



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias

Penales

DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL Y

EL NUEVO INFORME TÉCNICO: Análisis del proyecto de ley

contenido en el Boletín N°11.174-07

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Sociales

Memorista:

FRANCISCO JOSÉ CORTEZ FUENZALIDA

Profesor Guía:

GONZALO BERRÍOS DÍAZ

Santiago. Enero 2019

A mi familia por su compañía desde pequeño

A mis amigos por sus consejos y apoyo

A Paula por ayudarme a no rendirme

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1: LA SANCIÓN EN EL SISTEMA PENAL ADOLESCENTE	13
1.1. La responsabilidad penal adolescente y la necesidad de un sistema diferenciado.....	13
1.1.1. Visión retrospectiva: Necesidad de proporcionalidad entre castigo y comportamiento.	14
1.1.2. Perspectiva consecuencialista: Observaciones criminológicas.....	17
1.2. Diferencias entre la responsabilidad penal adolescente y la ordinaria	18
1.3. La ley 20.084 como sistema diferenciado.	22
1.4. El rol que cumple la sanción en este tratamiento diferenciado	24
1.5. Fundamentos de la sanción penal adolescente en la ley 20.084 y sus reformas.....	26
1.6. Influencia del rol de la sanción en el sistema de determinación de la pena. .	30
CAPÍTULO 2: EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CASOS DE UN DELITO ÚNICO.	33
2.1. Aspectos generales de determinación de la pena: Determinación legal y determinación judicial.....	33
2.1.1. El rol del legislador en la determinación de la pena. Marcos penales y principio de proporcionalidad.	35
2.1.2. Culpabilidad y utilidad dentro de los marcos penales.....	38
2.1.3. La labor del juez: Entre discrecionalidad y legalidad.....	39
2.2. El sistema de determinación de la pena en el Código Penal, y su influencia en la ley 20.084.....	41
2.2.1. Factores de determinación legal de la pena.....	42
2.2.2. Reglas de determinación judicial.....	45
2.2.3. Importancia de estas normas en la ley 20.084.....	46
2.3. Aspectos generales de la determinación de la pena en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.	47
2.3.1. Determinación de un marco penal: Remisión parcial a las normas generales.....	48

2.3.2.	Proporcionalidad y particularidades del adolescente.	50
2.3.3.	El artículo 23: Marcos penales e individualización de la sanción. ...	51
2.4.	Proceso de individualización de la sanción.	55
2.4.1.	Art.24 de la LRPA como norma de orientación.	56
2.4.2.	Revisión de los criterios para la individualización.	57
2.4.3.	Acerca del criterio de idoneidad de la sanción (Art.24 letra f).	62
2.5.	El estatus de la privación de libertad y su rol en la determinación.	65
2.5.2.	Compatibilizando la privación de libertad en un sistema educativo.	67
CAPÍTULO 3: MODIFICACIONES A LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES EN EL NUEVO PROYECTO DE LEY.		71
3.1.	Descripción del proyecto de ley: Perfeccionamiento al sistema vigente.	71
3.1.1.	Antecedentes y fundamentos del proyecto de ley.	71
3.1.2.	La ejecución de las sanciones en el proyecto, y su rol en la determinación.	75
3.2.	Proyecto de ley y reformas a la ley 20.084.	79
3.2.1.	Reformas a sanciones particulares y nuevos límites temporales.	79
3.2.2.	Modificaciones en normas de determinación de las penas de delitos individuales.	81
3.3.	El rol del informe técnico en la determinación de la pena.	92
3.3.1.	El informe técnico y su contenido:	94
3.3.2.	Aspectos conflictivos en la individualización de la pena.	95
CONCLUSIONES		99
BIBLIOGRAFÍA		103

RESUMEN

El presente trabajo, consiste en un análisis de las modificaciones al sistema de determinación de la pena en el Derecho Penal Juvenil, en contexto de la tramitación del proyecto de ley Boletín 11.174-07 que crea un Servicio Nacional de Reinserción Juvenil e introduce modificaciones a la ley 20.084 y otras normas que indica. Para llevar a cabo dicha tarea, se revisan las diferencias que tiene que tener el tratamiento penal de los jóvenes en relación de los adultos, contexto en el cuál la sanción toma alta relevancia. Se estudia la normativa vigente de determinación de la pena de la ley 20.084 y su relación con las normas generales del Código Penal. Con estos antecedentes en mente, se revisan los distintos cambios que se han propuesto para las normas de determinación durante la discusión del proyecto de ley, además de nuevas instituciones creadas que puedan influenciar en la aplicación de dichas normas. Con esto, se pretende ver la perspectiva que tiene el legislador con las normas de este proyecto, y como ésta se condice con los objetivos transversales de la justicia adolescente, y el respeto a los derechos fundamentales de los jóvenes que son introducidos a esta.

INTRODUCCIÓN

El cuatro de abril del año 2017, por medio del Mensaje 16-365 de la Presidencia de la República, ingresó como proyecto de ley el Boletín N°11.174-07, que crea un nuevo Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, y modifica distintas normativas vigentes, dentro de las cuales está incluida la ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante, LRPA). Esta serie de reformas están hechas en virtud de facilitar cumplir el objeto dado en el mensaje del Ejecutivo, de perfeccionar del sistema introducido por la LRPA. Dentro de las normas modificadas, se encuentran las del párrafo quinto del primer título de la ley, centradas en la determinación de la pena. Este proyecto continúa en tramitación bajo el Primer trámite Constitucional

El presente trabajo, precisamente se centrará de manera crítica en como operarían dichas reformas para el caso de delitos individuales cometidos por un adolescente. Por tanto, se buscará revisar el contenido de éstas y su alcance, para poder ver de qué forma estas se separan de lo establecido dentro del sistema general de determinación vigente actualmente, y qué consecuencias podría traer para la Justicia Juvenil en su totalidad. Esto principalmente debido al rol que viene a cumplir la sanción a los adolescentes dentro de todo el ordenamiento penal juvenil.

A su vez, este trabajo se basa en la idea de que la forma con la que operan los principios de determinación e individualización de estas penas es clave para que el sistema completo de la LRPA tenga coherencia interna. Por tanto, el funcionamiento adecuado de estas normas implicaría una operatividad adecuada de todo el sistema de la ley 20.084 en contraste con el establecido en el Código Penal.

Para esto también es importante tener conocimiento del funcionamiento general de las formas de determinación de la pena en todo tipo de sistema penal, para así tener claro qué principios existen detrás, y cuáles se encuentran recogidos tanto en la LRPA como en el proyecto de reforma, principalmente por el carácter subsidiario que la ley le otorga a las normas generales del sistema de adultos.

Entonces, para lograr el objetivo de revisar las reformas al sistema de determinación de las penas, esta obra se desarrollará en tres capítulos temáticos que

tendrán como objeto llegar a un acercamiento más claro al contexto dentro del cual se desarrollan las normas del Boletín en discusión. Estos irán desarrollando el tema desde un contexto más general, hasta llegar a una revisión más concreta del proyecto que se encuentra en discusión.

El primer capítulo servirá como una introducción al funcionamiento de la LRPA como un sistema diferenciado. Para esto, en primer lugar se revisan los fundamentos doctrinales que se han usado para sustentar la necesidad de una especialidad del Derecho Penal de Adolescentes, además de los principios que se sustraen de esta necesidad. Esto implica entender los elementos penalmente relevantes que diferencian a los jóvenes con los adultos, tanto en contextos normativos como empíricos. Esto permitirá introducirse a entender la importancia que tiene la sanción en este contexto, como elemento donde hace efectiva estos objetivos. Por eso, en segundo lugar, se revisará el contexto de las sanciones dentro de la LRPA, que las reconoce como medio clave para cumplir sus funciones. Finalmente, en tercer lugar, se hará una revisión de los fines de las penas dentro de la ley, debido a la importancia que tiene esta en el proceso de determinación e individualización realizado tanto por el legislador como por el juez. Para esto, se analizará que finalidades tiene la pena dentro de la ley 20.084, tomando como contexto, por una parte, lo establecido en esta en su artículo 20, y por otra, las distintas teorías de justificación existentes en la doctrina que pueden ser recogidas.

Una vez revisado este marco, el segundo capítulo tratará el sistema vigente de determinación de la pena centrándose en casos de delitos únicos, es decir, sin hacer revisión de los métodos de regulación de concursos. Para esto, el primer punto a tocar serán los aspectos generales de determinación de la pena en el Derecho Penal General, revisando los conceptos tanto de Determinación legal de la pena, relacionada con marcos penales y proporcionalidad, como de Determinación judicial, y la importancia de la racionalidad de las decisiones jurisdiccionales. Luego de esto, se tratará el sistema general del derecho de adultos, y los distintos factores y reglas bajo los cuáles se construye. Todo esto para poder entender los distintos pasos que orientan la determinación en la LRPA, que toma como punto de partida reglas del Código Penal. Acá se tomará en cuenta entonces, tanto las normas generales como

las particularidades que tiene el sistema de la Ley 20.084 en cuanto a las necesidades que tienen los adolescentes. En esta revisión también se observarán los problemas que tiene el sistema vigente, y que desafíos deberían intentar solucionar por el proyecto.

Esto dará entrada al tercer y último capítulo, que se centrará directamente en el proyecto objeto de este trabajo. Se revisará el contexto en el cuál este se propuso y sus objetivos. Se tratará como éste, tratándose de un proyecto que ante todo se preocupa en la creación de un organismo de ejecución, de todas maneras influye en sus conceptos dentro de ámbitos como la determinación. Luego se revisará efectivamente las modificaciones directas que el proyecto propone a la ley 20.084, específicamente en artículos fundamentales como el 21, 24 y 26. Se tendrán en cuenta además las modificaciones que se han hecho al proyecto contenido en el mensaje original, mediante las indicaciones realizadas durante la tramitación del proyecto, de fecha 5 de mayo de 2018. Junto con esto, también se tratará la introducción del Servicio creado al proceso penal y de selección de sanciones, mediante la institución del Informe Técnico. Esto principalmente, por su influencia en y relación con las normas ya señaladas. Finalmente el trabajo cerrará haciendo un comentario a la idoneidad que tiene tienen estas modificaciones, para cumplir los objetivos del proyecto, y a la vez como estos son recomendables para asegurar las garantías de los adolescentes que se introducen al sistema penal.

CAPÍTULO 1: LA SANCIÓN EN EL SISTEMA PENAL ADOLESCENTE

1.1. La responsabilidad penal adolescente y la necesidad de un sistema diferenciado.

En camino a entender el sistema de determinación de la pena adolescente en el sistema vigente de la ley 20.084 junto con su proyecto de reforma, es que se revise el contexto en el cuál esta se desarrolla. Ante esto, lo primero que corresponde analizar son las particularidades que tiene el sistema global de responsabilidad de las personas menores de edad, y el rol fundamental que tiene la pena dentro de esto.

El sistema penal adolescente tiene dos primeras ideas fundamentales, que vienen a definir en sus aspectos más intrínsecos. Por una parte, se trata de un sistema de responsabilidad. Esto implica reconocer al adolescente como un individuo al cual se le puede atribuir autoría y culpabilidad sobre un hecho determinado, dejando de lado una premisa de inimputabilidad. Por otra, este sistema de responsabilidad es un sistema diferenciado, basado en un principio de especialidad de este régimen con el de adultos. Esto se traduce a que los individuos comprendidos dentro de éste, son introducidos a un sistema con diferencias tanto en su configuración sustantiva como procesal.

Sobre lo primero, mucho se ha escrito. Fundamento para el sistema de la ley 20.084 está en dejar de lado un sistema que, fuera de su lenguaje paternalista, dejaba a los jóvenes dentro de una esfera deshumanizante y fuera de garantías. Reconocer a los menores de edad como personas sin discernimiento implicó la mayor vulneración a los derechos del niño, a los derechos humanos, porque le desconoció su carácter de persona, de sujetos de derechos.¹ A su vez, la poca claridad de los fundamentos de éste dejaba a los adolescentes dentro de un modelo caracterizado por la discrecionalidad judicial para apreciar la concurrencia de los elementos personales relativos a la capacidad de culpabilidad.² Por eso, se

¹ BUSTOS, Juan. *Derecho Penal del Niño – Adolescente (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente)*. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, p.9.

² CILLERO, Miguel. *Comentario a la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes*. Publicación UNICEF “Justicia y Derechos del Niño, vol. 8, Santiago, 2006, p.105.

estableció un sistema que reconoce la sanción al joven como una de reacción estatal frente a un delito, permitiendo crear un sistema con elementos y principios determinados, y que se acoja a todas las garantías y principios del derecho penal liberal.

Fuera de esto, tiene que reconocerse que este sistema de responsabilidad de menores tiene que desarrollar ciertas particularidades, entendiendo circunstancias específicas en las cuales se encuentran los niños y adolescentes. Dentro de los fundamentos básicos que se tuvieron con la reforma penal adolescente del año 2006, se puede ver cómo la Convención sobre los Derechos del Niño, como directriz principal, viene a establecer una serie de garantías particulares al joven imputado. Estas garantías particulares a respetar, hacen que el régimen que se configura sea un régimen penal diferenciado para los adolescentes, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, con garantías equiparables a las que rigen para infractores adultos, y caracterizado en términos generales, por una relativa benignidad en comparación con el régimen penal general.³

Importante en este contexto es entender la justificación que se da a la existencia de un régimen diferenciado. Esto pues, los mismos criterios que fundamentan la especialidad, permiten dilucidar como esta se irá desarrollando, y bajo qué criterios se está asegurando un trato debido a los jóvenes.

1.1.1. Visión retrospectiva: Necesidad de proporcionalidad entre castigo y comportamiento.

Una primera visión acerca de cómo se construye esta diferenciación, reconoce que tienen que valorarse dos elementos: La culpabilidad por el hecho, y la sanción merecida por tal hecho. Bajo este contexto, la pena que se impone es la materialización de un reproche que expresa decepción por el quebrantamiento de una norma vinculante para un individuo.⁴ Bajo esta idea, al autor de un delito se le

³ HERNÁNDEZ, Héctor. *El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "Teoría del Delito"*. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XX, N°2, 2007, p.196.

⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. *Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art.369 quáter del Código Penal*, en "Estudios de Derecho Penal Juvenil IV", Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2013, p.216.

castiga con una sanción cuyo merecimiento es precisamente medido por la culpabilidad que tenga por el hecho cometido.

Bajo esta perspectiva, un primer elemento donde se puede apreciar una diferenciación entre adultos y adolescentes se da en este contexto de culpabilidad. Entendiendo esta como el resultado de un juicio de imputación de segundo orden, es decir, la capacidad que tiene una persona de actuar teniendo como motivación una norma que le resulta vinculante, se pueden distinguir particularidades en los menores de edad que reducirían esta capacidad de motivación. Así, se pueden reconocer factores de carácter cognitivo como volitivo.

En cuanto a los primeros, no parece razonable esperar que los adolescentes, por la etapa en que se encuentran, tengan una comprensión completa de los intereses básicos de las personas que configuran los intereses protegidos por la tipificación de distintos delitos. El entendimiento de estos elementos proviene de un proceso evolutivo respecto del cual los jóvenes se encuentran entre medio.⁵ Similar cosa ocurre en materia de controles de voluntad, en el sentido que es con un proceso de madurez continuo, que las personas adquieren el desarrollo moral y la capacidad de autocontrol.⁶ Por tanto, entendiendo que los adolescentes se encuentran en un período clave de desarrollo de estas capacidades intelectuales y morales, es que es justificable que normativamente se tenga una expectativa más laxa hacia su capacidad de motivación, lo que permite entender que la culpabilidad que se les atribuye es de menor entidad.

De la misma manera que la culpabilidad de los adolescentes se necesita apreciar en virtud a ciertas particularidades, la pena y la susceptibilidad de los jóvenes respecto a ésta también implicaría una valoración distinta de las sanciones a imponer. En este contexto, en la adolescencia se encuentra enfatizado el desarrollo de elementos particulares, como el desarrollo propio y la preservación de la

⁵ VON HIRSCH, Andrew. *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos?*, en "Estudios de Derecho Penal Juvenil III, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012, 67.

⁶ *Ibid*, p.68.

autoestima. En comparación con los adultos, las sanciones penales conllevarían una afectación comparativamente intensificada de tales intereses.⁷

Ambas líneas de pensamiento permiten llegar a una conclusión similar, que es que, si a un adolescente y a un adulto comenten un mismo hecho, la valoración de la culpabilidad debería hacerse de una manera reducida, mientras que la misma sanción implicaría una mayor afectación de los intereses del joven en comparación.

Sin embargo, el Derecho Penal Juvenil parece ser más que una situación diferenciada en cuanto a la severidad de las penas que le imponen a una persona imputada. Como la juventud es un proceso que implica el desarrollo de la persona, no solo se entiende que esta se encuentra bajo ciertas carencias y susceptibilidades, sino que también se encuentra en un periodo de definición de si mismo, lo que por si implica experimentación, una “prueba de límites”, y “una posibilidad de cometer errores”.⁸ Ante esto el sistema penal establece una expectativa de que es probable que los adolescentes abusen de estos límites, pero sin embargo con la madurez aprenderán de manera autónoma, ante lo que no deberían ser castigados excesivamente por estas malas decisiones pasadas.⁹ Por tanto, con el uso de un tratamiento diferenciado al adolescente, se logran compatibilizar dos intereses. Por una parte, se logra hacer efectiva una responsabilidad penal, y a la vez se protege el desarrollo de autonomía del menor de edad mediante un trato distinto tanto en naturaleza como en intensidad.¹⁰

Finalmente, dentro de esta primera lógica diferenciadora, está el estatus distinto que tiene el adolescente frente a una norma quebrantada en comparación con un adulto. En este sentido, las facultades de autodeterminación que tiene un menor de edad no solo se presentan en un ámbito privado, en el sentido de no poseer capacidades cognitivas y volitivas para considerar una norma como razón eficiente para la acción, sino que en un contexto político en el sentido que, al no ser ciudadano, el menor de edad no tiene injerencia alguna en la creación de la norma

⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. *Op. Cit.*, p.218.

⁸ VON HIRSCH, Andrew. *Op. Cit.*, p.73.

⁹ *Ibid.*, p.74.

¹⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. *Op. Cit.*, p.219.

que quebranta. Por tanto, es una norma dentro de un sistema que le resulta heterónomo.¹¹

Todos estos casos se basan en criterios retrospectivos normativos, centrados en el merecimiento que tiene el adolescente respecto a una sanción a imponérsele. Sin embargo, lo anterior también se puede apoyar en ciertos elementos empíricos. Así, desde una perspectiva de psicología, nuevamente se hace hincapié en la menor capacidad cognitiva del joven, lo que lleva a una menor capacidad para tomar ciertas decisiones. Caso similar ocurre con la capacidad de autocontrol, ante un limitado horizonte de experiencias, una perspectiva más cortoplacista, y una dificultad de resistir presión de sus pares. Esto también sirve como fundamento empírico al ideal de tolerancia especial que se tiene hacia los adolescentes, principalmente por el medio en que se espera que se desarrolle. Lo mismo se aprecia frente a la especial sensibilidad que tienen los adolescentes a ciertas penas, principalmente respecto a efectos perjudiciales de la cárcel, que se ven exacerbados por la particular manera en que estos prescriben el paso del tiempo durante en el cual se aplica la sanción.¹²

1.1.2. Perspectiva consecuencialista: Observaciones criminológicas

Otra serie de argumentos bajo la cual se puede justificar una especialidad del Derecho Penal de Adolescentes, se relaciona con ciertos riesgos y consecuencias nocivas que pueden ser causadas por someter a jóvenes a instituciones propias del Derecho Penal para adultos. Esto estará ligado con un concepto de Responsabilidad Penal adolescente fundado en lograr determinados objetivos específicos, ya sea en el joven autor de un delito, o el resto de la sociedad.

De esta forma, una observación empírica de las conductas criminógenas de los adolescentes también ha llevado a la la conclusión de la existencia de ciertas reacciones particulares. Como se señaló anteriormente, parece normativa y empíricamente esperable que el adolescente incurra en episodios esporádicos de criminalidad leve. Sin embargo, una respuesta penal formal ante estas primeras

¹¹ *Ibid.*, p.220.

¹² COUSO; Jaime. *La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n°XXXVIII, 2012, p.280.

manifestaciones de criminalidad, puede tener consecuencias nocivas para éste. Por tanto, la respuesta que se tenga frente a una conducta, puede ayudar a fomentar la criminalidad del joven, ante el estigma que se genera al darle un rol social de delincuente.¹³ De esta manera, el contacto con el entorno que implica ser introducido a un sistema penal, forma parte de otra desventaja, al debilitar vínculos sociales y familiares.¹⁴

Dentro de este sistema, serían especialmente las penas privativas de libertad las que pueden tener un alto efecto desocializador del menor, incluso presentando como consecuencia un aumento de la reincidencia delictual. En cambio, precisamente son más eficaces intervenciones de carácter especializado, multidimensional y breve, fuera del carácter formalizado que tiene la justicia penal institucionalizada. Esto junto al compromiso de un adolescente en cumplir estas medidas, centradas tanto en la reparación del daño causado como su reinserción, privilegiaría que este sistema especial se desarrolle dentro de este contexto.¹⁵

Es por esas razones que se propone desarrollar un sistema especializado para la justicia penal adolescentes. Ahora, es necesario saber de qué manera se hace efectivo el desarrollo del sistema especializado, manteniendo un equilibrio entre sistema de responsabilidad basado en la culpabilidad, que logre llevar a cabo las finalidades que se le reconocen por el legislador.

1.2. Diferencias entre la responsabilidad penal adolescente y la ordinaria

Teniendo claro las particularidades que tiene el menor como sujeto dentro del derecho penal, a continuación, se hará una referencia a distintas ideas de cómo se deberían manifestar las particularidades propias de un sistema penal adolescente, desde una perspectiva general. Para esto, se señalarán ciertos principios propios del régimen penal adolescente, que son los que vienen a desarrollar este régimen diferenciado.

¹³ *Íbid.*, p.282

¹⁴ BERRÍOS, Gonzalo. *La ley de responsabilidad penal del adolescente como un sistema de justicia: análisis y propuestas*. En revista "Política Criminal", Vol. 6, N°11, 2011, p.169

¹⁵ COUSO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 284.

En este contexto, tiene que tenerse claro que precisamente, la diferenciación no puede centrarse solamente en el texto legislativo específico, sino que cómo a través de distintos principios que se construyen apreciaciones particulares, siendo la legislación una materialización de estas. Así, si el legislador ha establecido reglas diferenciadas explícitas, es precisamente en aplicación de esos principios especiales”¹⁶ De hecho, como se observará más adelante, existe una relativa flexibilidad y ambigüedad en ciertos ámbitos de la determinación de las sanciones para adolescentes, que precisamente hace necesario adoptar las decisiones judiciales y extrajudiciales a estos principios.

Esta normativa especial, reconoce que el niño se encuentra en un estado particular, que lleva a una necesidad de trato distinto. Esto, por una parte, como ya se ha señalado, implica el reconocimiento de garantías propias que tienen estos, mencionadas en la ya mencionada Convención Internacional. Pero a su vez, implica considerar que el menor, está en una situación de desarrollo particular; el adolescente tiene necesidades “especiales”, lo que lo lleva a tener conflictos, relaciones y desarrollos de comportamiento particulares, y por tanto, valoraciones distintas a sus conductas, en comparación con los adultos.¹⁷

Algunos autores, centrados en la finalidad que se busca con el establecimiento del Derecho Penal, reconocen que de estas ideas, se pueden recoger tres principios: Un principio de responsabilidad especial, uno de protección del desarrollo y derechos del adolescente, y finalmente uno de orientación hacia la prevención especial positiva.

Así, el primer principio, reconoce lo ya repetido acerca de la psicología del adolescente y los datos empíricos otorgados por la criminología, que, junto a su estatus normativo como individuo sin completa autonomía política, permiten entender que este tiene sus propias particularidades. En los campos de la determinación y valoración del injusto penal y la culpabilidad del adolescente por tal injusto, esto se

¹⁶ COUSO, Jaime. *Op. Cit.*, p.269.

¹⁷ BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, p.16

traduce en la exigencia de que estas valoraciones deben tener en cuenta las peculiaridades de la situación del adolescente.¹⁸

El segundo principio desde de esta perspectiva, es el de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente. Considerándose la fuerte carga y afectación a sus propios intereses que tiene introducir a un joven a este sistema, se propone que se busque un menor contacto con la justicia penal como sistema general, y en particular con la privación de libertad. Esto se lleva a cabo principalmente bajo un sistema que privilegia situaciones des formalizadas, salidas alternativas, medidas sustitutivas a la privación de libertad, etc.¹⁹

Finalmente, ligado a lo señalado en el párrafo anterior, para esta perspectiva, es fundamental que el sistema de responsabilidad penal adolescente se desarrolle tomando central atención a la prevención especial positiva, lo que, según se profundiza en el desarrollo de este trabajo, implica una preocupación e interés resocializador de la sanción en contra del joven. Por tanto, se buscará evitar el uso de instituciones que vayan en contra de estos objetivos, y que por tanto puedan provocar un mayor efecto de criminalización en la persona que es introducida al sistema.²⁰

Estos mismos principios se pueden desarrollar en objetivos que debería tener la justicia penal juvenil, partiendo bajo el mismo objetivo transversal, que sería la ya mencionada diferenciación con el sistema penal de adultos. Este sistema diferenciado a su vez tendría objetivos propios como privilegiar la desjudicialización, operando bajo una idea de “no contacto” entre sistema e individuo. A su vez, en caso de existir una declaración de responsabilidad penal de un adolescente, el objetivo sería evitar el encierro en recintos cerrados, los cuáles deberían tener un carácter de ultima opción. Lo mismo debería ocurrir en materia procedimental, en relación con la aplicación sumamente excepcional de una privación de libertad de carácter cautelar.

¹⁸ COUSO, Jaime., *Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva*, Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXV, N°1, 2012. p.153.

¹⁹ COUSO; Jaime. *La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n°XXXVIII, 2012, p.289.

²⁰ COUSO, Jaime. *Op. Cit.*, p.290.

Finalmente como último objetivo se presentaría el de favorecer la conducta conforme a derecho, evitando la reincidencia delictiva.²¹

Aspectos relativos a la sanción y su determinación

Dentro de las maneras en que estos principios y objetivos se empiezan a materializar, una de las principales manifestaciones es en el estatus particular que tiene la forma en que el sistema reaccionará frente un acto delictual por parte de un adolescente. Ya sea desde una perspectiva retrospectiva, como consecuencialista, va a ser la sanción uno de los elementos claves en que se tiene que reconocer la especialidad de este sistema. Por tanto, estudiar las particularidades que tiene ésta, junto con las formas en que se deben elegir y regular, implica estudiar una de las maneras principales en que se desarrolla el objetivo de un régimen diferenciado.

Esto es así, en primer lugar, porque desde una perspectiva funcional, la pena tiene ciertas particularidades que no se hacen presentes en el derecho penal de adultos. Obviamente, al ser un sistema de responsabilidad, entran en juego perspectivas retributivas y prevencionistas para justificar su legitimidad. Sin embargo, también ocupa un gran espacio el concepto educativo, o de prevención especial. Así, dentro del marco de la determinación de la pena ha sido constantemente defendido tener en cuenta las condiciones subjetivas del autor. Así, se ha señalado que por encontrarse los adolescentes en un proceso de formación se requiere incidir positivamente en ellos y no hay mejor forma que incidir a través del principio educativo, para estos sujetos en desarrollo.²²

Entonces, considerando esta función particular de la pena, y en base a los principios descritos, es que *prima facie* se deben tener criterios de determinación particulares, tanto en cuanto a duración como en individualización.²³ Por la misma razón, la privación de libertad se busca limitar de la mayor manera posible, al

²¹ BERRÍOS, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.171

²² TIFFER, Carlos. *Fines y determinación de las sanciones penales juveniles*. Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, n°4, 2012, p.336.

²³ COUSO, Jaime., *Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes. El caso de la ley Chilena*. En publicación UNICEF "Justicia y Derechos del Niño, n°10, Bogotá, 2008, p.108.

encontrarse dentro de un catálogo abierto de decisiones, buscándose elegir aquella que sea más beneficiosa para el adolescente.

Entrar a estudiar el funcionamiento general de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, dará la primera vía para entender cómo se desarrolla el sistema de determinación, y qué cambios se intentan establecer mediante el proyecto de ley objeto de este trabajo

1.3. La ley 20.084 como sistema diferenciado.

Ámbito objetivo de la ley

Lo primero que corresponde mencionar cuando se analiza el sistema de la ley de Responsabilidad Penal Adolescente, es precisamente el aspecto en el que se puede ver menos diferenciación con el sistema para adultos. Revisando el artículo primero de la LRPA, se puede apreciar que esta se hace cargo de “la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que estos cometieren”.²⁴ Por una parte, es esta la norma que abre la posibilidad de establecer responsabilidad penal a los adolescentes, ante su incapacidad reconocida en el artículo 10. Sin embargo, al señalarse los hechos por los cuáles se atribuirá responsabilidad, simplemente se hace una referencia genérica a los delitos que estos cometan. Así ya se reconoce una referencia al derecho paradigmático de adultos, pues son los ilícitos regulados en ese contexto los cuales por los que se atribuye responsabilidad a los jóvenes. Esto se ve acentuado en el reconocimiento específico al carácter supletorio del Código Penal chileno, de forma que todo lo que no se encuentra regulado, se regirá según las normas del régimen de adultos.

Se establecen a su vez ciertas particularidades. Se regula que queda excluida la sanción de faltas en los menores de dieciséis años, y la exclusión de persecución ciertos delitos sexuales cuando la persona ofendida es menor de 14 años, no concurre ninguna circunstancia de los arts. 361 ó 363, y no exista una diferencia de edad de dos o tres años. Sin embargo, aparte de estas excepciones, se ha entendido que en el contexto de responsabilidad juvenil tendrá aplicación normas sobre: a) los delitos de acción y omisión, b) los delitos dolosos como culposos (cuasidelitos), c)

²⁴ Ley. 20.084. Artículo primero.

los actos preparatorios, la tentativa y el delito frustrado, d) los conceptos de autor, instigador, cómplice y encubridor, e) los conceptos de autor, instigador, cómplice y encubridor, e) las causas de extinción de la responsabilidad penal, f) las agravantes y atenuantes de la responsabilidad.²⁵

Esto fue algo que se terminó por establecer durante la discusión legislativa previa a la aprobación del texto definitivo de la ley 20.084. En el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal, se había optado por establecer un catálogo expreso de delitos, bajo el cual se sancionarían a los adolescentes. Sin embargo, ya en el Senado se optó por tener el sistema amplio vigente hasta la actualidad.

Sobre si esta decisión es correcta ha existido gran debate. Algunos autores, han señalado que si se tiene con el sistema de responsabilidad adolescente un objetivo de mayor intervención “se hace necesario examinar si efectivamente es legítimo desde un punto de vista valorativo, y conveniente, desde una perspectiva preventiva, mantener una identidad o total simetría de los tipos penales de adultos y adolescentes”.²⁶ Mismos cuestionamientos se han dado al señalarse que “no parece razonable hacer exigibles bajo amenaza penal ciertas conductas que presuponen la calidad de ser el portador competente de roles en el tráfico jurídico-social y económico cuando el derecho no considera a los jóvenes plenamente capaces para desempeñarse en ellos”.²⁷

Presupuestos y extinción de la responsabilidad

En este ámbito, tampoco se hace manifiesta una diferenciación en la legislación positiva de responsabilidad penal adolescente. Como se señaló en párrafos anteriores, elementos tales como grados de participación en el delito, agravantes y atenuantes, causas de justificación o exculpación, estarían regulados según las reglas generales.

²⁵ BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, p.31.

²⁶ CILLERO, Miguel. *Op. Cit.*, p.108

²⁷ HORVITZ, María Inés. *Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable*. Revista Estudios de la Justicia, N°7, 2006, p.98.

El problema de esto se manifiesta en lo ya mencionado en la sección anterior. Los menores no se encuentran en el mismo contexto cognoscitivo y de madurez que los adultos, de manera que estos aspectos deberían tener una apreciación distinta, cosa que la ley no se preocupa. Por ejemplo, por los contextos sociales en que se desenvuelven, es común que los jóvenes actúen grupalmente, lo que inmediatamente implicaría una valoración distinta de criterios en base a la participación en delitos.

Entonces, al tener una simple remisión al Código Penal, hiciera parecer que una gran parte de establecer el Derecho Penal Adolescente como un sistema completamente diferenciado, está incompleto. Por tanto, algunos autores han propuesto que para suplir estos vacíos, es el juez quien queda obligado a una lectura diferenciada de las reglas generales sobre la materia cuando éstas deben ser aplicadas a infractores adolescentes.²⁸

Tomando de esta última idea, se ha señalado que es precisamente esta inconclusión de un desarrollo particular de las distintas circunstancias que rodean la determinación de la responsabilidad penal, la que lleva a que sea el intérprete el encargado de definir, en base a los principios que rodean el establecimiento de la Responsabilidad Penal Adolescente, como se aplicarán estos criterios de manera diferenciada. Todo esto, teniendo como límite la tipicidad, la legalidad y responsabilidad, que permiten que al se le proteja dentro de un proceso penal debido.

1.4. El rol que cumple la sanción en este tratamiento diferenciado

Como se señaló anteriormente, en este ámbito de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente es donde más se puede apreciar una diferenciación con el sistema penal de adultos, mediante, en primer lugar, una diversificación de las sanciones y el énfasis en aquellas no privativas de libertad por sobre las que implican encierro.²⁹ De esa forma, se establecen como sanciones posibles la amonestación, la multa, la prestación de servicios a la comunidad y la libertad asistida en distintas

²⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. *Op. Cit.*, p.198.

²⁹ BERRÍOS, Gonzalo, *El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes*, Revista de Estudio de la Justicia, N°6, 2005 p.161

variantes. Éstas aparte de la privación de libertad, que se manifiesta en la forma de internación en un régimen cerrado o semicerrado con programa de reinserción social.

Junto con esto, se establece un sistema particular de determinación e individualización de la pena o sanción a imponerse al joven condenado, basado en las finalidades que la ley y los principios orientadores del derecho penal adolescente entregan a éstas.

Entonces en este contexto sí puede reconocerse un intento efectivo mediante el que la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente busca implementar el sistema de la justicia de jóvenes como uno completamente distinto de adultos. En teoría se estarían reconociendo las particularidades que tienen los menores, y por tanto las necesidades que tienen de ser valoradas de una manera distinta.

Sin embargo, puede volver a plantearse el problema mencionado anteriormente. Pareciera ser insuficiente dejar sólo en el parámetro de las sanciones la diferenciación entre ambos sistemas. Por mucho que se busque innovar a la hora de establecer las sanciones y la manera en que estas se escogen, los fundamentos por los cuáles estas deben interponerse parecieran mantenerse invariables. Así “la ley sólo se ha hecho cargo del *quantum* de la pena y no del *sí* de la misma, abriendo la posibilidad de imponer una sanción penal, por benigna que ésta sea, a partir de la aplicación de una vara diseñada para medir la conducta de sujetos con un grado de madurez diferente”.³⁰

De todos modos, esto no puede negar la vital importancia que tiene la sanción y su determinación en el establecimiento de un régimen diferenciado entre jóvenes y adultos. El hecho que se reconozca una amplitud de alternativas de respuesta por parte del sistema, y la búsqueda de limitar la sanción de encierro, no puede ser sino un reconocimiento por el legislador de los objetivos señalados anteriormente, además de aceptar de los posibles efectos nocivos para el joven tiene estar involucrado en un contexto de responsabilidad penal.

De manera similar, el hecho que se reconozcan a las sanciones como un castigo, es decir, se les entregue una connotación negativa, permite reconocer que el

³⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. *Op. Cit.*, p.198.

adolescente se encuentra en el sistema de responsabilidad propiamente tal, en el sentido que se le atribuye una culpabilidad por la cual recibirá un reproche que la ley establezca como adecuado. En otras palabras, permite que se reconozca que “las sanciones son para quien las recibe, desde el punto de vista de sus derechos, un mal, una restricción de derechos no elegida por él”.³¹ Esto es clave para este trabajo, pues también define el criterio base que se debe tener para empezar a analizar cómo se determinan las sanciones, más allá de cualquier otro elemento particular del joven que comete un delito.

Además, la pena en materia adolescente se ve rodeada de otras particularidades además de la ya mencionada variedad de alternativas. Como se mencionaba anteriormente, el sistema de responsabilidad penal juvenil tiene orientaciones particulares y finalidades propias que lo alejan de un sistema de adultos, lo que implica también que las sanciones tengan finalidades particulares. Estas finalidades no pueden sino tener influencia en la manera en que la actividad de determinación de la pena, sobre todo considerando que actúan como un principio orientador de la decisión del juez. Esto se analizará a continuación, para ver de qué manera la finalidad de las sanciones influye en todo el trabajo de su determinación. Pero para lograr entender eso, no tiene que sino analizarse las finalidades que tienen las sanciones dentro del sistema penal adolescente.

1.5. Fundamentos de la sanción penal adolescente en la ley 20.084 y sus reformas

Aspectos generales de justificación de la pena: Utilitarismo y retribucionismo

Como ya se ha establecido repetidas veces durante esta exposición, la ley 20.084 vino a establecer lo que se conoce como un modelo de responsabilidad, lo que conlleva un reconocimiento a un principio de culpabilidad del menor imputado, y a la vez las sanciones como consecuencias a esta culpabilidad.

Por tanto, se hará una mención de las teorías dominantes para justificar la pena en la doctrina general, para luego ver qué criterios se pueden encontrar en la

³¹ COUSO, Jaime. *La política Criminal para adolescentes y la ley 20.084*. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo N°12, 2008, p.6.

ley 20.084. Debido a la complejidad de este tema, no se hará una descripción exhaustiva de cada una de estas justificaciones, cada una posible materia de un trabajo completo.

Dicho lo anterior, un primer grupo de justificaciones puede darse en la llamada retribución o censura. El elemento clave para esta justificación, se encuentra en una perspectiva retrospectiva, teniendo el principio de culpabilidad del hecho una importancia clave. Así, una idea retribucionista entiende que la culpabilidad por el hecho del autor es el fundamento positivo, por el cuál una persona será sancionada.

Por tanto, se tiene una norma de comportamiento que es reconocida como válida por la sociedad, por tanto, esperable ser cumplida por todos los individuos de una sociedad. Entonces, cuando una persona quebranta esa norma, se está aprovechando de ese principio de reciprocidad, que haría necesario una manifestación de rechazo a su comportamiento, que se ve en la pena. “El reproche de culpabilidad puede ser visto como un reproche por una falla personal que muestra una falta de sentido de la justicia, de modo tal que ese reproche se expresa en la irrogación del mal en que se materializa la imposición de la pena”.³²

En otras palabras, la tesis retribucionista entiende la pena como un castigo, una censura. Así, frente a una persona culpable de un delito, se le expresa un mensaje que hace referencia a su acto, a saber, que culpablemente ha lesionado a alguien y que se le desaprueba haberlo hecho.³³

Por otra parte, otro grupo de justificaciones de la pena se encuentra en las llamadas teorías utilitaristas, principalmente de carácter prevencionista. Estas teorías entienden que la imposición de una sanción solo se justifica en cuanto a que esta tenga consecuencias beneficiosas a futuro, es decir, tienen una mirada prospectiva. Entonces, “la pena encuentra así su fundamento, desde las teorías relativas, en la prevención del delito, esto es, sirve en último término a la protección de bienes jurídicos”.³⁴

³² MAÑALICH, Juan Pablo. *La pena como retribución*. Estudios Públicos 108, 2007, p.143.

³³ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Editorial Trotta, Madrid, 1998, p.36.

³⁴ CRUZ MARQUEZ, Beatriz. *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*. Marciel Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006, p.33.

Estas teorías pueden ser subdivididas dependiendo de en qué sujetos de la población se entienda que la pena se dirige. Por una parte, las teorías de prevención general, como su nombre lo dicen, entienden que la pena es un mensaje a todo el resto de la sociedad. Así, las de prevención negativa, entienden que el mensaje sería una especie de advertencia para personas en circunstancias similares al castigado por la pena. Alternativamente, las de prevención positiva, implicarían un mensaje a la sociedad en su conjunto, de aseguramiento de que la norma que fue quebrantada sigue siendo vigente.

Por otra parte, la idea de prevención especial se centra en la persona que cometió un delito. Así, una perspectiva de prevención especial negativa le otorga a la pena un carácter de medida de “paralización del delincuente”, que permite asegurar al resto de la sociedad frente al riesgo que este puede implicar para ella. Por otra, una perspectiva especial positiva, se centra en la resocialización como fundamento, de manera que la finalidad sería que la persona autora del delito tenga una vida futura libre de nuevas actuaciones delictivas.

Todas estas teorías, para evitar llegar al absurdo de que la utilidad de una posible pena pueda justificar su imposición sobre un inocente, llevan de la mano un principio de responsabilidad y culpabilidad, pero ya no como fundamento positivo, sino un límite negativo para excluir la existencia de una pena en una persona no responsable. Así es como autores como Roxin, han entendido que la utilidad es el fundamento de la práctica punitiva, mientras que la responsabilidad es un fundamento de una punición específica entendiéndose que la pena en ningún caso pueda ser superior a la medida de la culpabilidad de la persona.³⁵

Funciones de la pena en la ley 20.084 y reformas.

Cuando se revisa el contenido de la ley 20.084, pareciera ser que se pueden ver manifestaciones de las distintas teorías mencionadas anteriormente dentro de esta. Lo mismo ocurre si se analiza el proyecto de reforma, que está orientado específicamente a cumplir ciertas finalidades.

³⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Editorial Civitas, Madrid, 2007, p.101

En primer lugar, esta ley se encuentra dentro de un contexto particular, que implican ciertos tratamientos político-criminales sobre los delitos. De esta manera, una finalidad que se ha visto al sistema en su conjunto ha sido la de disminuir la tasa delictual en los adolescentes. En otras palabras, una primera finalidad que se puede encontrar en esta ley es la de una prevención general.

Esto se puede manifestar en tres ejemplos. Primero, en el mensaje original con el cual el presidente Ricardo Lagos despachó el proyecto original señala que “desde un punto de vista social, es evidente que la preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la Justicia penal en todos los ámbitos ha crecido. La actual justicia de menores... no satisface las exigencias de protección de los derechos de las víctimas de la delincuencia”. Segundo, a través de la reforma introducida por la ley 20.191, que, entre otras cosas, establece la privación de libertad como sanción única en caso de delitos más graves. Finalmente, el actual proyecto de reforma, basa las reformas al sistema vigente centrándose en una mayor eficacia de la prevención del delito ante el problema de la reincidencia, como se verá más adelante.

En segundo lugar, no puede sino encontrarse un fundamento preventivo especial de carácter positivo. Como se señaló anteriormente, uno de los fundamentos de la existencia del derecho penal adolescente como sistema diferenciado se manifiesta en las consecuencias particulares preventivo-especiales que tienen la persecución e imposición de una sanción en el menor.

Esto se puede encontrar en distintos ámbitos de la ley 20.084. Primero, en el artículo 20 de esta, se menciona que mediante se tiene como finalidad de la sanción que esta “forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”. A su vez, un concepto clave, como se verá más adelante, es el concepto de idoneidad de la sanción a la hora de ser establecida por el juez. Lo mismo se manifiesta en el proyecto de reforma, que, por una parte, limita sanciones como la amonestación y la multa precisamente por su bajo efecto educativo en el adolescente. A su vez, establece la institución de informes técnicos como ayuda de la determinación de la pena. Además, se introducen salidas alternativas particulares

para evitar las consecuencias nocivas que implican para los adolescentes el sometimiento a un proceso.

Finalmente, no puede sino reconocerse un carácter de retribución y censura, al tenerse como primer fundamento de la imposición de una pena la responsabilidad del menor culpable. En otras palabras, para imponer la sanción, siempre se tiene que tener una mirada retrospectiva que no puede ser eludida. Esto se encuentra de manera clara en el mismo artículo 20 de la LRPA, que entiende que “las sanciones y consecuencias que esta ley establecen tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delitos que cometen”. Lo mismo ocurre en el proyecto de reforma cuando este intenta modificar el régimen concursal de delitos, para evitar sanciones desproporcionadas, siendo esta proporción la contracara de un concepto de merecimiento, y, por tanto, una manifestación de un retribucionismo.

1.6. Influencia del rol de la sanción en el sistema de determinación de la pena.

Como se pudo apreciar en la sección anterior, se puede ver que dentro del sistema penal adolescente se pueden encontrar distintas funciones a la pena o sanción.

Ahora, estos fundamentos de la sanción son sumamente influyentes a la hora de determinar esta, en la medida que sirven como criterios decisorios, tanto para el legislador a la hora de establecer las medidas (como ocurre con la reforma de la ley 20.191 señalada anteriormente), como para el adjudicador a la hora de señalar específicamente que sanción se aplicará al menor culpable.

Así, frente a los diversos criterios que se entregan para la individualización de una pena, los roles que esta cumplen sirven como una guía a seguir. Así, vuelve a ser necesario hacer referencia al artículo 20 de la LRPA, que otorga inmediatamente un contexto hacia el cuál se tiene que dirigir la determinación de la sanción, en cuanto a las finalidades que esta debe cumplir, es decir, hacer valer la responsabilidad, y cuidar el desarrollo del adolescente.

Así, por ejemplo, se ha señalado que “en relación a la justicia juvenil, la finalidad de la sanción con fines de prevención especial positiva debe de orientar en todo caso al juez en la determinación de la sanción”.³⁶ De la misma manera, un principio de proporcionalidad propio de un retribucionismo influye en el marco general propuesto por el legislador a la hora de establecer una sanción.

Pero para que esto quede más claro, es necesario entrar al sistema de determinación de la pena de manera más amplia. Por eso, en el segundo capítulo de este trabajo, precisamente se tratará ese tema, partiendo por los aspectos más generales, para terminar con una revisión de las distintas fases contempladas en la LRPA y su nuevo proyecto de reforma.

³⁶ TIFFER, Carlos. *Op. Cit.*, p.341.

CAPÍTULO 2: EL SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CASOS DE UN DELITO ÚNICO.

2.1. Aspectos generales de determinación de la pena: Determinación legal y determinación judicial.

Como se trató en el primer capítulo de este trabajo, cuando revisamos el sistema penal para adolescentes, llegamos a concluir que este se trata de un régimen cualitativamente distinto al régimen paradigmático de adultos, que de todos modos está construido bajo un principio de culpabilidad y responsabilidad del adolescente que comete un delito. Esto lleva a entender que se trata de un modelo que, a pesar de un reconocimiento de la diferencia de trato que se tiene que tener, basa parte de su desarrollo en principios generales del Sistema Penal.

En materia de determinación de las penas, se podrá ver que el sistema de la ley 20.084, por razones de técnica legislativa, hace referencia a las normas del Código Penal, en camino a establecer las sanciones a interponer al sujeto que se encuentra bajo su regulación. Ya en el inciso 2° del artículo primero de la LRPA, esto se reconoce mediante una referencia a la supletoriedad del C.P. y de manera más específica, el artículo 21 de la ley establece una remisión directa a normas generales, a la hora de determinar “extensión” de las penas.

Por tanto, si quiere hacerse un análisis de normas particulares de determinación de la LRPA, es necesario primero detenerse en consideraciones generales del sistema de determinación de la pena, para después establecer particularidades de este.³⁷

En esta revisión general nos acercaremos a cómo se desarrolla nuestro sistema de determinación de la pena, y los principios que lo orientan. Ante esto, un primer interés que se tiene al dársele forma es el respeto a un principio de legalidad. Bajo este principio es necesario que cada hecho constitutivo de delito tuviera asignada claramente en la ley un reproche correspondiente. Esto se condice con una

³⁷ MEDINA, Gonzalo. *Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente*. Revista Estudios de la Justicia, n°11, 2009, p.202.

idea retributiva, que se basa en cómo se valora la gravedad la conducta cometida para fijar el nivel de severidad del reproche merecido.

Basar la determinación de la pena solamente en este criterio, desarrolla un sistema absoluto de determinación de la pena, en el cuál es el legislador el que fija, tanto en especie como en duración la sanción a aplicar por un hecho punible. Por tanto, en cada caso concreto el Juez se encargará de verificar la ocurrencia de un supuesto de hecho, y en base a este, someterá al culpable a su correspondiente castigo. Para esto, es necesario cada conducta tenga establecida exactamente la manera en que será sancionada la ley.

El problema que tendría un sistema de estas características es su rigidez ante la variedad de casos que se pueden producir en la realidad. Un sistema de determinación de sanciones completamente preestablecidas no permitiría una idónea adecuación a todas las circunstancias que pueden resultar relevantes para el establecimiento de un castigo. El carácter abstracto que tiene la ley como mandato general, hace imposible que esta pueda prever todas las maneras en las cuáles podría desarrollarse un hecho punible, además de todas las circunstancias subjetivas que puedan ser relevantes para fijar el mismo reproche.

Ante esto, se ha concluido que el rol del adjudicador viene a ser más relevante que el de mero verificador y aplicador de la ley. Existe una labor que consiste en encontrar una ecuación armónica que contemple tanto la objetividad de la violación jurídica llevada a cabo, como la subjetividad del que intervino en ella.³⁸ La pena se debería adecuar al individuo y situación concretos, lo que es una tarea que solo puede ser efectivamente llevada a cabo por un juez.³⁹ Esto sin abandonarse las necesidades de seguridad que se establecen con parámetros de actuación fijados en la ley.

Por ello en Chile se desarrolla un sistema de determinación en el cual se puede apreciar dos momentos, como a la vez dos labores. Por una parte, existe una

³⁸ NOVOA MONREAL, Enrique. *Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II*, 2° Edición, Ediar-ConoSur, Santiago, 1985 p.419.

³⁹ ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*. 2° Edición, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, p.25.

labor legislativa, mediante el establecimiento de normas de determinación de la pena, y por otra una labor judicial, de individualización de la pena, en atención a las condiciones fijadas de modo más o menos estricto por la ley.⁴⁰

La determinación obedece a un doble sistema, de determinación legal de marcos y determinación judicial de la pena concreta a aplicar.⁴¹ De manera que las penas en nuestro sistema se encuentran “relativamente determinadas” por el legislador, fijando éste un marco, o sea, “un espacio relativamente amplio dentro del cual puede fijarse la pena para el hecho singular que se trate”.⁴² Dentro de este marco, y de acuerdo a normas fijadas por el legislador, el juez se encarga de escoger, entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud.⁴³ Por tanto, se crea un sistema mixto que busca una equidad entre seguridad jurídica e individualización de la sanción.⁴⁴

2.1.1. El rol del legislador en la determinación de la pena. Marcos penales y principio de proporcionalidad.

Como se señalaba anteriormente, en nuestro sistema de determinación relativa de la pena, es el legislador el que, en primer lugar, establece un ámbito o marco de posibles penas aplicables para un delito. De esta manera, la ley establece cuál es el umbral mínimo y máximo de la consecuencia punitiva asociada a la realización imputable de un hecho punible.⁴⁵

Por esto es que, el punto de partida para la determinación de una pena concreta que se imponga al autor de un hecho delictivo no puede ser sino lo que la ley consagra en abstracto para el delito de que se trata.⁴⁶ Para esto, el legislador, en la parte especial del Código Penal, establece un rango de penas aplicables a cada conducta, siendo este el primer ámbito en el cual se irá desarrollando la labor de

⁴⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. *¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?* Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2009, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2010, p.42.

⁴¹ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.203.

⁴² GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Tomo I. Parte General.* 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p.316.

⁴³ *Ídem.*

⁴⁴ CERDA Mónica y CERDA, Rodrigo. *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p.98.

⁴⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. *Op. Cit.*, p.41

⁴⁶ CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General.* 8° Edición, Ediciones Universidad Católica, 2005, p.763.

determinación. Puede entenderse que cada una de las posibles penas aplicables dentro de un marco para un comportamiento en específico, a priori, podría considerarse como válida y aceptada por el legislador.

Esto se vuelve más relevante si consideramos la legitimación de la pena bajo criterios retributivo-democráticos. El reproche, bajo este criterio, sólo se justifica cuando la persona que no actúa reconociendo una norma como razón para la acción, pudo participar como ciudadano en el proceso de adopción de la norma.⁴⁷ Por tanto, dentro de este contexto, es el legislador el que está legitimado para establecer el monto de las penas, en contexto de un ejercicio de autonomía pública de los ciudadanos.

Los jueces, sólo dentro del quantum ya establecido, y de acuerdo con un razonamiento reglado, puede escoger en específico cuál será la sanción aplicable para un caso concreto sobre el cuál tengan que decidir. Por tanto, son los primeros umbrales de los cuáles el adjudicador no podrá desligarse a la hora de tomar su decisión. Sin embargo, los marcos, no solo pueden entenderse como un límite formal para la labor judicial.

Estos también tienen en sí mismos una carga o valor declarativo. En efecto, lo que hace el legislador mediante la definición de un marco punitivo, es manifestar al valor relativo dentro del sistema punitivo de una norma, y también el lugar que ocupa el bien jurídico dentro determinado ordenamiento, se señala la importancia y rango de la respectiva norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social.⁴⁸

Esa valoración hecha por marcos penales puede hacerse bajo criterios de prevención general, es decir, relativos a la valoración de determinados bienes jurídicos que justifican el establecimiento de delitos; o bajo criterios retributivos, en el sentido del nivel de reproche que otorga el legislador a cada hecho delictivo con relación a su gravedad. El marco establecido por el legislador corresponde al reproche que se puede dirigir a la culpabilidad del autor de un delito, y si la pena

⁴⁷ MAÑALICH, Juan Pablo. *Penas y ciudadanía*. en Kindhäuser y Mañalich, "Penas y culpabilidad en el Estado democrático de derecho, 1° Edición, Ara, Lima, 2009, p.127.

⁴⁸ ZIFFER, Patricia. *Op. Cit.*, p.37.

expresa reproche, lógico sería que el quantum del castigo guarde relación con el grado de reprochabilidad de la conducta.⁴⁹

En definitiva, para respetar esta relación, es necesario que el catálogo de penas para las distintas conductas delictivas reconocidas en el sistema, respete un principio de proporcionalidad, o sea, el requerimiento de que la severidad de las penas se determine con referencia a la gravedad del delito.⁵⁰

Que estos marcos penales fijados por el legislador sean proporcionales a la gravedad de los hechos cometidos por un condenado, implican, en primer lugar, la existencia de un respeto a una paridad. Esto quiere decir, que permiten cumplir con un requerimiento de igualdad, según el cual cuando existan condenados por infracciones similares, la severidad del castigo sea sustancialmente similar.⁵¹

A su vez, como el legislador basa la decisión sobre los marcos penales con relación al valor de bienes jurídicos o de la gravedad de la conducta, que tienen una determinada jerarquía, estas se desarrollan de una manera escalonada. En otras palabras, entre más grave se considera un delito, mayor pena tendrá asignada. Por tanto, se respeta una graduación de acuerdo con la cual, la escala de penas que refleja la gravedad de los delitos dentro del sistema.⁵² Esto más allá de los criterios político-criminales que influyan en la manera en que se desarrolle esta jerarquización.

Finalmente, el establecimiento de estos parámetros punitivos, otorgan al legislador la tarea de establecer “mínimos y máximos” para las sanciones de cada pena. De esta manera, no solo se ordena la gravedad y valoración que tienen determinados bienes jurídicos, sino que también, el legislador se encarga de ver los límites en que se desarrolla cada valoración en particular. Se entiende que, dentro de un marco establecido por el legislador, estarían entendidas todas las posibilidades de realización de determinado delito.

⁴⁹ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Trotta, Madrid, 1998, p.35.

⁵⁰ *Ibid*, p.61.

⁵¹ VALENZUELA, Jonatan. *La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil*. Revista Estudios de la Justicia, n°11, 2009, P.244.

⁵² *Ibid*, p.245.

2.1.2. Culpabilidad y utilidad dentro de los marcos penales.

Como ya se adelantaba anteriormente, y como se profundizará de mayor medida en contextos de la determinación de las sanciones de la LRPA, en ámbitos de determinación de la pena, tienen influencia criterios de culpabilidad y criterios utilitaristas (relativos a la finalidad que tienen las penas). Frente a esta dualidad, existen tanto, propuestas que pretender armonizar ambas ideas manera armónica, mientras otros promueven su incompatibilidad.

Así, para ciertas teorías, la determinación (y posterior individualización de la pena) depende de un establecimiento previo de los fines de la sanción penal, de los cuáles esta no sería sino su concreción en el caso particular.⁵³ Por tanto, si se entiende que la finalidad de la pena es la de prevención, se entenderá que la determinación de la pena tendrá que hacerse en clave preventiva. Para entender cómo se llevaría a cabo la determinación bajo esta clave, han surgido distintas posibles explicaciones.

Una de las primeras de estas teorías sería la “teoría de ámbito de juego” que entendería que, al no poderse establecer una gravedad por culpabilidad exacta, el legislador viene a establecer un “marco de culpabilidad” dentro de la cual “la pena debe ser fijada teniendo en cuenta fines preventivos”.⁵⁴ En otras palabras, existe un marco amplio de penas que serían “correctas” en base a la culpabilidad por el hecho, y bajo criterios de utilidad se puede establecer una pena adecuada. Cualquier pena que sea superior a los límites establecidos por estos marcos, sería desproporcionada, en el sentido en que no sería correspondiente a la valoración que se le da a la culpabilidad por determinado delito.

Una segunda teoría, sería la teoría de la pena puntual, según la cual “para cada caso determinado sólo existe una determinada pena correcta”⁵⁵, inalcanzable por temas de capacidad humana, de manera que, durante el procedimiento, mediante a la valorización de la culpabilidad se llega a un resultado lo más cercano posible, teniendo los ámbitos preventivos valoración en un segundo nivel.

⁵³ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.206.

⁵⁴ ZIFFER, Patricia. *Op. Cit.*, p.49.

⁵⁵ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.205

En contraste, existen teorías puramente proporcionalistas, no basadas en lógica consecuencialista. Estas que intentan una visión de la determinación, preocupada solamente en elementos retrospectivos, de manera que los criterios utilizados en esta deberían orientarse al establecimiento de una pena adecuada al hecho cometido por el autor, antes que a la búsqueda de la pena más adecuada para lograr efectos en el propio autor o en terceros.⁵⁶

En este contexto, más allá de las distintas doctrinas que se puedan adoptar para justificar una pena, tanto en el sistema paradigmático de adultos, como el de adolescentes, la determinación de la pena se basará tanto bajo criterios de tipo utilitaristas como criterios retrospectivos. De hecho, como ya se señaló, aún se intente entender la LRPA como un sistema centrado en la prevención y educación, nunca podrá dejarse de lado el criterio basado en la responsabilidad del autor.

2.1.3. La labor del juez: Entre discrecionalidad y legalidad.

Se señaló que el legislador, tiene como primera labor dentro de la determinación de la pena, el fijar el marco penal correspondiente a los distintos hechos que el sistema penal entiende como delitos.

Sin embargo, es necesario que, dentro de este parámetro abstracto definido por el legislador, se realice un proceso de individualización. Ya se había adelantado, que es el órgano adjudicador el que mejor se encuentra facultado para realizar esta tarea, por el carácter relativo de la sentencia a las diferentes variables que tienen que tenerse en cuenta para que la individualización sea adecuada. Por tanto, se realiza una labor jurisdiccional que corresponde al establecimiento de la pena en concreto.

Frente a esto, aparece el problema de cómo el juez decide en definitiva dentro de los marcos definidos por el propio legislador. Criterios de proporcionalidad sólo permitirían delimitar la discrecionalidad dentro de los márgenes establecidos por el legislador, pero no fijarían cómo se decide dentro de estos mismos márgenes. Más aún, existen ciertas circunstancias, que incluso podrían implicar una variación o modificación de estos cuadros modificados por el legislador.

⁵⁶ *Ibid.* p.23.

Es por eso que, es necesario que se planteen ciertos resguardos que permitan verificar la racionalidad de la decisión del órgano de adjudicación. En ese contexto, el juez no puede actuar de cualquier manera, ante el riesgo de que su razonamiento pueda ser campo para un decisionismo contra-legislativo.⁵⁷

En aspectos específicos de determinación de la pena, la ley se encarga de establecer mandatos y normas particulares, de los cuáles el juez se guiará para realizar la individualización. Estas son las denominadas normas de determinación judicial de la pena, es decir, reglas con arreglo a las cuales el tribunal ha de efectuar la determinación exacta de la pena cuya imposición es objeto de la sentencia respectiva.⁵⁸

Lo mismo ocurre, con los distintos principios que ordenan el derecho penal, que tienen que ser considerados al momento de tomarse decisiones jurisdiccionales. Por tanto, al momento de individualizarse una pena, el juez tiene que hacer aplicación de estas normas en virtud de ideas de proporcionalidad, prevención, legalidad, etc. Se verá más adelante que esto es fundamental en materia de la LRPA, que al estar construida en base a principios particulares, obliga a tener en consideración estos para la decisión acerca de qué sanción imponer a un adolescente.

Por eso, también es fundamental reconocer la posibilidad de control de las resoluciones judiciales. Para entender que una decisión pueda ser entendida como racional, se necesita que sea explícita y controlable en sus argumentos.⁵⁹ De la misma manera que necesita de una legalidad de la pena, la concreción de la seguridad jurídica requiere que el razonamiento judicial que condujo a la individualización concreta de la sanción se encuentre regulado legalmente y sometido a una obligación de fundamentación. De esa manera, la misma

⁵⁷ *Íbid.*, p.203.

⁵⁸ MAÑALICH, Juan Pablo, *¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?* Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2009, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2010, p.43.

⁵⁹ ZIFFER, Patricia. *Op. Cit.*, p.30.

deliberación pública que legitima la pena establecida por el legislador, puede tener como legítima su concreción.⁶⁰

Esos son los dos aspectos, y las dos funciones cuya intervención es necesaria en un proceso de determinación de la pena como el chileno. Entendido el rol de estas estructuras, se procederá a analizar en profundidad qué reglas establece el legislador para efectivamente regular la actividad jurisdiccional.

2.2. El sistema de determinación de la pena en el Código Penal, y su influencia en la ley 20.084.

Tomando en cuenta lo señalado anteriormente, el sistema chileno de determinación de la Pena, que cuenta con una pena “relativamente determinada”, por lo que se plantean tanto normas de determinación legal de la pena (que establecen y concretan marcos), como normas de determinación judicial (que orientan la labor judicial en el establecimiento de una pena concreta). Estas normas se ordenan de acuerdo con los siguientes criterios.

En primer lugar, todas las penas establecidas en el código penal, que tienen el carácter de divisibles, se distribuyen en grados. Para materia de determinación, cada uno de estos grados se considera una pena distinta. Por tanto “cada pena es un grado y cada grado es una pena; la más benigna es el mínimo y la más grave es el máximo”.⁶¹

En segundo lugar, en el artículo 59 del Código Penal, se establecen cinco escalas graduales (de mayor a menor gravedad) que el legislador utiliza como referencia en casos que la ley establezca tener que aumentar o disminuir una determinada cantidad de grados la pena establecida para un comportamiento. De esta manera se reconoce el principio de proporcionalidad de las sanciones ya mencionado en la sección anterior al referirse a la importancia de los marcos penales.

⁶⁰ CILLERO, Miguel. *Consideraciones para la Aplicación del Criterio de Idoneidad en la Determinación de las Sanciones en el Derecho penal de Adolescentes Chileno*. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo N°13, 2008, p.10.

⁶¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, p.318.

Es entonces, en este contexto, que el juez tiene que recorrer una escala determinada, de acuerdo con las normas que se le otorgan, ya sea para aumentar o disminuir, el marco penal en el cual se individualizará una pena específica. A su vez, el legislador puede establecer casos de penas alternativas, y penas copulativas. Las primeras, son aquellas entre las cuales el juez puede escoger para imponer una al imputado.⁶² En cuanto a las copulativas, estas deben aplicarse todas a todos los individuos responsables, salvo aquellas establecidas por razones particulares de un individuo.

2.2.1. Factores de determinación legal de la pena

Cuando el legislador establece las normas que permiten el establecimiento y concreción definitiva de los marcos penales a ser recorridos por el órgano de adjudicación, se basa en diversos factores cuya existencia el juez deberá comprobar. De manera que el legislador le da un mandato al órgano jurisdiccional, acerca de qué criterios tendrán que comprobarse, y cómo estos influyen en el establecimiento del ámbito en el que se individualiza la pena. Estos criterios son:

a. La pena señalada por la ley.

Como se señaló anteriormente, el punto de partida para la determinación de la pena concreta que se impondrá a los intervinientes en un hecho delictivo no puede ser sino la que la ley consagra en abstracto para el delito que se trata.⁶³

En este contexto, como también se mencionó, puede apreciarse la proporcionalidad interna del régimen penal en virtud de la manera en que el legislador valora los diversos bienes jurídicos en virtud de la severidad de las penas. Por esto, también puede encontrarse que la ley puede reconocer que dentro de una misma conducta, existen aspectos que merecen mayor punibilidad, o una punibilidad reconocida. Es así, como se puede reconocer la existencia de calificantes, (como ocurre con el homicidio calificado), y situaciones de privilegio (como el infanticidio). Estos calificantes son inherentes a la tipificación que se hace de estos delitos, de forma que no podrán valorarse nuevamente en el juicio del adjudicador.

⁶² *Ibid.*, p.320.

⁶³ CURY, Enrique. *Op. Cit.*, p.763.

b. Etapas de desarrollo del delito:

De acuerdo con el artículo 50 del Código Penal, la pena abstracta señalada para cada delito es establecida hace teniendo en consideración el delito consumado.⁶⁴ Un hecho punible puede encontrarse en distintas etapas de desarrollo: Consumado, frustrado y en grado de tentativa.

Tanto delito frustrado como tentativa poseen un menor nivel de disvalor de resultado, de modo que su marco penal se disminuye, en relación con el hecho que llevó a una ejecución de su resultado típico.

Por tanto, de acuerdo con las normas de los artículos 51 y 52 del Código Penal, la pena para el delito frustrado se rebaja en un grado de la de consumado, y la de tentativa en dos.

c. La clase de intervención en el hecho:

En materia de participación que tiene un individuo en un delito, se permite que éste pueda haber actuado a título autor, cómplice o encubridor. Cada uno de estos títulos de participación, a su vez, pueden llevarse a cabo de maneras distintas.

El estudio de la definición de estas categorías no es objeto de este trabajo. Lo importante en el contexto de este, sí es, que el legislador fija para cada uno de estos títulos de intervención un marco penal distinto, respecto del delito determinado.

Así, nuevamente en relación con el artículo 50 del C.P., la pena señalada por la ley al delito es la que corresponde a los autores.⁶⁵ Al cómplice de un crimen o simple delito se le aplica la pena inmediatamente inferior en un grado, y al encubridor la inferior en dos.⁶⁶

Las normas de los artículos 51 y 52 del Código Penal no obstan a que el legislador, por motivos particulares pueda establecer una regulación especial acerca de las penas relativas a ejecución y participación de una persona en un delito, tal como lo señala el artículo 55 del mismo cuerpo legal. Así, por ejemplo, en materia de

⁶⁴ Art.50 C.P. "Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado".

⁶⁵ CURY, Enrique. *Op. Cit.*, p.764.

⁶⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, p.323.

robo con violencia, se impone al delito intentado y frustrado la pena correspondiente al delito consumado.⁶⁷

d. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad:

Bajo este factor, se pueden subdistinguir tanto en aquellas de determinación legal como de determinación judicial. Las primeras son aquellas que permiten la concreción y alteración del marco penal aplicable en virtud de la presencia de una o más circunstancias modificatorias.⁶⁸

Una vez determinada la pena en relación con el delito, su grado ejecución y participación del individuo responsable, el legislador establece cómo la presencia de una o más circunstancias agravantes o atenuantes, influirá en la fijación definitiva del marco penal dentro del cual el juez individualizará la pena. De manera general, estos son los criterios que se pueden desprender.⁶⁹

- Si no concurren atenuantes o agravantes, el tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena asignada por la ley al delito.
- La presencia de una sola atenuante o agravante no tiene efecto en la alteración de un marco penal, pero si en qué espacios de este se concretará la pena por el juez. La única excepción se dará en caso de existir una atenuante “muy calificada”
- La concurrencia de varias circunstancias atenuantes hará posible la rebaja del grado de la pena, el cual podrá ser hasta tres grados, dependiendo de la clase de pena que se trate.
- La concurrencia de varias agravantes sólo posibilita el aumento de la pena en caso de tratarse de un grado de una pena divisible, y este aumento sólo podrá ser en un grado.

En cuanto a estos criterios, a pesar de ser la ley la que fija cómo estos afectan la concreción de la pena, no puede dejarse de lado la importancia que tiene el razonamiento que el juez hará en cuanto a su verificación.

⁶⁷ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, p.322.

⁶⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. *Op. Cit.*, p.46.

⁶⁹ *Íbid*, p.47.

Por una parte, será labor judicial determinar si una circunstancia se encuentra bajo el supuesto fáctico que la permite entender como una circunstancia modificadora de responsabilidad. En otras palabras, a él le corresponderá, dentro de su argumentación, determinar si un aspecto dentro del hecho bajo su decisión permite encasillarse dentro de un supuesto de aplicación de las normas de determinación legal.

Por otra parte, estas mismas normas, en cuanto a la forma en que operan parecieran dar un espacio de arbitrariedad. Así, por ejemplo, es el caso en que exista más de una circunstancia atenuante de responsabilidad, la mayoría de la doctrina pareciera entender que la rebaja del marco penal señalada por la ley, sería solamente facultativa para el juez.⁷⁰ E incluso, bajo la doctrina minoritaria según la cual esta rebaja se considerara obligatoria, su magnitud de todos modos se considera como variable de acuerdo con lo que establezca el juez.⁷¹

2.2.2. Reglas de determinación judicial.

Las normas señaladas anteriormente son entonces las que definen el marco penal en el cual se encontrará la pena que se le aplicará al individuo responsable de un delito determinado. También, fijan el espacio dentro de ese marco, dentro del cual el juez se desplazará para establecer dicha pena.

En cuanto a la cuantía exacta de la pena, la ley no se encarga de fijarla (salvo se trate de un delito en el cual se fije una sola pena indivisible). Sin embargo, sí le otorga al adjudicador normas que establecen los criterios bajo los cuáles este se guiará en su labor de individualización. Para esto, el artículo 69 del Código Penal fija dos criterios a seguir.

En primer lugar, el juez tiene que atender al número y entidad de las circunstancias atenuantes. Es decir, a priori pareciera ser que se tienen que valorar nuevamente criterios que ya fueron tenidos en cuenta anteriormente. Autores han entendido que, en este contexto, se trata de una apreciación global que las evalúa

⁷⁰ MEDINA, Gonzalo, *Op. Cit.*, p.209.

⁷¹ MAÑALICH, Juan Pablo., *Op. Cit.*, p.66.

haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente.⁷²

En segundo lugar, el otro criterio que guía al juez para determinar la cuantía exacta de la pena a imponer es la “extensión del mal producido por el delito”. Para algunos autores implicaría una valoración de los resultados externos del delito, o el nivel de lesión o peligro que se provocó en el bien protegido, como otros efectos perjudiciales que sean consecuencia de este.⁷³

2.2.3. Importancia de estas normas en la ley 20.084

A pesar que en la ley 20.084, es donde más se puede apreciar la diferenciación que se hace en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes respecto del sistema paradigmático de adultos, de todos modos, se puede apreciar la importancia que éste último tiene, y la similitud en distintas normas y criterios.

Ya en un ámbito estructural, las normas de determinación de la pena en la LRPA hacen ver una de sus características esenciales, esto es su dependencia del sistema de determinación de penas respecto del establecido en el Código Penal, según consagra el artículo 21 de la ley.⁷⁴ Así, este artículo establece que, al establecerse una sanción para un adolescente, el tribunal parte en un grado inferior al mínimo de la pena que se establecería en caso de que el responsable fuer un adulto según las normas generales.

Por tanto, no podrá iniciarse un proceso de determinación de la pena de un adolescente, sin tener en cuenta criterios y normas del Derecho Penal de adultos. Por eso, al establecerse la duración de la sanción, se recurre a la extensión temporal de las penas asignadas a los delitos contenidos en el Código Penal.⁷⁵

Por tanto, en materia de determinación legal de la pena, el diseño legislativo específicamente hace una remisión al Derecho de adultos, y a las normas ya explicadas.

⁷² CURY, Enrique. *Op. Cit.*, p.770.

⁷³ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, p.325.

⁷⁴ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.210.

⁷⁵ HORVITZ, María Inés. *Op. Cit.*, p.102.

Por su parte, el artículo 24 de la LRPA, viene a cumplir el rol que tiene en materia penal el art.69 del C.P.⁷⁶, al fijar los criterios que tiene que seguir el órgano adjudicador para establecer la naturaleza de la sanción una vez establecido el marco legal de acuerdo con los criterios de las normas generales. En otras palabras, el artículo 24 viene a definir los criterios orientadores a la determinación judicial de la pena.

Entonces, ya habiendo adelantado el rol que tienen las normas generales de determinación de la pena, es necesario hacer una revisión más detallada de cómo se determinan las sanciones en la LRPA. En esta sección señaló un primer paso, pero es necesario ver cómo funciona el sistema en su totalidad, teniendo en cuenta limitaciones particulares, el rol de las sanciones en el sistema de la ley 20.084, y la importancia que cobra el rol del juez.

2.3. Aspectos generales de la determinación de la pena en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente.

Como ya se dijo, para muchos autores es precisamente en el ámbito de las sanciones y su determinación aquel en que de mayor manera se plasma la diferenciación entre el sistema penal juvenil de la ley 20.084. Esto es así, pues las normas de determinación de sanciones de la LRPA, no sólo se basan en un principio de penas de menor severidad a las de un régimen de adultos, sino que en criterios propios que no se encuentran en el régimen paradigmático.

Para entender cómo se desarrolla el sistema de determinación, es que, de manera similar al sistema de adultos, además de la distinción entre normas de determinación legal y judicial, se tienen que tener en cuenta dos momentos con sus propias normas. Por una parte, la determinación del marco dentro del cual el juez se deberá guiar al fijar una sanción (de manera similar a los marcos penales), y por otra parte, la determinación de la naturaleza de la sanción (equivalente al proceso de individualización).

⁷⁶ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.210.

2.3.1. Determinación de un marco penal: Remisión parcial a las normas generales.

A fines de la sección anterior, se señaló la dependencia del sistema de adultos que tiene la LRPA en la determinación de sus sanciones. Este proceso de determinación, como se señaló, comienza en base a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 20.084. Este señala que “para establecer la duración de la sanción que deba imponerse, el tribunal aplicará los factores de determinación que indica, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente”.⁷⁷ Ante esto, en la determinación de la sanción adolescente, se comienza con la determinación el marco legal que establecería la duración de la pena para un adulto, si esta se considerara como pena privativa de libertad.

Esta remisión al sistema de adultos se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, como se señala en el artículo 21, las penas para los delitos adolescentes están definidas en relación con las fijadas dentro del Código Penal para delitos cometidos por adultos. Esto va de la mano con la regulación general que tiene la LRPA, en el sentido que no existe diferenciación en el reconocimiento de delitos particulares por los que se sancione al adolescente. Se les responsabiliza en general bajo las mismas conductas que a los adultos, y se les sanciona en base la pena de estos. Sin embargo, no basta con una simple aplicación de estas reglas generales, pues el artículo 21 establece una norma primaria, que consiste en que la aplicación de estas reglas se hará a partir la pena de grado inferior en un grado al mínimo de la correspondiente a un adulto.

De todos modos, como la ley 20.084 no establece categorización de sus propios delitos, son las normas de la parte especial del Código Penal las que permitirán clasificar una conducta adolescente, en base a las distintas clasificaciones existentes en el derecho común.

En segundo lugar, la remisión a las normas generales a su vez implica un reconocimiento a la aplicación de las normas de determinación legal del mencionado párrafo del Código Penal, de manera que en la fijación del marco sancionatorio se

⁷⁷ CERDA, Mónica y CERDA, Rodrigo. *Op. Cit.*, p.106.

tendrán en cuenta las reglas sobre *iter criminis*, participación, atenuantes y agravantes.⁷⁸ La ley 20.084 no establece sus normas propias de determinación según estas categorías, por lo que también se aprecian en base a los principios generales. La única excepción sería la aplicación del art.69 acerca de individualización de la pena, que se ve reemplazado por el art.24 de la LRPA.

De esta manera, por ejemplo, si de la aplicación de las normas del párrafo cuarto se obtiene que el marco penal será el de presidio mayor en su grado mínimo, el ámbito sancionatorio para el adolescente correspondería al de presidio menor en su grado máximo.

Junto a estos preceptos generales de determinación de la pena, se inserta otro elemento adicional, que afecta directamente este ámbito sancionatorio. Por el carácter específicamente dañino que tienen estas para los intereses del adolescente, el artículo 18 de la LRPA establece que las sanciones privativas de libertad no pueden durar más de cinco años si el adolescente es menor a dieciséis años, o de diez si tuviere más de esa edad.

En virtud de lo establecido en el artículo 22 de la ley, estas limitaciones tienen un efecto directo en el marco ya establecido, pues la sanción que se obtenga mediante la aplicación de los criterios del artículo 21 deberá ajustarse a las limitaciones reconocidas a estas sanciones. Por tanto, en caso de que el marco sea obtenido sea mayor a cinco o a diez años, deberá ser reducido, quedando así un marco definitivo para el adolescente.

Es importante entender que la aplicación de todos estos pasos no se trata simplemente de la búsqueda de un marco disminuido en relación con el de adultos, sino que de la configuración de un marco penal juvenil autónomo.⁷⁹ Por tanto las normas de aplicación de la pena del Código Penal son elementos que se utilizan

⁷⁸ BERRÍOS, Gonzalo, *Op. Cit.*, p.167.

⁷⁹ *Ídem*.

para determinar de manera precisa un marco penal configurado en dirección a consideración a las sanciones propias de los adolescentes.⁸⁰

Una vez valorados estos factores, teniendo este marco cuantitativamente distinto, es importante entender que la pena se entenderá en un solo grado, más allá de que la ley pueda establecer más de uno para determinado delito cometido por un adulto. Así, por ejemplo, el homicidio calificado tiene asignado como pena desde presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. En caso de que el autor sea un adolescente, la pena correspondiente sólo será presidio mayor en su grado medio, lo cual se irá variando de acuerdo con los criterios cuantitativos ya mencionados.⁸¹

2.3.2. Proporcionalidad y particularidades del adolescente.

Uno de los primeros elementos de relevancia que tiene la determinación de este marco independiente, es que la manera en que este se establece permite garantizar los principios propios de la proporcionalidad, en relación con la gravedad del delito cometido por el adolescente, con la medida de la sanción establecida

Como el modelo de determinación de sanciones para adolescentes se basa en una modificación del esquema de castigos para adultos, esquema en que las penas son graduadas según la gravedad de delitos cometidos⁸², las medidas de la LRPA también se determinarían en relación con esta misma gravedad, de manera que se puede apreciar que se mantiene una paridad entre acto y sanción.

Sin embargo, nuevamente se tiene que tener en cuenta que, en el Derecho Penal de Adolescentes, el joven autor del delito se encuentra en un plano subjetivo distinto al de un adulto. Esta posición, basándose en ideas de merecimiento de un

⁸⁰ MALDONADO, Francisco. *Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B.N.M. por delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V región.* Revista Ius et Praxis, año 17, n°2, 2011, p.513.

⁸¹ BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, p.61.

⁸² VON HIRSCH, Andrew. *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos?* En "Informes es derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil III". Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012, p.64.

castigo por cometer un delito, implica que la magnitud del reproche de ser dirigido al menor de edad resulta decisivamente más leve que tratándose de un adulto.⁸³

Efectivamente, cuando se construye un sistema en que las penas se establecen con relación a un merecimiento, es la culpabilidad la que determina la medida de éste. Por razones tanto cognitivas como volitivas, la culpabilidad que se le imputa a un adolescente es de una entidad menor que la del adulto. De esta forma, debería haber menor castigo por un delito, dado que es menos grave comparado con el mismo acto delictivo cometido por un adulto.⁸⁴

De la misma manera, el otro elemento dentro de la proporcionalidad interna, es la severidad que tiene un castigo. Esta severidad se puede verificar de acuerdo con los intereses que afecta tal castigo. Como se señaló anteriormente, los perjuicios propios de las sanciones penales implican una onerosidad mayor en los adolescentes que en los adultos, al tener los primeros intereses particulares relativos a su aprendizaje y su capacidad de autoestima. En consecuencia, si los castigos son más onerosos cuando los sufren los menores, se requerirá que la proporcionalidad los redujera.⁸⁵

Esta es la gran importancia que tiene el artículo 21 de la ley 20.084 en ámbito de proporcionalidad. Por una parte, el uso de reglas relativas al cálculo de la duración de la pena de referencia contenidas en el CP, son el instrumento que permite cuantificar la culpabilidad por el hecho del menor⁸⁶, y a la vez la reducción en un grado de este mismo artículo permite un reconocimiento a la menor culpabilidad del adolescente y su mayor susceptibilidad de perjuicio ante un castigo.

2.3.3. El artículo 23: Marcos penales e individualización de la sanción.

Una vez definido el marco penal que se le aplicaría al adolescente responsable, un siguiente paso es establecer qué clase de sanción se le aplicará.

⁸³ MAÑALICH, Juan Pablo. *Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de responsabilidad penal de adolescentes frente al art.369 quáter del Código Penal*. En "Estudios de Derecho Penal Juvenil IV". Defensoría Penal Pública, Santiago, 2013, p.217.

⁸⁴ VON HIRSCH, Andrew. *Op. Cit.*, p.65.

⁸⁵ *Ibid.*, p.72.

⁸⁶ CRUZ MARQUEZ, Beatriz. *La culpabilidad por el hecho del adolescente. Referencias y diferencias respecto del Derecho Penal de adultos*. En "Informes es derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil III". Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012, p.12

Este paso es relevante, pues el artículo 6° de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente contiene un catálogo propio de sanciones aplicables a los menores de edad que cometen delitos. De esta manera, se pueden encontrar sanciones privativas de libertad como la internación en un régimen cerrado o semicerrado con programa de reinserción social, otras como libertad asistida, hasta llegar a la simple amonestación del adolescente.

Por tanto, el segundo momento en la determinación de la sanción, es decir, una individualización más específica, hace relevante el artículo 23 de la ley 20.084. Este establece distintos tramos con distintas sanciones que el Juez podrá aplicar, en virtud del resultado obtenido según la aplicación del artículo 21. Por tanto, dependiendo de en qué tramo se encuentre el marco penal que le corresponde al delito cometido por el menor, existirá una serie de alternativas de sanciones que podrán ser interpuestas por el órgano de adjudicación.

A diferencia del sistema de adultos, donde la privación de libertad es la sanción paradigmática, el artículo 23 tiene diversos supuestos en los cuales la naturaleza de la sanción aplicable puede ser diversa (de acuerdo con el ya mencionado artículo 6°), lo que implica importantísimas consecuencias para el condenado.⁸⁷ Dentro de cada tramo, el juez se enfrenta a un abanico de sanciones que pueden variar ampliamente una entre otra.

En contexto de proporcionalidad, todas estas sanciones posibles se deberían considerar reproches idóneos a la gravedad del delito cometido, de manera que deberían tener una equivalencia punitiva aproximada.⁸⁸ El problema es que en la práctica y realidad esto no puede considerarse tan efectivo, pues precisamente esta heterogeneidad en la naturaleza de las sanciones hace que sus consecuencias varíen de manera drástica de caso a caso. Por ejemplo, en todo tramo donde pueda encontrarse como sanción posible la libertad asistida del adolescente, también se

⁸⁷ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.213.

⁸⁸ VON HIRSCH, Andrew. 1998, *Op. Cit.*, p.102.

encuentra una sanción que involucre encierro de este, lo permite apreciar una excesiva posibilidad de aplicación de la pena privativa de libertad.⁸⁹

El único caso donde no se produce tal cantidad de posibilidades de sanciones distintas, fue causada por la reforma introducida por la ley 20.191, que modifica el primer tramo, estableciendo que cuando el marco penal establecido por las normas del art.21 es superior a cinco años y un día, la única sanción que puede establecerse es la internación en un régimen cerrado con programa de reinserción social. Si se aprecia esto con los ajustes establecidos en el artículo 22, ya señalados anteriormente, este tramo quedará excluido en caso de adolescentes entre 15 y 16 años, pues para estos el ámbito sancionatorio no podrá superar los cinco años.

En todos los demás casos del artículo 23, existirá esta diversa cantidad de alternativas que bajo las cuáles el juez tendrá que discernir cuál es más idónea.

Problemas con la duración de las sanciones.

Como el Marco Penal definido por el artículo 21 se calcula con relación a la escala propia las penas de privación de libertad, existe un problema en cuanto a la duración que tendrá la sanción establecida definitivamente dentro de las posibilidades del artículo 6 de la LRPA.

Las penas privativas son penas que de por sí pueden ser divididas en el tiempo, de manera que cada uno de los grados que la conforman está establecida por un número de días u años, según lo establecido en el artículo 56 del Código Penal. De esta manera, estas penas pueden durar desde un día hasta veinte años.

En cambio, si se observa el catálogo de sanciones establecido en el artículo 6 de la ley, puede encontrarse con distintas sanciones que no tienen un carácter temporal, como la amonestación, la multa o reparación del daño. Por otra parte, las sanciones que sí tienen un carácter divisible tienen limitaciones en su duración que parecieran ser incompatible con la escala para la privación de libertad. El ejemplo más claro podría ser la prestación de servicios a la comunidad, que tiene una duración máxima de 120 horas.

⁸⁹ BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, p.46.

Por su parte, otras sanciones, aunque sean divisibles temporalmente, tienen límites temporales particulares. Por ejemplo, el segundo tramo del artículo 23, establece que, si la pena determinada se extiende entre 3 años y un día a 5 años, el Juez podrá escoger como sanción entre la internación en un régimen cerrado o semicerrado, o la libertad asistida especial. Sin embargo, como esta última no puede durar más de tres años (De acuerdo con el artículo 14) ¿Cuál será su duración?

Una alternativa, sería considerar que, si el juez opta por cualquiera de las dos sanciones privativas de libertad, la duración de la pena coincidiría con la del tramo (Pudiendo el adjudicador moverse libremente por éste). En caso de que opte por la libertad asistida, esta pena no podría exceder de los tres años. Bajo esta idea, la tabla de extensión punitiva prevista en el artículo 23 LRPA no opera en todos los casos como criterio para la determinación temporal de la sanción aplicable, sino como criterio objetivo para la selección jurisdiccional de la pena aplicable a un caso concreto.⁹⁰

Sin embargo, pareciera más certero alejarse de la idea de la aplicación de los artículos 21 y 22 como normas de determinación de temporal de sanción. Esta idea se basaría en una distinción errónea entre reglas de determinación de duración de la pena, y luego, de otras que afectan o inciden en su naturaleza.⁹¹

En definitiva, en esta fase no se trata de buscar establecer cuándo durará la sanción a imponer al adolescente, sino que utilizar los parámetros del Código Penal para como instrumento para cuantificar la culpabilidad por el hecho del menor,⁹² expresada en una pena de adultos. Luego, dicho rango permitiría determinar el abanico de sanciones propias de los adolescentes.⁹³

Así se encuentra desarrollada la determinación legal de la sanción a imponer a los adolescentes, a partir de la cual el juez tiene que apreciar, bajo criterios también definidos por la ley, como esta será concretada, tanto en duración como naturaleza. Para estudiar estos criterios y entrar al ámbito de determinación judicial de la pena,

⁹⁰ HORVITZ, María Inés. *Op. Cit.*, p.105.

⁹¹ MALDONADO, Francisco. *Op. Cit.*, p.512.

⁹² CRUZ MARQUEZ, Beatriz. *Op. Cit.*, p12.

⁹³ MALDONADO, Francisco. *Op. Cit.*, p.513.

es necesario revisar ciertas normas particulares, en virtud de qué principios sirven de base de la configuración de la pena adolescente.

2.4. Proceso de individualización de la sanción.

La selección de qué sanción específica se debe imponer al adolescente condenado por un delito, es una labor crucial en el desarrollo de la determinación de la pena, que, al igual que en materia de adultos, deberá ser realizada por el órgano adjudicador, actuando dentro de los criterios que le fije el legislador, y los principios que orientan la justicia penal adolescente

La relevancia de esta se da por la necesidad de que el juez tenga en cuenta distintos los distintos principios que informan la LRPA para tomar una decisión adecuada en la concreción de una sanción. Ya el establecimiento del marco penal adecuado implica una labor compleja, al tener que tenerse en cuenta los criterios propios del Derecho Penal de adultos, para así establecer un grado de sanciones proporcionalmente adecuadas para el adolescente. A su vez, como se señaló anteriormente, en cuatro de los cinco tramos establecidos por el artículo 23 de la ley 20.084, se presentan variadas alternativas, de forma que la elección de cada una de estas puede tener altas consecuencias en el imputado menor de edad.

Esto hace que el sistema de la LRPA dé un marco de individualización mucho más amplio que un sistema general, aspecto del cual se extrae no sólo la relevancia de la fundamentación que tiene que tener su decisión⁹⁴, sino de conocer cuáles son los criterios que orientan, y a la vez controlan esta fundamentación.

El juez al decidir acerca de la naturaleza y duración definitiva de una sanción, no sólo se deberá guiar por las normas concretas que el legislador otorga para que realice esta tarea, sino que deberá tomar en cuenta los principios mismos que se ven reconocidos en este sistema, a través de la LRPA y estándares internacionales que sirven como su marco.

⁹⁴ NUÑEZ, Raúl y VERA, Jaime. *Determinación Judicial de la Pena. Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno*. Revista Política Criminal, Vol. 7, N°13, 2012, p.181.

Por tanto, la labor del juez se va a encontrar doblemente limitada, por una parte, por los límites que la Constitución y la Ley imponen al sistema penal general, y por la otra, por la satisfacción y protección de los derechos de los adolescentes, que se erigen en las garantías específicas de la ley 20.084, en respeto a la dignidad de estos como personas en desarrollo.⁹⁵

2.4.1. Art.24 de la LRPA como norma de orientación.

De la manera en que los artículos 21 y 23 permiten fijar tramos de sanciones eventuales para el adolescente, el artículo 24 de la Ley 20.084 es la norma primaria que utiliza el juez para el proceso de escoger, dentro de las alternativas posibles, cuál sería más adecuada para un caso concreto.

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

Esta norma funciona de manera en que, por una parte, orienta la elección de una clase de sanción determinada, y por otra, entrega los criterios que tienen que considerarse en la fijación de la magnitud final de la sanción.⁹⁶ A través de este, se busca, que el juez tenga un espacio de discrecionalidad para tomar la decisión más adecuada para un caso, y a la vez, se busca que el razonamiento judicial que basó esta decisión quede debidamente fundamentado.

Entonces, el artículo 24 contiene distintos criterios de carácter vinculante para el juez, el que verificará como estos en el caso concreto que se encuentra bajo su conocimiento. Se trata un ejercicio de decidir acerca de la aplicación de criterios y su incidencia en la elección de la sanción o su duración. Por eso, es importante entender tanto el alcance de estos criterios, junto con la manera en que opera el razonamiento judicial en virtud de la aplicación de estos. Este ejercicio, ha sido entendido por autores tanto como uno de aplicación de normas,⁹⁷ o también como

⁹⁵ CILLERO, Miguel. *Op. Cit.*, p.14.

⁹⁶ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.211.

⁹⁷ *Ibid.*, p.214.

uno de ponderación de principios, de manera en que cada caso se debería justificar el mayor o menor peso que tiene cada uno de estos criterios.⁹⁸

Pareciera más acertado la segunda perspectiva, considerando la distinta naturaleza y factores que estos criterios buscan tener en cuenta. Si se revisa la enumeración establecida por el artículo 24 de la ley 20.084, se pueden encontrar elementos tanto determinados al injusto o hecho cometido (como la gravedad del injusto), como algunos relativos al adolescente responsable (edad del adolescente). De la misma manera, algunos de estos criterios pueden orientarse a una teleología retribucionista, como serían la gravedad del hecho o circunstancias modificatorias. Otros, como el criterio de idoneidad de la letra f), tradicionalmente han sido entendidos bajo un criterio de prevención especial.

2.4.2. Revisión de los criterios para la individualización.

El artículo 24 de la ley 20.084 señala un total de seis criterios que servirán de guía para la decisión definitiva acerca de que sanción interponer al adolescente. En virtud de al principio de legalidad, estos criterios se tienen que entender como únicos y taxativos, de manera que no podrían proponerse otros distintos mediante un criterio de analogía. Sin embargo, a la vez están constituidos por factores de amplitud suficiente, de manera que se logran complementar exigencias de certeza y flexibilidad.⁹⁹

A continuación, se hará una exposición somera de cuáles son estos criterios:

a) Gravedad del ilícito de que se trate:

Este primer criterio, claramente centrado en el hecho cometido por el adolescente, presenta un gran problema que se puede apreciar dentro de los factores a considerar por el juez de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.

Precisamente, en la primera fase de determinación de sanción, de acuerdo con las normas del Código Penal, el primer elemento que vendrá a establecer donde ubicar el marco sancionatorio es la pena establecida al delito particular. Como se

⁹⁸ CILLERO, Miguel, *Op. Cit.*, p.29.

⁹⁹ NUÑEZ, Raúl y VERA, Jaime. *Op. Cit.*, p.184.

señaló anteriormente, bajo un criterio de proporcionalidad entre delito y castigo, la manera en que el legislador fija el reproche correspondiente para un comportamiento está basado en la gravedad de este.

Por lo tanto, dentro del artículo 24, se estaría instruyendo que, para individualizar la naturaleza de la sanción a imponer al adolescente, tendría que tenerse en cuenta un factor que ya fue tomado en cuenta en un contexto anterior del razonamiento judicial que se está realizando. Por esta razón, para algunos autores, la valorización del comportamiento del adolescente en este segundo contexto implicaría una doble valoración, lo que iría en contra de un principio de prohibición de doble valoración o *no bis in ídem*.

Así, los aspectos, elementos o circunstancias que fundan el ilícito, y que han sido tomados en consideración por el legislador al configurar el tipo penal y la extensión de la pena aplicable, no podrían ser valorados nuevamente de manera desfavorable para el imputado, esta vez en virtud de la clase de sanción a aplicar.¹⁰⁰

Sin embargo, para que esta prevención fuera completamente cierta, tendría que establecerse que el legislador, al momento de establecer el tipo penal haya manifestado todas las maneras en que se expresa una conducta ilícita, de manera que al establecerse la existencia del delito, se habría dado por el legislador la descripción de cada una de las maneras en que se manifiesta la conducta. Esto llevaría a negar la existencia de multiplicidad de maneras de contravenir una norma.

En un contexto de disvalor de una conducta, pueden observarse distintas magnitudes en las cuáles se cumple con el supuesto típico, de manera que podrían realizarse juicios de reproche diferenciados que no se encuentran reconocidos en la fijación de la magnitud de la pena.¹⁰¹ Por tanto, la prohibición a una doble valoración puede entenderse como otro principio de control de la decisión del juez, pero eso no significa que de inmediato, cualquier referencia a la gravedad del delito en el proceso de individualización implique que este principio esté siendo vulnerado.

¹⁰⁰ HORVITZ, María Inés. *Op. Cit.*, p.112.

¹⁰¹ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p. 220.

Otro problema en base a este criterio está en el sentido que se le puede dar al vocablo “ilícito”. Entender este, ya sea como “injusto” o “delito” tiene efectos la amplitud de factores a valorar, en cuanto a una eventual valoración de elementos relativos a la culpabilidad del adolescente.

En este contexto, pareciera más acertada la primera, pudiendo analizarse elementos relativos a la culpabilidad dentro de otros factores del artículo 24. Por tanto, el sentenciador deberá fijarse en elementos relativos al injusto (tanto objetivo como subjetivo). Así, criterios relevantes en este contexto podrían ser: Niveles de violencia, evitabilidad por la víctima de la realización del resultado, existencia de un nivel de dolo más alto de exigido por la ley, etc.

Finalmente, este criterio también tendría utilidad práctica en nuestro sistema, para suplir ciertos vacíos en la regulación penal adolescente. Al no establecerse un catálogo especial de sanciones dentro de la LRPA, los tribunales que encuentren características propias de una infracción de adolescentes, que podrían llevar a la disminución de su gravedad, podrían encontrar en este criterio un espacio seguro para hacerse cargo de esta diferente significación del delito.¹⁰²

b) Calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción.

Estos factores ya son parte de la determinación del marco sancionatorio por la remisión a las normas Generales del Código Penal hecha por el artículo 21 de la LRPA. Por tanto, de la misma manera que con la gravedad del hecho cometido, parte de la doctrina manifiesta cierta resistencia a la valoración de estos elementos en contexto de individualización de la sanción del adolescente.¹⁰³

Sin embargo, de la misma manera que ya se señaló con relación al criterio de gravedad, en este contexto se puede realizar una depuración del razonamiento, llevando a considerarse nuevos elementos para tomar la decisión. Por ejemplo, revisando las normas sobre intervención en los delitos, se puede apreciar que se

¹⁰² COUSO, Jaime. *Los adolescentes en el Derecho penal en Chile. Estándares de Juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva*. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXV, N°1, 2012, p.155.

¹⁰³ HORVITZ, María Inés. *Op. Cit.*, p.114.

califica como “autoría” de un delito, un espectro amplio de conductas, de manera que podría entenderse que unas merezcan menos reproche que las otras.¹⁰⁴

Lo mismo se puede considerar en relación con el grado de ejecución que pueda tener un delito cometido por un adolescente. Ciertos delitos, pueden reconocer distintos momentos respecto a su grado de ejecución, más allá de los legislativamente y doctrinalmente relevantes de tentativa, tentativa acabada y consumación.¹⁰⁵ Cada uno de estos momentos puede dividirse de distintos sucesos, cuya valoración podría ser importante en contexto de este proceso de individualización; entre más cerca se esté de la afectación de esta consumación, más estricto tiene que ser el reproche que se realice.¹⁰⁶

c) Atenuantes o agravantes de la responsabilidad.

Acá tiene que hacerse la misma salvedad que en el caso anterior, en el sentido que las circunstancias modificadoras de la responsabilidad son valoradas de acuerdo con las normas de determinación legal de la pena del Código Penal. Sin embargo, esta valoración puede ser matizada, principalmente con relación a los supuestos fácticos que forman estas circunstancias.

Desde una perspectiva general, estos supuestos fácticos pueden ser graduados. De hecho, el artículo 68 bis del Código Penal reconoce la posibilidad de calificar a una circunstancia atenuante como “calificada”, lo que implicaría una posibilidad de que estos hechos puedan evaluarse de manera más amplia a nivel de la determinación final de la prueba.¹⁰⁷

De manera similar, es bajo la apreciación de este artículo, que el juez podría realizar un nuevo análisis de la relevancia que pueden tener las atenuantes y agravantes, bajo un criterio centrado en las particularidades de la adolescente. Por ejemplo, las relaciones sociales en que se desenvuelven los menores de edad, de por sí, implica una distinta valoración de la actuación en grupo. Lo mismo con relación a la falta de madurez y la relación con la autoridad.

¹⁰⁴ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.* p.220.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 221.

¹⁰⁶ NÚÑEZ, Raúl y VERA Jaime. *Op. Cit.*, p.191.

¹⁰⁷ MEDINA, *Op. Cit.*, p.221.

Finalmente, por la misma razón que se entiende que la responsabilidad del adolescente implica una culpabilidad distinta en el adolescente, la valoración de ciertas agravantes establecidas en términos más subjetivos debería hacerse reconociendo la falta de bases cognitivas y de legitimación de un tratamiento penal más severo comparado con el de los adultos.¹⁰⁸

d) Edad del adolescente infractor.

Este criterio desde un principio se toma en cuenta, como elemento de aplicación subjetiva del sistema de responsabilidad de la LRPA. Además, es un elemento clave en la definición del marco penal del adolescente, de acuerdo con lo señalado en el artículo 22.

Los sujetos que se encuentran regulados dentro esta ley, se encuentran en un espectro de madurez muy distinto en sus dos extremos, de forma que se puede esperar mayor autocontrol de parte de un joven de diecisiete años que de uno de catorce.¹⁰⁹ Por tanto, si se está más cerca de la adultez, se puede entender que el juez tenga una mayor severidad en la elección de la sanción adecuada.

Para ciertos autores, este criterio podría extenderse también a elementos propios de la culpabilidad,¹¹⁰ en cuanto a que la edad del adolescente está relacionada a la capacidad que tienen los menores de edad en estas distintas edades, para actuar de acuerdo con lo ordenado por una norma. Por tanto, de la misma manera en que la edad influye en la gravedad del reproche que puede otorgar el tribunal, también influye en cómo se evaluará esta capacidad de motivación.

e) Extensión del mal causado por el delito.

De manera similar que en el artículo 69 del Código Penal, bajo este criterio se presupone una valoración del resultado de comisión del delito.¹¹¹ En este contexto, resultado” no sólo se entiende al elemento típico que permite definir a una conducta como delictiva, sino otros efectos que pueda tener en la realidad.

¹⁰⁸ HERNANDEZ, *Op. Cit.*, p.215.

¹⁰⁹ VON HIRSCH, Andrew. *Op. Cit.*, p.69.

¹¹⁰ NUÑEZ, Raúl y VERA Jaime. *Op. Cit.*, p.191

¹¹¹ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.222.

De esa manera se debe evitar que exista una doble valoración, en relación con los resultados que ya se encuentran establecidos en la definición dada por la norma de comportamiento. La vulneración del bien jurídico ya se encuentra manifestada en la pena abstracta, de manera que no debería ser considerada nuevamente como parte de la extensión del mal provocado. También se tiene que tener prevención con relación al ya señalado criterio de gravedad del delito, que ese mayor o menor reproche que corresponde a un hecho con relación a su injusto, lo que de por sí puede implicar la consideración de las consecuencias del hecho.

Entonces, se ha propuesto que bajo este criterio, de manera similar que en el derecho de adultos, se consideren ciertas repercusiones de carácter extra típicas, como por ejemplo secuencias psicológicas en una víctima de un delito de violencia o el nivel de intoxicación en delitos de peligro abstracto.¹¹²

Al ser este un criterio que se basa en factores extra típicos, es fundamental tener en consideración la protección que otorgan los principios de legalidad y culpabilidad, de manera que dentro de todas las consecuencias que puedan tener en consideración, sólo se deberían considerar aquellas que estén inmersas a la esfera de protección de la norma, y desde una perspectiva subjetiva, que hayan podido ser previstas para el autor.¹¹³

2.4.3. Acerca del criterio de idoneidad de la sanción (Art.24 letra f).

Los cinco criterios ya analizados, más allá de la amplitud que puedan tener, parecen tener una orientación centrada en el mayor o menor reproche que merece el menor de edad, en relación con características del hecho cometido, o su grado de culpabilidad.

El último criterio por estudiar se encuentra reconocido en el artículo 24 letra f). Éste señala que el juez, en el proceso de individualización de la sanción, debe de considerar “la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de terceros y sus necesidades de desarrollo e integración social.”

¹¹² NÚÑEZ Raúl y VERA Jaime. *Op. Cit.*, p.194.

¹¹³ *Ídem.*

Acá nos encontramos con un factor sustantivo, orientado una finalidad. En otras palabras, un criterio con carácter teleológico, de manera que la sanción que se escoja tiene que ser apta para propender a los fines específicos del Derecho penal de adolescentes.¹¹⁴

Estas finalidades, están ya reconocidas en la misma norma que define este criterio de idoneidad, al señalar un objetivo de desarrollo, integración y respeto del adolescente hacia los derechos y libertades de otros. A su vez se reconoce en el artículo 20 de la LRPA que establece la finalidad que tienen las sanciones de hacer efectiva la responsabilidad, formando parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Estas dos ideas, permiten obtener la primera aproximación al concepto de idoneidad. De esta manera, no se considerará idónea una sanción que no permita satisfacer estos fines.

Esto permite observar una orientación preventivo-especial que tiene este criterio, desde esta primera perspectiva. Cuando el artículo 24 señala que la sanción elegida debe ser idónea para lograr en el niño un respeto de los derechos de otros, se entiende la idea de que el adolescente no vuelva a cometer un delito. Este objetivo a la vez sólo puede realizarse ofreciéndosele al menor de edad, diferentes opciones que permitan satisfacer sus necesidades de desarrollo e integración.¹¹⁵

Por tanto, esta perspectiva de prevención sólo se puede entender desde una perspectiva positiva, es decir, de mejor manera que se permita la reintegración del adolescente en la sociedad. De esta manera, la sanción individualizada tiene que cumplir este objetivo de prevención, y a la vez garantizar un respeto y reconocimiento del estatus particular que tiene el adolescente.

Especial relevancia tiene este criterio para autores que reconstruyen el sistema de la LRPA desde un punto de vista de prevención positiva. Reconociendo el objetivo dado a las sanciones de la ley, tanto por el artículo 20 como 24, y el mandato al juez de escoger la sanción que sea más idónea para lograr dicho

¹¹⁴ CILLERO, Miguel. *Op. Cit.*, p16.

¹¹⁵ BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, p.68.

objetivo, sería este factor la norma clave a seguir por parte del órgano de adjudicación.

De hecho, algunos autores proponen que esta idea de idoneidad sería la única necesaria para fundamentar una sanción a aplicar, sobre cualquier criterio retrospectivo, que sólo tendrían utilidad en cuanto a limitante de la potestad punitiva.¹¹⁶ Esto generalmente se empareja a la precaución que tienen algunos de estos autores frente a los otros criterios del artículo 24, en base a una posible vulneración del principio *non bis in ídem*.

Se sigue un pensamiento similar al establecido por Roxin, en el sentido en que la sanción elegida solo se justificará cuando esta consiga la meta de reincorporación de una persona a la sociedad¹¹⁷. La determinación de los marcos penales se haría desde una perspectiva centrada en la culpabilidad, mientras que este criterio de individualización se haría bajo un criterio utilitario.

Sin embargo, no se pueden ignorar los otros criterios entregados por el artículo 24 de la LRPA, de los que ya se señaló su claro enfoque retrospectivo. Como se señaló anteriormente, el legislador obliga al juez a fundamentar su decisión basándose en todos estos factores, de manera que se tiene que aceptar que el juez puede encontrarse con criterios que parecen contradictorios, en el sentido que se debe tener en cuenta tanto la gravedad del hecho, como las posibilidades de reinserción social del autor.¹¹⁸

Así también, se evita también volver ideales riesgosamente paternalistas, justificando sanciones de mayor onerosidad para el adolescente en la idea de que estas serán más aptas para su desarrollo y reintegración social. Los criterios anteriores a este permiten no renunciar a la idea de que el menor ya posee, aunque disminuida, un ámbito de autonomía que le permite asumir responsabilidad por infracciones penales.¹¹⁹

¹¹⁶ HORVITZ, María Inés, *Op. Cit.*, p.114.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Sentido y límites de la pena estatal*, en "Problemas básicos del derecho penal", Reus, Madrid, 1976, p.24.

¹¹⁸ TIFFER, Carlos. *Op. Cit.*, p.340.

¹¹⁹ MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.*, p.225.

Es en este contexto, en que se propone una segunda visión de este criterio de idoneidad, ya no sólo relacionado a un factor teleológico centrado en una finalidad de prevención especial. Se habla de un criterio entendido de una manera más amplia, incorporando consideración a la prevención que se busca en la sanción, como así los principios de proporcionalidad e igualdad, que se ven reconocidos mediante un juicio de responsabilidad.¹²⁰

Se trata de entender, como se adelantó anteriormente, que en el juicio del adjudicador, se debe realizar una valoración de todos estos principios, y criterios otorgados por el legislador, que son válidos en abstracto, y adaptarlos al caso concreto con relación a la situación en que se encuentra el adolescente.¹²¹

Es de esta manera, en que se busca garantizar nuevamente una idea de proporcionalidad, pero ya no sólo desde un sentido estricto, en relación con la correspondencia entre gravedad del delito y severidad de la sanción, sino que también desde una perspectiva amplia. Para esto, durante el proceso de individualización bajo los criterios del artículo 24, especialmente el de la letra f), se puede concluir y argumentar, que una sanción elegida para un adolescente no sólo se mirará como ajustada en cuanto a su severidad, sino que también como una que satisface una necesidad particular de que se cumplan los diversos objetivos y principios de la regulación penal adolescente.

2.5. El estatus de la privación de libertad y su rol en la determinación.

Para cerrar este capítulo, es necesario hacer una mención al particular trato que tiene la privación de libertad en el proceso de determinación de la sanción de un adolescente.

Desde una perspectiva de prevención, ya se señaló la poca efectividad que tiene la privación de libertad en la reintegración del adolescente, manifestado en las tasas de reincidencias en menores de edad que fueron condenados ya sea a un régimen cerrado o semicerrado.

¹²⁰ CILLERO, Miguel. *Op. Cit.*, p.17.

¹²¹ *Ibid.*, p.28.

Desde una perspectiva retributiva, la privación de libertad supone una mayor afectación de intereses particulares de los adolescentes, como su crecimiento, formación o desarrollo de su autoestima, lo que implica que comparativamente tiene una severidad mucho más alta que con adultos. Severidad que parece aún más desmedida considerando las circunstancias particulares de culpabilidad que tiene un menor de edad en comparación con un adulto.

Estos motivos dan perspectiva a como el tratamiento diferenciado que merecen los adolescentes dentro de la LRPA, desarrolla distintas reglas que buscan, de principio atenuar el uso de la limitación de libertad.

Ya al momento de establecerse el catálogo de sanciones del artículo 6° de la Ley 20.084 se aprecia, como se mencionó anteriormente, un régimen variado de sanciones a aplicar a los sujetos condenados por un delito, donde la privación de libertad sería sólo una alternativa. En caso de considerarse necesaria la aplicación de una sanción de esta naturaleza, se establece un límite temporal claro definido en base a la edad del adolescente.

Esto también se refleja en materia de determinación de la pena a imponer al adolescente. Por una parte, dentro del contexto de determinación del marco sancionatorio, en el cual se deberá realizar rebaja del resultado obtenido de acuerdo con los límites mencionados en el párrafo anterior.

Sin embargo, donde más toma relevancia esta idea, es en el desarrollo de la norma del artículo 26, que estudiaremos a continuación.

2.5.1. El artículo 26 como norma de cierre del proceso de determinación.

El artículo 26 de la LRPA contiene dos incisos, cada uno conteniendo mandatos que limitan la imposición de sanciones por parte del adjudicador a la hora de realizar su proceso de individualización. En esta sección se tratará del rol del inciso primero. Así, este señala, que “La privación de libertad se utilizará como medida de último recurso”.

De inmediato, puede apreciarse la relevancia de este mandato en aquellos casos en que, producto del resultado de cálculo del marco sancionatorio, el juez se

encuentre con la posibilidad de imponer sanciones de distinta naturaleza, entre las cuales se encuentra la internación en un régimen cerrado o semicerrado.

De esta forma, en las circunstancias que el legislador se encuentre con este abanico amplio de sanciones, en su razonamiento para encontrar la más adecuada e idónea de acuerdo con los criterios señalados en la sección anterior, tiene que hacerlo bajo la idea de que aquellas que involucran una privación de libertad sólo podrán utilizarse como medidas de *última ratio*.

Con este mandato, se materializa de manera directa este principio de excepcionalidad de las medidas que impliquen privación del adolescente, teniendo que ser siempre tomada en cuenta por parte del juez en su labor. Es un reconocimiento a un criterio educativo, según el cual se hace una apuesta de que la inserción social del menor de edad sólo puede lograrse en su medio más favorable, que sería el medio libre.¹²²

Así, nuevamente cobra relevancia el rol que tiene la argumentación jurídica de la cual tiene que hacerse a la hora de elegirse qué sanción a imponer a un joven que ha cometido un delito. El juez deberá demostrar que se realizando su ejercicio de ponderación llegó de manera racional a la conclusión de que sólo la internación puede entenderse como la medida idónea a imponer.

2.5.2. Compatibilizando la privación de libertad en un sistema educativo.

A modo de cierre, se tiene que contrastar las prácticas que efectivamente se hacen dentro de la ley con la realidad efectiva en que nuestro sistema de Responsabilidad Juvenil Adolescente hace uso de medidas o sanciones privativas de libertad.

Así una primera idea que se tiene que tener en cuenta, es que a pesar de todos los reparos que se le pueda tener al encierro del menor de edad, este sigue reconocido como parte de una sanción legítima dentro de la LRPA. De hecho, de por

¹²² COUSO, Jaime. *Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Documento de Trabajo N°15, 2009, p.34.

sí el artículo 6° reconoce a los regímenes cerrado y semicerrados como sanciones que están compuestas de la restricción de movimiento del responsable.

Más aún, con la reforma de la ley 20.191 al art.23°, cuando el marco sancionatorio establecido en el proceso de determinación de la pena supera al equivalente de cinco años de privación de libertad, el legislador establece que el juez *deberá* aplicar la internación en un régimen cerrado.

A su vez, dentro de los otros casos del mismo artículo, se aprecia que cada delito que el legislador señala que es susceptible de sancionarse con la libertad asistida, será a su vez susceptible de ser castigado con una medida que implique privación de libertad.¹²³

Entonces surgen dos problemáticas. En primer lugar, acerca de cuál finalidad puede justificar la privación de libertad del menor de edad. En la sección anterior se señaló que, en base al artículo 26 de la LRPA, en el proceso de selección de naturaleza de una sanción, el juez sólo podrá escoger una de esta naturaleza como último recurso. ¿Qué es lo que justifica este último recurso?

Lo primero que cabe mencionar es descartar una finalidad simplemente preventiva especial de reinserción. No puede justificarse una sanción que puede ser más afectiva a los intereses de un adolescente, en la idea de que esta será beneficiosa para sus intereses. Por la misma razón criterios de responsabilidad y culpabilidad excluyen una justificación de estas sanciones en la simple educación del adolescente, sobre todo cuando otro tipo de sanción siempre será más idónea para esta finalidad.

Entonces, tiene que buscarse la justificación de este tipo de sanciones en otro tipo de intereses que hay detrás del establecimiento de este régimen. Desde una perspectiva retributiva también se producen problemas. Difícil resulta justificar como un reproche que por su naturaleza resulta específicamente dañino y estigmatizador para el adolescente, como proporcionado.

¹²³ COUSO, Jaime. *La política Criminal para Adolescentes y la ley 20.084*. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, documento de trabajo n°12 2008, p.30.

Mirándose casos más extremos, como la sanción de privación de libertad que puede alcanzar hasta los diez años para un adolescente mayor, resulta impropio justificar esta afectación tanto por efectos resocializadores,¹²⁴ o como una forma de reproche válido debido a la gravedad de los delitos cometidos por el adolescente. En estos casos, nos acercamos a una situación de manejar expectativas sociales, de reaccionar con energía frente a la delincuencia de adolescente, es decir, un criterio de prevención general negativa.¹²⁵ Ya desde la ideación de la ley 20.084, se reconocía una “preocupación pública por la seguridad ciudadana y el perfeccionamiento de la Justicia Penal”, la cual fue profundizada con la ya señalada reforma de la ley 20.191.

Por tanto, a pesar de la búsqueda de proporcionalidad que se hace mediante la determinación de acuerdo con el artículo 24, y la búsqueda de una idoneidad de acuerdo con un principio educativo que se tiene en cuenta en el proceso de individualización, estos excesos en la gravedad que puede adquirir el encierro, llevan a que esta tarea no siempre resulte de manera idónea. Es importante recordar que la diferenciación entre el sistema de la LRPA con el de adultos no sólo se basa en menos penas (o menos cárcel), sino que en una diferenciación cualitativa que es necesario garantizar para respetar las garantías e intereses de los adolescentes, lo que este exceso de privación de libertad pone en riesgo.

De esta manera se desarrolla en general la determinación de las sanciones de la ley 20.084, desde determinación de marcos de sanción al proceso de individualización, siempre contrastado al rol ambivalente que tiene la prisión como sanción de supuesta última ratio. Objeto del siguiente capítulo será revisar qué cambios se buscan con el proyecto de reforma, qué problemas reconoce en la LRPA, y qué soluciones se plantean.

¹²⁴ CILLERO, Miguel, *Comentario a la Ley de Responsabilidad de Adolescentes*. Esto se tiene que considerar, sin perjuicio de que las sanciones de régimen cerrado y semicerrado, tienen aparejadas el establecimiento de un programa de resocialización, con finalidad de que el adolescente se vea afectado de la menor manera en sus intereses.

¹²⁵ De manera similar se señala en el mensaje.

CAPÍTULO 3: MODIFICACIONES A LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES EN EL NUEVO PROYECTO DE LEY.

3.1. Descripción del proyecto de ley: Perfeccionamiento al sistema vigente.

En este capítulo se hará una revisión de un proyecto de ley que encuentra en discusión legislativa desde comienzos del año 2017, el Boletín N°11.174-07, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Conocer el contexto en que esta discusión se ha desarrollado, sus motivaciones y objetivos, permitirá entender la manera en que se modifica el sistema de determinación de sanciones vigente.

3.1.1. Antecedentes y fundamentos del proyecto de ley.

El proyecto de ley fue introducido por la ex presidenta de la República Michelle Bachelet en abril de 2017, mediante el mensaje n°16-365, dirigido al Senado de la República. En este mensaje se reconoce se usa como antecedente una evaluación del funcionamiento del sistema penal adolescente, utilizando como criterio principal, la reincidencia de los jóvenes que ingresan a este sistema tanto como un factor de riesgo para el resto de la sociedad, como elemento demostrativo de una efectiva reinserción de aquel que ha cometido un delito y ha sido sancionado bajo este régimen particular de responsabilidad.

En este contexto, se reconoce que dentro de los avances que se introdujeron con la LRPA, las metas de una estructura que efectivamente se oriente a la educación de los jóvenes, y a la vez de la protección del resto de la ciudadanía frente al fenómeno del delito, aún no se han cumplido; específicamente bajo la premisa de que los niños y adolescentes que entrarían en este régimen sufren dentro de este una afectación que actúa en contra de estos objetivos. El diagnóstico principal de este proyecto, se centra en la manera en que está diseñada la ejecución de sanciones de la LRPA.

Por tanto, se señala que el sistema actual no cumple con un objetivo de reinserción del menor de edad, ni con una meta de prevención de delitos cometidos por menores de edad.¹²⁶ En otras palabras, se reconoce un efecto desocializador

¹²⁶ Mensaje N°16-365 Proyecto de Ley.

que no se puede derrotar, y a la vez, una insuficiencia en evitación de nuevos delitos. Por tanto, se continúa reconociendo el sistema de atribución de responsabilidad a los adolescentes desde una clave preventiva, tanto desde un contexto especial como general. Se continúa reconociendo lo establecido por el artículo 20 de la Ley 20.084 como clave para entender la finalidad que tiene que la sanción impuesta al adolescente, de modo que el modelo de ejecución de éstas establecido hasta la actualidad. no lograría el cumplimiento de ésta.

A fruto de evaluaciones que se han hecho de la situación nacional, en primer lugar, el proyecto reconoce la necesidad de separar distintas funciones que actualmente son competencia del Servicio Nacional de Menores. Por una parte, se trata de una institución que se preocupa del cuidado y situación de menores de edad en un denominado estado de vulnerabilidad. Por otra, es un servicio ocupado de la ejecución de las sanciones que se impongan en adolescentes infractores de ley. Por tanto, una misma institución desarrolla programas y directivas en relación al cuidado de dos grupos de jóvenes que se encuentran en un estado sumamente delicado y de necesidades claves similares, pero a la vez con una historia de vida que muestra una necesaria diferenciación en la manera en que se protegen esas necesidades. Mezclar a estos dos grupos dentro bajo el cuidado de un mismo organismo, provoca que en definitiva ninguno de ellos reciba precisamente un cuidado que efectivamente garantice sus intereses.

Se reconoce que en la intervención sobre un joven que ingresa en el sistema de responsabilidad adolescente, existe una falta de especialización en los distintos organismos que participan junto a él. Por tanto, el mensaje entiende que las distintas instituciones que participan en este proceso no tienen las facultades particulares, ni el conocimiento específico de ciertos aspectos, para desarrollar de manera efectiva las actuaciones estimadas necesarias para las metas de la justicia adolescente reconocidas en el artículo 20 de la LRPA, lo que en la práctica significaría que, al no lograr la ejecución tener esta especialización necesaria, de manera global tampoco se logra establecer un verdadero sistema de justicia juvenil con carácter

especializado.¹²⁷ En otras palabras, el proyecto intenta extender este régimen particular más allá desde elementos subjetivos y objetivos de determinación de la responsabilidad, hacia una efectiva materialización de un régimen diferenciado con el régimen paradigmático de adultos.

Por eso, el primer propósito que tiene este proyecto de ley se encuentra precisamente en una labor de especialización de estas instituciones, mediante la creación de un organismo autónomo como el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, o la creación de un Modelo de Intervención, en conjunto a modificaciones a la estructura judicial y del mismo Servicio Nacional de Menores. Se busca crear un sistema único bajo el cual se lleve a cabo el diseño de modelos de ejecución de las sanciones centrado en los intereses particulares de los adolescentes, y a la vez permitirá realizar un seguimiento continuo de los estos, incluso hasta terminado el cumplimiento de la intervención, para ver efectivamente qué nuevas necesidades tienen que ser cuidadas.

En segundo lugar, el proyecto reconoce que para que esta especialización institucional sea más efectiva, existe la necesidad de establecer una serie de reformas en la ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente. Por tanto, a pesar de que no se trata de un proyecto que busca reformar por completo el sistema de la LRPA, sí hacen necesarios ciertos ajustes a este, que permitirían la materialización de un modelo adecuado ejecución de sanciones centrado en la intervención y de reinserción del individuo. Así, estos cambios se realizan manteniendo tanto los principios como la estructura general que fundan la LRPA, de manera que, no se busca sustituir un modelo vigente, sino que hacerlo más eficiente en el cumplimiento de sus objetivos.

En definitiva, en cuanto a los antecedentes y fundamentos de este proyecto se pueden reconocer que este busca continuar un camino bajo principios que ya se encuentran establecidos desde la dictación de la LRPA. En primer lugar, la necesidad de que la imputación de responsabilidad penal a adolescentes tiene que ser realizarse en un contexto de valoración de criterios cualitativamente distintos. En

¹²⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletín 11.174-07, p.4

segundo lugar, el sistema establecido en la LRPA corresponde a un medio idóneo para lograr ese objetivo. Sin embargo, en tercer lugar, para que efectivamente esto se lleve a cabo, necesitan hacerse modificaciones particulares que permiten asegurar su funcionamiento y le permiten lograr su cometido de manera eficiente.

De manera similar, el uso de la reincidencia como criterio evaluador central de la eficacia viene de la mano de la ya mencionada perspectiva clara acerca de cuáles son las finalidades que debe tener un sistema de Responsabilidad Penal Adolescente. Por una parte, objetivo fundamental es ayudar a la reinserción del condenado. Se continúa reconociendo que las sanciones de la LRPA deben tener un carácter idóneo para lograr las finalidades del artículo 20, ayudando a una reintegración del joven que se encuentra en una situación de afectación particular de sus intereses. Por tanto, las falencias que se reconocen en la implementación que ha tenido el modelo actual se dan en este ámbito: en que esta no sería capaz de tener un verdadero efecto rehabilitador en aquellos que comenten delitos.

El objeto primordial sigue siendo visto desde una perspectiva de prevención especial positiva, en cuanto a que, mediante la introducción del adolescente en el sistema penal, se busca que este no se mantenga en este de por vida, de forma que la criminalidad no lo acompañe el resto de su vida. Se llega al punto de que el proyecto el objetivo final de las instituciones que crea es la de “rescatar” al menor de su situación delictual.¹²⁸

Sin embargo, esto también viene acompañado con preocupaciones ligadas a la prevención del delito en general. Ya se señaló en capítulos anteriores el rol que esta perspectiva tuvo en el establecimiento del sistema de la ley 20.084 y sus posteriores reformas, particularmente en el texto del actual numeral primero del artículo 23. De manera similar, dentro del proyecto, se puede apreciar que en conjunto a las normas centradas en un proyecto de crecimiento de los menores que cometen delitos, también se plasma una preocupación en el fenómeno de la

¹²⁸ Senado de la República de Chile, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, recaído en el boletín 11.174-07, de 20/08/2017, p.7.

delincuencia en general. Esto permite entender que se considere limitar ciertas sanciones que tendrían “menor efecto disuasivo” que otras.

Ambas preocupaciones se centran en la reincidencia como algo a evitar. De manera que logrando que el adolescente no haga una transición de juventud a la adultez sin más desviaciones, a la vez se logra mayor seguridad para la población general en cuanto a la efectividad de una especie de lucha contra la delincuencia. Por esto, el proyecto reconoce el sistema de la LRPA como un sistema que tiene que ser perfeccionado en el sentido de lograr de mejor manera la educación del adolescente autor de un delito, lo que a su vez busca disminuir estas conductas en general. Para este trabajo estas perspectivas prevencionistas son importantes de tener en cuenta, porque en definitiva son las perspectivas predominantes en el contexto las distintas reformas de la ley, y por lo tanto afectan qué criterios serán reconocidos en el contexto de determinación de las sanciones. Por eso, este capítulo se preocupará de cómo este proyecto influye en la LRPA específicamente mediante la modificación de normas de determinación de las sanciones.

Sin embargo, antes de entrar a estudiar cómo se modifican estas normas de determinación e individualización, es necesario hacer revisión del elemento de especialización que propone el boletín, que es el establecimiento de un sistema nuevo de ejecución de las sanciones: Esto así, por la manera en que dentro de este contexto, el proyecto parece atenuar la separación de dos momentos: naturaleza y determinación de una sanción, y se efectiva ejecución.

3.1.2. La ejecución de las sanciones en el proyecto, y su rol en la determinación.

Ante el problema de reincidencia y falta de rehabilitación de jóvenes que actúan dentro del Sistema Penal Adolescente que se busca enfrentar el proyecto, el diagnóstico hecho se centra en un aspecto primario, en falencias estructurales del sistema de ejecución, además de una falta de especialización de los organismos que participan en esta. Ante eso, el proyecto no puede sino buscar perfeccionar la forma en que se aplican en la práctica las sanciones establecidas de acuerdo con las normas de los artículos 21 y siguientes de la ley 20.084.

Desde esta perspectiva, y considerando el abanico de sanciones de distintas naturalezas reconocidas en el artículo 6 de la LRPA, las sanciones que más escrutinio en su eficacia reciben, son aquellas que implican la privación, ya sea total o parcial, de libertad del adolescente. De hecho, centrándose en criterios similares a los de los legisladores, si se analizan tasas de reincidencia de un menor de edad que ha sido condenado a una medida o sanción de acuerdo a la LRPA, ya sea desde una perspectiva de nuevas condenas o nuevos sometimientos a un proceso penal, las sanciones de internamiento en régimen cerrado y semicerrado son aquellas que presentan una tasa de repetición más alta.¹²⁹

Como ya se señaló anteriormente, en esta tasa influyen elementos inherentes a este tipo de sanciones, las que permiten realizarse el cuestionamiento ya hecho del uso estas como medida de primer orden. La privación de libertad tiene un efecto particularmente lesivo en los menores de edad debido a intereses especiales de estos que son especialmente afectados a estas medidas. Sin embargo, el legislador en este proyecto reconoce que en la manera práctica en que se ejecutan estas, una deficiente estructura y falta de equipamiento para garantizar el desarrollo del adolescente, exacerba los inherentes problemas que conlleva el encierro y separación del joven de la comunidad.¹³⁰ De manera que una institución que por su propia naturaleza resulta problemática por sus posibles efectos lesivos, sufre una agravación de estos por un funcionamiento deficiente de los organismos que se encargan de hacer su uso.

Por tanto, mediante este proyecto, se busca reducir estas consecuencias negativas externas, mediante el desarrollo dos ejes principales en materia la ejecución las sanciones de esta naturaleza, que permitirían una efectiva administración de ésta. Estos ejes, que solamente se enunciarán en aspectos generales, son la creación de un Servicio Nacional de Reinserción Juvenil y el desarrollo del llamado modelo de intervención.

¹²⁹ Es precisamente lo que se observa en el estudio *Reincidencia de jóvenes infractores de ley RPA Estudio 2015*, p.21., anexo al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

¹³⁰ BERRÍOS, Gonzalo, *La ley de responsabilidad penal del adolescente como un sistema de justicia: análisis y propuestas.*, p.185

El Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, se define en el cuerpo legal como un servicio público descentralizado, separado en su funcionamiento al actual Servicio Nacional de Menores. Este órgano, será responsable de “administrar y ejecutar las medidas y sanciones contempladas por la ley 20.084”, actuando bajo un principio de especialización, de forma que se garantice la diferenciación entre el Sistema de Responsabilidad Penal del Adolescente y el régimen paradigmático de adultos.¹³¹

Así dentro del ejercicio de las funciones de este servicio se reconoce: la ejecución ya sea directa, o mediante terceros de las sanciones, creación de programas de cumplimiento, supervisar la labor de otros organismos, y colaborar con ellos, acreditar instituciones para que estas participen en la labor de reintegración. etc. De esta manera, se busca que este órgano dirija el cumplimiento de las sanciones de forma que se ejecute de manera efectiva, una labor resocializadora y educativa permitiendo que se cumplan las directivas reconocidas en la LRPA y en los principios que la fundan. Junto a esto, también se propone una mayor especialización de otros organismos que participan durante todo momento de participación del joven dentro del sistema, mediante distintas reformas orgánicas que buscan asegurar la existencia de intervinientes del proceso que actúen en conocimiento de la situación de los adolescentes.

El establecimiento de un órgano especializado como este Servicio es la manera directa en que se hace efectiva la diferencia en las necesidades propias de un niño en situación de riesgo a ser protegido por el SENAME, y uno dentro del contexto de la LRPA. De manera que, bajo una orientación prevencionista, el servicio se centrará en el cuidado de estos últimos, de manera que efectivamente sean introducidos a un régimen de cumplimiento que sea compatible con sus intereses propios, cumpliéndose el afán educativo o directamente preventivo en el joven.

Junto a la especialización orgánica establecida en el proyecto, este establece un determinado modelo y orientación en la cual se llevaría a cabo el cumplimiento de medidas. Este modelo, basado en una colaboración público – privada está dirigido por el Servicio, que monitorea y acredita diversos organismos que participan y

¹³¹ Proyecto de Ley Boletín 11.174-07, artículos 1, 2 y 5.

colaboran en la creación de programas en que se traduce la sanción privativa de libertad.

De acá se extrae el segundo eje desarrollado por este proyecto que es la creación de un modelo de intervención determinado. El servicio otorga orientaciones uniformes para lograr planificar diseños de procesos de cumplimiento de sanciones que se manifestará en definitiva en programas como los que se señalaron anteriormente.

Por tanto, se trata de estructurar de qué manera se actúa sobre los jóvenes que ingresan al Sistema Penal Adolescente, de manera que estos puedan ser evaluados y derivados a un programa que produzca los efectos resocializadores buscados por la sanción aplicada de acuerdo a la LRPA. Por tanto, se trata de un modelo que permita, caso a caso, que se acompañe a cada adolescente en un proceso de cambio, desde que se establece qué se establece su responsabilidad hasta después de terminado el cumplimiento de las medidas a las que fue sometido. Esto explica también la existencia de expedientes únicos para cada joven que “sea intervenido” en este contexto, de manera que el programa de reinserción social al que sea sometido, esté diseñado en relación a su propia historia, particularidades y necesidades.

Para este trabajo, la creación de este Servicio y Modelo son interesantes de revisar, cómo las orientaciones que propone el proyecto, en cuanto de la ejecución de la sanción, pueden influir en la determinación de la sanción, específicamente la labor de individualización acerca de su naturaleza. El artículo 24 vigente de la Ley 20.084 se centra en un concepto de idoneidad de la sanción para cumplir con los objetivos señalados. De manera similar, las instituciones creadas por este proyecto de ley, vienen a centrarse en que las medidas impuestas al adolescente se ejecuten de manera que permitan de manera idónea lograr las mismas finalidades.

Con el proyecto de ley, se reafirma por parte del legislador que las sanciones que implican la privación de libertad del adolescente idóneas en su naturaleza para estas finalidades, comprometiendo el interés público en concretizar una mejor manera de cumplimiento. Por tanto, se mantiene considerada a la sanción de

privación de libertad como una de carácter idóneo para lograr fines no solo centrados en prevención general del delito, sino también relacionados a la integración de un individuo en la sociedad.

Junto a un aseguramiento del valor preventivo especial que pueden tener las sanciones de privación de libertad, se difumina la separación existente entre elección de una sanción y un programa de intervención. Esto, puede influir en la manera en la cual debe operar la labor de individualización de la sanción por parte del juez, al crearse esta especie de sincronización entre la labor de adjudicación y la ejecución de la media impuesta al adolescente. Ante esto se profundizará cómo directamente el proyecto de ley influye en la determinación. En primer lugar, mediante a las reformas a la ley 20.084. En segundo lugar, mediante la introducción de la institución del informe técnico, que parece diluir aún más la separación entre determinación y ejecución de una sanción.

3.2. Proyecto de ley y reformas a la ley 20.084.

El proyecto de ley, junto a la creación de una nueva institucionalidad encargada de ejecución de las sanciones, establece una serie de reformas a distintas normativas, con la finalidad de perfeccionar el funcionamiento de dicha institucionalidad, dentro de las cuáles se encuentra la LRPA. A continuación, se revisarán las modificaciones establecidas en el artículo 40 del boletín, centrándose en aquellas relativas a la determinación de las sanciones, comparándose así estas con el sistema vigente y también la nueva perspectiva integral que propone el proyecto en discusión.

3.2.1. Reformas a sanciones particulares y nuevos límites temporales.

Una primera modificación que se establece en el proyecto, es la limitación particular que se hace del uso de ciertas medidas por parte del legislador. De las distintas posibilidades de sanciones establecidas por el artículo 6° de la LRPA, se manifiesta reparo acerca de la aplicación de ciertas sanciones.

En este contexto, tanto la multa como la amonestación son vistas como medidas con un “escaso efecto disuasivo”¹³², que buscan limitarse. Por eso, se reforma el artículo 8° de la LRPA, agregándose que “en caso alguno se podrá imponer una amonestación en más de dos ocasiones a un mismo adolescente”. Esto con la excepción de casos en que la naturaleza del delito haga razonable imponer nuevamente la misma sanción, o exista un tiempo prolongado desde la última infracción. Por su parte, el proyecto original propuso límites similares en la aplicación de la multa. Sin embargo, durante la discusión acerca del proyecto y en el proceso de indicaciones, se ha propuesto eliminarse como sanción, al no ser adecuada en el contexto juvenil.

A su vez, el proyecto establece nuevos límites temporales las distintas sanciones de carácter temporal. Límites no sólo máximos sino que también mínimos. Se considera a adolescencia como una circunstancia temporal reducida, de manera que una sanción no se puede considerar racional si extiende por mucho tiempo. A su vez, una brevedad excesiva también presenta objeciones, nuevamente desde una perspectiva de eficacia preventivista de la sanción.

De esta manera, el proyecto reforma la ley 20.084 en su artículo 13 inciso final, estableciendo que la libertad asistida tendrá una duración mínima de seis y máxima de 18 meses. El artículo 14 inciso final, se modifica señalando que la libertad asistida especial tendrá límites de seis meses y tres años. Finalmente, se modifica el artículo 18 de la LRPA que establece los límites temporales a las penas de libertad, estableciendo que estas no pueden ser inferiores a un año.

Estos nuevos límites de por sí vienen a establecer nuevas normas particulares de determinación de duración de las sanciones, que se complementan con el artículo 24 y los parámetros del artículo 21 de la Ley. Por tanto, cada vez que el órgano adjudicador establezca la aplicación de cualquier medida de esta naturaleza, se deberá ceñir a estos baremos legales.

¹³² Reconocido por el Mensaje que introdujo el proyecto y el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p.152.

Finalmente, otro cambio a las sanciones particulares que se menciona en el proyecto, es la eliminación de la Internación en un régimen semicerrado. Esta sanción se ha visto particularmente cuestionada por las falencias que ha tenido su implementación efectiva. Ante esto, se modifica el artículo 16 de la Ley 20.084, estableciendo una sanción de Libertad asistida especial con reclusión parcial, medida bajo la cual el adolescente será introducido a un programa de actividades socioeducativas intensivas, a desarrollarse tanto dentro como fuera un recinto de un centro de privación de libertad.

Es difícil opinar acerca de esta última modificación, pues a pesar de señalarse, tanto en el proyecto como en la discusión legislativa vigente, la necesidad de cambiar el funcionamiento de este régimen, es difícil ver cuál es el cambio real que propone el establecimiento de esta nueva institución de Libertad Asistida, con reclusión parcial. Más aún, esta nueva sanción mantiene tanto la categoría de sanción privativa de libertad dentro la LRPA, como su definición de residencia obligatoria en un centro de privación sujeto a ciertas actividades de reinserción. Por tanto, pareciera sólo un cambio de nombre, más que el establecimiento de una nueva sanción orientada a la reinserción fuera de un contexto de encierro.

3.2.2. Modificaciones en normas de determinación de las penas de delitos individuales.

Las modificaciones a la LRPA en materia de determinación de las sanciones, ha sido revisada en el proyecto principalmente en relación con la multiplicidad de delitos, mediante una nueva regulación del régimen de concurso de delitos.¹³³ En el caso de los delitos únicos cometidos por un adolescente, el sistema de manera global permanecería similar, con el artículo 21 definiendo una fase primaria, el artículo 24 definiendo una fase posterior de individualización, y el artículo 26 como norma de cierre, en virtud a la limitación de la privación de libertad.

Sin embargo, a pesar de que de manera global el sistema pareciera mantenerse, el proyecto presenta modificaciones individuales a cada una de las normas señaladas, ya sea en redacción, o estableciendo nuevos criterios. Estos

¹³³ Art.40 Proyecto de Ley. Modificación LRPA arts.24 y ss.

nuevos criterios, sí pueden tener efectos determinantes en la manera en materia de interpretación, produciendo efectos concretos en la labor de determinación. A continuación, se revisará las propuestas del proyecto para estos artículos, para analizar qué aspectos relevantes pueden tener.

a) Nueva redacción al artículo 21.

El proyecto original contenido en el mensaje por parte del ejecutivo no cuenta con mención alguna a este artículo, centrándose principalmente en la modificación del artículo 24 y la creación de los artículos 25 bis y siguientes, en contexto de la regulación de la comisión de delitos múltiple. Sin embargo, en contexto de las indicaciones presentadas en el primer trámite constitucional de la tramitación de este proyecto, se propone la redacción de un nuevo artículo 21 que sería:

“Artículo 21.- Reglas para la determinación de la pena de base. Para establecer la pena que servirá de base a la determinación de la que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para cada uno de los delitos correspondientes, las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código. No se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales incluyendo el artículo 351 del Código Procesal Penal.”¹³⁴

Lo fundamental de la nueva redacción es que se deja de lado la posibilidad de entender al artículo 21 como una norma de “determinación de duración” de la pena del adolescente. Al contrario, su mismo encabezado la entiende como una norma que permite establecer el marco de la sanción a individualizarse después por parte del juez. Por tanto, cuando se establecen las labores de determinación de la pena, no se separa una primera tarea de determinar duración y otra posterior relacionada con determinación de la natural. En sí mismo, el artículo 21 nuevo reafirma un rol

¹³⁴ Senado de la República de Chile, en indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley en su primer trámite constitucional, de fecha 05-03-2018.

que, en base a criterios generales, permite colocar las conductas en una escala de gravedad.

Por eso, el artículo se mantiene como pieza clave en el rol de determinación legal de la pena en cuanto a que este mantiene la manera en la cual se define el antecedente necesario para un posterior proceso de individualización. Reafirma la referencia al sistema general del Derecho penal, haciéndose aplicación de las normas del régimen de adultos en servicio de seleccionar un marco penal aplicable, para luego poder convertirse aquel resultado en un marco especial adolescente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 23.¹³⁵

Frente a esto, este artículo a su vez define qué criterios del Derecho Penal General son relevantes en este contexto. Ante esto, su parte final puede resultar problemática, al señalar que “no se aplicará por ello ninguna de las demás disposiciones que inciden en la cuantificación de la pena conforme a las reglas generales”. El problema de esto, es en la manera que está establecida ésta norma, se hacen aplicables en la determinación del marco penal “las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del Código Penal que resulten aplicables” con la excepción del artículo 69 del mismo Código. En este contexto, es problemática la posible contradicción que se plantea con la parte final de este nuevo artículo, y la regla del artículo 55 del Código Penal, que a su vez abre la posibilidad de aplicar reglas particulares sobre participación y grado de conclusión de un delito.

Al no excluirse de manera expresa la aplicación del artículo 55, a diferencia del 69, esto permitiría abrir espacio a aplicación de reglas como el artículo 450 del Código Penal, que en contexto de Robos con Violencia y ciertas hipótesis de Robo con Fuerza en las cosas, extiende el carácter de consumado a tentativas y a delitos frustrados. Por tanto, se genera una contradicción en una misma norma que se cierra a la cuantificación de la pena conforme a otras normas que no sean las generales, pero que no excluye una regla que precisamente niega el uso de estas normas generales, en casos que exista una regulación específica.

¹³⁵ MALDONADO, Francisco, *Op. Ctr.*, p.101

Ante esta posible contradicción, sería recomendable dar primacía a la exclusión expresa definida en la misma norma, a otras normas de determinación de la pena, en base al mismo fundamento bajo el cual se construye el artículo. Este primer paso a obtener marcos penales individuales juveniles, se desarrolla exactamente en virtud de un principio de proporcionalidad de la pena, y precisamente busca asegurar mediante la referencia a las normas generales del Derecho Penal, una escala definida en virtud de la gravedad de un delito cometido.¹³⁶ Por tanto, siendo normas como el artículo 450 del Código Penal precisamente problemáticas desde esta perspectiva proporcionalista, resulta pertinente su exclusión en la determinación de la sanción.

b) El nuevo artículo 24.

De manera que en las indicaciones del proyecto¹³⁷ se introduce una nueva redacción del artículo 21 concretando su rol en el establecimiento de escala de sanciones proporcionales, estas vienen a concretizar lo ya establecido en el proyecto original, de reemplazar el actual artículo 24 de la LRPA con uno nuevo, centrado en la segunda labor judicial de determinación de la pena.

De manera similar a la legislación actual, esta nueva regla entrega una serie de criterios que permiten orientar la labor judicial de seleccionar una sanción adecuada, dentro de las alternativas propuestas por el artículo 24. La extensión de ésta, junto con la importancia que tiene el razonamiento detrás de esta etapa de la determinación de la pena, hacen necesario revisar por completo qué cambios puede provocar a futuro. De acuerdo con las indicaciones, la redacción es la siguiente:

“Artículo 24. Individualización de la pena. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente el Tribunal impondrá una sola pena de entre ellas las que fueran procedentes, cualquiera fuera el número de los delitos cometidos. En su caso, se tomará como base las sanciones aplicables al delito que merezca las de mayor gravedad”.

¹³⁶ NUÑEZ, Raúl y VERA, Jaime, *Op.Cit.*, p.190

¹³⁷ Senado de la República, *Op.Cit.*

La naturaleza y la extensión de la pena a imponer se orientará por los objetivos señalados en el artículo 20 y se determinará considerando exclusivamente los siguientes criterios, debiendo en cualquier caso, darse estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal”.

De la misma manera que con el nuevo artículo 21 se deja detrás una concepción de “norma de determinación de extensión”, el artículo 24 nuevo se establece como una norma que va más allá de la enumeración de criterios de determinación, hacia una regla de individualización de la pena, tanto de extensión como de naturaleza definitiva de esta.¹³⁸ Por tanto, junto a la enumeración de una serie de criterios a considerarse por parte del juez, esta regla propone una serie de instrucciones que tendrán que ser seguidas para que la decisión tomada sea considerada racional.¹³⁹

Otro gran aspecto de esta norma es el cambio de perspectiva desde el cuál se mira la idoneidad de la sanción como elemento necesario en su determinación. Ya no se considera uno de tantos criterios a valorar por el juez, sino que se reconoce como un principio integral en su razonamiento. Por eso, antes de enumerar criterios a considerar, las indicaciones modificaron el proyecto original agregando un enunciado que establece, que tanto la naturaleza de la pena a imponer como su extensión, tienen que orientarse hacia los objetivos señalados en el artículo 20 de la LRPA, es decir hacer efectiva la responsabilidad del adolescente y lograr una intervención socioeducativa orientada a la integración social. Por esto, los factores propuestos en el artículo 24 permiten exigir una sanción idónea para cada caso, de manera que todos estos se conforman un “gran criterio de idoneidad”.¹⁴⁰ Estos criterios se encuentran en el inciso segundo del artículo, y se enumeran a continuación,

“1.- La gravedad del delito o delitos cometidos, considerando especialmente:

a.- El bien jurídico protegido y la modalidad para su afectación.

¹³⁸ En este contexto, las indicaciones lo dejan claro, al reemplazar el concepto de “clase de sanción”, con “naturaleza”.

¹³⁹ Además, se puede apreciar que el inciso primero del nuevo artículo 24 viene a definir el nuevo sistema de determinación de la pena en caso de multiplicidad de delitos, estableciendo un régimen de exasperación de la pena del delito más grave cometido.

¹⁴⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p.87.

b.- El empleo de violencia física o de ensañamiento y la naturaleza y entidad de ellas

c.- La utilización y clase de armas o la provocación de un riesgo grave para la vida o la integridad de las víctimas.

d.- La calidad en que interviene el condenado y el grado de ejecución del hecho.”

Este criterio reúne elementos propios de los primeros tres factores establecidos en el actual artículo 24 de la LRPA, centrándose en una visión retrospectiva hacia el acto cometido por el adolescente. Se trata de un criterio de gravedad, desarrollado tanto en perspectiva del valor que tiene el interés atacado por el delito, como por la reprochabilidad del actuar del adolescente. De manera que, entre más alta sea la necesidad de un reproche, más enérgica tiene que ser la respuesta por parte del Sistema Penal. A su vez esta reprochabilidad tiene un carácter objetivo, en el sentido que se orienta a elementos externos del disvalor de conducta, como el interés relevante protegido, y otros comportamientos modificatorios, como grado de participación o de ejecución del hecho.

Mantener este criterio retrospectivo, por una parte es valorable, pues mantiene a la idoneidad como un concepto conectado con principios proporcionales, de manera que sigue siendo propia a esta, una vinculación directa con el actuar del adolescente. Por tanto, la decisión sobre determinación de la sanción que se aleje de este factor, no se puede considerar como idónea de acuerdo al objetivo de esta. Por otra parte, podría ser problemático mantener como factores a considerar elementos ya considerados en bajo el establecimiento del marco penal del artículo 21, pero en este contexto se mantiene lo señalado en la sección anterior, en el sentido que esta valoración se haría dentro de otro contexto, en base a particularidades que no puedan ser reconocidas de acuerdo a las normas generales de determinación de la pena. En este contexto también es relevante la mención que el mismo artículo 24 hace en su encabezado al artículo 63 del Código Penal, estableciéndose un expreso reconocimiento a un principio de inherencia, y asegurándose que no se considere de manera dos veces un mismo hecho en perjuicio del adolescente.

2.- Los móviles y demás antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos y el comportamiento delictivo.

3.- La edad y desarrollo psicosocial del condenado.

4.- El comportamiento demostrado con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos, y durante la instrucción del proceso, en lo que fuere relevante para la valoración de los hechos enjuiciados.

A diferencia del primer criterio ofrecido al juez en el artículo 24, los siguientes no se orientan en virtud al hecho cometido, sino que distintos elementos propios del adolescente condenado. Reconoce en la labor de individualización una serie de factores que ya no se preocupan de la entidad del delito sino que en el autor de éste. Estos distintos factores permitirían identificar una situación particular de cada adolescente, en virtud de la cual se justificaría qué tipo e intensidad de sanción sería la más idónea para ser impuesta por el órgano adjudicador.

Con el reconocimiento a estos factores, se aprecia que la reforma que se hace en materia de determinación mantiene una preocupación centrada en la prevención especial, y una visión prospectiva del rol del adjudicador. Factores tales como los “antecedentes que expliquen la ocurrencia de los hechos”, serían relevantes pues permitirían conocer en qué estado personal se encuentra el autor de un delito, y de qué manera debería ser intervenido para lograr una posible rehabilitación. En definitiva acentúa el rol educativo, tomando en consideración circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente.¹⁴¹

Como se señaló en el capítulo anterior, la LRPA ya en su estructura actual, recoge una perspectiva de prevención especial, principalmente en relación a la finalidad que se le otorga a la sanción por el artículo 20, y la visión más reducida que se tiene del concepto de idoneidad. Sin embargo, con la reforma, esta perspectiva parece verse aún más exacerbada, centrándose en hechos que se hayan completamente alejados del delito cometido. Esto es así con criterios como el comportamiento posterior que tiene el adolescente. Factores como la edad podrían

¹⁴¹ ORNOSA, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*, Editorial Botch S.A., 4º Edición, Barcelona, 2007, p.218.

tener importancia desde un contexto de culpabilidad, pero otros como los móviles o cualquier otro antecedente ajeno al hecho en cuestión, muestran que la determinación no se está haciendo en relación a una conducta, sino que en respuesta a una historia de vida determinada. Esto resulta problemático, pues el rol que tiene la sanción y su determinación en el Sistema Penal Adolescente es tan relevante, que esta apertura a otros aspectos externos a la atribución de responsabilidad configura nuevamente un Derecho Penal del autor, que es precisamente lo que se quiere evitar mediante una institución como la LRPA.¹⁴² Esto, en una visión más extrema, puede invitar a que se intensifique la intervención de aquellos adolescentes en mayor estado de desamparo, afectándose de mayor manera su autonomía y crecimiento.¹⁴³

Esto es más relevante cuando se considera la amplitud de sanciones posibles a elegir por el juez, y el pronunciado rol que tienen las sanciones privativas de libertad dentro del artículo 23. La necesidad de argumentar una elección determinada obliga a que estos criterios tengan que ser sopesados en la decisión, de manera que deberá controlarse este razonamiento bajo criterios de culpabilidad y proporcionalidad. En este contexto, la nueva redacción del nuevo artículo 24 muestra un primer límite, en la medida que las sanciones impuestas no podrán superar los límites temporales establecidos para cada sanción. Por otra parte, en caso de que la sanción a aplicar sea privativa de libertad, no podrá ser mayor ni menor en duración a la pena que resultaría de la aplicación del artículo 21, a excepción de que supere los límites del artículo 18.¹⁴⁴ Sin embargo, dentro de estos límites es fundamental el del artículo 26, el cual también presenta su propia modificación.

c) Modificación del artículo 26

En el capítulo anterior, se trató la importancia que tienen las reglas de este artículo como regla de cierre dentro del proceso de determinación de la sanción al

¹⁴² BERRÍOS, Gonzalo, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p.166.

¹⁴³ CRUZ MARQUEZ, Beatriz. *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006 p.132.

¹⁴⁴ De esta manera, el nuevo artículo 21 actúa como un límite dentro de la labor de determinación, pero sólo en este caso particular por reenvío del artículo 24. Su función dentro del sistema global sigue siendo de determinación de marcos.

adolescente, y como garantía proporcional al uso de medidas privativas de libertad bajo el pretexto de la idoneidad de estas. Ante esto, frente a la ampliación que se da en el artículo 24 a criterios prevencionistas especiales externos al hecho cometido, es fundamental ver qué influencias puede tener este nuevo artículo.

En relación a la normativa de la LRPA vigente, el inciso primero de este artículo se mantiene sin modificación alguna.¹⁴⁵ Por tanto, en los casos en que el juez tenga la posibilidad de escoger distintas sanciones estando entre ellas una que implique encierro del adolescente, sólo podrá escoger ésta en caso de que sea absolutamente necesaria, encontrándose bajo carga de argumentar por qué una de naturaleza distinta habría sido insuficiente.

Esta norma adquiere aún más importancia en relación a las modificaciones hechas al artículo 24 ante la amplitud de criterios centrados en la prevención especial que este contiene. Mantener esta limitación general a las sanciones de internamiento y reclusión implica, de misma manera que la remisión a principios generales del Código Penal, que la determinación de las sanciones siempre deberá estar asumida bajo un espectro de responsabilidad, sin poder justificarse una sanción que afecte gravemente los intereses del adolescente en su simple búsqueda de reinserción.

El proyecto sí propone sustituir el inciso segundo, y además agrega nuevos incisos tercero y cuarto, que señalan lo siguiente:

“En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto que hipotéticamente hubiese sido condenado por un hecho análogo en equivalentes circunstancias no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza, ni se podrá imponer una pena, de cualquier clase, cuya naturaleza o extensión fuere superior a aquella.

A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo se considerará lo dispuesto en la ley N°18.216.

¹⁴⁵ Artículo 26: Límites a la imposición de sanciones. La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso.

En caso alguno se podrá disponer el cumplimiento de sanciones que individual o copulativamente supongan una condena que supere los límites previstos en los artículo 9, 11, 13, 14 o 18.”

Se ha entendido, que bajo el segundo inciso del artículo 26, se reconoce una norma accesoria a la idea de privación de libertad como último recurso, en forma de un tratamiento privilegiado al adolescente basado tanto en la culpabilidad disminuida y la mayor afectación que tienen las sanciones penales sobre intereses particulares del desarrollo, frente a la realidad de un mayor de edad. Por tanto, comparando a un adolescente con un adulto en una situación equivalente, se exige reconocer una culpabilidad disminuida, ofreciéndosele un tratamiento privilegiado y no el mismo que un adulto.¹⁴⁶

Ante esto, un aspecto positivo que tiene el nuevo inciso segundo del artículo 26, es que busca aclarar dudas acerca del ámbito de aplicación de la comparación entre adolescente y adulto. En primer lugar, reconoce la comparación adolescente-adulto como una comparación hipotética, de manera que se deja de lado cualquier posibilidad de considerar un “hecho análogo” de manera fáctica, en el sentido de necesitarse dos personas como coautoras de un hecho.¹⁴⁷

Por razones similares, se reemplaza la consideración a “un mismo hecho”, por un “hecho análogo en equivalentes circunstancias.” Así, la comparación que se tiene que realizar entre ambas situaciones tiene que tener en cuenta todos los elementos que puedan modificar la responsabilidad establecida. A su vez, bajo “hechos análogos”, se recoge que la comparación se hace en relación a injustos penales equivalentes, ambos con un mismo grado de culpabilidad. Entendiéndose que la imputación de responsabilidad del adolescente reconoce un grado menor que la del adulto, llevaría a que la comparación tiene que compensarse en base a esta diferencia.¹⁴⁸

¹⁴⁶ COUSO, Jaime. *Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Documento de Trabajo N°15, 2009 p.45.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.38.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.28.

El artículo 26 nuevo hace una directa referencia directa a la ley 18.216 de penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, reconociéndose ya expresamente la aplicación de estas penas como situaciones en las cuáles un adulto no tendría que sufrir una medida privativa de libertad. Es en este contexto en que se ha entendido por doctrina que en casos de adolescentes que se encuentren en tramos penales menores a sanciones de cinco años y cumplan los requisitos objetivos de la ley 18.126, en ningún supuesto podrán ser sancionados bajo una medida privativa de libertad.¹⁴⁹ Ante esto, otra parte de la doctrina modera esta interpretación, entendiéndose que el juicio hecho en la aplicación de las sanciones sustitutivas no solo es de requisitos objetivos, sino que tiene que hacerse bajo un análisis prospectivo de prevención especial. Por tanto, un adulto bajo los requisitos objetivos de esta ley no siempre *deberá* someterse a una sanción distinta a la privación de libertad. Frente a esto, al adolescente, con el mismo grado de culpabilidad que un adulto tendría el mismo derecho, se le abriría la oportunidad de que se le haga el mismo tipo de juicio y beneficio.¹⁵⁰ Todo esto, en conjunción a la favorabilidad que tienen para su interés las sanciones alternativas a la privación de libertad.

Sin embargo, todas estas consideraciones a un régimen de culpabilidad diferenciada están puestas en peligro por la otra parte de la redacción de este mismo artículo. Se establece en éste, que no se podrá imponer una pena a un adolescente cuya naturaleza o extensión fuere mayor que la del adulto. Entendido en este contexto, en ningún momento se prohíbe que a un adolescente se le aplique una sanción equivalente, en naturaleza y en duración, a la de un adulto. Esta interpretación permitiría que en casos hipotéticos se considere que un adolescente merece el mismo castigo que un adulto por un mismo hecho, razonamiento que contradice el mandato explicado anteriormente. Además, reconocería una posibilidad de culpabilidad análoga entre adulto y adolescente, contradiciendo las bases básicas del modelo atributivo de responsabilidad de la LRPA. O por el contrario, reconocería que a una persona con menor culpabilidad se le una pena mayor a la merecida,

¹⁴⁹ HORVITZ, María Inés. *Op. Cit.*, p.110.

¹⁵⁰ COUSO, Jaime, *Op. Cit.*, p.47.

vulnerándose la proporcionalidad de dicha pena (sobre todo considerando el mayor efecto de la punición en el adolescente).

Para evitar caer en estas situaciones, nuevamente son claves los límites específicos establecidos para cada una de las sanciones de la LRPA, además del efecto de límite temporal otorgado por el nuevo artículo 21; ambos expresamente reconocidos tanto por el artículo 24 como este nuevo artículo 26. Por tanto, con la reforma del artículo 26, a pesar de mantenerse un principio de necesidad, se estaría dejando de lado el trato privilegiado del adolescente frente a un adolescente, dejando la segunda norma en un estado de redundancia frente al resto de la regulación.

Por tanto, a pesar de que el sistema de determinación de la pena en delitos únicos se sigue basando en dos momentos, al igual que el sistema actual, se proponen modificaciones que llegan a tener alta relevancia, como la excesiva cantidad de factores externos a delitos que influyen en la individualización. Junto a la mayor severidad que parece tenerse hacia el adolescente en comparación a su estatus con los adultos, hace fundamental conocer el razonamiento y argumentación usados para tomar una decisión. Por esto, este capítulo se cerrará revisando la introducción de un nuevo elemento en esta decisión, como es el informe técnico.

3.3. El rol del informe técnico en la determinación de la pena.

Ya se señaló que en el proyecto de ley se crea una nueva Institución como el Servicio de Reinserción Juvenil. También se señaló la estrecha relación que ve el proyecto entre el proceso de ejecución de una sanción y la determinación de esta. Esto se va a ver aún más aumentado no sólo por las reformas mencionadas en la sección anterior, sino que por la creación de la Institución de un Informe Técnico, que va a implicar una participación directa de este nuevo servicio en la selección de la medida correspondiente al adolescente. Así, el proyecto propone agregar el siguiente artículo 37 bis a la LRPA:

“Artículo 37 bis: Informe técnico. El ministerio Público o la Defensa podrán solicitar la emisión de un informe técnico en cualquier etapa del procedimiento, a ser evacuado por el Servicio de Reinserción social de Adolescentes.”¹⁵¹

*Dicho informe deberá referirse a **los criterios señalados en los incisos segundo y tercero del artículo 24** y a las pertinencias de las condiciones de que trata el artículo 335 del Código Procesal Penal pudiendo ser utilizado, en exclusiva, en las siguientes actuaciones judiciales:*

a) En aquellas en que se discuta una medida cautelar, si es invocado por la defensa, y, en aquello que sea citado por dicha parte.

b) En aquellas en que se aprueban las condiciones de una suspensión condicional del procedimiento.

c) En aquellas destinadas a la determinación de la pena, una vez evacuado el veredicto condenatorio.”

Con esta norma, se materializa por completo la participación del Servicio de Reinserción como un sujeto activo dentro del proceso penal del adolescente, quizá no como un interviniente en el sentido procesal penal de sujeto dentro del juicio, sino que por la influencia que puede tener en relación a decisiones fundamentales dentro de este, como son la procedencia y adecuación de medidas cautelares personales, la aplicación de dar un término anticipado al procedimiento en razón de su suspensión condicional, o la determinación de qué sanción es idónea a aplicar a un adolescente cuya responsabilidad ya se ha dilucidado.

Para este trabajo es esencial esta última instancia, pues implica una influencia directa en la materia que se ha estudiado. En este contexto el proyecto propone que el Servicio, desde su perspectiva de institución técnica especializada, pueda cumplir un rol clave para entender las necesidades efectivas de intervención que tiene el menor de edad que ha cometido un delito. Por tanto, en base a las necesidades que

¹⁵¹ Uniformado como Servicio Nacional de Reinserción Juvenil de acuerdo a indicación durante tramitación en primer Trámite Constitucional, de fecha 05-03-18

se reconozcan, el juez debería adecuar su elección de sanción para que estas sean satisfechas.

Los informes técnicos son muy importantes en materias donde está en juego el interés superior del niño. Por ejemplo, los equipos técnicos junto a sus informes están reconocidos expresamente en los sistemas penales juveniles de otros sistemas como el Español, donde son vistos como instrumentos imprescindibles para alcanzar el objeto que persiguen las medidas. De esta manera, estos buscan que en la elección de qué sanción aplicar, se preserven y tutelen de mejor manera posible los intereses del menor.¹⁵² Estos a la vez son garantías claves para los Derechos de los Niños imputados de manera que cumplen lo ordenado en base a las reglas de Beijing, de manera antes de tomar una decisión tan importante como es la decisión acerca de imponer una pena a un menor de edad, se tiene tener un conocimiento completo de su medio social y condiciones desarrollo.¹⁵³

3.3.1. El informe técnico y su contenido:

Como se señaló anteriormente, el Servicio de Reinserción está creado bajo una perspectiva con el objeto de fomentar, mediante una adecuada regulación de las intervenciones, la reinserción y rehabilitación de los adolescentes que ingresan al sistema de la LRPA. Por tanto, el informe que entrega este Servicio en cada caso, se realiza con ese objetivo en la mira; es decir, tomar las mejores decisiones para lograr una adecuada reinserción.

El informe que se elabora, de por sí se coordina con los distintos planes de intervención disponibles por el Sistema, de manera que la individualización de la pena se oriente por estos parámetros. Todos estos modelos se basan ya no solo en principios jurídicos sino ligados a determinados principios de trabajo social que orientan el proyecto en su totalidad.

A su vez, el texto propuesto en el artículo 37 bis señala como objeto a referirse por el informe, los criterios enumerados dentro del artículo 24. Estos factores de

¹⁵² DIAZ-MAROTTO, Julio, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y POZUELO PÉREZ, Laura. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Aranzandi, 1º Edición, Pamplona, 2008 p.322.

¹⁵³ *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, N°16.

idoneidad ya fueron señalados y comentados, existiendo algunos ligados a la conducta cometida, y otros más cercanos al entorno y contexto familiar y social del adolescente. Parecieran ser los segundos los fundamentales a esclarecer en este contexto. El modelo de intervención que se desarrolla permite tomar perspectivas psicológicas, sociológicas y educativas que permitan entender de mejor manera las necesidades que tiene el adolescente. Por el contrario, de manera categórica se tiene que excluir la posibilidad de que el Servicio en su estudio pueda referirse a elementos propiamente jurídicos como las categorías delictuales, o grados de participación del joven en estas,¹⁵⁴ por razones de competencia, y por aspectos procesales del derecho de defensa de la persona imputada. De la misma manera, es fundamental limitar el uso de estos conocimientos con cualquier finalidad probatoria dentro del procedimiento.

Por eso es clave que cuando esta institución se utiliza para ayudar en el contexto de individualización de la sanción, ya debe existir una sentencia condenatoria, que se haya pronunciado sobre la responsabilidad efectiva del adolescente en un delito. En este primer contexto, ya parece complejo que artículo 37 bis defina el contenido de este estudio en base a criterios normativos a ser utilizados por el juez en su labor, y no aquellos conocimientos prácticos que debería otorgar. Ahora, otro asunto es ver la compatibilidad que estos informes y su contenido, tienen específicamente con la labor de individualización de la pena, y si existen límites suficientes que protejan los intereses del adolescente.

3.3.2. Aspectos conflictivos en la individualización de la pena.

Cuando se mira la finalidad que otorga la ley a la determinación de la sanción, y la que se busca con la intervención del Servicio de Reinserción como organismo técnico, se puede ver que ambos comparten un objetivo común, en el sentido de buscar la sanción más idónea para al adolescente. Sin embargo, existen ciertos parámetros en relación los cuales ambos parecen funcionar de manera contradictoria. Principalmente en base a la perspectiva que se tiene al evaluar los

¹⁵⁴ ORNOSA, María Rosario. *Op. Cit.*, p.347.

criterios de determinación de la pena y las limitaciones que pueden entregarse para el análisis de cada uno de estos.

En este contexto, reaparece el cuestionamiento que se hizo a algunos de los criterios de individualización propuestos por el artículo 24. Por una parte, como ya se señaló, no parece adecuado que el Servicio de Reinserción social se encargue de evaluar criterios relativos al establecimiento de la culpabilidad del adolescente ni la gravedad del hecho cometido. Sin embargo, esto implicaría que el análisis que hará el Servicio se centrará en las necesidades del adolescente tomando como contexto sus antecedentes, su entorno, su familia, etc. Esto implicará entonces, que el juicio de necesidad hecho por este órgano se centrará en elementos más propios del adolescente y rol dentro de la sociedad, que bajo criterios de merecimiento en relación con la culpabilidad por el hecho en específico.

Esto es aún más riesgoso considerando la perspectiva desde la cual el Servicio desarrollaría su informe. Como se señaló anteriormente, el estudio a realizarse se centra en el contexto en que se ha desenvuelto el adolescente en su historia vital, de manera que la mirada final que se toma será una de prevención especial en virtud de las particularidades del joven. Más aún, el artículo 37 bis señala que este análisis se hace en un contexto posterior a la determinación de la existencia de la responsabilidad. Esto, por una parte, permite alejar a la Institución de valoraciones exclusivas del juez, pero a la vez separa más la elaboración de criterios de necesidad de la sanción, con hecho mismo, y por tanto, se da una argumentación que se aleja de la proporcionalidad y la acerca a una valoración del estado en que se encuentra el adolescente en un momento posterior y completamente separado del delito que ha cometido.

Por eso, es que se puede decir que la creación de este informe, que opera en un ámbito distanciado de la valoración de la sentencia, vuelve a traer a la vista el propósito que parece tener el proyecto, de alejar la determinación de la sanción de la fase de juzgamiento, y dejarla más cercana a una fase de ejecución; en el sentido que una vez ya establecida la responsabilidad del adolescente, ya ha ingresado completamente al sistema criminal juvenil, por lo que solamente queda empezar un

proceso de intervención, en el cuál la elección de una sanción es simplemente un primer paso a seguir. En definitiva, a pesar de los reparos que se hacen en la normativa, para evitar que se perjudique al adolescente con este informe, el riesgo se sigue manteniendo.

Clave para este trabajo ha sido la idea de que es la determinación de la sanción la manera en que se desarrolla el sistema de la LRPA como un sistema penal realmente diferenciado al régimen de adultos, pues es en este contexto donde se puede reconocer la situación particular en que se desenvuelve el menor de edad, pero a la vez manteniendo una valoración retrospectiva al hecho cometido. Con el uso del informe técnico en esta etapa, se aleja el razonamiento de la valoración de criterios penales, y a la vez del proceso que respeta las garantías que implica someter al adolescente a un sistema penal. Entonces, uno de los elementos esenciales de desarrollo del sistema de la LRPA como un sistema de responsabilidad penal propiamente tal, quedaría fuera de estos contextos y criterios. Se aleja de un sistema penal dentro de un contexto democrático de derecho, al legitimarse decisiones basadas en la subjetividad o condiciones del adolescente, el que es visto como una persona que se debe corregir o controlar, tal como se le vio históricamente en el sistema anterior a la LRPA.¹⁵⁵

Por tanto, sin negar la importancia del aporte que significa para la decisión del juez el conocimiento acerca del contexto, pareciera no ser recomendable introducir la el uso de un informe técnico en el contexto de determinación. Pareciera más adecuado acentuar la diferenciación entre selección de naturaleza de la sanción, y de la manera en que se ejecutará, y sólo en este segundo caso parece correcto la participación del organismo que se encarga de esta ejecución.¹⁵⁶ De esta manera, el cumplimiento de la sanción se puede orientar a juicios de peligrosidad y de rehabilitación sin problemas, mientras que en el contexto de determinación se debería guiar por la responsabilidad y merecimiento que tiene el adolescente, valorándose los elementos personales del adolescente en virtud a como estos

¹⁵⁵ CILLERO, Miguel. *Comentario al artículo 10 N°s 2 y 3 del Código Penal*, en "Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.124.

¹⁵⁶ BERRÍOS, Gonzalo, en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p.166.

influyen en esta capacidad de responsabilidad de éste. Así, la sanción que se escoja se hace en virtud de esta capacidad, eligiéndose una aquella que más proporcional sea con la responsabilidad, a la vez permitiendo garantizar el desarrollo del adolescente como futuro ciudadano.¹⁵⁷

¹⁵⁷ CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. *Op. Cit.*, p.139.

CONCLUSIONES

Clave es dentro del sistema de la Responsabilidad Penal Adolescente entender cómo funciona la determinación de las sanciones, por motivos de asegurar la proporcionalidad entre gravedad de los delitos cometidos por jóvenes y los castigos recibidos. Además es el contexto donde se desarrolla la mayor diferenciación entre el Sistema de adultos y el de personas menores de edad, porque otorga al juez un espacio para tener en cuenta de manera más concreta factores relevantes que no se encuentran reconocidos en el resto de la LRPA.

También, es en este contexto donde se toma una de las decisiones más importantes del proceso penal, en el sentido de si se decide someterlo a un régimen que implique privación de libertad, o una sanción de carácter alternativo. La ley reconoce que, tanto por razones de proporcionalidad o como sus consecuencias criminógenas indeseables, las medidas que implican encierro deberían considerarse como última alternativa a elegir cuando un joven cometa un delito, y solamente en casos cuando sean estrictamente necesarias, ya sea por razones de prevención o de merecimiento.

Ante esto, es clave tener en cuenta los problemas que tiene la ley 20.084 en la claridad y efectividad para lograr estos objetivos, tomando ya como punto de partida el mandato entregado al legislador y juez mediante el artículo 20, donde se dan los primeros lineamientos de cómo llevar a cabo tal labor. Realizando este trabajo se pudo reparar que la normativa actual, al centrar su elemento diferenciador en el tratamiento de las sanciones, tiene tanto aspectos positivos como problemáticos en relación a la consecución de dichas metas.

Así, tener como punto de una directa remisión a las normas de determinación del Código Penal resulta en principio positivo, al buscar un resguardo de la proporcionalidad entre culpa por el hecho cometido y el castigo recibido. Sin embargo tal técnica legislativa puede resultar problemática al no darse espacio a la valoración de las diferencias que puedan ser relevantes entre adolescentes y adultos en relación a conceptos como participación o grados de ejecución. Además resulta confuso que el mismo artículo 21 de la LRPA se autodefina como una norma para

establecer la “duración” de las penas cuando su función está en el sentido de fijar marcos penales para adolescentes.

Cosa similar ocurre con el tratamiento que se da a las sanciones de privación de libertad. Por una parte, es valorable que el artículo 26 asevere el carácter de excepcional de este tipo de sanciones. Sin embargo al mismo tiempo resulta problemático que de acuerdo al artículo 23, existan tantos tramos de casos en los cuáles éstas sí serían idóneas de imponer al adolescente. En este contexto, es especialmente preocupante el primero de estos casos, en los cuales obligatoriamente el menor de edad será sometido a una medida que implica el encierro. Considerando la severidad de la afectación a los intereses del niño, al mismo tiempo que los efectos indeseables que estas traen en términos de carrera delictual, el único fundamento que pareciera existir tras esta decisión es la de un control de la criminalidad en un contexto de seguridad ciudadana.

Finalmente, el artículo 24 de la ley resulta clave para otorgar al juez el espacio para conciliar estas normas en pos de la decisión más idónea posible, además de entregar espacio para evaluar particularidades de los adolescentes que quedan excluidas en el uso de las normas generales. En este contexto, el concepto de idoneidad de la sanción resulta esencial para lograr una coherencia entre tantos factores que pueden parecer contradictorios.

Frente a estas situaciones, el proyecto de ley que se está discutiendo intenta solucionar algunos de estos problemas. A pesar de seguir utilizándose la misma técnica legislativa de comenzar el proceso de individualización en base a los marcos penales establecidos para adultos, parece positivo que se aclare que el artículo 21 no es una norma de duración, dejando de lado un concepto de determinación temporal.

También es positivo que este artículo se mantenga como un segundo límite temporal a la privación de libertad, principalmente por los problemas que trae el nuevo artículo 26, que a pesar de intentar aclarar los problemas de aplicabilidad de privación de libertad de los adolescentes en comparación con los adultos, genera uno nuevo en virtud a la aparente renuncia al principio de favorabilidad que tiene un

joven frente a una persona mayor de edad. Por tanto, el límite de tiempo fijado por el artículo 21 resulta esencial para asegurar la paridad que tiene que existir entre castigo y delito cometido. De todas maneras, al seguir existiendo el riesgo que al adolescente se le imponga a un castigo idéntico que a un adulto cuando este esté bajo estos rangos, este nuevo artículo 26 tiene un riesgo de romper con la proporcionalidad.

Finalmente, los aspectos del boletín que mayor cautela provocan, se encuentran en relación a los efectos que este tiene en la individualización de la sanción. Por una parte, con el artículo 24 nuevo que introduce una serie de factores a considerar que no tienen relación alguna con los hechos materia del juicio, y por otra, con la introducción del informe técnico que precisamente se centraría en la valoración de estos factores para asistir en la decisión acerca de la naturaleza de la sanción.

En definitiva, el gran problema que presenta el proyecto de ley es que este no está centrado en la determinación de la pena, sino que ve esta como una herramienta dentro de un sistema más grande que el proceso penal adolescente. La elección de la pena para el proyecto, es un paso más dentro de la intervención que se hace en un joven que ingresa al sistema, y a la cual ya se le está atribuyendo un determinado estatus y necesidades. Por tanto, a pesar de intentar de mantener la distancia, se provoca el riesgo de excluir la determinación de la pena del contexto de valoración de categorías penales, acercándolo a uno de intervención social. Es necesario considerar el interés del joven en el contexto de su participación en el proceso penal, y es valorable que se busque hacer mediante la intervención y participación del Servicio.

No se puede olvidar que la determinación de la pena y el proceso adolescente se dan dentro de un sistema de responsabilidad, lo que significa el respeto de ciertas garantías y la verificación de ciertos elementos jurídicos que no pueden quedar solamente dentro de la perspectiva prevencionista de los modelos de intervención, para así evitar una vuelta al pasado en donde se enmascara la persecución bajo la protección del adolescente

BIBLIOGRAFÍA

- BERRÍOS, Gonzalo. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. En Revista de Estudios de la justicia, N°6, 2005
- BERRÍOS, Gonzalo. *La ley de responsabilidad penal del adolescente como un sistema de justicia: análisis y propuestas*. En revista "Política Criminal", vol.6 N°11, 2011.
- BUSTOS, Juan. *Derecho Penal del Niño – Adolescente (Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente)*. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.
- CERDA, Mónica y CERDA, Rodrigo. *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2007.
- CILLERO, Miguel. *Comentario al artículo 10 N°s 2 y 3 del Código Penal*, en "Texto y comentario del Código Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.124.
- CILLERO, Miguel. *Comentario a la Ley de Responsabilidad de Adolescentes*. Publicación UNICEF "Justicia y Derechos del Niño", vol. 8, Santiago, 2006.
- CILLERO, Miguel. *Consideraciones para la Aplicación del Criterio de Idoneidad en la Determinación de las Sanciones en el Derecho Penal de Adolescentes Chileno*. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Documento de trabajo n°13, 2008.
- COUSO, Jaime. *La especialidad del derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación del derecho penal sustantivo*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n°XXXVII, 2012.
- COUSO, Jaime. *La política criminal para adolescentes y la ley 20.084*. Unidad de Defensa penal Juvenil, Defensoría Penal Pública. Documento de trabajo n°12, 2008.
- COUSO, Jaime. *Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*. Unidad de Defensas Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Documento de Trabajo N°15, 2009.

- COUSO, Jaime. *Los adolescentes en el Derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva*. Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXV, N°1, 2012, p.155.
- COUSO, Jaime. *Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes. El caso de la ley Chilena*. En publicación UNICEF “Justicia y Derechos del Niño”, n°10, Bogotá, 2008.
- CRUZ MARQUEZ, Beatriz. *Educación y prevención especial en el derecho penal de menores*. Marciel Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006.
- CRUZ MARQUEZ, Beatriz. *La culpabilidad por el hecho del adolescente. Referencias y diferencias respecto del Derecho Penal de adultos*. En “Estudios de Derecho Penal Juvenil III”. Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. 8° Edición, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2005.
- DÍAZ-MAROTTO, Julio, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo y POZUELO PÉREZ Laura. *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Editorial Aranzandi, 1° Edición, Pamplona, 2008
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- HERNÁNDEZ, Héctor. *El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “Teoría del Delito”*. Revista de Derecho de Valdivia, Vol.XX, N°2, 2007.
- HORVITZ, María Inés. *Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable*. Revista Estudios de la Justicia, N°7, 2006.
- MALDONADO, Francisco. *Fundamentación y determinación de la pena en el derecho penal de adolescentes. A propósito del juicio seguido contra B.N.M., por delito de robo con intimidación (RUC 0900505404-1) en la V región*. Revista Ius et Praxis, año 17, n°2, 2011.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?* En “Informes en derecho. Doctrina Procesal Penal 2009”, Centro de Documentación Penal Pública, Santiago, 2010.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *La pena como retribución*. Estudios públicos 108, 2007.

- MAÑALICH, Juan Pablo. *Los plazos de prescripción de la acción penal de la Ley de Responsabilidad de Adolescentes frente al art.369 quáter del Código Penal*. En “Estudios de Derecho Penal Juvenil IV”, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2013.
- MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y ciudadanía*. En Kindhäuser y Mañalich, “Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho”, 1° Edición, Ara, Lima, 2009.
- MEDINA, Gonzalo. *Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente*. Revista Estudios de la Justicia, n°11, 2009.
- MENSAJE N°16-365 de la presidencia de la república, introduce proyecto boletín 11174-07, *que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce Modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica*, de 04-04-2017.
- NOVOA MONREAL, Enrique. *Curso de Derecho Penal Chileno, Tomo II*. 2° Edición, 2° Edición, Ediar-ConoSur, Santiago, 1985.
- NÚÑEZ, Raúl y VERA, Jaime. *Determinación Judicial de la Pena. Motivación y su control en el Derecho penal de adolescentes chileno*. Revista Política Criminal, Vol.7, N°13, 2012, p.181.
- ORNOSA, María Rosario. *Derecho Penal de Menores*, Editorial Botch S.A., 4° Edición, Barcelona, 2007
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Editorial Civitas, Madrid, 2007.
- ROXIN, Claus. *Sentido y límites de la pena estatal*, en “Problemas básicos del derecho penal”, Reus, Madrid, 1976.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Indicaciones formuladas durante la discusión del proyecto de ley, en el primer trámite constitucional, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, Boletín N°11.174-07, de 05/03/2018*

- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, Boletín N°11.174-07, de 29/08/2017.*
- TIFFER, Carlos. *Fines y determinación de las sanciones penales juveniles.* Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, n°4, 2012.
- VALENZUELA, Jonatan. *La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil.* Revista Estudios de la Justicia, n°11, 2009.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- VON HIRSCH, Andrew. *Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos?* En “Estudios de Derecho Penal Juvenil III”, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012.
- ZIFFER, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena.* 2° Edición, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.