tiempo mínimo de cumplimiento: “en el caso en que se haya

embargo, una resolución como la que se ejemplifica no es expresiva, *per sé* y únicamente, de un yerro en la sentencia que determina acoger la sustitución pedida, sino que en un caso como el propuesto en donde racionalmente es necesario admitir la existencia de un grueso defecto, este puede radicar también en la sentencia definitiva que determinó la pena sustituida, de modo que esta última, en tal caso, actúa como un mecanismo corrector de la primera. Esto muestra que a lo menos no es correcto cargar todo el peso del defecto en el mecanismo de la sustitución y en último término en el joven infractor, cuando se trata de un error presente en la ponderación de los factores señalados en el artículo 24 de la Ley RPA, a cuyo respecto la sentencia que sustituye la pena inicial debería, imperativamente, apuntar en la aludida fundamentación correctiva. De este modo se respeta al adolescente y su derecho a la reinserción social como objetivo primario determinado por la ley, en tanto el castigo por su responsabilidad en la perpetración del hecho punible está subordinado al objetivo resocializador. Así las cosas, el precio por crasos errores de la actividad jurisdiccional en la cual participan profesionales expertos, en definitiva, no termina –en el hecho– asumido por el joven, bajo el pretexto de un mínimo –ilegal– a título de prevención general que debe cumplir. Ahora bien, si no hubo tal error en aquella sentencia definitiva, explicándose por lo tanto el tránsito desde una elevada pena de encierro a

establecido la pena mínima de 1 año para los jóvenes entre 14 y 16 años y de 2 años para aquellos entre 16 y 18 años, y durante la vigencia de la sanción existan antecedentes de buen comportamiento y reinserción del joven, evaluados por el juez de control de la ejecución, podrá sustituirse la pena privativa de libertad por libertad asistida o arresto de fin de semana por el tiempo de condena que quedare por cumplir”. [BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (s/a)].Y además, se disponía que la internación en régimen cerrado no podría sustituirse por una sanción no privativa de libertad, salvo la libertad asistida (inciso final). Como señaló el diputado Ceroni durante el debate en sala en la Cámara Baja: “La iniciativa se preocupa de que los menores sancionados puedan tener una rehabilitación más rápida, para lo cual se plantea la sustitución de las condenas aplicadas. En la medida en que estas condenas puedan ser modificadas, se podrán aplicar otras más adecuadas para la rehabilitación del menor. Es decir, el proyecto se pone en todos los escenarios a fin de aplicar las medidas que sean procedentes”. Fue el Senado el que eliminó ese requisito y con ello abrió espacio a una pregunta que se repite en diversos foros: “¿es posible pedir la sustitución después de 1 día de iniciado el cumplimiento?” Mi respuesta siempre es la misma: Claro que puede pedirse, pero no veo cómo puede fundarse un proceso de reinserción en ese plazo. Lo que está en juego en ese planteamiento es la razonabilidad de la decisión judicial. No veo cómo pudiese argumentarse que transcurridos un día, una semana, incluso un mes, se haya avanzado significativamente en la integración social de un sujeto. El proceso que se quiere incentivar a través de este singular instituto, no es mágico ni esotérico.”

otra en el medio libre apenas iniciada la primera, bajo el argumento que el tenor literal del referido artículo 53 de la Ley RPA lo permite, entonces el asunto podrá ser zanjado y resuelto por la vía recursiva tal y como se permite en el inciso 3º de esta última disposición. Esto muestra la demanda a la 1º sentencia, la sentencia definitiva y su obligación de explicitar los motivos para sostener cuantías importantes de encierro, girando el trabajo argumentativo al tenor de los artículos 21 y 23 de la Ley RPA, en donde el primero de estos orbita directamente el injusto culpable reprochado al infractor, cuyo efecto es ubicar la pena en el orden cardinal consagrado por la ley para los tipos de la parte especial del código penal, bajo la guía de la pena privativa de libertad, exigiendo, además, salvo cuando el primer ejercicio concluya en la pertinencia de la regla 1 del artículo 23, articular las razones para optar por el encierro en desmedros de sanciones posibles de cumplir en el medio libre. Aquí se podrá sostener que la cárcel juvenil viene a modo de pena idónea, dada la entidad del injusto culpable comprometido y un elevado nivel de disociación del menor de edad en su interacción con el medio comunitario, de suerte que aparece como necesaria una intensa intervención estatal únicamente posible de lograr, en principio, bajo condiciones de encierro, tornándose inviable o en extremo dificultoso aterrizar otra pena⁵⁴. Como se puede concluir la aprehensión por una simplista interpretación literal del artículo 53, defendida con el recurso a este “mínimo de prevención general” en verdad, aun en el extremo imaginado por el ejemplo no tiene razón de ser, dado que una condena de, imaginemos, 6 años de régimen cerrado, o cualquier otra de similar guarismo debe

⁵⁴ Esto último muestra de paso que el legislador admite la cárcel juvenil tanto como un espacio de socialización como de represión o castigo. En términos de finalidad de la pena: como aquel lugar donde converge la prevención general y la prevención especial positiva. En todo caso, este doble rol: Por un lado reprochar el comportamiento al condenado mostrando a la comunidad que dicho castigo tiene como causa el ilícito perpetrado, junto con expresar una instancia de reeducación por el otro, debe ser visto, en términos normativos, como una relación de subordinación de lo primero a lo segundo, atendido el texto del artículo 20 y 24 letra f) de la ley RPA, pues caso contrario, se verifica una contradicción sustancial entre el sustrato resocializador de la ley, hecho carne en la “idoneidad de la sanción” y los perjuicios que resultan de encerrar a quien se debe reeducar. Ahora bien, y justamente en atención a esto último, dado que el aporte del encierro a este objetivo es solo una cuestión contingente vistas las contraindicaciones que la ciencia del desarrollo humano reconoce en la cárcel, y la contra facticidad que admite sostener el adecuado estado de los centros de internación, entonces el encierro juvenil será siempre excepcional en el caso de las reglas 2 y 3 del artículo 24 de la Ley RPA.

estar sólidamente fundada y debidamente acompañada de un plan de reinserción social que desde un inicio tendrá que albergar, sí y solo sí, como exigencia de coherencia, las razones para entender que, en principio, la consecución de los objetivos que el plan se propone se alcanzarán bajo un derrotero que demanda tal extenso período de encierro. Únicamente bajo esta noción y dada la especial y privilegiada situación jurídica del condenado objeto de intervención, la cuantía del encierro podrá ser racionalmente revisada y reacomodada, reduciendo este gravamen o derechamente dando paso a un castigo en libertad, sin que, en caso alguno, tal mínimo deba estar supeditado a objetivos de prevención general como garantía de seriedad a la hora de concretar la amenaza penal, consideración por completa ajena al sentido de la norma en estudio. De no ser así, entonces cuantías importantes de encierro solo estarían justificadas por razones retributivas o, derechamente, por motivos inocuidadores, destacando que estos últimos carecen de sostén en el articulado de la Ley RPA. De este modo, si el total del tiempo considerado como cárcel inicial no está justificado por los factores que se dejan ver en el artículo 24 de la ley RPA o no se desprende en los objetivos de resocialización establecidos en el programa, o estos se cumplen apenas el sujeto pone un pie en la cárcel juvenil, entonces, o hubo un gravísimo defecto a la hora de aprobar el plan de intervención o la sanción se impuso únicamente por exclusivas razones de prevención general, probablemente en razón de la alta lesividad del hecho enjuiciado, lo que representan un incumplimiento a la finalidad legal de la pena que se lee en el artículo 20 de la Ley RPA. Uno y otro caso constituyen errores de derecho que deberían ser subsanados en la sede recursiva correspondiente o como se ha sostenido *ut supra* en la sentencia que acoge la petición de sustitución⁵⁵. Con todo, como se podrá comprender y esperar, casos como este –extravagantes- estarán excepcionalmente presentes en la praxis judicial, pues la regla general para el evento de condenas que imponen el encierro es la aprobación de los respectivos planes de resocialización adecuados y coherentes a tal privación de libertad, de forma que la petición de sustitución apenas el condenado

⁵⁵ Acerca del recurso de nulidad por infracción del artículo 24 de la Ley RPA, cfr. MEDINA Schulz Gonzalo: Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente. Estudios de derecho penal juvenil I, n°5 noviembre de 2009. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, pág. 258 a 264.

juvenil ha ingresado a la cárcel de menores correspondiente, será rechazada sin mayor discusión en todas sus instancias de debate.

Así las cosas no es la interpretación literal del artículo 53 de la Ley RPA el canal que debe llevar a la conclusión del descarte de todo argumento en relación a la gravedad del hecho punible responsabilizado al adolescente, sino porque aquella norma está en directa coherencia con las otras que explicitan la razón de penar a menores de edad: Para la demostración de aquello huelga otra vez recordar la subordinación de la cárcel al objetivo de reeducación que expresa como directriz el artículo 20, la excepcionalidad del encierro para menores que refiere el artículo 47 y la idoneidad del castigo a seleccionar “para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades e integración social”. Bajo esta mirada, resulta clave el diagnóstico como primer paso para decidir la sustitución que se traduce en el ejercicio de mostrar y ponderar el rendimiento de los objetivos establecidos trazados en el marco de la primitiva sanción. Ello supone, por cierto, que al tiempo de determinar el castigo tales propósitos perseguidos con la pena fueron explicitados con claridad y concreción, en cumplimiento al mandato legal y, además, por la potencial aplicación de la modalidad de la sustitución ya que solo de este modo se hace efectivo la norma internacional que ordena restringir al mínimo posible el encierro del joven infractor. La indicación precisa de aquello que se espera obtener en el marco de la faz educativa de la sanción permitirá la correcta mensura y ponderación del mecanismo de la sustitución de la pena. Si por el contrario los objetivos aparecen difusamente señalados o explicitados, entonces el examen de sustitución resultará de igual modo: Confuso y disperso, abriendo la puerta para alegatos pidiendo la satisfacción de un mínimo de encierro.

9.2 La pena mixta como realidad no restrictiva de la sustitución, bajo la idea de un mínimo de prevención general

En el apartado anterior se afirmó la inexistencia de patrones legales directamente aplicables para constreñir la sustitución de la pena originalmente impuesta, acudiendo al argumento de cumplir un tiempo mínimo de la privación de libertad ordenada primitivamente, pues, de lo contrario, se produciría un fuerte remezón en la finalidad

preventivo general del sistema punitivo juvenil. Dejando de lado el objetivo del artículo 53 de la Ley RPA, otro alegato contrario al postulado que se defiende se encuentra esta vez en el caso que reglamenta el inciso 1º del artículo 19 de la Ley RPA. Es verdad que una lectura posible a esta disposición puede sostener la idea de tal mínimo, ya que expresamente aquí el legislador subordina el cambio de la pena, en este caso desde un encierro total a un encierro relativo, al cumplimiento de dos años de la condena. De este modo si la extensión de la sanción alcanza los cinco años y un día, entonces sería necesario computar 730 días, dos años, para modificar el régimen de encierro. Se podría agregar que dada la especialidad de la norma, consagrada exclusivamente para el caso de ordenar la internación en régimen cerrado, entonces su aplicación resulta preferente a la regla general que se consigna en el artículo 53 siguiente. Sin embargo, tal interpretación, probable y lícita, supone dejar de lado la guía maestra tantas veces señalada en el campo de la punición juvenil: Quiérase o no, el legislador nacional acorde con la directriz internacional está comprometido con un programa que subordina el castigo al interés resocializador. Dicho en otras palabras, la penalidad, en tanto imposición de un mal, no se justifica sino cuando se realiza tras la idea de la reintegración social que acuñan los artículos 20 y 53. De esta forma, el inciso 1º del artículo 19, solo tiene cabida en el marco de la pena que se determina en la sentencia definitiva bajo los cánones, ya indicados, que deben marcar la discusión de idoneidad, de modo que cuando viene en pertinencia la regla 1º del artículo 23, la misma inclusive aparece morigerada por la posibilidad *ab initio* de combinar el encierro total con el encierro relativo, asunto que no quita que posteriormente bajo una realidad concreta de cumplimiento, y que la sentencia definitiva solo contempló como prognosis, resulte factible la sustitución de la sanción. Por lo demás, si se admitiese que el legislador consagró un mínimo de prevención general, entonces tal piso sería más gravoso en relación a aquellos condenados mayores de edad en análoga situación. En efecto, bajo una pena de cinco años y un día, los dos años exigidos al delincuente juvenil, correspondientes a 730 días de encierro, están por sobre los 608 días demandados al adulto en el caso del artículo 33 de la Ley 18216, conclusión que tensiona insuperablemente la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, desde que, la premisa madre y unánimemente admitida consiste en afirmar que la Ley RPA consagra un régimen punitivo especial y privilegiado para los mayores de 14 y los

menores de 18 años. Finalmente huelga considerar como abono a la tesis que aquí se defiende que, a la luz de las restantes reglas que preceptúa el señalado artículo 19 de la ley antes indicada, en todas ellas se trasunta la idea directriz de reducir al mínimo posible el encierro (situación prevista en la letra a) de su inciso 2º) o, inclusive, finalmente no aplicar el mismo (situación contemplada en la condicionalidad que se deja leer en la letra b) del inciso 2º en mención).

9.3 La peligrosidad del delincuente juvenil y el pronóstico de reiteración

La peligrosidad del delincuente solo puede ser racionalmente operada en términos retrospectivos bajo la idea de reincidencia acotada en los términos ya explicados: la conducta histórica anterior que significó otrora condenas penales y el comportamiento antijurídico justificativo de la sanción en curso que es motivo de análisis en sede de sustitución. Cualquier otra consideración sostenida sobre un eventual escenario futuro de probabilidad y/o certeza de comportamiento delictual “general” es especulativa y ajena al sentido de la Ley RPA. El historial del menor de edad, por aplicación de los artículos 21 y 24, imperativamente debe ser considerado e inserto dentro de lo que se estima constituye la sanción más idónea “para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”. Siendo ya objetable que nuestro modelo punitivo se aparte de la observancia del principio de culpabilidad al menos como fundante para la pena, al permitir justificar –en parte- el castigo sobre hechos distintos a aquellos que explican – en forma inmediata- la sanción que se pretende, considerar además la noción de “peligrosidad” del delincuente juvenil en clave prospectiva para resolver la concesión o denegación de una sustitución parece, derechamente, no solo una postura ilegal, en tanto no está formalmente contemplada, sino una interpretación abusiva de la norma y lo más relevante, conducente a la supresión de la distinción conceptual entre pena y medida de seguridad. De este modo si la sustitución de la pena juvenil demanda articular la idea de integración social más favorable para el infractor, entonces, por ejemplo, las condiciones habitacionales, educacionales, recreativas o sanitarias que esperan o cobijan al adolescente resultan paupérrimas, entonces el desafío estará dado por mejorar estas prestaciones, reducir la cuantía del encierro o buscar fórmulas

de cumplimiento de la sanción en libertad, pero bajo ningún respecto decidir la subsistencia de la pena -habitualmente de encierro- so pretexto que en libertad la comisión de delitos será una realidad inminente, dado que el o la joven no ha progresado en sus estudios o no mejora en su inserción con el medio, ignorando la negligente puesta en práctica del programa de reinserción. Si se admite esto último entonces se valida una respuesta que concierne a otro orden, la pena juvenil se aparta por completo del fin preventivo especial positivo ingresando derechamente en el campo de la prevención especial negativa (inocuidación)⁵⁶. Y ya se dijo: este problema es una típica manifestación de la justificación prospectiva de la pena que subyace a las teorías de la prevención, como aspiración de evitación de la comisión de delitos futuros⁵⁷.

Conclusiones:

1.- Tanto en el derecho para adultos como en el caso del derecho aplicable a adolescentes, la concreción de la pena aboga por la consideración de factores alejados del injusto culpable que motiva la sentencia, combinando un análisis retrospectivo con uno de corte prospectivo.

2.- La Ley RPA prevé como finalidad de la pena juvenil un sistema débilmente retributivo y fuertemente resocializador, y, en todo caso, subordinando la sanción como significante del sufrimiento merecido por el delito perpetrado a la idea de reincorporación social.

3.- Dentro del catálogo de sanciones permitidas por la Ley RPA, las privativas de libertad corresponden a formas excepcionales de castigo, reservadas para aquellos casos en donde la cuantía de la pena se ubica en los tramos altos del orden cardinal dispuesto por la ley para los delitos de la parte especial del código penal. En todo caso se encuentran limitadas a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines resocializadores a cuya existencia se justifican y mantienen.

⁵⁶ Admitiendo que el pronóstico de reiteración puede incidir indirectamente en la decisión de no conceder la sustitución. COUSO Salas Jaime. Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. *Informes en derecho*. Estudios de derecho penal juvenil II. Centro de documentación, Defensoría Penal Pública, nº2, Santiago, diciembre de 2011, pág. 323-324

⁵⁷ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La pena como retribución. *Estudios Públicos* (108): 126, 2007.

4.- La sustitución de la pena acuñada en el artículo 53 de la Ley RPA, refuerza la aspiración indicada en la parte final del punto anterior: Pone en evidencia el interés del legislador nacional por generar un nuevo escenario de debate en el contexto del ejercicio del *ius puniendi* para infractores menores de edad. Esta discusión debe estar correctamente centrada, teniendo presente las siguientes premisas:

4.1.- Tanto para la pena primitiva como para casos en donde se pretenda la sustitución la ley no contempla finalidades de prevención especial negativa a modo de neutralización social del delincuente juvenil, de suerte que bajo ninguna hipótesis puede tener cabida un argumento de esta línea. Toda consideración sobre el particular atenta contra la base legal de la determinación de la pena.

4.2.- La cárcel juvenil, dado el consenso científico y normativo que se reúne al efecto, tiene siempre un impacto desocializador en la vida del infractor (a) adolescente. Por lo anterior no podrá en caso alguno transformarse en un fin en sí mismo, suficiente y capaz de sustentar una sanción o la pervivencia de esta desestimando la sustitución. La cárcel en el caso de las o los infractores juveniles no funge a modo de exclusivo castigo y/o inocuización.

4.3.- Una condena de varios años de cárcel por concepto de régimen cerrado o semi cerrado supone, en forma coherente y racional, que ciertos objetivos de reinserción social solo resultan posibles de cumplir, en principio, manteniendo encerrado del condenado (a). Ahora bien, la explicitación diagnóstica de todos los objetivos del correspondiente programa, a modo general en la sentencia y en particular en el programa de reinserción, deberán considerar que los mismos o parte de ellos, al menos potencialmente, pueden ser alcanzados en el medio libre desde que este es el ambiente propio y natural del resocializado.

4.4.- Toda consideración relativa a la gravedad del hecho que motivó el castigo, su impacto en el colectivo social o el fin intimidatorio que debe observar la pena, corresponden a argumentos impertinentes en sustitución, tanto por el tenor literal de la disposición como porque los mismos tienen cabida únicamente en la determinación de la cuantía y naturaleza de la primitiva pena juvenil con arreglo a los artículos 21, 23 y 24 de la Ley RPA.

5.-En el debate y ponderación jurisdiccional de una petición de sustitución se deberá considerar, a modo de pasos, a seguir:

i) Evaluación de la pena primitiva: los factores que conforme a la sentencia definitiva incidieron en la determinación de su naturaleza y cuantía. En el caso de las penas de encierro especialmente se deberá tener a la vista, además de lo anterior, el contenido del programa de reinserción social.

ii) Análisis de resultados y productos de lo que lleva en ejecución el programa de reinserción social. Ponderación de causas para los retrasos o fracasos. Distinción entre causas institucionales, defectos de diseño y aquellas vinculables exclusivamente al joven condenado.

iii) Presentación de la mejor expectativa en términos de reeducación de la nueva pena, aquella que se pretende en sustitución. Consideraciones desde la óptica de la criminología como insumos para conocer concretas experiencias en cambios como el propuesto. Descartar exigencia de cumplimiento de todos los objetivos del programa primitivo (sustitución no es remisión), así también desestimar exigencia de tiempo mínimo de encierro y riesgo cero en posibilidad futura de comisión de nuevos delitos. Esta última demanda aparece del todo irracional y especulativa. El análisis en la variable reincidencia, a lo sumo supone restringir las consideraciones al bien jurídico afectado tras la perpetración del injusto penal que fue sancionado, acuñando las conclusiones en datos que resultan de estudios que analizan el fenómeno criminal, descartando de esta manera simples apreciaciones y/o intuiciones. De otro modo, so pretexto de reincidencia, la confusión conceptual salta la vista: reincidencia será en verdad peligrosidad y, con ello, la negativa a la sustitución constituirá una manifestación de inocuización.

Bibliografía.

Textos

- BULLEMORE Vivian y MACKINNON John. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2º edición, Editorial Legal Publishing, Santiago, año 2007, tomo I
- BUSTOS Ramírez, Juan. *Derecho Penal del Niño-Adolescente*. Santiago, Ediciones jurídicas de Santiago, 1º edición. Santiago 2007.
- COUSO Jaime y DUCE Mauricio. *Juzgamiento penal de adolescentes*. Santiago, Editorial LOM. Colección derecho en democracia, 2013.
- CURY Enrique, *Derecho Penal, parte general*, 7º edición, Santiago, Ediciones UC, 2015.
- ETCHEVERRY Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. 3º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, Tomo I
- GARRIDO Montt, Mario: *Derecho Penal. Parte General*. 1º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Tomo I
- LLOBET Rodríguez Javier, *La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica*” Unicef Ilanud CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999.

- NOVOA Monreal Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3º edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Año 2005.
- TIFFER Sotomayor Carlos. “Principio de proporcionalidad y sanción penal juvenil” en “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”. Unicef Ilanud CE 1º Edición, San José Costa Rica, 1999.

Artículos de revistas:

- BERRIOS Díaz, Gonzalo: El Nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. *Estudios de la justicia* (6): 161-174, 2005.
- CARNEVALI Raúl, MALDONADO, Francisco: El tratamiento penitenciario en Chile, especial atención a problemas de constitucionalidad. *ius et praxis*, 19, (2,) 2013, 385-418. 2013.
- CILLERO Bruñol Miguel. Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: Consideraciones para la aplicación del criterio de la idoneidad de la sanción. *Informes en derecho*. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Estudios de derecho penal juvenil I, (5). 137-171, 2009.
- COUSO Salas, Jaime: Sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. *Informes en derecho*. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Estudios de derecho penal juvenil II, (5), 269-355, 2011.
- CRUZ Márquez Beatriz. La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos. *Informes en derecho*. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Estudios de derecho penal juvenil. III, (11), 09-32, 2012.
- ESTRADA Vásquez Francisco. La sustitución de la pena en el derecho penal juvenil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38 (3):545-572, 2011
- FRIEDER Dülkel y CASTRO Morales Álvaro, Sistema de justicia juvenil y política criminal en Europa. *Revista de derecho penal y criminología* (12), 261-306,2014. En revista Chilena de Derecho.Volumen 38 nº3 pág 545 a 572. Versión on line ISSN 0718-3437.
- HORVITZ Lennon. “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable”. *Revista de Estudios de la justicia*, nº7, año 2006.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo: La pena como retribución. En *Estudios Públicos* (108): 84-124, 2007.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva, en línea. In *Revista InDret*. Abril de 2015, nº2. Consulta 10 de noviembre de 2017.
- MEDINA Schulz Gonzalo: Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la ley 20084 sobre responsabilidad penal adolescente. *Informes en derecho*. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Estudios de derecho penal juvenil. I (5), 231-265, 2009
- MIR Puig Santiago: Que queda en pie de la resocialización. Cuaderno del instituto Vasco de criminología. San Sebastián, (2) extraordinario. 35-41, 1989.
- SALAS Donoso, Pablo Eleazar: “Consideraciones prácticas de la ley de responsabilidad penal adolescente”. *Estudios de la Justicia*, (14), 217-242, 2011.
- VON HIRSCH Andrew “Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos?”. *Informes en Derecho*. Centro de documentación Defensoría Penal Pública, Estudios de derecho penal juvenil, III, (11), 61-85, 2012

Ley

- Ley 20770. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 16 de septiembre de 2014
- Ley N°20084. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005.
- Ley 28216. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile 14 de mayo de 1983

Artículos de publicaciones seriadas electrónicamente

- INDH. "Situación de los y las adolescentes en centros de privación de libertad administrados por El Estado" https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/12/01_Informe-Anual-2017.pdf
- Historia de la ley 20084. Biblioteca del congreso de Chile, disponible en <http://www.bcn.cl/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>
- Revista de epistemología y ciencias humanas: "Efectos del cautiverio de las cárceles sobre las personas privadas de libertad". www.pensamientopenal.com.ar
- Revista Scielo Versión on line ISSN-0718-3399. Política Criminal, Vol 9, nro 17, Santiago 2014.

Instrumentos internacionales citados:

- Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing, adoptadas como Resolución 40/33 por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985.
- Convención sobre los derechos del niño. Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1989.

Santiago, 3 de septiembre de 2018.

Prof. Dr. Gérman Ovalle
Coordinador Académico
Programa Magister de Derecho Penal
Universidad de Chile
Presente.

Mediante la presente me permito informar que el Sr. Ricardo Aravena Durán ha concluido satisfactoriamente su AFET titulado: "LA SUSTITUCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL EN LA LEY Nº20.084". El Sr. Aravena ha seguido la modalidad informe en derecho y su AFET se encuentra en condiciones de ser defendido.

Sin otro particular, se despide atte.



Prof. Dr. Alvaro Castro M.
Profesor guía