



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY N° 21.527 EN
MATERIA DE SUSTITUCIÓN DE CONDENA DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Juan Pablo Arroyo Arroyo

Profesor guía: Gonzalo Berríos Díaz

Santiago de Chile

2023

*“Nunca preguntes por quién doblan las campanas;
doblan por ti”*

John Donne

INDICE:

INTRODUCCIÓN:	5
CAPÍTULO 1: Principios, criterios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez relativos a sistemas de responsabilidad penal juvenil.	10
1.1.- Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño	10
1.2.- Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente	12
1.3.- Principios, criterios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez:	13
• 1.3.1.- Principios Generales del Derecho Penal Juvenil desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez:	13
○ 1.3.1.1.- Principio de Especialidad:	14
○ 1.3.1.2.- Principio Educativo:	17
○ 1.3.1.3.- Interés Superior del Niño:	20
• 1.3.2.- Criterios y estándares del Derecho Penal Juvenil desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez:	23
○ 1.3.2.1.- Intervención mínima y desjudicialización; excepcionalidad de la privación de libertad y mayor brevedad posible de la privación de libertad:	25
▪ A) Intervención mínima y desjudicialización:	26
▪ B) Excepcionalidad de la privación de libertad:	26
▪ C) Mayor brevedad posible de la privación de libertad:	27
<u>CAPÍTULO 2: De la ejecución de sanciones juveniles, en especial, de la sustitución de condena en la Ley N° 20.084.</u>	30
2.1.- De la Ejecución de Sanciones En General:	30
2.2.- De la ejecución de las sanciones juveniles:	32
• 2.2.1.- De los fines de la pena en la ejecución de sanciones juveniles:	35
○ 2.2.1.1.- Fin de la pena juvenil en general:	35
○ 2.2.1.2.- Fin de las penas en la ejecución de la sanción juvenil:	39
2.3.- Sustitución de Condena:	40
• 2.3.1.- Sustitución de Condena en el Derecho Internacional:	41
• 2.3.2.- Sustitución de Condena en la Ley N° 20.084:	42
○ 2.3.2.1.- Análisis de normativo del artículo 53 de la Ley N° 20.0874:	43

▪ A) Juez de control de la ejecución de la sanción:	43
▪ B) Intervinientes:	43
▪ C) Previa audiencia:	44
▪ D) “Se hubiere iniciado su cumplimiento”	45
▪ E) “En tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor”:	47
• 2.3.3.- Breve referencia a la jurisprudencia en materia de sustitución de condena:	51
<u>CAPÍTULO TERCERO: Modificación del artículo 53 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente con motivo de la introducción de la Ley N° 21.527.</u>	55
3.1.- Revisión General de la Ley N° 21.527:	55
3.2.- Modificaciones introducidas a la Ley N° 20.084:	60
• 3.2.1.- Modificación a la sustitución de condena: artículo 53 de la Ley N° 20.084:	64
○ 3.2.1.1.- Aspectos modificados o alterados por la Ley N° 21.527:	66
○ 3.2.1.2.- Modificaciones sustanciales al artículo 53 de la Ley N° 20.084:	67
▪ A) Respeto a límites mínimos y máximos de la extensión de sanciones:	67
▪ B) “En tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor”:	69
▪ C) “Se hubiere iniciado su cumplimiento”:	72
3.3.- Adecuación de la modificación analizada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos:	75
<u>CONCLUSIONES:</u>	77
<u>BIBLIOGRAFÍA:</u>	82

INTRODUCCIÓN:

A partir de junio de 2007 entra en pleno vigor en nuestro país la Ley N° 20.084, por medio de la cual se establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. De esta forma, por una parte, se busca adecuar nuestra normativa punitiva aplicable a los menores de edad a los principios y criterios elaborados en el seno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, los cuales se plasman paradigmáticamente en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, y como consecuencia directa de este primer objetivo, se deja atrás el modelo tutelar propio del Derecho de Menores que rige durante el siglo XX, en virtud del cual se adoptaban medidas respecto de niños, niñas y adolescentes (NNA) que interferían drásticamente en sus vidas, justificando dicha intervención en la propia protección de aquellos sin que mediara para la imposición y aplicación de estas medidas resguardos efectivos de sus derechos y garantías¹. Evidentemente que un sistema como el mencionado no se ajusta a un Estado Democrático de Derecho, al cual nuestro país aspira alcanzar, especialmente, desde principios de la década de los noventa.

La pretensión recién expuesta se manifiesta por nuestro legislador en el artículo 2 de la Ley N° 20.084: *“En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encontraren vigentes”*.²

Como se logra apreciar, la instauración de un nuevo modelo de justicia penal adolescente busca el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento totalmente especializado respetuoso de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes en cada uno de sus ámbitos y/o etapas, siendo especialmente relevante para efectos de este trabajo, la fase de ejecución de las sanciones³, tal como se verá. Sin duda, que la instauración de un

¹ Para una visión general del cambio de modelo sin limitarse al ámbito nacional, véase BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Justicia y Derechos del Niño (1): 9-21, 1999. A modo referencial del contexto nacional puede consultarse el texto de AGUIRREZABAL, M., LAGOS, G., VARGAS, T. Responsabilidad penal juvenil. Hacia una “justicia individualizada”. Revista de Derecho. 22(2): 137-159, diciembre, 2009; BERRÍOS, G. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Revista de Estudios de la Justicia (6): 161-174, 2005. Asimismo, puede revisarse una clara exposición de los modelos de intervención que se han aplicado en niños, pasando desde el modelo clásico al modelo de responsabilidad, en: MALDONADO, Francisco. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes. Revista de Derecho – Escuela de Postgrado. (5): 17-54, julio, 2014.

² Ley N° 20.084. CHILE. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, diciembre 2005.

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv> : p. 6. En el sentido expuesto en el texto principal, indudablemente se debe citar el artículo 1 de la LRPA: *“Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que comentan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas (...)”*.

nuevo sistema de esta envergadura no se encuentra exenta de complicaciones⁴, las que se han verificado hasta el día de hoy, a pesar de que el sistema lleve 16 años de implementación. Con motivo de lo anterior, nuestro país ha procedido a la dictación de la Ley N° 21.527, objeto del presente estudio, para dar respuesta a las deficiencias que ha presentado la aplicación de la Ley N° 20.084.

Puede pensarse que la complejidad de establecer un sistema de responsabilidad penal adolescente responde a la dificultad que ha significado el juzgamiento penal de menores de edad, siendo pertinente a este respecto lo planteando por Santibáñez y Alarcón. *“No debemos olvidar que establecer responsabilidad de jóvenes no es algo usual, pues pugna con un sistema penal pensado más bien en la delincuencia de adultos, por lo mismo, solo cumpliendo con la finalidad preventiva que debe tener la pena en este tipo de casos se torna legítimo el ejercicio del ius puniendi”*⁵.

Por otra parte, la imperiosa necesidad de generar una respuesta especializada se deriva de la peculiar etapa de vida en que se encuentran los jóvenes, siendo ésta la principal razón para justificar un tratamiento diverso al momento de verse enfrentados a una de las formas de reacción más severas con que cuenta el Estado, exigiéndose la instauración de un sistema de responsabilidad penal especial y diferenciado que cautele correctamente todos sus derechos.

Entonces, la configuración de nuestro sistema penal juvenil lleva inevitablemente a una apreciación y aplicación más allá de la sola consideración de la Ley N° 20.084⁶, sino que se trata de una conjugación de normas, instituciones y prácticas administrativas⁷, entre otros, dentro de las cuales cobra esencial trascendencia el desarrollo que sobre la materia ha realizado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez. Este será el entendimiento que auxiliará durante todo este trabajo al tratamiento que se haga de la información recopilada.

Habiéndose presentado en términos generales el funcionamiento del sistema punitivo instaurado por la Ley N° 20.084, corresponderá llevar dicho planteamiento a una etapa

⁴ A modo de ejemplo, puede citarse: SALAS, P. Consideraciones prácticas de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Revista de Estudios de la Justicia (14): 217-242. 2011.

⁵ SANTIBÁÑEZ, M. E. y ALARCÓN, C. Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento. Dirección de Asuntos Públicos, (27): junio, 2009. p. 2. Si bien las autoras, como se puede desprender del texto, hacen descansar la legitimidad del sistema en el cumplimiento de finalidades preventivas de la pena, se debe precisar esta idea en cuanto a señalar que la legitimidad de este sistema deriva también de otros importantes aspectos como lo es el reconocimiento y aplicación efectiva de derechos y garantías propias del Derecho Penal de Adultos, así como de aquellas generadas de manera específica para la situación de niños, niñas y adolescentes, al momento de verse enfrentados al sistema de responsabilidad penal. Es decir, la complejidad de este sistema va más allá de la sola preponderancia de fines preventivos de la pena. En este sentido, puede verse: CILLERO, M. La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. Justicia y Derechos del Niño (9): 2007. p. 247-249.

⁶ ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. La ejecución de la sanción penal adolescente y el plan de intervención. Tesis Magister en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia. Santiago, Chile. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2010. 50 h. p. 5.

⁷ BERRÍOS, Gonzalo. La ley de responsabilidad del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política Criminal 6(11). Junio, 2011. p. 164.

específica del procedimiento, esto es, la etapa de ejecución de sanciones que recurre a criterios, estándares y principios generados a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez.

Seguidamente, corresponde referirse al instituto de sustitución de condena contemplado en los artículos 53 y 54 de la actual LRPA, por medio del cual indirectamente se alude con ello a la fase de ejecución de la pena, etapa en la cual se inserta este novedoso mecanismo de nuestro derecho, y clave para el cumplimiento de la sanción juvenil⁸. Cabe mencionar que la fase de ejecución de la sanción, no solo en el ámbito juvenil, se ha tratado de un asunto que no ha recibido un tratamiento debido por parte de la doctrina, atribuyendo esta situación el profesor Jonatan Valenzuela a un contexto legal escaso y de poca fuerza expresiva. Si bien su postura no refiere de manera directa sobre lo acontecido en el Derecho Penal Juvenil, dicho planteamiento es perfectamente predicable en este ámbito. Prosigue el autor: *“Dicho de otro modo, la regulación chilena sobre la ejecución de la pena es en un sentido relevante no democrática (el núcleo principal de normas se encuentra en un nivel infralegal con la consiguiente insatisfacción del principio de legalidad) y esto parece restarle relevancia a la discusión académica en la materia*⁹. En este sentido, la modificación introducida por la Ley N° 21.527 al artículo 53 de la Ley N° 20.084, se adelanta, no demuestra una preocupación profunda por la institución, desperdiciándose una importante oportunidad de mejorar la regulación de la sustitución de condena, confirmándose así la percepción del autor recién citado.

Como se vislumbra, dentro de la fase de ejecución, como expresión de la especialidad, se consagran mecanismos de control que buscan asegurar el máximo goce de los derechos y garantías que a NNA les corresponden, pese a haber sido condenados a una sanción por su responsabilidad penal, siendo particularmente delicada la situación de ejecución de aquellas sanciones privativas de libertad. El control judicial que surge en esta etapa con base en principios como el educativo y de resocialización, interés superior del niño y legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad, dirigido a realizar una revisión periódica de las sanciones impuestas a adolescentes con miras a adoptar decisiones que favorezcan una respuesta cada vez más efectiva y conforme a las características del condenado, atendida su particular situación de desarrollo, habilitando así la posibilidad de sustituir la condena originalmente impuesta por una menos gravosa que permita lo más pronto posible su resocialización para iniciar una vida en sociedad lejos de la actividad delictual.

Finalmente se estará en condiciones de evaluar la modificación introducida al artículo 53 por la Ley N° 21.527, que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescente, y a otras normas que indica. Con esta nueva normativa se pretende dar respuesta a las insuficiencias de la LRPA para alcanzar los resultados inicialmente esperados. Así se dice en el Mensaje

⁸ ESTRADA, Francisco. La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno. Revista Chilena de Derecho 38(2), 2011. p. 546.

⁹ VALENZUELA, Jonatan. La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena. Revista de Derecho 23(1), junio 2019. P. 256.

que inició esta ley: *“El actual sistema penal de adolescentes no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos. No solo por cuanto refleja los problemas que enfrenta el proceso penal para aclarar o resolver los diversos casos denunciados, sino que, además, por la total ausencia de contenidos realmente disuasivos en las sanciones dispuestas. A su vez, otras modalidades de reacción se muestran absolutamente desproporcionadas y favorecedoras de la mera desocialización”*¹⁰.

Establece el artículo 55 de la Ley N° 21.527, en su número 45)¹¹:

Modifícase el artículo 53 en el siguiente sentido:

a) Intercálase el siguiente inciso segundo nuevo, pasando los actuales incisos segundo, tercero y cuarto a ser tercero, cuarto y quinto, respectivamente:

“La sanción sustitutiva no se podrá imponer en una extensión inferior o superior al mínimo y máximo previsto en la ley”.

b) Intercálase en el inciso segundo, que ha pasado a ser tercero, luego de la palabra ‘antecedentes’, la frase ‘, el desarrollo del plan de intervención’.

c) Agrégase el siguiente inciso final, nuevo:

“Tratándose de sanciones impuestas en virtud de la comisión de un crimen respecto de quienes hubiesen sido previamente condenados por delito sancionado con pena afflictiva, la sustitución solo procederá una vez que se haya cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta”.

Se puede observar que la modificación introducida requiere considerar una evaluación general de la Ley N° 21.527, pues el cambio mencionado hace referencia a la modificación de otros artículos de la Ley N° 20.084, así como desplegar un análisis sistemático de la misma que posibilite una mejor comprensión del real impacto que tendrá el texto final del artículo 53.

Entonces, la tarea que se emprende a continuación será llevar a efecto en tres capítulos, además de un apartado en que se expondrán las conclusiones alcanzadas. El primer capítulo se encargará de identificar y presentar los principios, criterios y estándares generados en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, los cuales se extraen de Tratados e Instrumentos Internacionales, destacando la Convención sobre los Derechos del Niño. La exposición se concreta presentando aquellos que tienen un ámbito de aplicación más extenso, es decir, que informan todo el sistema punitivo juvenil, así como de aquellos que adquieren más peso en la fase de ejecución de las sanciones, etapa en la que ubicamos la institución que se analiza.

¹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. [En Línea] Santiago de Chile, 13 de enero de 2023. [Consulta: 2 de mayo 2003]. Disponible en: [Historia de La Ley::Historia de la Ley \(bcn.cl\)](#); p. 4.

¹¹ El Proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo solo contemplaba la letra a) del número 45.

El capítulo segundo se encargará de hacer una breve referencia a la fase de ejecución de la sanción y sus características, siempre encaminada a destacar los aspectos que la diferencian de la fase de ejecución que se materializa para el caso de los adultos. Seguidamente, como un mecanismo marcado de un fuerte contenido preventivo especial comprendido dentro de esta etapa del procedimiento, corresponde referirse a la sustitución de condena. Para ello será necesario abordar todo elemento que permita determinar de la mejor manera posible su contenido, lo que lleva a tratar cuestiones como su regulación legal, entendimiento doctrinario y jurisprudencial y aportes en la materia provenientes desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El tercer capítulo se ocupará de llevar a cabo el análisis de la nueva Ley N° 21.527. Sin duda hay que realizar un examen de la ley en su totalidad para determinar de una manera sistemática cuál es la intención de la misma y así desentrañar de mejor forma cada modificación que ésta realice, obviamente concentrándose en aquella que tiene por objeto el artículo 53 de la Ley N° 20.084. Luego, se efectuará un contraste entre la regulación actual y la regulación resultante, sin perjuicio de que la nueva ley aún no haya entrado en vigor por haber diferido su vigencia. La última parte de este capítulo se pronunciará brevemente sobre la pertinencia y conformidad de la nueva regulación a los principios criterios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, determinando si nuestro sistema de responsabilidad penal adolescente se logra adecuar cada vez más a los planteamientos de este “corpus juris”.

CAPÍTULO 1: Principios, criterios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez relativos a sistemas de responsabilidad penal juvenil.

1.1.- Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño:

Aunque parezca una obviedad, resulta necesario recordar que los actuales sistemas punitivos aplicables a adolescentes se identifican con un modelo de intervención de responsabilidad especializada, siendo un cambio de paradigma respecto a lo acontecido durante el siglo XX, a propósito del modelo denominado tutelar¹². Con esto se permite superar la confusión de vías que caracterizaba a este último modelo, lo que ocasionaba una serie de afectaciones graves a los derechos de niños, niñas y adolescentes sin resultar relevante si éstos se encontraban en conflicto con la ley penal o, en cambio, estaban siendo vulnerados en sus derechos¹³.

La motivación del cambio de modelo en nuestro país queda claramente determinada en las primeras palabras del Mensaje del Proyecto de Ley que posteriormente da vida a la Ley N° 20.084: *“El gobierno se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia a modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile”*¹⁴.

Si bien cuando se habla de este proceso transformador de la justicia juvenil se destaca - con razón- la Convención sobre los Derechos del Niño, debe entenderse que este valioso instrumento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no surge espontáneamente ni de manera aislada, tal como se vislumbra del reconocimiento que se realiza en el Preámbulo de la CDN de otros importantes esfuerzos internacionales que buscan entregar una protección especial a los niños. En este sentido, por mencionar algunos de los instrumentos que han ido construyendo este camino de reconocimiento de derechos y garantías en favor de los NNA, a modo de referencia se encuentran: Declaración

¹² Para una revisión clara y sencilla de los modelos de intervención, véase: MALDONADO, F. (2014). Op. cit. El modelo tutelar tiene como hito, por medio de la Juvenil Court Act de Illinois, la creación del primer tribunal de menores. Véase: GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia. De los derechos y de la justicia. 2° ed. Actualizada. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. 28p. Véase también: CORTES MORALES, Julio. A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El desafío pendiente. Justicia y Derechos del Niño (1): 63-77, 1999, p. 64-65.

¹³ Para una revisión crítica de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que permite obtener una apreciación del panorama nacional antes de las reformas en materia de niñez, puede consultarse: LATHROP, Fabiola. La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. Revista Chilena de Derecho Privado (22): 197-229, julio 2014.

¹⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv> : p. 3.

de los Derechos del Niño de 1959¹⁵; Resolución N° 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente que aprobó la elaboración de unas normas de justicia de menores¹⁶ (motiva la dictación de las Reglas de Beijing); Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores¹⁷-¹⁸(Reglas de Beijing); Convención sobre los Derechos de Niño¹⁹ (Para efectos del presente trabajo, se destacan los artículos 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser éstos los que se encargan de regular el ámbito de la justicia juvenil); Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD)²⁰; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana)²¹ y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

En base a estos instrumentos internacionales es que se construye la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño que, tal como señala Mary Beloff, no es susceptible de una definición acabada, básicamente porque no habría una posibilidad de determinación clara de su contenido, en constante evolución, pudiendo sí afirmar que ésta no es más ni menos que la protección efectiva de los derechos, cualesquiera éstos sean. Así, se deja abierta su definición con el objetivo claro de proteger los derechos de los niños, que permita el acceso a nuevos y mejores estándares de protección²².

¹⁵ Un punto destacable es que se manifiestan expresiones como “para los niños lo mejor” o “los niños primero”, que resultan ser antecedente de lo que hoy es el trascendental principio del Interés Superior del Niño. LLOBET, Javier. La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano: 393-416, 2002. p. 394.

¹⁶ En el contexto de haberse despertado en el plano internacional la necesidad de brindar a los jóvenes su plena evolución física y psicológica en el marco de una sociedad que vele por su bienestar, en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad, surge esta resolución. PÉREZ VAQUERO, Carlos. La justicia juvenil en el derecho internacional. Derecho y Cambio Social: 1-19. 2005. p. 2.

¹⁷ AGUIRREZABAL, M., LAGOS, G., VARGAS, T. (2004) Op. cit. p.139-140. En su nota a pie de página n°7 presentan de manera resumida los principios generales de este instrumento. “*Los principios generales son: procurar el bienestar del menor evitando en lo posible su paso por el sistema de justicia y si ello debe ocurrir, que sea lo menos perjudicial; proporcionalidad de la sanción, teniendo en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del joven; especialización de los intervinientes en el proceso; respeto de garantía procesales básicas, presunción de inocencia, derecho a defensa, etc., la privación de libertad como último recurso y un amplio catálogo para tratamiento y educación del menor*”. Se aprecia a partir de estas notas generales como ya se van conformando los lineamientos que configuran los sistemas de responsabilidad penal juvenil tal como hoy se conocen.

¹⁸ Sobre éstas se discute si resultan o no aplicables directamente en nuestro ordenamiento jurídico. La Jueza de Garantía Andrea Díaz-Muñoz ha dicho a propósito de la aplicación del Registro de Condenados en el ámbito penal juvenil: “*Es necesario establecer que si bien dichas Reglas de Beijing no revisten la calidad de tratado, su normativa sí se encuentra incorporada en la Ley N° 20.084 en su artículo 2 inciso segundo, donde obliga a respetar los derechos y garantías contenidos entre otros, en la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicable a contar del 2 de septiembre 1990*”. DÍAZ-MUNOZ, Andrea. Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las Leyes 19.970 y 20.084. Revista de Estudios de la Justicia (19): 207-214, 2013. p. 212

¹⁹ De acuerdo con la difundida interpretación del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República mantiene rango constitucional al tener una naturaleza de Tratado Internacional que versa sobre Derechos Humanos.

²⁰ Se enfoca en resaltar la mayor eficacia que tiene la prevención en el combate contra la delincuencia juvenil, promoviendo una activa participación de la comunidad en esta labor

²¹ La cual pone atención en los efectos perjudiciales que toda privación de libertad entraña, estableciendo reglas mínimas para contrarrestar en lo posible estos efectos, siempre propendiendo a la integración en la sociedad de los jóvenes condenados.

²² BELOFF, Mary (1999). Op. cit. p.17.

Finalmente, conviene añadir que este verdadero corpus juris²³ no se agota en los instrumentos internacionales mencionados, sino que también podemos comprender en él a los tratados y declaraciones generales de derechos que, al estar dirigidas a todas las personas, resultan aplicables a los niños, niñas y adolescentes, como lo puede ser, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴.

Adicionalmente, a propósito de lo recientemente señalado, se debe detallar cuál es el entendimiento que se tendrá del sistema de responsabilidad penal adolescente nacional, que como se adelantó en la introducción, no puede simplemente reducirse a la Ley N° 20.084.

1.2.- Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente:

Resulta esencial que lo reseñado en el punto anterior pueda ser trasladado al funcionamiento mismo del sistema que se instaura en nuestro país por medio de la Ley N° 20.084.

Como se adelantó, en virtud de la LRPA se busca establecer un sistema penal juvenil especializado en todas las fases del procedimiento, por lo que su correcto entendimiento es la base para posibilitar de manera efectiva esa pretensión. El contenido del sistema y su entendimiento viene directamente determinado por la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales sobre la materia que se encuentren ratificados y vigentes en nuestro país y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez. Esta circunstancia debe ser apreciada por los operados jurídicos del sistema, pues éste no se agota con la mera consagración de algunas reglas expresas. Si bien se presenta como deseable una ley que atienda íntegramente todos los aspectos fundamentales de un sistema punitivo, considerando la trascendencia que tiene el principio de legalidad en este ámbito, esto no constituye un obstáculo insalvable para determinar los contenidos de un sistema como éste.

En este escenario, adquiere una importancia fundamental este entramado jurídico, el cual permitiría definir, completar y adecuar el contenido de este régimen punitivo especial conforme a los objetivos que motivaron su creación. En este sentido, el profesor Jaime Couso acertadamente comenta: *“En realidad la especialidad de sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos, establecidos en instrumentos internacionales que protegen derechos*

²³ GÓMEZ, A., BERRÍOS, G., ARANDA, A. Justicia Penal Juvenil: Jurisprudencia que contribuye a su especialidad. Revista de la Defensoría Penal Pública (9): 43-46, 2013. p. 43. Señalan los autores: *“La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la LRPA y su reglamento, así como otros instrumentos internacionales sobre la materia, constituyen un corpus juris que debe ser interpretado adecuadamente, para así contribuir a la creación de un sistema especial de juzgamiento y sanción (...)”*.

²⁴ A este respecto se pueden mencionar a modo de ejemplo: La Convención Americana de Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; La Observación General N° 24 sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, del Comité de los Derechos del Niño; La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras.

*de los adolescentes imputados o condenados (...). La validez general de esos principios exige también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales*²⁵.

En mismo sentido, se pronuncia el profesor Álvaro Castro, adoptando una posición planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara, haciendo referencia a los instrumentos internacionales pertinentes y a la jurisprudencia de la Corte, que éstos constituyen un marco jurídico de protección de los niños, niñas y adolescentes vinculante para los Estados que se han adherido al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos²⁶.

1.3.- Principios, criterios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez:

En este apartado conviene adherir a lo indicado por el profesor Jaime Couso en su texto antes citado²⁷, en lo relativo a los conceptos empleados en el título del mismo. De esta manera, no se busca establecer por medio de los conceptos mencionados una diferenciación exhaustiva, sino que una ordenación o sistematización sencilla que permita su mejor tratamiento en nuestro trabajo, en consecuencia, entre “principios” y “estándares” no existe una distinción cualitativa de importancia, sino que perfectamente lo segundo puede ser entendido como un principio jurídico válido. Agrega Couso: *“Por ello, la distinción debe entenderse más bien referida a unos principios básicos, por una parte, y unos principios operativos de juzgamiento por la otra”*.²⁸ En cuanto a los conceptos “criterios” y “estándares”, éstos se emplearán indistintamente.

1.3.1.- Principios Generales del Derecho Penal Juvenil desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez:

El profundo cambio de paradigma propiciado por la CDN tiene entre sus grandes avances el reconocimiento de derechos y garantías a los niños, niñas y adolescentes. Algunos de estos derechos y garantías ya se encontraban reconocidos en instrumentos internacionales generales de Derechos Humanos, en principio aplicables -en cuanto personas- a NNA. Con la implementación de los modelos de responsabilidad, estos derechos y garantías comienzan a ser efectivamente aplicados en el juzgamiento de jóvenes por infracción a la ley penal, lo que antes no ocurría. Por lo tanto, es necesario tener en consideración este

²⁵ 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 38: 267-322, 2012. p. 269.

²⁶ CASTRO, Álvaro. La especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina. Revista Derecho PUCP (86): 251-289, junio-noviembre 2021. p. 255.

²⁷ COUSO, Jaime (2012). Op. cit.

²⁸ COUSO, Jaime (2012). Ibid. p. 272.

punto pues su relevancia en el contexto estudiado es crucial para la formación de este sistema de justicia juvenil. Como principios generales esenciales podemos destacar el principio de legalidad, proporcionalidad, dignidad, igualdad, etc.²⁹

Ahora bien, de acuerdo con la literatura revisada se logran advertir al menos tres principios que mantienen una trascendencia tal en la configuración del sistema que bastará con referirme a ellos para entregar un panorama completo del mismo. Éstos son: Principio de Especialidad, Interés Superior del Niño y Principio Educativo.

1.3.1.1.- Principio de Especialidad:

Respecto a la capacidad que se atribuye a los menores edad, en el modelo anterior (tutelar), se la excluía por completo, permitiendo así la declaración de su incapacidad y, por ende, su inimputabilidad. Como se ha dicho, esta condición si bien no los hacía merecedores de un castigo, en la práctica si implicaba la aplicación de medidas que, arropadas bajo una supuesta protección, en definitiva, resultaban ser como cualquier sanción encaminada a la inocuización de los NNA que pudieran alterar el funcionamiento tranquilo de la sociedad. Al pasar a un modelo de responsabilidad se entiende que los menores de edad se parecen en alguna medida a los adultos, lo que los hace capaces de culpabilidad³⁰. Entonces, ¿cuál es la dificultad de que se apliquen a ellos normas dirigidas a buscar la responsabilidad penal de los adultos? La respuesta viene dada por la particular etapa de vida en la que se encuentran estos sujetos. *“Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables”*³¹.

El particular momento de la vida que atraviesan los jóvenes no responde a un enunciado antojadizo, sino que ha sido tanto la psicología del desarrollo como la criminología empírica que han expresado algunas conclusiones de los estudios desarrollados por sus respectivas

²⁹ Para apreciar como los Principios de Dignidad e Igualdad, en cuanto principios generales del Derecho Penal, se relacionan con la configuración de un sistema de responsabilidad penal adolescente, puede verse: CASTRO, Álvaro. Dignidad Humana y principio de especialidad como fundamento de una intervención penal mínima y diferenciada en el ámbito de la justicia juvenil: una mirada a través de la criminología y del derecho internacional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En: Anuar Quesille (ed.), Constitución e Infancia. Santiago de Chile, 2017, p.423-453. Sobre este punto, es pertinente mencionar la posición adoptada por el reconocido profesor Carlos Tiffer sobre la aplicación de los Principios generales del Derecho Penal: *“Me inclino por la segunda posición respecto a que si bien es cierto que los principios generales del Derecho Penal tiene vigencia en la rama juvenil, estos requieren ciertos ajustes para generar un trato diferenciado a la población menor de edad”*. TIFFER, Carlos. Principio de especialidad en el derecho penal juvenil. En: BELOFF, Mary (coord.), Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil. Buenos Aires, Argentina, Editorial Jubiare, 2017, p. 51-82. p. 71.

³⁰ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. 273.

³¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 24: Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24 [En línea] 18 de septiembre de 2019 [Consulta: 20 de abril de 2023] Disponible en: [CRC/C/GC/24 \(defensorianez.cl\)](https://www.defensorianez.cl): párrafo 2.

disciplinas que manifiestan, por un lado, una clara distinción de los NNA en procesos mentales operacionales y en la madurez respecto de los adultos. Por otro lado, la criminología se ha preocupado de estudiar la actividad delictiva de los jóvenes y cómo las drásticas consecuencias agravadas que el proceso penal y la posible sanción que ello conlleva perjudican el normal desarrollo del adolescente en comparación con la situación de un adulto³².

El destacado profesor costarricense Carlos Tiffer se preocupa por entregar un concepto del Principio de Especialidad por medio del cual entrega sus características: *“El principio de justicia especializada consiste en la obligación del Estado de dar una respuesta diferente cuando el infractor de la ley penal es una persona menor de edad. Diferenciación que debe reflejarse, en comparación con los adultos, en una concepción distinta del injusto penal, en un juzgamiento con mayor reforzamiento de las garantías judiciales, una intervención penal mínima, con una pluralidad de sanciones primordialmente socioeducativas, que podrían eventualmente ejecutarse o cumplirse por órganos especializados de la ejecución, en condiciones que permitan la reinserción social del infractor penal juvenil”*³³.

A partir de la conceptualización anterior se logra apreciar como este principio nutre todo el contenido del sistema penal juvenil, pues sus efectos o consecuencias de adopción recaen en el Derecho Sustantivo, Procesal³⁴ y de Ejecución. Es decir, en todos y cada uno de los ámbitos y/o etapas se debe velar por entregar una respuesta especial y diferenciada, pues tal como indica el autor citado, el Derecho Penal Juvenil se justifica precisamente por la delicada consideración de quienes resultar ser los destinatarios de sus normas. Agrega que el primer criterio a considerar, en consecuencia, sea uno de carácter subjetivo, que exige una valoración e interpretación de la ley diferente, acorde con un trato preferencial y menos riguroso en comparación con los adultos³⁵.

Acerca de la obligación de los Estados de dar una respuesta diferente cuando el infractor de la ley penal es un menor de edad, nuestro país se encuentra obligado por aplicación del artículo 40.3 CDN³⁶. Cabe mencionar que esta obligación se recoge expresa pero

³² COUSO, Jaime (2012). Op. cit. Para una revisión de las especiales circunstancias en las que se encuentra el niño, niña o adolescente, y que repercuten en el tratamiento punitivo que se les debe dar, véase: VON HIRSCH, Andrew. Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos? Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública: 61-85, octubre 2012.

³³ TIFFER, Carlos (2017). Op. cit. p 60.

³⁴ Para una clara revisión del principio de especialidad en el ámbito procesal, véase: DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. Revista Ius et Praxis 15 (1): 73-120, 2009.

³⁵ TIFFER, Carlos (2017). Ibid. p. 71-72.

³⁶ Señala la disposición: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acude o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tiene capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”*. Asimismo, se pueden mencionar: Regla

parcialmente en el artículo 29 de la LRPA, norma que se circunscribe únicamente a aspectos de la especialidad de los operadores jurídicos que, si bien resulta esencial, parece insuficiente para dar cumplimiento a la consagración de este principio.

Esta exigencia de especialización, entendida como la capacitación de los actores en estas materias, ha sido recogida por nuestro legislador extendiéndola a jueces de garantía, jueces de tribunal oral en lo penal, fiscales adjuntos y defensores, sin embargo, dentro de la misma norma, se expresa una salvaguardia que permite la intervención de operadores no especializados. El inconveniente anotado complica la consolidación del sistema en los términos en que fue ideado. *“La práctica demuestra una mejor implementación del sistema en aquellos casos en que se trabaja con operadores jurídicos especializados, que dan cuenta de su especialización a la hora de solicitar, discutir o resolver”*³⁷. Se debe indicar que la especialización de los actores del sistema no ha sido satisfecha siquiera en forma suficiente, todo lo que se manifiesta en deficientes posturas, debates y decisiones de los intervinientes del sistema³⁸.

La insuficiencia con que se ha regulado la especialidad en el ámbito de los operados jurídicos, se traslada también a cuestiones de derecho sustantivo, procesal y de ejecución. En este sentido se ha mencionado que: *“Ante la escasez de normas que regulen materias relativas a la Teoría del Delito y cuestiones procesales en la LRPA, quizás su aspecto más destacado sea precisamente el establecimiento de un nuevo catálogo de sanciones (...)”*³⁹. Esto se relaciona con lo dicho sobre la amplia remisión que hace la ley a otros cuerpos normativos generales, lo que lleva a pensar en una falta de especialidad del sistema.

La regulación de la Ley N° 20.084 ha ocasionado que la doctrina nacional se concentre en el catálogo de sanciones y el proceso de determinación e individualización de las mismas⁴⁰, como así también en asunto procesales. En general, los autores han despreocupado el estudio del Derecho Sustantivo del sistema⁴¹, lo que urge especialmente por la formación de nuestro sistema que recurre indiscriminadamente a la regulación general o de adultos.

2.3 de las Reglas de Beijing; Directriz 52 de las Directrices RIAD; artículo 5.5. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁷ Santibáñez y Alarcón. Citadas más arriba SANTIBÁÑE, María Elena y ALARCÓN, Claudia (2009). Op.cit. 3.

³⁸ DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno. Revista Política Criminal 5(10): 280-340, diciembre, 2010.p. 337. Se identifican importantes materias en las que se requiere de un pronunciamiento contundente por parte de la jurisprudencia, por no haber criterios legislativos claros para la aplicación de algunas normas, sin que ello haya ocurrido. De todas maneras, el autor reconoce que se llega a las soluciones correctas, pero sin que éstas se fundamenten en los criterios y/o principios realmente aplicables, lo que impide un mejor debate.

³⁹ NÚÑEZ, Raúl y VERA, Jaime. Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal adolescente chileno. Revista Política Criminal 7(13): 168-208, julio 2012. p. 180.

⁴⁰ Véase HORVITZ, María Inés. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia (7): 97-119, 2006; y MEDINA, Gonzalo. Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Revista de Estudios de la Justicia (11): 201-234, 2009.

⁴¹ Puede destacarse en este ámbito a: HÉRNANDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. Revista de Derecho 20(2): 195-217, 2007.

1.3.1.2.- Principio Educativo:

Expresión necesaria de lo anterior (1.3.1.1) es el especial sentido u orientación que un sistema como éste debe adquirir para darle una adecuada protección a las necesidades de desarrollo e inserción social a los NNA⁴².

El profesor Javier Llobet atribuye una relevancia crucial al Principio Educativo en la configuración de un sistema de Derecho Penal Juvenil, al decir que debe tenerse en cuenta que el Principio Educativo establece una serie de criterios que le otorgan a este Derecho una serie de características específicas, permitiendo la distinción con el Derecho Penal General o de adultos⁴³.

Esta especial cualidad que los define se identifica con el Principio Educativo, el cual es obtenido a partir de la regulación internacional sobre la materia. Por mencionar solo algunas disposiciones, el artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de sus sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respecto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”⁴⁴.*

Por su parte, la Regla 1.1 de las Reglas de Beijing señala: *“Los Estados Miembros procurarán, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y su familia”*. Ya más específicamente esta idea se expone en el comentario oficial de la Regla 17 de las mismas Reglas, al puntualizarse: *“(…) los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”⁴⁵*. Por último, en la regulación particular de los establecimientos penitenciarios y sus respectivos objetivos, la Regla 26.1 indica: *“La capacitación y el tratamiento de menores confinados en establecimientos penitenciarios tiene por objeto garantizar su cuidado y protección, así como su educación y formación profesional para permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”⁴⁶*.

Prestando atención a esta norma internacional, en el Mensaje del Proyecto de Ley que da origen a la Ley N° 20.084 se señala: *“Las respuestas penales contenidas en esta Ley tiene por finalidad, precisamente, sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer*

⁴² BERRÍOS, Gonzalo (2005). Op. cit p.164.

⁴³ LLOBET, Javier (2002). Op. cit. p 399.

⁴⁴ El subrayado es mío.

⁴⁵ Así lo hace notar el profesor Couso. COUSO, Jaime (2012). Op, cit. p 290.

⁴⁶ En un sentido similar, puede revisarse la Regla 38 de las Reglas de La Habana: *“Todo menor de edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad (...)”*

el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social'. En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora⁴⁷⁻⁴⁸.

A partir de esta somera revisión de la consagración del Principio Educativo, es posible apreciar que éste se mueve en dos direcciones. Por un lado, se entiende que este principio se identifica con la idea de prevención especial positiva, comprendida como fin de la pena que se dirige, ya no a la generalidad o comunidad, sino que al sujeto que ya ha delinquido para evitar que éste vuelva a hacerlo⁴⁹, disponiendo de medidas que omiten consideraciones punitivas, sustituyéndolas por terapia, formación laboral y/o reeducación, destinadas a entregar tratamiento al delincuente. Por otro lado, el propio concepto utilizado para nombrar al principio en estudio nos reconduce a la idea de educación misma que se identifica con la educación de la que se habla en la pedagogía y en las ciencias de la educación, que aspira a un desarrollo de la personalidad del sujeto, contando con su autonomía, participación y considerando debidamente su entera subjetividad⁵⁰.

A este respecto, Llobet, se decanta por identificar este principio, simplemente, con la primera de las perspectivas. *“Más bien el principio educativo debe estar dirigido a evitar la reincidencia, o sea, en el sentido de la prevención especial positiva”*⁵¹. Si bien, siempre resultará conveniente que aquellos adolescentes que se vean afectados por una sanción como consecuencia de haber cometido una infracción a la ley penal puedan optar a programas de educación formal que permitan su mejor desarrollo y favorezcan su reinserción, no puede entenderse que este joven accede a una educación entendida como en la segunda perspectiva.

Sobre este último aspecto se ha pronunciado el profesor Couso al poner en entredicho la posibilidad de que el adolescente acceda a una educación formal en el contexto de una sanción penal (especialmente en las privativas de libertad⁵², sin perjuicio de extender la crítica a las sanciones ambulatorias, como la libertad asistida⁵³), procurándose para su

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv>, p.6.

⁴⁸ El subrayado es mío.

⁴⁹ PEÑARANDA, Enrique y BASSO, Gonzalo. Capítulo VII. La pena: nociones generales. En: LASCURAÍN, Juan Antonio (coord.) Manual de Introducción al Derecho Penal. Primera edición, Madrid, España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019. p. 179.

⁵⁰ COUSO, Jaime. Principio Educativo y (Re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil. Revista de Justicia y Derechos del niño (9): 51-63, 2006. p. 51.

⁵¹ LLOBET, Javier (2002). Op. cit. p. 399.

⁵² COUSO, Jaime. La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública: 1-33, marzo 2008. p. 11; 19. Acerca del fin preventivo especial positivo, señala: “Se trata de un fin que respecto de las penas privativas de libertad aparece como empíricamente inalcanzable, puesto que el encierro tiene precisamente el efecto contrario: favorece la reincidencia y el desarrollo de carreras delictivas”.

⁵³ COUSO, Jaime (2008) Ibid. 19. Acerca de la libertad asistida ha dicho: *“La principal necesidad político criminal relacionada con la libertad asistida consiste en que ella se convierta en, y se valide como, una medida eficaz para entregar las herramientas que ciertos adolescentes con tendencia delictual (expresada en habitualidad) requiere para aumentar sus posibilidades de llevar en el futuro una vida libre de delitos. Vinculado con ello, y por la compleja relación que en la libertad asistida se da entre esa tarea del delegado de entregar herramientas (‘procurar por todos los medios a su alcance el acceso afectivo a los programas y servicios (que favorezcan su*

planteamiento de un modelo educacional compatible con la situación que ha sido desarrollado por Antonio Carlos Gomes Dacosta, denominada como Pedagogía de la Presencia⁵⁴, que no encuentra forma imaginable de realización en un contexto punitiva. *“Ello no quiere decir que no sea posible la presencia constructiva y emancipadora de un educador en la vida de un adolescente que sufre la imposición de una pena, pero pretender que la pena misma satisfaga los objetivos pedagógicos de la pedagogía de la presencia es tan inútil como buscar la cuadratura del círculo”*⁵⁵.

Por lo dicho, conviene reconocer al Principio Educativo como equivalente de la finalidad preventivo-especial, tal como ha sido considerado en el Derecho Penal Juvenil Alemán, otorgándole la mayor importancia a este principio en su concepción como un principio político-criminal guía para la interpretación de la gran mayoría de sus instituciones⁵⁶.

En el plano nacional, se hace presente el Principio Educativo en el aspecto sancionatorio, disponiendo de un catálogo de sanciones diversas a las que se imponen a los adultos, en el que priman aquellas de naturaleza no privativas de libertad⁵⁷. Sin perjuicio de lo dicho, al ser un principio que guía toda la política-criminal del sistema de responsabilidad adolescentes, éste alimenta y guía todos sus aspectos. En este sentido, Castro, relacionando el ámbito de ejecución de las sanciones privativas de libertad con el Principio de Especialidad, como primer aspecto a considerar para determinar la especialidad en la ejecución de estas sanciones, atiende a la finalidad que tiene esta etapa del proceso. Así dice: *“el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina le otorgan a la prevención especial positiva una preponderancia por sobre las otras finalidades de la pena. Dicha preponderancia en el caso de los adolescentes privados de libertad se encontraría reforzada”*.⁵⁸

integración social’), ‘orientándolo’ y ‘motivándolo’ para ello; Art. 13 LRPA) y la tarea de ejercer control y vigilancia sobre el adolescente -asociada a su componente preventivo general-, la necesidad de definir una forma de cumplir ambas tareas, que no conspire con ninguna de ellas”.

⁵⁴ COUSO, Jaime. Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programa, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos. Revista Justicia y Derechos del Niño (1): 79-103, 1999. p. 92. Nos remitimos al contenido del texto para conocer los planteamientos generales de la propuesta de Gomes Dacosta.

⁵⁵ COUSO, Jaime (2008) Ibid. p. 93

⁵⁶ En este punto, me parece pertinente recordar la atinada reflexión de Albrechet -ALBRECHET, Peter-Alexis. El Derecho Penal de menores. Traducción de la primera edición alemana por BUSTOS RAMÍREZ, PPU, Barcelona, 1990; citado en COUSO, Jaime (2006). Op. cit. p. 51. *“La ‘educación’ del derecho penal adolescente, en cambio, tiene un único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional, cual es la ‘dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico social esto último no es ‘educación’ (socialización) sino exclusivamente control social”*.

⁵⁷ LLOBET, Javier (2002). Op. cit. p.401. Este autor indica que lo característico del Derecho Penal Juvenil se encuentra en el aspecto sancionatorio, que pertenece al ámbito del Derecho Sustantivo. La misma idea es recogida por AGUIRREZABAL, M., LAGOS, G., VARGAS, T. (2004) Op. cit. p.139-140. Por su parte, BERRÍOS, Gonzalo (2005). Op. cit. p. también destaca como uno de los pilares fundamentales de la Ley N° 20.084 el catálogo de sanciones. El catálogo de sanciones en encuentra en el artículo 6 y ss. de la Ley N° 20.084.

⁵⁸ CASTRO, Álvaro (2021). Op. cit. p. 260. Abordando este mismo asunto por medio del estudio de los criterios adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la situación de los privados de libertad, señala que: *“De estos dos estándares en torno a la finalidad de la pena podría desprenderse que, para la Corte, la reinserción requiere no solo de una intervención penitenciaria libre de deficiencias y peligros durante el período de ejecución o de un ambiente propicio o saludable para la reinserción. También exigiría a los Estados*

Esto es relevante para este trabajo, pues justamente la institución que se quiere analizar se ubica normativa dentro de la etapa de la ejecución de la sanción, la cual se encuentra marcada por la preponderancia del Principio Educativo entendido como Prevención Especial Positiva.

Lo último que corresponde señalar respecto a este principio dice relación con la crisis que ha experimentado la lógica preventivo especial positiva al no asegurar la resocialización de NNA que han sido sancionados por cometer infracciones a la ley penal, adquiriendo últimamente una lógica identificada con lo que “no hay que hacer, más que con lo que hay que hacer”. En otras palabras, se muta desde la lógica de la intervención a la de la prevención especial de la no-desocialización, que se preocupa por la despenalización, evitando el contacto de adolescentes con el sistema de justicia penal formal, dadas las consecuencias perjudiciales que esto trae para su normal desarrollo. De esta manera, el principio comienza a presentarse como un límite en la intensidad de la intervención penal para cuando se decide castigar⁵⁹.

1.3.1.3.- Interés Superior del Niño:

Desde las primeras declaraciones de Derechos Humanos sobre los niños se utilizan expresiones como “para los niños lo mejor” o “lo niños primeros”⁶⁰, constituyendo el antecedente de la noción del Interés Superior del Niño, principio fundamental de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, pese a que el reconocimiento de este principio ya había sido desarrollado hace un tiempo, lo cierto es que su aplicación durante la segunda mitad del siglo XX se encuentra ligada a la doctrina de la situación irregular, permitiendo la adopción de medidas de protección en función del supuesto interés de NNA, pero desde una mirada paternalista, es decir, no desde la perspectiva propia del sujeto a quien se imponen las medidas, desvirtuando la real intención de este principio⁶¹.

asegurar después de la condena un período de tiempo para que los egresados tengan la posibilidad de comportarse conforme a la norma”; véase en: CASTRO, Álvaro. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. Revista Anuario de Derechos Humanos (14): 35-54, 2018. p. 49.

⁵⁹ Para una determinación de la función que cabe otorgar al principio resocializador (o educativo), véase COUSO, Jaime (2006). Op. cit. p. 60-61. La misma idea de la prevención especial de la no desocialización permite en palabras de este mismo autor la revisión de las sanciones privativas de libertad para optar por su pronta sustitución. COUSO, Jaime (2008). Op. cit. p. 11.

⁶⁰ LLOBET, Javier (2002). Op. cit. p.394; CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Revista Justicia y Derechos del Niño (1): 45-62, 1999. p. 53.

⁶¹ A este respecto, el profesor Javier Llobet cita el principio 2 de la Declaración de Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, para evidenciar que, pese a su redacción compatible con la doctrina de la protección integral, su aplicación se ajustaba a la doctrina de la situación irregular. Señala el principio: “*El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral y espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración a que se atenderá será el interés superior del niño*”. LLOBET, Javier (2017). El interés superior del niño en la jurisprudencia penal juvenil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad REEPS, (1): 1-24, 2017. p. 3.

El reconocimiento de los derechos de los niños ha sido gradual, estableciendo en un primer momento la sola existencia de facultades más o menos discrecionales ejercidas por los padres para otorgar protección a NNA. En una fase posterior, comienza un interés público por intervenir en importantes asuntos de los niños, derivando esto en intromisiones más allá de lo necesario, lo que perfectamente podríamos identificar con la doctrina de la situación irregular. En este contexto, se advierte arbitrariedad en lo privado y un abuso manifiesto en lo público. *“Solo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado”*⁶².

En el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra expresamente y con gran amplitud este principio: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. A partir de la norma, se entiende que el Principio del Interés Superior del Niño transita por todo aspecto en que cualquier NNA tenga algún interés, por lo mismo su establecimiento ha quedado dentro de los primeros artículos de la Convención. El profesor Javier Llobet ha puntualizado en que la regulación del Interés Superior del Niño en relación a la justicia juvenil ha sido escueta, estableciéndose únicamente en el artículo 40.2, III) CDN, que estableció que ante la justicia penal todo niño tiene derecho a: *“que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuera contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representante legales”*⁶³. Esta redacción es criticada por el autor citado, pues entiende que la asesoría jurídica o de otro tipo que aquí se regula, resulta restringida por la consideración del Interés Superior del Niño, como un resabio de la situación irregular. Alude a que no resulta compatible con el artículo 40 de la Convención, ni con la noción misma del NNA como sujeto de derechos, que permite acceder a derechos que no pueden ser inferiores a los concedidos a los adultos.

Esta crítica se suma a aquellas que desde hace algún tiempo recae sobre este principio respecto a su indeterminación, imprecisión y vaguedad⁶⁴. Acerca de este último punto resulta fundamental el tratamiento que del Interés Superior del Niño ha realizado Miguel Cillero, intentando dotar de un contenido efectivo al principio, permitiendo justificar suficientemente la consideración de éste como un principio general de la Convención, como “rector-guía” de la misma. Esto no es otra cosa que el reconocimiento, desarrollo y aseguramientos de los derechos del niño al ser éste apreciado como un verdadero sujeto

⁶² CILLERO, Miguel (1999). Op. cit. 52.

⁶³ LLOBET, Javier (2017). Op. cit. p.6.

⁶⁴ El profesor citado en el texto principal al analizar algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pertinente sobre la materia concluye: *“Se nota en todo ello una gran casuística, pero sin la demostración de las consecuencias del interés superior del niño, a partir de una elaboración de concepto del mismo, sino se parte a priori que todas esas consecuencias son producto del citado principio”*. LLOBET, Javier. Op. cit. p.16.

de derechos. Complementa diciendo que el Principio del Interés Superior del Niño corresponde a una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades⁶⁵.

Al existir un catálogo determinado de derechos el autor citado entiende que dicha situación permite salvar la crítica que se hace sobre el indeterminismo y vaguedad, declarando que el contenido del principio son los propios derechos. Este reconocimiento de derechos debe vincularse con la autonomía progresiva de los NNA.

En resumen, Cillero ha afirmado: *“al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general”*⁶⁶.

El Principio del Interés Superior del Niño, no se agota en el reconocimiento y reforzamiento de los derechos, sino que Llobet también atribuye una función interpretativa que se despliega, en primer término, en una interpretación sistemática que se debe realizar sobre la consideración conjunta de los derechos de los niños; en segundo término, también permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención, recogiendo situaciones de este tipo en el propio texto, como se deja ver en el artículo 9 de la CDN.

Por otro lado, también se le asigna gran peso en el ámbito de las políticas públicas, habiendo una prioridad evidente de los intereses del niño, incluso por sobre intereses colectivos, como por ejemplo, en la configuración de un sistema penal juvenil en que necesariamente se encuentran en colisión derechos del tercero afectado por la conducta ilícita cometida por el NNA con los derechos del adolescente infractor, debiendo tener una primacía no excluyentes estos últimos respecto de los primeros.

El profesor Miguel Cillero también se ha preocupado del tratamiento del Principio del Interés Superior del Niño en relación con la responsabilidad penal de los adolescentes, identificando una antinomia entre ambos elementos, pues mientras por un lado se busca castigar -afectación de derechos-, por la otra se busca la plena protección de todos los derechos del niño, niña o adolescente. Para compatibilizar ambas nociones, simplemente comprende que el contenido del principio en este escenario se compone, en consonancia con lo que se ha dicho más arriba, de garantías penales y procesales que se imponen a la voluntad del legislador y del juez. Agrega que en materia penal este principio encuentra su

⁶⁵ En similar sentido se pronuncia el profesor Álvaro Castro, no refiriéndose directamente al principio del interés superior del niño, sino que a los principios constitucionales en relación con la potestad punitiva del Estado: *“Nadie discute la legitimidad democrática del Estado y su discrecionalidad para decidir importantes aspectos en torno a la persecución penal, sin embargo, esta libertad no es absoluta y se encuentra limitada por determinados principios constitucionales. No se trata de simples orientaciones sino de verdaderos mandatos que vinculan al legislador penal y lo compelen a circunscribir su labor de diseño de política criminal juvenil dentro de determinadas lógicas”*. CASTRO, Álvaro (2017). Op. cit. 423.

⁶⁶ CILLERO, Miguel (1999). Op. cit. p.58.

espacio de aplicación en el nivel de los fines del derecho penal de adolescentes, compatibilizando así el Interés Superior del Niño con la responsabilidad penal, considerando al primero como un límite adicional a la actividad punitiva del Estado⁶⁷, no resultando aplicable en el ámbito de los fines de la pena para fundamentar una sanción.

Por último, cabe mencionar la forma de aplicación de este principio que postula el autor, la cual supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos. *“El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o ´nivel de vida adecuado ´”*⁶⁸. Esta aplicación, al trasladarse al ámbito judicial implica un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Entonces, siempre se debe adoptar aquella medida que permita la máxima satisfacción posible de los derechos y la menor restricción de los mismos, no solo considerando el número de derechos, sino que también su importancia relativa.

Lo anterior sirve de fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso⁶⁹, en términos particulares, así como para sostener el carácter mínimo del sistema de responsabilidad penal adolescente que deriva de la CDN⁷⁰.

1.3.2.- Criterios y estándares del Derecho Penal Juvenil desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez:

En esta sección nos busca identificar y analizar en forma breve ciertos principios, criterios y estándares más específicos que se han desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, directamente vinculados con los principios anteriores. Se quiere recordar en esta sección la explicación del profesor Couso en relación con la utilización de los conceptos de principios y estándares.

Además, conviene anticipar que solo se hará referencia de manera breve a los principios, criterios y estándares identificados, pues intentar abarcar todo el tratamiento que se han hecho de los mismos se traduce en una tarea extensa que no corresponde efectuar en este

⁶⁷ CILLERO, Miguel. La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. Revista Justicia y Derechos del Niño (9): 243-249, 2007. p.247. En este nivel, se encuentra la protección de bienes jurídicos, la minimización de la violencia tanto social como de respuesta estatal, el respeto a la dignidad personal de los imputados y condenados y la protección de los derechos de los adolescentes como sujetos de derechos. Indica el autor que esos fines del derecho penal resultan compatibles con el interés superior del niño, expresándose en disposiciones como la que disponen la privación de libertad debe ser una medida de último recurso.

⁶⁸ CILLERO, Miguel (1999). Op. cit. p. 59.

⁶⁹ CILLERO, Miguel (1999) Ibid. p. 59.

⁷⁰ CILLERO, Miguel (2007). Op. cit. p. 248. Este carácter mínimo se concreta en: *“la aplicación de técnicas de descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso y condiciones especiales para la ejecución de sanciones; todas garantías que emanan directamente del principio de interés superior, aunque ciertamente podrían derivarse -con igual efectividad-del principio de intervención mínima y respecto a la dignidad humana”*.

lugar. En este mismo sentido, en esta sección la preocupación se centra en los principios y estándares que cobran especial relevancia en la fase de ejecución de la sanción, debido a que es en esta instancia del procedimiento en que se sitúa la institución de la sustitución de condena, cual es el objeto de estudio del presente trabajo⁷¹.

A modo referencial, se pueden destacar criterios y estándares que propone el profesor Berríos, que los identifica como objetivos persigue la justicia penal juvenil: a) diferenciación del sistema penal de adultos; b) privilegio de la desjudicialización y de las alternativas a la sanción penal; c) privilegio de las sanciones no privativas de libertad; d) legalidad, excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad cautelar y sancionatoria y e) favorecer la conducta conforme a derecho, promover la integración social de los adolescentes y evitar la reincidencia delictiva.

Otro autor que propone principios propios de las sanciones que se imponen en los sistemas de responsabilidad penal adolescentes, que derivan del Principio Educativo, es Javier Llobet. Él señala que lo más característico del Derecho Penal Juvenil son las sanciones de que dispone, las cuales se rigen por determinados principios: a) prevenir antes que sancionar; b) desformalización o desjudicialización de la justicia penal juvenil; c) preferencia de las sanciones no privativas de libertad; d) preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones. Siguiendo muy de cerca este planteamiento, las autoras María Aguirrezabal, Gladys Lagos y Tatiana Vargas, agregan; a) flexibilidad en la adopción y ejecución de las consecuencias jurídicas⁷².

⁷¹ Podemos mencionar de manera meramente ilustrativa algunos principios, criterios y estándares que han sido identificados por distintos autores. Para esto, resulta bastante útil la revisión que realiza Gonzalo Berríos, quien da cuenta de que la doctrina nacional recurre a los principios de la CDN para el desarrollo de sus tesis jurídicas o tesis político-criminales de la justicia penal de adolescentes. Así, recurre a Jaime Couso, quien deriva de la CDN, particularmente de sus artículos 37 y 40, garantías especiales para los adolescentes como expresión del derecho a una respuesta especial distinta de los adultos: a) respuesta cualitativamente diferente de la de adultos; b) respuesta cuantitativamente menos afflictiva; c) especiales garantías durante la ejecución penal. También se menciona al profesor Mauricio Duce para presentar los estándares que el mencionado autor obtiene de un minucioso análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual se encarga de identificar y analizar los principales criterios y estándares que marcan los alcances del derecho a un tratamiento especial en el juzgamiento por infracciones a la ley penal de los niños y jóvenes respecto a los adultos. Identifica tres grandes ejes que dan cuenta del tratamiento diferenciado, centrándose mayormente en aspecto procesales: a) reforzamiento del debido proceso; b) aspectos de estructura procesal; c) política amplia de diversificación de respuestas de desestimación de casos. Por último, Berríos también recurre a los esfuerzos realizados por Cillero, quien proponiéndose de establecer un modelo jurídico de responsabilidad que se adecue a los requerimientos de la Convención, deriva de ella misma las siguientes proposiciones: a) consideración del niño como sujetos de derechos y con responsabilidad progresiva; b) atribución de responsabilidad por participación en un hecho punible; c) principio de legalidad penal; d) aplicación del principio de oportunidad y de fórmulas de remisión del procedimiento como regla general; e) aplicación intensiva de las garantías penales y procesales; f) dignidad personal, integración social y responsabilidad como principios fundamentales de las consecuencias jurídicas aplicables; g) reconocimiento de la naturaleza restrictiva de los derechos de las sanciones; i) regulación estricta del uso, duración y condiciones de la privación de libertad. BERRÍOS, Gonzalo (2011). Op. cit. p.166-172.

⁷² Más particularmente, el profesor Álvaro Castro se concentra en identificar y analizar los estándares y criterios más relevantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que fundan a un tratamiento especial en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil respecto de los adultos. A este respecto, el autor identifica 3 ejes temáticos: a) orientación de la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil; b) condiciones de detención; c) régimen penitenciario; dentro de las cuales encontramos el análisis de los más diversos aspectos:

Basta lo dicho para comprender lo extenso que puede resultar el tratamiento de cada principio, criterio y estándar identificado.

1.3.2.1.- Intervención mínima y desjudicialización; excepcionalidad de la privación de libertad y mayor brevedad posible de la privación de libertad:

Como elección de los estándares más relevantes para efectos del presente trabajo, se utilizarán los criterios sistematizados por el profesor Jaime Couso que deriva del Principio de Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, particularmente frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal⁷³. Si bien su trabajo se fundamenta en la revisión del Principio de Especialidad, es indudable la vinculación con el Principio del Interés Superior del Niño y con el Principio Educativo, dando cuenta de la estrecha vinculación que tienen éstos en la conformación del sistema penal juvenil.

La especial protección del desarrollo y de los derechos de los NNA se infieren de un conjunto de normas internacionales, especialmente aquellas contenidas en el artículo 37 b); 40.3 b); 40.4, todos de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁴. La preocupación se justifica porque tal como quedó manifestado a propósito de la relación entre el Principio del Interés Superior del Niño y la Responsabilidad Penal Adolescente, la imposición de una sanción constituye afectación de derechos, en circunstancias que la doctrina de la protección integral busca velar por el resguardo conjunto de todos y cada uno de los derechos otorgados a los NNA. Junto a ello, deben tomarse en cuenta los planteamientos de la psicología del desarrollo, respecto a la mayor sensibilidad a la pena y la vulnerabilidad frente al efecto perjudicial de la cárcel para los adolescentes, así como los avances en criminología que permiten dar cuenta de la normalidad y carácter episódico de la actividad delictiva en estos sujetos, los profundos efectos criminógenos de la reacción penal formal y, especialmente, el efecto desocializador y criminógeno de las penas privativas de la

diseño del recinto, personal capacitado, salud, educación, alojamiento, formación y trabajo, etc. Este mismo autor también se ha preocupado de recoger los estándares y criterios en materia privación de libertad empleadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase: CASTRO, Álvaro (2021). Op.cit; Este trabajo de identificación y análisis de estándares y criterios del derecho internacional de los Derechos Humanos que fundan un derecho a un tratamiento especializado en el ámbito de la ejecución de la sanción privativa de libertad tiene una segunda parte en que éstos son examinados, contrastando con la situación de la ejecución de la pena privativa de libertad en el panorama nacional: CASTRO, Álvaro. El derecho a una ejecución especializada: análisis normativo y jurisprudencial de la sanción en régimen cerrado en el derecho penal juvenil chileno. Revista Política Criminal 17 (34): 506-537, diciembre 2022. Este mismo autor también se ha preocupado de recoger los estándares y criterios en materia privación de libertad empleadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: CASTRO, Álvaro (2018). Op. cit

⁷³ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. 292.

⁷⁴ En este punto, también se puede citar la Regla 2 de las Reglas de La Habana: *“Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing. La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”*. Asimismo, resulta pertinente todo el contenido de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio).

libertad⁷⁵, todo lo cual perfectamente puede conectarse con el Principio Educativo, tal como aquí se ha tratado.

A) Intervención mínima y desjudicialización:

Recordemos que para que un sistema de justicia juvenil pueda compatibilizarse con la noción del Interés Superior del Niño, aquel debe caracterizarse por su carácter mínimo⁷⁶. Teniendo en mente, además, el carácter eminentemente episódico de la actividad delictual de los adolescentes, así como el fuerte impacto que tiene en la vida, desarrollo y derechos de los jóvenes el sometimiento a un proceso penal formal y la eventual imposición de una sanción, no parece conveniente recurrir a tan drástica herramienta de control social, pues incluso la no intervención permitiría que el joven pueda reajustar su conducta a los requerimientos sociales, resultando muchas veces contraproducente la exposición a los riesgos propios de un sistema penal. Esta idea ha sido recogida, por ejemplo, en la regla 11 de la Reglas de Beijing⁷⁷. En este sentido, se ha reconocido una tendencia a evitar la imposición de una sanción propiamente tal, favoreciendo el empleo de mecanismos procesales que permitan una pronta salida del caso del sistema judicial formal, como lo puede ser la justicia restaurativa⁷⁸, la conciliación delincente-víctima, la suspensión condicional del proceso o la utilización amplia del principio de oportunidad⁷⁹.

B) Excepcionalidad de la privación de libertad:

La excepcionalidad de la pena privativa de libertad se entiende también como su utilización como medida de último recurso, haciendo necesario, entonces, para hacer operativo este estándar, contar con un catálogo suficiente de sanciones no privativas de la libertad, lo que en principio podría entenderse cumplido en el ámbito nacional. Dicho estándar deriva directamente del artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente en su letra b).

El profesor Jaime Couso, extrae este estándar desde el principio de la especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, especialmente frente a la pena privativa de la libertad, sin embargo, también vincula este importante estándar al principio de especial orientación del Derecho Penal adolescente a la prevención especial positiva, lo que aquí se ha desarrollado a propósito del Principio Educativo. Si bien el desprendimiento del criterio de uno u otro principio tiene efectos diversos, dependiendo de la instancia en la cual se pondera, lo relevante es que ambos comparten la premisa del profundo efecto

⁷⁵ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. p. 272-285.

⁷⁶ CILLERO, Miguel (2007). Op. cit. p. 248. Característica de la cual el autor deriva consecuencias tan importantes como la descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso, etc.

⁷⁷ Señala el comentario oficial de la regla citada: *“En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta”*.

⁷⁸ Dentro de las novedades que trae la Ley N° 21.527 que se examinará luego en este trabajo, se puede destacar la incorporación de procesos de Justicia Restaurativa en materia penal juvenil.

⁷⁹ Véase artículo 35 de la Ley N° 20.084.

desocializador de la pena privativa de libertad, así como de la intensa afectación que ésta tiene en el desarrollo de la vida de un adolescente, más que en la de un adulto. Este es el argumento que hace necesario y justifica que este tipo de penas se vean desplazadas en cuanto a su aplicación.

En este sentido, el mismo profesor Couso, presenta como uno de los efectos que tiene este estándar, a propósito de un examen comparado que realiza, ya en el ámbito político-criminal en relación a la elaboración del catálogo de conductas y sanciones, que el recurso extraordinario de la privación de libertad queda reservado para aquellas conductas para aquellos casos en que se advierte una considerable gravedad del delito y de la culpabilidad del autor, justificándose necesariamente dicho recurso en fines retributivos y/o preventivos generales⁸⁰. De acuerdo con ello, el Principio Educativo (Prevención Especial Positiva), no permite justificar recurrir a la pena de privación de libertad, por el contrario, tal como se ha mencionado más arriba, aquel se presenta en un principio limitador del empleo del sistema penal juvenil formal, en general, y limitador de la pena de privación de libertad, en particular. Este planteamiento había sido recogido en el Proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo al Congreso, al contener un catálogo de conductas denominadas como infracciones graves, las cuales eran las únicas que permitían la aplicación de la sanción privativa de libertad, así como de la medida cautelar de la internación provisoria. Sin embargo, la tramitación del proyecto abandonó esta postura, siguiendo un modelo punitivo más amplio⁸¹.

Por último, otro aspecto relevante que tiene este estándar en la configuración misma del sistema penal juvenil es que la limitación a la imposición de la privación de libertad va más allá de la menor culpabilidad del adolescente que ya tiene sus implicancias en el marco penal aplicable a los jóvenes, por lo que incluso en este marco penal reducido se permite una nueva limitación, ya mediante su evitación o reducción, todo por las perjudiciales consecuencias que la cárcel⁸² tiene en el proyecto de vida de los niños, niñas y adolescentes que resultan condenados por infracción a la ley penal (esta postura puede ser extensible también, sin perjuicio de las adecuaciones correspondientes, a la privación de libertad a consecuencia de la imposición de la medida cautelar de internación provisoria). En nuestro país, este estándar ha sido recogido expresamente en el artículo 26 y 47 de la Ley N° 20.084.

C) Mayor brevedad posible de la privación de libertad:

Este criterio comparte los mismos fundamentos del estándar recientemente expuesto con la salvedad de que la pena privativa de libertad ya ha resultado impuesta por medio de una sentencia condenatoria. En este contexto, las preocupaciones expuestas respecto a los

⁸⁰ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. p. 310.

⁸¹ HORVITZ, María Inés (2006). Op. cit. p. 99.

⁸² Si bien no suele utilizarse el concepto cárcel en el ámbito penal juvenil, lo que podría significar una estigmatización dañina para niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que las sanciones ejecutadas en centros cerrados y semi-cerrados administrados por SENAME (y/o sus colaboradores) comparten aspectos relevantes con las cárceles de adultos.

perjuicios que produce el encierro en los niños, niñas y adolescentes se hacen evidentes, por lo que la pena correspondiente debiese ser aplicada por la mayor brevedad posible.

Al haberse dado inicio al cumplimiento de la pena privativa de libertad, podemos señalar que nos encontramos en la fase de ejecución de la pena. En esta etapa se le atribuye una preponderancia evidente al Principio Educativo por sobre otras consideraciones, en este caso, con la finalidad de contrarrestar los efectos negativos del encarcelamiento⁸³, adoptando medidas que permitan la formación personal de los jóvenes. De esta manera, Llobet cita la Regla 36 de las Reglas de Beijing, la cual se encarga de establecer y disponer de ciertas medidas y actividades que fomenten capacitación y tratamiento del adolescente, además de otorgar prestaciones básicas que resguarden todos los derechos que no han sido limitados por la sentencia. Como se habrá notado esta no es la perspectiva del Principio Educativo requerida para promover la mayor brevedad posible de la privación de libertad, sino que, como ya se ha reiterado bastante, este principio se asimila a la prevención especial positiva, y éste a su vez se percibe en un primer momento como la no desocialización del NNA. Es así como luego de constituirse como elemento limitador de la elección de la sanción privativa de libertad, una vez que ella se haya adoptado, este principio sigue ejerciendo una labor limitadora de la sanción en su fase de ejecución, más allá de la posible cuantía de la misma que pueda realizar el juzgador al momento de la individualización de la pena.

Conviene en este punto destacar lo dicho por el profesor Couso. Él señala que este estándar se expresa en materia penal sustantiva en dos ámbitos. Primero, en la individualización judicial de las sanciones. El segundo aspecto corresponde a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, *“donde se traduce en la exigencia de promover un acceso progresivo y acompañado del adolescente encarcelado a espacios y situaciones de vida en libertad, examinando lo antes posible, la alternativa de poner término anticipado a la sanción privativa de libertad que ya se está ejecutando”*⁸⁴. Dicho estándar ha sido recogido por la regla 28.1 de las Reglas de Beijing, la cual dispone: *“La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”*.

En estrecha relación con lo dicho, Aguirrezabal, Lagos y Vargas, desarrollan un criterio de flexibilización en la adopción y ejecución de las consecuencias jurídicas, que busca en una primera instancia apreciar más en detalle las circunstancias particulares del joven juzgado a efectos de la apreciación de la gravedad del delito y selección de la respuesta al caso concreto. Seguidamente, deriva de ello la preponderancia de soluciones alternativas de terminación procesal, para luego alcanzar un amplio nivel de flexibilización al alterar el legislador el régimen normal de la cosa juzgada y estableciendo la posibilidad que la sentencia dictada en el sistema penal juvenil pueda ser modificada o dejada sin efecto a

⁸³ LLOBET, Javier (2002). Op. cit. 412.

⁸⁴ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. 314.

través de la figura de la sustitución de la condena, consagrada en el artículo 53 de la LRPA⁸⁵.

Analizado los estándares de punición de Cortes Internacionales y Tribunales Constitucionales, el profesor Couso examina el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y otros vs. Argentina, advierte que más allá de la proporcionalidad para evitar sanciones indeterminadas, aquí se identifican otros criterios en las sanciones privativas de libertad para no constituir encierros arbitrarios. Entre ellos, la exigencia de última ratio y máxima brevedad, prohibición de privación de libertad por tiempo indeterminado, y la exigencia de revisión periódica⁸⁶. Se puede observar que la revisión periódica se presenta como indispensable para evitar sanciones arbitrarias. Si bien el autor citado presenta separadamente la máxima brevedad y la revisión periódica, aquí entendemos que la primera necesita de forma importante de la segunda para su efectividad, pues aquella como se mencionó opera en dos campos. Por otro lado, sin perjuicio del caso drástico respecto del que se analizan estos criterios, es menester contar con la revisión periódica en todo tipo de sanción penal juvenil, cual sea su extensión.

⁸⁵AGUIRREZABAL, M., LAGOS, G., VARGAS, T. (2004) Op. cit. p. 147.

⁸⁶ COUSO, Jaime. Estándares de punición a adolescentes en la jurisprudencia de Cortes Constitucionales y Tribunales Internacionales de Derecho Humanos. Tendencias y problemas actuales. Latin American Legal Studies 6: 1-22, 2020. p. 9.

CAPÍTULO 2: De la ejecución de sanciones juveniles, en especial, de la sustitución de condena en la Ley N° 20.084.

Previo a iniciar el contenido específico de este capítulo, es útil realizar la siguiente prevención. El análisis se basará sobre penas privativas de libertad contempladas en la LRPA, decisión que determinará el contenido y forma de tratamiento de la mayor parte del trabajo. El motivo de la elección viene estrechamente ligada al contenido mismo de la propia Ley N° 20.084. Esta ley cuenta con un catálogo de sanciones establecido en el artículo 6 diverso de aquel establecido para los adultos, consagrando el primero un mayor número de sanciones no privativas de libertad a causa de una inclinación del sistema hacia la búsqueda de fines resocializadores (Prevención Especial Positivo).

Las sanciones privativas de libertad solo cuentan con dos modalidades de aplicación, cuales son régimen cerrado y semicerrado⁸⁷, ambas con programa de reinserción social. Intentar realizar un análisis de la sustitución haciendo referencia a cada una de las sanciones establecidas por la ley nos llevaría a extendernos más de la cuenta y haciendo en todo caso infructuosa toda esa labor. Bastará con evaluar la sustitución de condena cuando aquella signifique una modificación de una pena privativa de libertad hacia una que pueda ser cumplida en el medio libre, pues es en aquel supuesto en el cual se presentan los mayores conflictos y discusiones, los cuales radican principalmente en la consideración de los fines de las sanciones que rigen en el momento de la ejecución, estableciendo la pugna entre aquellos que se inclinan por fines retributivos y/o preventivos generales, y aquellos que reafirman los fines preventivos especiales positivos, más característicos de los sistemas punitivos de jóvenes⁸⁸. En consecuencia, las conclusiones a las que se pueda llegar en casos de discusión de sustitución de condenas entre sanciones no privativas de libertad no tendrán mayores complicaciones de aplicación, pues la tensión entre finalidades se reduce notablemente.

2.1.- De la Ejecución de Sanciones En General:

“Pero es evidente que el sistema de justicia juvenil no está aislado del sistema penal general (...) Por lo mismo, el futuro del sistema de responsabilidad penal juvenil está cada vez más indisolublemente unido a los avances y retrocesos que todo el sistema penal y procesal penal pueda experimentar en los próximos años”⁸⁹.

⁸⁷ Sanción que será sustituida por la nueva Libertad asistida especial con internación parcial. Véase artículo 55, número 2, letra a) de la Ley N° 21.527.

⁸⁸ ARAVENA, Ricardo. La sustitución de la sanción penal en la Ley 20084. Trabajo para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018. 49 h. p.3; 14. En sentido, se recomienda revisar el comentario oficial de la Regla 17 de las Reglas de Beijing. Sobre este punto, también se pronuncia Couso: COUSO. Jaime. La sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. Informes en Derecho, Estudio de Derecho Penal Juvenil II (CEDOC DPP) (2): 269-355, 2012. p. 337.

⁸⁹ BERRÍOS, Gonzalo (2005). Op. cit. p.174.

Lo señalado recientemente por Berríos es importante porque la fase de ejecución de las sanciones ha presentado de manera general serias dificultades que han sido inicialmente (no) abordadas por el Derecho Penal general, para luego recibir el respectivo tratamiento desde el Derecho Penal Juvenil, toda vez que éste se constituye como un sistema especializado en cada una de sus fases. Cabe mencionar que en ambos sistemas se vislumbran serias deficiencias que, en última instancia, repercuten negativamente en los derechos y garantías de los sujetos condenados.

En este sentido, se puede señalar que la fase de ejecución de las sanciones se ha tratado de un asunto que no ha recibido un tratamiento debido por parte de la doctrina, atribuyendo esta situación el profesor Jonatan Valenzuela a un contexto legal escaso y de poca fuerza expresiva. Si bien su postura no refiere de manera directa sobre lo acontecido sobre el Derecho Penal Juvenil, dicho planteamiento es perfectamente predicable en esta materia. *“Dicho de otro modo, la regulación chilena sobre la ejecución de la pena es en un sentido relevante no democrática (el núcleo principal de normas se encuentra en un nivel infralegal con la consiguiente insatisfacción del principio de legalidad) y esto parece restarle relevancia a la discusión académica en la materia*⁹⁰. La identificación de esta carencia tanto de tratamiento doctrinario como de una regulación legal es reiterada por Castro⁹¹, a propósito del tratamiento específico de la fase de ejecución de la sanción en materia de responsabilidad penal juvenil, señalando que las escasas normas destinadas a regular este aspecto en la Ley N°20.084 contenidas en su Título III (De la ejecución de las sanciones y medidas), no logran establecer la diferencia con el sistema penitenciario adulto, advirtiendo que todos estos aspectos se delegan para ser regulados y ejecutados por el Ejecutivo por medio de un Reglamento, sin que haya existido un debate previo que le haya otorgado mayor legitimidad, apuntando tal como lo hizo Valenzuela, la infracción patente del principio de legalidad de las penas.

Retomando el tema de la ejecución de las sanciones en general, la profesora María Inés Horvitz se ha referido detalladamente sobre este asunto, entregando un panorama bastante claro acerca de cuáles son las dificultades que se enfrentan⁹². Tras realizar un repaso histórico sobre la institución de la pena privativa de libertad, se dedica a desentrañar la relación que se ha establecido entre la mencionada pena y una concepción administrativista en la ejecución de la misma. A causa de esta relación, se permite caracterizar la relación que existe entre el sujeto condenado y el Estado como una relación de sujeción especial, propia de esta área del Derecho. Esta situación implica sustraer de esta etapa del proceso penal del ámbito de regulación otorgadas al legislador con la consecuente exclusión de las garantías de reserva legal y de jurisdiccionalidad.

Si bien en el sistema de adultos no se cuenta con la figura de un juez de ejecución de penas propiamente tal, lo que más se le acerca es la figura del juez de garantía a propósito de los

⁹⁰ VALENZUELA, JONATAN (2010) Op. cit. p. 256.

⁹¹ CASTRO, Álvaro (2021) Op. cit. p. 254.

⁹² HORVITZ, María Inés. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?. Revista Política Criminal 13(26): 904-951, diciembre 2018.

artículos 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales⁹³ y artículos 466 y 467, ambos del Código Procesal Penal. Algunos autores se han pronunciado sobre la preferencia de contar con jueces especializados en materia de ejecución⁹⁴, haciendo presente algunos cuestionamientos respecto a que esta función se realizara por el juez de garantía, contando entre ellos la enorme competencia atribuida a los jueces de garantía, la falta de capacitación especializada en materia penitenciaria y/o la problemática aproximación hacia la persona del condenado cuando ha estado en contacto con él en etapas previas del proceso penal⁹⁵. Resulta relevante resaltar este aspecto del sistema penal general o de adultos, pues en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil también se atribuye el control jurisdiccional de la ejecución de sanciones al juez de garantía respectivo⁹⁶, por lo que se pueden compartir algunos planteamientos o cuestionamientos de esta regulación.

Una mejoría se produjo en este escenario a partir de una doctrina asentada por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, pasando desde la relación especial de sujeción a la idea del Estado como garante respecto de las personas privadas de libertad, generando a partir de ello una serie de deberes y obligaciones de protección y aseguramiento en favor de los reclusos⁹⁷. En este sentido, el profesor Castro entiende que el Estado tiene una doble necesidad de protección respecto de los adolescentes privados de libertad, tanto por la vulnerabilidad que produce el encierro como por la condición misma de adolescente que los hace sujetos de particular cuidado⁹⁸. Sin perjuicio de lo dicho, esto aún no cobra la importancia que merece tanto en la regulación legal, en las decisiones de los tribunales de justicia y en la práctica misma de la Administración como actor directo en la ejecución de las sanciones, especialmente, las privativas de libertad.

2.2.- De la ejecución de las sanciones juveniles:

El artículo 50 de la Ley N° 20.084, dispone: *“Competencia en el control de la ejecución. Los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de algunas de las sanciones que contempla la presente ley serán resueltos por el juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse. En virtud de ello y previa audiencia, el juez de garantía adoptará las medidas*

⁹³ Artículo 14 letra f) COT, dispone: *“Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento. Corresponderá a los jueces de garantía: f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal.*

⁹⁴ KUNSEMULLER, Carlos. La judicialización de la ejecución penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 26: 113-123, 2005.; VALENZUELA, Jonatan. Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile. Revista de Estudios de la Justicia (6): 191-209, 2005.

⁹⁵ VALENZUELA, Jonatan (2005) Op. cit. p. 206.

⁹⁶ Artículo 50, inciso 1 de la Ley N° 20.084, establece: *“Competencia en el control de la ejecución. Los conflictos de derecho que se susciten durante la ejecución de alguna de las sanciones que contempla la presente ley serán resueltos por el juez de garantía del lugar donde ésta deba cumplirse”*. El artículo 55 número 41 de la Ley N° 21.527 introduce la siguiente modificación a la Ley N° 20.084: *“41) Sustitúyense, en el inciso primero del artículo 50, la expresión ‘donde ésta deba cumplirse’, por la siguiente: ‘de domicilio del condenado’”*.

⁹⁷ HORVITZ, María Inés (2018). Op. cit. p. 925.

⁹⁸ CASTRO, Álvaro (2021) Op. cit. p. 256.

*tendientes al respecto y resolverá, en su caso, lo que corresponda en caso de quebramientos*⁹⁹.

Como se puede apreciar, la regulación adoptada por la LRPA desatiende las dificultades ya anotadas en el sistema penal general que han aquejado a nuestro país. Habría sido bastante beneficio prestar atención a la propia experiencia nacional, sin perjuicio de tratarse del sistema de adultos, para erradicar estos problemas y confeccionar un sistema punitivo capaz de brindar las mejores condiciones a los sujetos condenados en la ejecución de las sanciones impuestas, atendidas las condiciones de cumplimiento de las sanciones privativas de libertad como también el contenido mismo que éstas deben tener en el ámbito de la responsabilidad penal adolescente, esto es, un marcado objetivo preventivo especial positivo. Para conseguir este objetivo es indudable la necesidad de contar con un marco normativo robusto para asegurar que las sanciones y la decisión de toda otra cuestión propia de la fase de ejecución redunde en el resguardo efectivo de aquellos derechos no conculcados por la decisión jurídico-penal de los sujetos condenados. *“La ejecución penal es la última fase, la etapa final del sistema punitivo, el escenario en el cual se ponen a prueba los segmentos precedentes y el sistema penal se somete a un escrutinio público (...)*¹⁰⁰.

Lo anterior cobra especial fuerza en el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad, pues las críticas que se han hecho al sistema penitenciario en general no son ajenas al sistema juvenil. Se ha dicho que producto del encierro carcelario -aunque la LRPA no use estos conceptos- junto al sometimiento de la vida diaria a un cierto régimen de encierro, terminan por desintegrar los ya débiles vínculos emocionales y sociales que mantienen los jóvenes, constituyéndose así el encierro en una principal y segura fuente criminógena, ligada al proceso de prisionización¹⁰¹. En este contexto, un efectivo control de la ejecución de la sanción se presenta como esencial.

Hasta el momento, nuestro país no cuenta con una ley juvenil de ejecución de sanciones y tampoco parece advertirse que la nueva Ley N° 21.572 incorpore, al menos, cambios sustanciales en el sentido explicado. Por otra parte, pese a establecerse un juez de control de la ejecución, se atribuye esta labor al juez de garantía conforme al artículo 50 antes citado. Esta regulación repite las dificultades del sistema de adultos. A ello se suma que, junto a la especialización que se requiere para conocer de los asuntos propios de la fase de ejecución, también se requiere de especialización en el ámbito penal juvenil, siendo este un principio fundamental de cualquier sistema penal adolescente, el que se extiende por todas las etapas del proceso respectivo. Lamentablemente, la regulación hasta el momento

⁹⁹ La redacción de esta norma se ha prestado para confusión acerca del tribunal competente del control de la ejecución en el caso de las sanciones en medio libre, tal como ha identificado Francisco Estrada. Véase. ESTRADA, Francisco (2010) Op. cit. p. 26 y ss., y ESTRADA, Francisco. La ejecución de sanciones en la justicia penal adolescente. El Observador (2): 119-141, octubre 2008. p. 133. Se busca dar solución a esta cuestión con la modificación indicada en la nota al pie de página n°96.

¹⁰⁰ Kunsemuller. KUNSEMULLER, Carlos (2005) Op. cit. 115.

¹⁰¹ JIMENEZ, M.A., GOYCOLEA, R., SANTOS, T. Convivencia, disciplina y conflicto: las secciones juveniles de las cárceles de adultos en Gendarmería de Chile. Análisis de las actas de la Comisión Interinstitucional de Supervisión de los Centros de Privación de Libertad (2014-2017). Revista Polítca Criminal 15(29): 141-201, julio 2020. p. 152.

vigente no consagra de forma rigurosa la especialización de los operadores jurídicos. Por lo tanto, los debates, discusiones y decisiones que se producen en el control de la ejecución, también en materia de sustitución de condenas, no se ajustan a la correcta aplicación del sistema punitivo consagrado en la Ley N° 20.084, ya sea por una falta de claridad en las normas pertinentes, como por la falta de un entendimiento sistemático, diferenciado y especializado del sistema de responsabilidad penal adolescentes, considerando debidamente todo el desarrollo a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez.

Por otro lado, el profesor Álvaro Castro, pone de manifiesto una importante discusión en torno a la extensión de la competencia que mantiene este juez de garantía del artículo 50 LRPA. Comienza por señalar que hay amplio consenso en doctrina, a causa de estándares internacionales, de que el Estado debe asegurar el acceso a un tribunal que resuelva aspectos vinculados con la flexibilidad de la pena, como todo asunto relativo a lesiones de derechos producidas por el servicio penitenciario a cargo del cumplimiento de la condena¹⁰². El punto controvertido radica en las materias objeto de control, el tribunal competente para resolver conflictos y sobre la eficacia misma del control judicial. Presenta dos interpretaciones que se desprenden del modelo diseñado por la LRPA. La primera interpretación entiende que el legislador entrega una competencia restringida a los jueces de garantía respectivos, sobre aquellos asuntos en que expresamente así se lo exige, por ejemplo, en materia de sustitución, remisión, quebrantamiento, entre otras. En la segunda interpretación, más sistemática, que recoge tanto lo establecido por la LRPA como por el Reglamento de la misma, se desprende que los jueces de control de la ejecución tienen facultad para conocer aquellas materias expresamente señaladas y, además, cualquier vulneración de derechos acaecida en el interior de los centros cerrados juveniles¹⁰³.

Se entiende como mejor interpretación posible la segunda opción, pues resulta mucho más beneficioso un contacto continuo del juez de control con el propio adolescente, que le permita mantener una intervención judicial periódica, lo que se lograría con el conocimiento amplio por parte del juez de control de todos aquellos pormenores que se verifican durante el cumplimiento de la condena. A mayor abundamiento, estos otros asuntos generales pueden influir de forma considerable en el cumplimiento efectivo de la condena, así como en un buen ajuste al correspondiente Plan de Intervención correspondiente, teniendo siempre en mente propender a confirmar la excepcionalidad de la privación de libertad y su mayor brevedad posible. Sin embargo, en la práctica se ha preferido la primera de las interpretaciones, optando por someter los asuntos no expresamente atribuidos a la competencia del juez de garantía a tribunales superiores por intermedio de las acciones constitucionales.

Por último, en esta parte, en relación con el objetivo mismo de este trabajo, el profesor Jaime Couso hace notar que la regulación del juez de control de la ejecución en la LRPA se consagra de forma fragmentaria, particularmente en cuanto a los criterios que deben seguir

¹⁰² CASTRO, Álvaro (2022) Op. cit. p. 527.

¹⁰³ Ibidem. p. 528.

los mencionados jueces al tomar sus decisiones, no fijando criterios generales, ni pronunciándose sobre los fines y límites generales que debe tener en cuenta en la ejecución de las sanciones adolescentes¹⁰⁴, lo que repercute en el tratamiento judicial que se hace de la sustitución de condenas.

2.2.1.- De los fines de la pena en la ejecución de sanciones juveniles:

Si bien la presente sección se ha restringido al ámbito de la ejecución de sanciones, este apartado hace referencia a un asunto más general y de la mayor trascendencia para el Derecho Penal, tanto que Mario Durán ha dicho que la metodología y los fines de la pena se han establecido como puntos básicos y obligatorios a la hora de abordar cualquier aspecto sobre el Derecho Penal, que se refiera a la cuantía, entidad, fin, gravedad y/o justificación del castigo penal¹⁰⁵.

Sin embargo, resulta claro que este es un tema que no puede ser zanjado, aunque se intente, en esta oportunidad, bastando presentar las preferencias que se han manifestado en la doctrina para justificar el castigo en el ámbito penal juvenil. Lo anterior no es baladí para el desarrollo del presente trabajo, toda vez que la discusión y correspondiente decisión sobre la solicitud de sustitución de condena se caracteriza por un constante conflicto o tensión de objetivos que se persiguen con la imposición de la pena. Así lo ha entendido desde un principio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como se desprende del comentario oficial de la regla 17 de las Reglas de Beijing, que señala: *“El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver conflictos entre opciones fundamentales, tales como las siguientes: a) rehabilitación frente a injusto merecido; b) asistencia frente a represión y castigo; c) respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso a respuestas en función de la protección de la sociedad en general; d) disuasión de carácter general frente a incapacitación individual”*.

2.2.1.1.- Fin de la pena juvenil en general:

La dualidad antes referida puede apreciarse concluyentemente en el artículo 20 de la Ley N° 20.084, disposición en la cual se establecen los fines de las sanciones juveniles. Puntualiza en un primer momento esta disposición que las sanciones y consecuencias que la ley establece tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que hayan cometido y, seguidamente, dispone que esta sanción debe formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

¹⁰⁴ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. 270.

¹⁰⁵ DURAN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Conceptos, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Revista Política Criminal 4(8): 266-291, diciembre 2009. p.267.

Se puede decir respecto del primer aspecto que necesariamente se vincula con el principio de culpabilidad, propio de las teorías retributivas de la pena.¹⁰⁶ Así, al destacar los aspectos positivos que tienen las teorías absolutas, el autor Enrique Peñaranda indica que a ellas es consustancial la exigencia de proporcionalidad con la gravedad del delito, comprendiendo dentro de ella la culpabilidad o responsabilidad de quien lo cometa¹⁰⁷. El autor citado entiende que este aspecto se configura como un límite del castigo y como una garantía para el ciudadano.

Dicho lo anterior, se debe resaltar la importancia de la culpabilidad y proporcionalidad del castigo en el ámbito del derecho penal juvenil, toda vez que éstos marcan la diferencia con el anterior modelo tutelar, que, tras decretar la irresponsabilidad de los niños, niñas y adolescentes, bajo el ropaje de una medida de protección imponía verdaderas sanciones fundadas en la prevención especial positiva, cuestión que muchas veces derivaba nada más que en la inoportunidad. Reforzado este punto, el propio Peñaranda al hablar del fundamento de la pena, como algo diverso de la función o fin que se le atribuye a la pena, necesariamente ha de consistir en la previa comisión de un hecho delictivo, es decir, se impone una pena porque se ha delinquido¹⁰⁸. Por ende, siempre deberá verificarse la comisión de un hecho delictivo para justificar la pena.

Por otra parte, se debe considerar también el segundo de los fines que consagra el artículo 20, y que se constituye como aquel elemento definitorio de todo sistema de responsabilidad penal adolescente. El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño es clara en cuanto a la identidad que debe adquirir el sistema de enjuiciamiento penal juvenil, velando siempre por la especial consideración del sujeto en cuestión, con ocasión de la calidad de sujeto en desarrollo que mantiene. Expresa que de todo niño de que se alegue que ha infringido la ley penal, o a quien se acuse o declare culpable, debe ser siempre tratado de forma tal que el niño logre fortalecer el respecto por los derechos humanos, prestando atención a su edad y a la importancia de promover su reintegración, para que este asuma un papel constructivo en la sociedad, todo lo que debe reflejarse mediante la imposición de la pena. Por su parte, la Regla 5 de las Reglas de Beijing al regular sobre los objetivos de la justicia de menores, expresa: *“El sistema de justicia de menores hará hincapié en el*

¹⁰⁶ Para un esquema sencillo de esta cuestión, se puede recurrir a MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Estudios Públicos (108): 117-205. 2007. P. 126. *“En términos generales, el debate acerca de la justificación de la pena tiene lugar en un espacio dominado por dos principios de justificación alternativos: el de prevención y el de retribución. Una primera distinción que cabe trazar entre las distintas teorías de la justificación de la pena atiende a si uno de estos principios es defendido como el único principio de justificación de la pena, o si en cambio se defiende alguna combinación de ambos. De ahí que puedan diferenciarse teorías monistas y teorías pluralistas de la justificación de la pena. Al interior del conjunto de teorías monistas es posible diferenciar, propiamente, teorías retribucionistas y teorías prevencionistas, según si la imposición de a pena es justificada en términos retrospectivos, entendiendo que la pena es una reacción en sí correcta y justa frente al comportamiento previo defectuoso (retribución), o bien en términos prospectivos, atendiendo a la evitación de la comisión de delitos futuros (prevención). Al interior del conjunto de teorías pluralistas, por otra parte, es posible diferenciar teorías que mantienen que el principio que justifica la imposición de la pena es uno de prevención, el cual resulta limitado por el principio de retribución, frente a teorías que mantienen la relación inversa, o sea, que el principio justificador es el de retribución, mientras que el principio limitador es el de prevención.*

¹⁰⁷ PEÑARANDA, Enrique y BASSO, Gonzalo (2019). Op. cit. p. 168.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 164-165.

bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”.

Cabe decir, con todo, que las teorías retributivas o absolutas de la pena aparentemente parecen haber quedado en el pasado, dando paso a la consolidación de las teorías relativas de la pena¹⁰⁹, pese a esfuerzos de autores que han buscado reivindicar la legitimidad de teorías retributivas, como lo ha hecho de manera bastante contundente e interesante el profesor Juan Pablo Mañalich¹¹⁰. Sin perjuicio de lo anterior, creo que Mañalich no se pronuncia extendidamente respecto del Derecho Penal Juvenil, no resultando suficiente su teoría para la explicación de la legitimidad de la punición de sujetos menores de edad¹¹¹. También desde una posición retribucionista, en relación al sistema penal adolescente, se pronuncia el profesor Valenzuela, basando su postura en la educación mediante la imposición de las penas¹¹², sustentando la diferencia en el tratamiento del sistema de adultos en el trabajo de von Hirsch¹¹³ respecto a cómo actúa la proporcionalidad en el ámbito de adolescentes.

En relación a lo dicho, y tomando en cuenta la especiales características que permiten conforman un sistema de responsabilidad penal adolescente, proponiendo siempre alcanzar la reintegración del niño, niña o adolescente, no bastando la sola “educación” por medio de la imposición de la pena, sino que es menester la adopción de una serie de medidas que van más allá, como lo puede ser justamente la posibilidad de revisión periódica de las sanciones (que posibilite la sustitución de condena), que no tiene otro fundamento más que favorecer la socialización del sujeto condenado.

En este sentido, entiendo que la finalidad de la pena no se construye solo a partir de lo que pueda entenderse como pena, como si esta fuera una herramienta que surge fuera de las necesidades de la sociedad. Por el contrario, estimo que ésta se confecciona, si bien con un sustrato que la hace ser lo que es y no otra cosa (por ejemplo, irrogación de un mal), los contornos de ella quedan determinados por lo que la propia sociedad pueda determinar de ella¹¹⁴.

¹⁰⁹ SUBIJANA, Ignacio. El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (07-11): 1-20, 2005. p. 1.

¹¹⁰ MAÑALICH, Juan Pablo (2007). Op. cit.

¹¹¹ MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. Revista Estudios de la Justicia (6): 63-83, 2005. p. 69.

¹¹² El profesor Jonatan Valenzuela propone la fundamentación retribucionista de la sanción en el sistema de responsabilidad penal adolescente: VALENZUELA. La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil. Revista Estudios de la Justicia (11): 235-260, 2009

¹¹³ VON HIRSCH, Andrew (2012) Op. cit.

¹¹⁴ DURAN, Mario (2009). Op. cit. p. 267: *“a mi juicio, el análisis del tema de los fines de la pena y de la justificación del Derecho penal, no implica permanecer atado a las antiguas y ya superas teorías sino justamente intentar avanzar a través de los nuevos caminos abiertos para tales efectos por la doctrina penal”*. Este mismo autor, en otro trabajo acerca del Derecho Penitenciario, indica sobre la pena que se trata de un: *“Instrumento o herramienta que, a su vez, solo se legitimaría en la medida en que esté orientado hacia la consecución de los fines y objetivos político-criminales aceptados por la comunidad”*. Véase en DURAN, Mario. Derecho Penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena. Revista de Derecho 247: 117-156, enero-junio 2020. p. 123.

La Política Criminal pretendida mediante la Ley N° 20.084, al menos en su origen, dice relación con la instauración de un Derecho Penal mínimo de adolescentes, por medio del cual se establezcan y refuercen ciertas garantías generales y especiales, destacando entre estas últimas la respuesta cualitativamente diferente a la de adultos, respuesta cuantitativamente menos aflictiva y especiales garantías durante la ejecución de las sanciones¹¹⁵. En el caso nacional, esta Política Criminal de un Derecho Penal mínimo, aunado a la idea de establecer grupos de criminalidad, ocasiona la concreción de esta Política de manera diversa en cada grupo de criminalidad, reservado las sanciones más drásticas para la criminalidad grave. Esta pretensión no logró concretarse íntegramente¹¹⁶, pero aquello no es óbice para extraer que dentro del sistema implementado por la Ley N° 20.084 confluye la prevención general y especial, y a criterio de quien suscribe también concurre la retribución.

Contemplando lo dicho hasta aquí, estamos en pie de proponer, como lo ha hecho gran parte de la doctrina, que la combinación de cuestiones de responsabilidad y condiciones propias del autor, llevan a reconocer la necesidad de la presencia de los fines generales y los fines preventivos especiales de las sanciones juveniles. En otras palabras, esto se traduce en la adopción de las denominadas teorías unificadoras o teorías de la unión¹¹⁷.

Lo anterior no es extraño en el panorama nacional, así se puede observar en la revisión de la doctrina más tradicional que realiza Aravena, a propósito, también del tratamiento de la sustitución de condenas, en el cual se aprecia que varios de los clásicos autores de la doctrina penal adscriben a la Teoría Mixta¹¹⁸.

Una referencia que describe de manera clara y sencilla el marco de los fines de la pena en el ámbito penal juvenil se encuentra en un trabajo de Gonzalo Berríos ya citado, en el que da cuenta que el nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente asume directamente un carácter sancionatorio y retributivo de las penas, destacando la honestidad con que se trata a los jóvenes infractores de ley, al poner de manifiesto la cualidad de “mal” que entrañan las sanciones, cualesquiera éstas sean. *“Por otra parte, también es claro que el proyecto se ubica preferentemente en una perspectiva preventivo especial positiva, al enfatizar los fines de integración social y el carácter socioeducativo de las intervenciones. Tal finalidad fundamenta claramente los mecanismos de revisión de sanciones que se crearon. En todo caso, es indudable que también están presentes finalidades de prevención*

¹¹⁵ COUSO, Jaime (2008) Op. cit. p. 8

¹¹⁶ CILLERO, Miguel. La Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes. Anuario de Derechos Humanos: 189-195, 2006. p. 193; HORVITZ, María Inés (2006). Op. cit. 113

¹¹⁷ TIFFER, Carlos. Fines y determinación de las sanciones penales juveniles. Informes en Derecho, Estudio de Derecho Penal Juvenil II (CEDOC DPP) (2): 11-43, 2012. p. 19. Señala el autor: *“La combinación de estos dos aspectos, por un lado la idea de responsabilidad y por otro lado las condiciones del autor, nos lleva a reconocer la necesidad de la presencia de fines generales y los fines preventivos especiales de las sanciones de las sanciones penales juveniles. Lo que coincide con las denominadas teorías unificadoras o teorías de la unión, dentro de las teorías de la pena según Roxin. Es decir, los fines no como simple retribución, expiacionistas, pero tampoco solo fines resocializadores o rehabilitadores. Sino más bien, como una síntesis de ambas teorías”*.

¹¹⁸ ARAVENA, Ricardo (2018) Op. cit. p. 6-7.

*general y de inocuización, pues solo ello podría explicar la ampliación de las penas privativas de libertad hasta 10 años*¹¹⁹.

Finalizando esta sección, es pertinente agregar cómo se materializa este entendimiento en la aplicación práctica de la pena. Se ha señalado que la dogmática tradicional ha generado algunos criterios fundamentales para la aplicación de la pena al caso particular. Entre ellos destaca la teoría del ámbito de juego. Ésta propone que no se puede propender a que las penas se conformen exactamente con la culpabilidad, por lo que la culpabilidad comprende un marco determinado entre un mínimo y un máximo, permitiendo un margen de discrecionalidad al juez, en el que actúan criterios de prevención especial como de prevención general¹²⁰. Se debe relacionar esto con el entendimiento del Principio Educativo, como un factor limitativo de la intervención del ius puniendi del Estado, y nunca como un factor fundante del mismo, evitando retomar antiguas prácticas del modelo tutelar.

2.2.1.2.- Fin de la pena en la ejecución de la sanción juvenil:

Un exponente siempre destacado de las teorías mixtas o de la unión es Claus Roxin, que propone una teoría dialéctica de la unión. Respetando el límite retributivo de que la pena no puede ir más allá de la culpabilidad del infractor, el autor señala que la pena se dirige principalmente a cumplir finalidades de prevención general, realizando, sin embargo, una distinción de acuerdo con el momento en que la pena despliega sus efectos. De esta manera, distingue el momento de la conminación legal de la pena, que se caracteriza por corresponder a pura prevención general; la imposición de la pena en la sentencia recoge tanto las necesidades preventivas especiales como generales; por último, en la ejecución de las sanciones pasa a un primer plano la prevención especial positiva¹²¹. Se detalla que, de acuerdo con el carácter dialéctico de la teoría, cada uno de los distintos estadios de realización del derecho penal se estructuran unos sobre otros y que, por tanto, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente¹²². Así también lo entiende el profesor Couso, quien al referirse a estos tres momentos indica que no se trata de una distinción drástica o tajante, en cambio, corresponde emplear una ponderación diferenciada¹²³.

Que esta estructura aplica tanto para el sistema penal general de adultos como para el sistema penal juvenil¹²⁴, razón por la cual, como se hace evidente, requiere de una matización para no afectar ni contradecir el carácter de sistema especial y diferenciado que corresponde predicar de los sistemas de responsabilidad penal adolescente. Como se ha

¹¹⁹ BERRIOS, Gonzalo (2005) Op. cit. p. 166.

¹²⁰ DURAN, Mario (2009). Op. cit. p. 267; MEDINA, Gonzalo (2009) Op. cit. p. 205. Este autor cuestiona la falta de criterios que restrinjan la discrecionalidad del juez en la determinación de la sanción, una vez que operado el marco conforme a la culpabilidad.

¹²¹ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. p. 279.

¹²² HORVITZ, María Inés (2018) Op. cit. p. 931.

¹²³ COUSO, Jaime (2012). Op. cit. p. 279

¹²⁴ SUBIJANA, Ignacio (2005). Op cit. p. 6.

podido adelantar a lo largo de este trabajo, el fin que otorga la posibilidad de identificación propia del campo penal juvenil es el fin preventivo especial, el cual se ve potenciado en cuanto a su influencia en la composición del respectivo sistema, mucho más que en el caso de adultos. Así, por ejemplo, si bien se dice que en la imposición de la pena confluyen fines preventivos generales y especiales, así como también se ha dicho que prevalecen aspectos retributivos; en el ámbito juvenil, la preponderancia del fin preventivo especial debe ser mucho mayor. Expresión de ello son los criterios que debe seguir el sentenciador para imponer la sanción respectiva, que no se limitan a cuestiones exclusivas propias del hecho, sino que permiten extenderse a consideraciones particulares del niño, niña o adolescente juzgado. Este planteamiento recibe aún más fuerza en la fase de ejecución de la sanción. Sin perjuicio de ello, se trata de una ponderación diferenciada, idea que permite mantener fines preventivos generales o retributivos, si se quiere, en la etapa de ejecución. En relación con lo anterior, es que surge el planteamiento del Mínimo Preventivo General desarrollado por Roxin.

Este último punto debe necesariamente considerarse en este trabajo, en atención a la minuciosa reflexión de Couso, al manifestar que, si no se aceptase esta postura, el sistema caería en una seria contradicción, pues se entiende que las penas privativas de libertad se imponen y mantienen en razón de fines preventivos generales o retributivos, mas no en fines preventivos especiales. Todo lo dicho repercute en la comprensión de la regulación y aplicación que puede tener la sustitución de condenas en el ámbito nacional.

2.3.- Sustitución de Condena:

Corresponde ahora referirse a la sustitución de condena, que tiene la más trascendental relevancia para la ejecución de los jóvenes condenados, sin que hasta el momento se le haya reconocido la importancia que requiere.

En la etapa de ejecución de las sanciones se contemplan tres instituciones que son expresión del principio de flexibilidad de la sanción penal juvenil. Entre ellas se encuentra la sustitución de condena. Las autoras Aguirrezabal, Lago y Vargas, tras la identificación de la relevancia del Principio Educativo en el sistema penal juvenil, especialmente, en cuanto a las sanciones que éste permite aplicar, desprenden otros principios, destacando la Flexibilidad¹²⁵ en la adopción y ejecución de las sanciones. Expresión de esto es justamente la institución en estudio. Señalan las autoras: *“El legislador incluso ha ido más allá, alterando el régimen normal de la cosa juzgada y estableciendo la posibilidad de que una sentencia dictada en un procedimiento de esta naturaleza pueda luego ser modificada o dejada sin efecto a través de la figura de la sustitución de la condena, contemplada en el art. 53 inciso 1^o”*.¹²⁶

¹²⁵ VALENZUELA, Jonatan (2009). Op. cit. p. 249. Valenzuela se preocupa de este principio de flexibilidad, en el sentido de poder encontrar algún criterio de aplicación distinta para las sanciones en el sistema de responsabilidad penal juvenil, que supere su incerteza material y cuantitativa.

¹²⁶ AGUIRREZABAL, M., LAGOS, G., VARGAS, T (2009) Op. cit. p. 147.

2.3.1.- Sustitución de Condena en el Derecho Internacional:

Tal como señala Francisco Estrada, en uno de los pocos trabajos en el ámbito nacional que se dedican a analizar la sustitución de condena en el Derecho Penal Juvenil, esta institución hace un tiempo considerable que ha suscitado la atención de la comunidad internacional. Así, en uno de los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, como lo son las Reglas de Beijing se advierten determinadas reglas que dan cuenta de la necesidad de dotar de flexibilidad al proceso, otorgando facultades discrecionales a la autoridad competente para la revisión y consecuente modificación de las sanciones en atención a la posibilidad de lograr la reinserción o reintegración del adolescente condenado.

Así, la Regla 6.1 expresa: *“Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”*. En sentido similar se pronuncian la Regla 12.4 de las Reglas de Tokio y la Regla 29 de las Reglas de La Habana.

La Regla 17.4, tras hacer referencia a los objetivos que debe perseguir la respuesta que se dé al delito y especificar las limitaciones al uso de la privación de libertad, además de limitar el uso de otras sanciones igual o más graves, dispone: *“La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento”*.

Ya de manera más específica, la Regla 23 refiere sobre la Ejecución efectiva de la resolución. Así, la Regla 23.2 señala: *“Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas ordenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas”*.

Finalmente, la Regla 28 que trata sobre la frecuente y pronta concesión de la libertad condicional. La Regla 28.1 dice: *“La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”*.

En un mismo sentido se ha pronunciado el profesor Castro al tratar sobre el Control Judicial con relación al derecho a una ejecución especializada de la sanción privativa de libertad. Indica que existe consenso tanto en doctrina como en el ámbito internacional que los Estados deben asegurar, en la fase de ejecución de la sanción penal, el acceso a un tribunal que resuelva aspectos vinculados con la flexibilidad de la pena, especificándose que puede tratarse de salidas y puesta en libertad anticipada¹²⁷.

Este planteamiento también ha sido recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y otros con Argentina, caso en el cual después de pronunciarse sobre diversos aspectos acaecidos con motivo de la imposición de la pena de

¹²⁷ CASTRO, Álvaro (2022) Op. cit. p. 527

prisión perpetua a un grupo de – en ese tiempo – adolescentes infractores de la ley penal; en su párrafo 296 hace referencia, puntualizando la contradicción del artículo 13 del Código Penal de la Nación (Argentina), que contempla la libertad condicional para las personas en la situación de los jóvenes en cuestión, para luego de cumplidos 20 años de condena. Este período fijo luego del cual podría solicitarse la excarcelación no toma en cuenta las circunstancias de cada niño, las cuales se van actualizando con el transcurso del tiempo y, en cualquier momento, podría demostrar un progreso que posibilitaría su reintegración en la sociedad¹²⁸..

2.3.2.- Sustitución de Condena en la Ley N° 20.084:

La sustitución de condena se contempla en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley N° 20.084, dentro del Título III (De la ejecución de las sanciones y medidas), en su Párrafo 3° (Del control de ejecución de las sanciones), en los artículos 53 y 54.

En tanto que el primero de los artículos citados consagra de manera general, por decirlo de alguna forma, la sustitución de condena, sin restringirlo a alguna sanción en particular, regulando los requisitos para su procedencia, el procedimiento para su solicitud y el recurso aplicable para con la decisión que se adopte; el segundo de los artículos consagra una forma especial de sustitución de condena, dirigida a las sanciones privativas de libertad. La principal diferencia que puede anotarse respecto a la sustitución del artículo 53 es la posibilidad de revocar la sanción sustitutiva en caso de incumplimiento de ésta para ordenar el cumplimiento de la sanción originalmente impuesta¹²⁹.

Si bien en este trabajo no se busca realizar una distinción entre ambos tipos de sustitución, nos preocuparemos preferentemente del artículo 53 por poseer las disposiciones que guían la aplicación de esta institución, además de ser éste el artículo que se ve expuesto a modificaciones por la Ley N° 21.527.

¹²⁸ Mendoza y otros v. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2013, Serie C No, 260. Cabe agregar que respecto a este control judicial los estándares del derecho internacional de los derechos humanos exigen que la intervención judicial debe ser periódica. Pese a que el caso señalado recientemente se refiere a una situación que a todas luces parece desproporcional, ello no es obstáculo para aplicar dicho criterio en sanciones menos extensas.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 25-2023, 20 de enero de 2023. En lo relevante, en su considerando quinto expresa: QUINTO: Que al efecto resulta relevante destacar que tanto el artículo 53 como 54 se encuentran localizados en el párrafo tercero de la ley 20.084 sobre control de ejecución de las condenas. A su vez, ambos artículos aluden a la sustitución de la ejecución de las condenas, el artículo 53 de forma general, dando cuenta de los antecedentes generales de la institución de sustitución, contemplando entre otros aspectos, los elementos que deben tomar en consideración el juez de ejecución para la aplicación de la misma y la posibilidad de apelar lo resuelto. A su vez, el artículo 54 de la mencionada ley, también constituye un tipo de sustitución, que comparte los elementos básicos de aquella contemplada en el artículo precedente, pero a su vez establece efectos diversos dada por la condicionalidad de la misma, atendida la naturaleza de la sanción a sustituir. En esta línea se estima que ambos tipos de sustitución comparten un tronco común y que por lo tanto ambas son susceptibles de ser apeladas, por lo que argumentos del recurso de hecho serán desestimados, tal y como se señalará”.

2.3.2.1.- Análisis de normativo del artículo 53 de la Ley N° 20.0874:

A) Juez de control de la ejecución de la sanción:

Retomando lo dicho en apartados anteriores, la competencia del control de ejecución de sanciones queda a cargo del juez de garantía conforme al artículo 50. Un punto relevante de esto, en relación con la sustitución, es la discusión en la tramitación legislativa, lo que se verá a causa del análisis de los próximos requisitos.

En conexión con lo recién mencionado, es importante recalcar lo señalado por Couso en cuanto a la competencia atribuida al juez de control con relación al inciso 2 del artículo 50. Acerca de la tarea del juez de velar por el “respeto y cumplimiento de la legalidad de la ejecución”, ésta no se trata de una actividad meramente formal, sino que comprende velar por el cumplimiento de los objetivos preventivos-especiales positivos de la sentencia¹³⁰. De esta manera vemos como la institución en examen va adquiriendo sus rasgos característicos, todo lo cual repercute en la posibilidad de su aplicación.

B) Intervinientes:

El primero de ellos, que nombra implícitamente la norma en análisis, es el propio Tribunal de control de la ejecución. Ya suficiente se ha dicho sobre éste, sin embargo, es interesante resaltar las oportunidades o situaciones que causarían el inicio del procedimiento de sustitución de condenas motivado por el propio juez. Estrada nos indica que esto puede ocurrir con ocasión de las visitas a los centros de los adolescentes donde cumplen sus sanciones, momento en el cual el propio juez del control de la ejecución puede ser informando por los mismos jóvenes acerca del desarrollo de sus condenas¹³¹. Finalmente, la iniciativa de oficio del juez puede ser puesta en marcha por la recepción de los informes de cumplimiento.

El propio adolescente también puede solicitar la sustitución de condena, considerando que se trata de una posibilidad de la legislación que lo beneficia directamente. Esto debe ser entendido y vinculado con el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente el artículo 3 y 12, siendo especialmente relevante este último, en cuanto consagra el derecho a ser oído.

Por supuesto que esta solicitud también podrá ser solicitada por el defensor del adolescente condenado, siendo esta posibilidad bastante más factible de concretarse que la anterior.

De acuerdo con el autor que seguimos en esta sección, también puede intervenir como solicitante el SENAME u otros actores vinculados¹³². Continúa señalando que el defensor inicia sus actuaciones generalmente a peticiones de los equipos a cargo de la ejecución de las sanciones. Siendo aquellos quienes están directamente vinculados con los sujetos en

¹³⁰ COUSO, Jaime (2010). Op. cit. p. 289.

¹³¹ Para que esta situación pueda efectivamente concretarse, se requiere de la necesaria formación e información a los jóvenes sobre los derechos que le asisten, al momento de ingresar en los centros para cumplir con sus condenas. En este sentido, puede citar la Regla 24 de las Reglas de La Habana.

¹³² Servicio que se verá reemplazado por el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil.

cuestión, resulta lógico que puedan realizar las actuaciones tendientes para posibilitar la correcta reintegración del adolescente en sociedad, en la medida que aquello pueda ser realizado en el medio libre. Lamentablemente, la regulación no comprende a estos sujetos para iniciar el procedimiento de sustitución.

C) Previa audiencia:

No menos importante es que la solicitud debe adoptarse previa audiencia, con la presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción. También podrán asistir a esta audiencia los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de éstos últimos no será obstáculo para el normal desarrollo de la audiencia. Esto último se condice con lo expuesto por Núñez al referirse al papel que tiene la víctima en la audiencia de sustitución. Así, indica que aquella no cumple ni debe cumplir ningún papel relevante en la audiencia de sustitución de condena en el Derecho Penal Adolescente. Si bien ésta tiene un derecho a la reacción pública contra el ofensor, ello no se extiende a un derecho al castigo del culpable con una determinada pena o sanción¹³³. Dada la monopolización del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, y considerando que la víctima no tiene mayor relevancia en la decisión sobre la sustitución, se reafirma la postura que esta institución está dirigida primordialmente a lograr la resocialización del niño, niña o adolescente, a lo que el Estado debe propender. En este contexto, también podemos situar la idea de Estrada en orden a cambiar la dinámica adversarial de la discusión de la sustitución de condena, fomentando un modelo que denomina de “junta médica”¹³⁴

Un último punto respecto de la audiencia de la sustitución de condena es la necesaria presencia del condenado en ella, con miras a hacer efectivo el derecho del adolescente a ser oído, lo cual debe practicarse directamente, es decir, no bastará con la sola presencia del defensor. En este sentido se ha pronunciado el profesor Berríos.¹³⁵

Por otro lado, la resolución que el juez del control de la ejecución adopte sobre la sustitución de condena será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Finalmente, se establece una limitación para la aplicabilidad de la sustitución, la cual consiste en que la sanción de régimen cerrado no podrá sustituirse por una de las sanciones

¹³³ NUÑEZ, Raúl. La víctima en las audiencias de sustitución y remisión de la condena de adolescentes. Algunas cuestiones problemáticas en relación con su notificación y participación. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública: 1-23, noviembre 2011. p. 18-19. No cambia lo dicho, la introducción de un nuevo artículo 55 bis a la Ley N° 20.084, por el artículo 55 número 47 de la Ley N° 21.527.

¹³⁴ ESTRADA, Francisco (2011). Op. cit. p. 562.

¹³⁵ Si bien el pronunciamiento del profesor Berríos va dirigido al caso de la audiencia de quebramiento, es perfectamente aplicable su razonamiento en la audiencia de sustitución de condena. Véase: BERRIOS, Gonzalo. El derecho del adolescente a ser escuchado en la audiencia de quebrantamiento de condena. Revista de Ciencias Penales 46: 199-206, 2019. Difiere de la posición del autor anterior, la fiscal María José Morón, quien es de la postura de que el derecho del adolescente se resguarda suficientemente con la notificación para la realización de la audiencia respectiva. Véase: MORON, María José. Recurso de Amparo rechazado. Quebrantamiento de condena en audiencia de condenado adolescente. Revista Jurídica del Ministerio Público (50): 262-275, marzo 2012.

previstas en las letras e) y f) del artículo 6, esto es, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño causado.

D) “Se hubiere iniciado su cumplimiento”

Ahora corresponde realizar un análisis de los presupuestos normativos propiamente tales que determinarán si corresponde o no decretar la sustitución de condena, siendo especialmente ilustrativo el trabajo del profesor Couso¹³⁶.

El primer presupuesto normativo que se contempla en el artículo 53 de la Ley N° 20.084, es que la sanción originalmente impuesta sea sustituida por una menos gravosa. Este requisito no levanta mayores dudas, toda vez que el catálogo de sanciones contenido en el artículo 6 se entrega bajo un esquema de proporcionalidad cardinal, por ende, la aspiración de cambio deberá estar en consonancia con tal orden¹³⁷.

Tras la aparente claridad en la redacción de la disposición normativa en este punto, se han evidenciado algunos problemas importantes de interpretación de la misma. Couso ya advertía sobre esta cuestión al señalar que la respuesta a las dudas interpretativas que surjan no puede responderse de la simple lectura de los preceptos de la Ley N° 20.084¹³⁸, sino que es menester realizar una lectura sistemática de la citada ley, así como identificar los fines de sus sanciones y fines de la ejecución de éstas. Por lo tanto, para el correcto entendimiento de este requisito, no basta su sola lectura¹³⁹.

Una primera pregunta que identifica el profesor Couso es si para la sustitución de condena se deben atender únicamente fines preventivos especiales o, en cambio, también corresponde considerar fines vinculados directamente con la gravedad, atendidos en la imposición de la sanción original, los cuales se identifican con fines preventivos generales y/o retributivos. La formulación de la pregunta se vincula con este asunto, pues el establecimiento de un tiempo mínimo de cumplimiento para luego proceder a la evaluación de la procedencia de la sustitución se ha entendido que corresponde a la adopción por parte del propio legislador de un contenido mínimo preventivo general que debe cumplir la pena en su ejecución para que ésta efectivamente satisfaga sus fines.

Durante la tramitación del proyecto que da vida a la Ley N° 20.084, el artículo respectivo que contenía la institución de la sustitución de condena contemplaba el trascurso de un cierto tiempo para habilitar la concesión de la sustitución (un tercio de su cumplimiento). Durante la tramitación en el Senado, éste eliminó el requisito del cumplimiento de un tiempo mínimo, quedando regulada la sustitución de condena tal como actualmente se aprecia en el artículo 53. En consecuencia, la pregunta que surge en este contexto, atendido que en la fase de ejecución se caracteriza por favorecer el fin preventivo especial (reintegración social del condenado) que invita a evitar las consecuencias desfavorables de la privación de libertad, es si puede pedirse la sustitución de condena después de 1 día de iniciado el

¹³⁶ COUSO, Jaime (2010) Op. cit.

¹³⁷ ARAVENA, Ricardo (2018) Op. cit. 17.

¹³⁸ COUSO, Jaime (2010). Op. cit. p. 273; COUSO, Jaime (2012) Op. cit. p. 269.

¹³⁹ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 273.

cumplimiento. Junto a esta pregunta, Couso también se cuestiona el significado o efectos de que el legislador no contemple tiempos mínimos de ejecución.

Sobre la primera pregunta, Estrada entrega una respuesta bastante sencilla. Claro que se puede pedir, pero aquí concurre una cuestión de razonabilidad de la decisión judicial que puede recaer sobre dicha solicitud, pues no habría manera de justificar un avance suficiente en la integración social del sujeto¹⁴⁰.

Sobre el segundo cuestionamiento, el propio Couso entrega dos alternativas. La primera consiste simplemente en que el legislador no está interesado por la prevención general, favoreciendo exclusivamente fines preventivos especiales positivos. La segunda opción entiende que el legislador faculta al juzgador para que éste pondere ambos intereses en disputa. Couso entiende que nuestro sistema se articula sobre la base de esta segunda respuesta. Para fundamentar su postura, realiza un análisis sistemático de la Ley N° 20.084, considerando que las sanciones más graves, es decir, las privativas de libertad, se escogen solo en los casos de delitos más graves como consecuencia de las serias necesidades de prevención general que surgen de este tipo de delitos¹⁴¹. Permitir, por ende, la sustitución tempranamente, solo atendiendo fines preventivo-especiales haría entrar al sistema en evidente autocontradicción, pues se estima por la gran mayoría que el uso del encierro se constituye como último recurso y se restringe a ciertas conductas que no pueden ser reprendidas de otra manera. Pensarlo al modo contrario, haría sostener el uso de la privación de libertad como una herramienta útil a fines de reintegración social, lo que se ha querido abandonar al dejar atrás un modelo tutelar, donde abundaban decisiones en este sentido¹⁴².

Asimismo, también recurre a la historia fidedigna de la ley para sostener esta postura. El autor citado da cuenta de las modificaciones propuestas en la discusión en la Cámara de Diputados que terminó por separar las instituciones contenidas en el artículo 75 del Proyecto de Ley¹⁴³, esto es, la sustitución y remisión, señalando para ambas un plazo mínimo de cumplimiento para evaluar su procedencia de un tercio y la mitad de la condena, respectivamente. Adicionalmente, se dejó entrever en la discusión que con motivo de los antecedentes que puede hacer valer el Ministerio Público para oponerse a la revisión o renovación de la condena, aludiendo con ello a la gravedad del delito y las otras circunstancias que tuvo en consideración el tribunal, en otras palabras, fines preventivos generales o retributivos, si se quiere¹⁴⁴. Siguiendo con la tramitación legislativa, el Senado

¹⁴⁰ ESTRADA, Francisco (2011) Op. cit. p. 563.

¹⁴¹ En un mismo sentido se pronuncia Cillero: *“Si el legislador, contrariando disposiciones expresas de los tratados internacionales, fija penas de esa magnitud, debería haber expresado directamente la prioridad de los fines disuasivos, retributivos y de control de las sanciones establecidas, sin pretender revestir su decisión de finalidades educativas o ‘responsabilizadoras’ que, en la práctica, no son compatibles con la extensión y forma d determinación de sanciones que establece la ley”*. CILLERO, Miguel (2006) Op, cit. p. 194.

¹⁴² COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 294.

¹⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv>, p. 97 y ss.

¹⁴⁴ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 298.

se encargó de eliminar el requisito de un tiempo mínimo de cumplimiento¹⁴⁵. Como ocurrió con otros aspectos, aquí se presentan dos alternativas para entender esta decisión. Por un lado, hacer prevalecer casi exclusivamente fines preventivos especiales y, por otro lado, simplemente se trató de una modificación que no trastocó la esencia de la institución que venía preestablecida por la discusión anterior, así se busca *“únicamente ‘puntualizar’ que la consideración de estos fines, como argumento en contra de una sustitución indicada desde el punto de vista de la prevención especial positiva, no queda sujeto a una medida mínima determinada de cumplimiento (un tercio) sino a una decisión prudencial del juez que realice la ponderación”*.¹⁴⁶ Jaime Couso opta por esta segunda alternativa, la que mantiene la coherencia del sistema.

La principal consecuencia de todo esto es que se habilita la procedencia de la sustitución aún antes de transcurrido un tercio del cumplimiento. Proponiendo el autor que incluso sería posible proceder a la sustitución una vez transcurrido un cuarto de la condena, esto aun cuando el artículo 53 no contempla un guarismo determinado.

E) “En tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor”:

No cabe duda de que el presente requisito se identifica con el fin preventivo especial, objetivo al que todo sistema de responsabilidad penal adolescente debe dirigir sus esfuerzos, los cuales deben ser reforzados en la etapa de ejecución de las sanciones. La pregunta que guía principalmente el correcto entendimiento de este presupuesto es si implica condicionar la concesión de la sustitución al previo logro efectivo de avances preventivos especiales por parte del adolescente, realizando un examen de corte retrospectivo, o basta proyectar que el cambio seguramente favorecerá la reintegración social, es decir, realizando un examen prospectivo.

Couso, en este sentido, y tras haber mostrado las dos posiciones que generalmente se dejan ver en los tribunales a cargo de la ejecución, detalla que el problema interpretativo se reduce a dos cuestiones. La primera dice relación con que, si debe exigirse un “cambio” en el adolescente, o si este cambio dirigido a la reinserción social se puede alcanzar de mejor manera por intermedio de una sanción menos gravosa¹⁴⁷. La segunda cuestión se vincula con si debe o puede tener influencia en la decisión de conceder la sustitución de condena la posibilidad de reincidencia delictiva del adolescente condenado.

Respecto al primer aspecto, el autor es claro en afirmar que el tenor literal del precepto es coincidente con una lectura sistemática, especificando que lo más favorable para la integración social responde a la búsqueda de un objetivo que, claramente, no está alcanzado o logrado. En esta línea, se entiende la medida sustitutiva como medio para lograr un fin, cual es la integración social del adolescente, por ende, se puede decir que se trata de una decisión instrumental. A diferencia de lo que ocurre con la remisión que

¹⁴⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv>, p. 497.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 301.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 309; 316.

responde a una decisión de economía procesal, que se justifica en lo innecesario de mantener una sanción que ya ha cumplido su cometido¹⁴⁸. A partir de ello, el autor señala que a la primera de las instituciones le corresponde un análisis prospectivo concentrado únicamente en los beneficios que la decisión le pueden reportar al joven condenado¹⁴⁹.

La exigencia de un total cumplimiento de los objetivos pretendidos con la imposición de la pena derivaría en la confusión con la remisión de condena, haciendo inoperativa la institución de la sustitución.

No obstante ser suficiente la sola literalidad del precepto para poner de manifiesto que para la procedencia de la sustitución se requiere de un análisis prospectivo acerca de cómo le irá mejor al joven con la nueva sanción en relación con la integración social que por definición busca un sistema de responsabilidad penal adolescente, el autor recurre a la historia fidedigna de la ley en esta parte, para, por medio de la discusión en torno al concepto de buena conducta, reafirmar esta postura. Indica que no se trata de un juicio a la buena o mala conducta del condenado, la que podrá tener impacto directo para la consideración de otras cuestiones, sino de una evaluación más global a nivel de reinserción social¹⁵⁰. A este respecto, ilumina sobre este sentido la intervención del ilustre Diputado Juan Bustos: *“debía atenderse a la finalidad buscada por el sistema cual es la inserción social y que, para estos efectos, la observación de buena conducta no constituía un indicador satisfactorio porque bien podía ser una demostración de adaptación a la privación de libertad”*¹⁵¹.

En este contexto, es sumamente pertinente el planteamiento de Estrada acerca de lo que se ha denominado como “recaídas”¹⁵², el cual hace alusión a la dificultades consustanciales de un proceso de cambio como el que se quiere implementar con la imposición de una sanción penal juvenil, siendo incluso señal de sanidad la verificación de conductas disruptivas del orden interno del establecimiento privativo de libertad¹⁵³, pues en él se busca adaptar la rutina diaria de una persona, a la cual no está habituada, sin obviar todas las demás problemáticas que puede detonar el encierro y las condiciones de éste¹⁵⁴. Así, se sigue reafirmado que reinserción social está lejos de identificarse con buena conducta.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 317.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 317.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 321.

¹⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv>. p. 98.

¹⁵² ESTRADA, Francisco (2011) Op. cit. p 564.

¹⁵³ Ibidem. p. 567.

¹⁵⁴ JIMENEZ, M.A., GOYCOLEA, R., SANTOS, T. (2020) Op. cit. p 143. Para tener un entendimiento de lo que han experimentado los jóvenes privados de libertad en Latinoamérica, puede revisar el párrafo 107 del caso Mendoza y otros v. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2013, Serie C No, 260, en el que se da cuenta de las condiciones de encierro en que encontraba Ricardo Videla, quién posteriormente es encontrado muerto, colgado, con un cinturón alrededor de su cuello.

Consecuencia de lo anterior, es que aspectos de mala conducta y consiguientes sanciones disciplinarias no debieran ser consideradas a la hora de evaluar la concesión de la sustitución¹⁵⁵.

A partir de lo dicho, es que se construye el correcto entendimiento de la disposición. Sin embargo, hay aspecto que deben ser debidamente considerando pues cualquier proyección debe sustentarse en determinados antecedentes que doten de racionalidad la reflexión prospectiva encaminada a buscar la salida más favorable para el adolescente. En relación a este punto, Ricardo Aravena propone un diagnóstico como actividad para obtener información que alimente el posterior juicio prospectivo, el cual consistiría en el estudio sobre cómo se ha desarrollado el cumplimiento de la condena hasta el momento, excluyendo como fuente de información lo relativo a la gravedad del hecho que motivó el castigo, otras consideraciones de prevención general¹⁵⁶ y cuestiones sobre la peligrosidad del delincuente, que bien puede vincularse con la idea de reincidencia.

Bajo este entendimiento, si bien no se trata de un prepuesto normativo, sino más bien de la misma puesta en práctica del sistema que consagran estas normas, el Plan de Intervención que se asocia al cumplimiento de la sanciones es el principal instrumento con que cuenta la Administración por intermedio de sus respectivos servicios encargados de la ejecución de las sanciones, así como los tribunales de justicia para que la sanción se muestre como una efectiva herramienta que propenda a la reinserción del adolescente condenado. *“El plan es la hoja de ruta y ha debido ser objeto de aprobación jurisdiccional. Esa aprobación tiene por objeto, junto con aumentar los controles sobre el aparato punitivo, fijar con claridad para todos los intervinientes, cuál va a ser la individualización de la pena, el opera como puente entre la determinación judicial de la pena y la ejecución de la pena. Está orientado a llenar de contenido la sanción”*¹⁵⁷. Estrada se ha pronunciado sobre las dificultades que enfrenta la confección de este Plan de Intervención, por lo que nos remitimos a esos trabajos¹⁵⁸. Aquí conviene destacar que las deficiencias repercuten directamente en la posibilidad de que la intervención que el Estado realiza sobre la persona del joven infractor de ley no cumpla con sus expectativas, siendo este uno de los principales problemas que han motivado la reforma del sistema por medio de la Ley N° 21.527. La aparente aprobación judicial del Plan, la deficiente consideración de las condiciones materiales en las que se ejecuta el mismo, la escasa participación del sujeto condenado en la confección de aquel van mermando las pretensiones de la sanción, siendo especialmente preocupante este último punto, pues el sistema se ha construido bajo la premisa de la marcada consideración de la calidad del sujeto que interviene en el sistema, debiendo prestar una cuidada atención a las circunstancias particulares del adolescente condenado a la hora de la determinación de la pena, como en la ejecución de la misma.

¹⁵⁵ ESTRADA, Francisco (2011) Op. cit. p. 564.

¹⁵⁶ ARAVENA, Ricardo (2018). Op. cit. p. 17 y ss.

¹⁵⁷ ESTRADA, Francisco (2011). Op. cit. p. 564.

¹⁵⁸ ESTRADA, Francisco (2008) Op. cit.; ESTRADA, Francisco (2010) Op. cit.

Por lo tanto, en la medida que la confección del Plan de Intervención no logre una adecuada conformidad con el sujeto a quien se le aplicará, la información obtenida sobre la ejecución de la sanción por lo general resultará desfavorable para el joven. Una idea similar puede advertirse en Couso, quien resalta la necesidad de que la praxis de la ejecución de pena no pueda basarse únicamente en definiciones normativas asumidas por la ley, sino que se requiere de una praxis orientada a los efectos reales de las medidas basadas en conocimientos científicos¹⁵⁹.

En sentido similar también se pronuncia Aravena, quien se preocupa por destacar la atención que deben recibir las dificultades que mantiene el condenado o condenada, respecto de su propia persona con relación a la socialización, como las dificultades que pueda manifestar durante su paso por el sistema de justicia juvenil. Junto a ello, indica que el imperativo aquí es la claridad definicional y concreción medible de los objetivos que se enuncian a modo general, con señalamiento de las condiciones materiales y humanas mínimas y necesarias en calidad de recursos institucionales que deben quedar explicitados para superar o al menos avanzar en la inclusión social defectuosa, todo lo cual debe ser analizado y evaluado al momento de identificar problemas en la consecución de los objetivos¹⁶⁰. De esta manera, frente a informes desfavorables, los cuales deberán estar debidamente detallados, será posible diferenciar deficiencias, entre las que pueden ser atribuidas al sistema institucional o ser achacadas al adolescente¹⁶¹. La información obtenida, claro está, deberá siempre encaminarse a posibilitar la pronta resocialización social del condenado. Así, si bien Couso se inclina por la realización de un examen prospectivo para la concesión de la sustitución, añade: *“No obstante ello, indirectamente, como antecedente para realizar el pronóstico (prospectivo, por definición), los avances del plan y la conducta de adolescente podrían ser indicios relevantes, sin desconocerse que las conclusiones a que ellos conducen pueden ser ambivalentes”*¹⁶². Finalmente, relacionado con lo dicho, al consistir en un juicio prospectivo, no apunta directamente al comportamiento pasado del joven ni al avance que ha alcanzado en el cumplimiento del plan durante el encierro, lo que tiene como consecuencia que la sanción se podrá sustituir cuando la sanción sustitutiva ofrece mejores condiciones a la reinserción social, como cuando la sanción original influye negativamente a este propósito, lo que podría resolverse con la sustitución.

Acerca de la segunda cuestión, esto es, la probable reincidencia del adolescente como argumento para denegar la sustitución de condena, parece haber sido en algún modo tratada a partir de lo dicho sobre la primera cuestión. Es claro que el proceso que experimenta el adolescente al ser sometido a una sanción penal se caracterizará en la mayoría de los casos por constantes avances y retrocesos. Adicionalmente, es indispensable en un sistema de responsabilidad penal adolescente que busca como objetivo principal la reinserción social de los jóvenes en conflicto con la ley penal, el riesgo

¹⁵⁹ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 330.

¹⁶⁰ ARAVENA, Ricardo (2018). Op. cit. p. 21.

¹⁶¹ Ibidem. p. 22.

¹⁶² COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 336.

de la comisión de un nuevo delito tendrá que ceder a este objetivo, debiendo ser soportado por la sociedad¹⁶³ toda en aras de favorecer el pleno desarrollo de vida de los niños, niñas y adolescentes.

Adicionalmente, debe apreciarse que los *“los factores criminógenos, como en el caso de los antecedentes o el tiempo de cumplimiento en centro educativo, no son relevantes en la comisión del nuevo delito y no suponen un factor desistor por sí mismo, por lo que prolongar el encierro se presenta como contraproducente en el proceso de reinserción social ya que puede favorecer procesos de identificación subcultural.”*¹⁶⁴

Couso puntualiza que este factor únicamente puede influir en la decisión de la sustitución de condena cuando existe una probabilidad rayana en la certeza de que la reiteración delictiva sucederá, lo que solo se justifica por antecedentes y argumentos fundados y contundentes¹⁶⁵.

2.3.3.- Breve referencia a la jurisprudencia en materia de sustitución de condena:

Conviene destacar, previamente, el trabajo de Ana María Morales y Sebastián Salineros, respecto a cómo fallan y controlan la ejecución sustitutivas los jueces. Si bien este trabajo se concentra en los beneficios aplicables de la Ley N° 18.216 dirigida al sistema penal de adultos, interesa para estos efectos como los autores buscan determinar cuáles son las percepciones penológicas de los jueces en esta materia, que corresponden principalmente a jueces de garantía, mismos que están a cargo del control de la ejecución en el sistema penal juvenil. Los hallazgos dicen relación con un reconocimiento de teorías mixtas de la pena, marcada por fuertes rasgos retributivos, lo que de alguna forma va de la mano con la marcada justificación penológica retributiva que tiene el Código Penal, que también resulta aplicable a los adolescentes por remisión de la Ley N° 20.084. También resulta interesante que para la concesión de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, los jueces consultados indican que no realizan un examen exhaustivo de los requisitos subjetivos, los cuales se corresponden con un análisis de la peligrosidad objetiva y subjetiva, consistiendo ésta última en una prognosis vinculada a la evaluación de reiteración delictiva¹⁶⁶. Si bien aplica una lógica diferente a lo que hemos venido estudiando, preocupa que los jueces no se encarguen de realizar este importante juicio, pues una situación parecida ocurre cuando no se concede la sustitución de condena del artículo 53, es decir, se omite el juicio prospectivo, existiendo mayor interés por un juicio retrospectivo. Incluso se han utilizado lógicas del

¹⁶³ Es pertinente con relación a esto la idea que recoge von Hirsch de Zimring en orden a la asunción de riesgos en la división de pérdidas manteniendo al mínimo el daño infligido a los jóvenes cuando abusaron de sus oportunidades de manera que cause daño a la sociedad. VON HIRSCH, Andrew (2012) Op. cit. p. 74.

¹⁶⁴ ENJUNES, Jordi y MORATA, Txus. Estudio de la sustitución y suspensión de la pena en justicia juvenil, Aproximación a la realidad penal juvenil catalana. Revista d'Intervenció Socieducativa (63): 115-127, 2016. p. 121.

¹⁶⁵ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 324.

¹⁶⁶ MORALES, Ana María y SALINERO, Sebastián. ¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?. Revista de Derecho (Valdivia) 33(1): 319-341, junio 2020. p. 324; 329

sistema de adultos para no conceder sustituciones fundándose en la probabilidad de reincidencia.

Asimismo, no existe por parte de los jueces una preocupación por cumplir una labor intensa de control de la ejecución al no hacer uso de las herramientas con que se cuenta como las audiencias de seguimiento, pese a lo favorable que se han mostrado éstas¹⁶⁷.

Sumado a lo anterior, Durán al analizar la justificación y legitimación político-criminal de la penal en la actual jurisprudencia nacional da cuenta de la prevalencia de justificaciones retributivas, sustentando esta respuesta en la tríada “culpabilidad-reproche-pena”. Si bien ha identificado avances en cuanto a un reconocimiento de teorías eclécticas de la pena, éstos no son tan significativos¹⁶⁸.

Lo que se logra con esto, es mostrar un panorama general en el cual se resuelven aspectos tan importantes como la sustitución de condenas. A pesar de tratarse de conclusiones dirigidas al sistema adultos, la falta de una especialización real de los operados jurídicos del sistema juvenil, permite que estas situaciones se repliquen en dicho sistema, perjudicando su correcto juzgamiento, pues aquí actúa una lógica diferente, principalmente concentrada en la resocialización del adolescente, para lo cual se requiere una detallada apreciación de sus circunstancias personales y particulares.

Ahora bien, respecto a las decisiones específicas de los tribunales sobre este punto, el profesor Castro nos dice: *“La práctica judicial, a propósito de las sanciones privativas de libertad, se ha desarrollado una jurisprudencia que ha tendido a restringir el ámbito de aplicación de la sustitución. Bajo esta línea jurisprudencial, la gravedad y naturaleza del delito cometido, las altas exigencias en torno a la completa integración social del condenado, la exigencia de requisitos extralegales y la imposición de condiciones han sido los criterios determinantes para rechazar la sustitución”*¹⁶⁹. En este corto, pero clarificador párrafo el profesor citado nos entrega las problemáticas que ha debido enfrentar la sustitución para su efectiva aplicación, todas consideraciones que se alejan bastante de que lo explicado en este capítulo.

La Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N° 521-2022, se pronuncia sobre un recurso de amparo respecto de una resolución del Juzgado de Garantía de Graneros que no concedió la sustitución de condena. Luego de que la recurrente (Defensora Penal Pública) expusiera antecedentes sobre el buen avance que el sujeto condenado he tenido respecto del plan de intervención, así como de mantener un buen comportamiento tanto dentro como fuera del centro, lo que le ha permitido acceder al beneficio de salidas con fines educacionales, cuestión que fundamentaría la solicitud de una sanción de régimen cerrado a una en régimen semicerrado, alega que la Jueza rechaza la solicitud por no haberse dado íntegro cumplimiento por parte del sentenciado al plan de intervención. La juez informa que, tras considerar la situación anterior del joven, sobre el cual se había despachado orden de

¹⁶⁷ Ibidem. p. 333.

¹⁶⁸ DURAN, Mario (2009) Op. cit. p. 281; 284.

¹⁶⁹ CASTRO, Álvaro (2022) Op. cit. p. 530.

arresto por quebrantar permiso de salida con fines laborales, lo mismo ocurrió cuando en un primer momento se le había otorgado la sustitución, que luego fue revocada por los medios recursivos pertinentes. Agrega que, en el fondo, no se puede otorgar la sustitución porque los informes allegados daban cuenta del cumplimiento solo parcial de varios objetivos medibles, como también del bajo rendimiento educacional y de los problemas asociados al cumplimiento de compromiso adquirido por el amparado para las salidas. Lamentablemente, la Corte no se refiere al fondo del asunto, sino que rechaza la acción por no ser el amparo la vía idónea para resolver este caso, más aún cuando el artículo 53 dispone de las instancias necesarias para que las resoluciones sean debidamente impugnadas¹⁷⁰.

Interesa destacar que los argumentos de las partes se concentran exclusivamente en un juicio retrospectivo, más propio de la remisión. En este sentido, la jueza para rechazar la sustitución aduce que se han cumplido solo parcialmente objetivos del plan, en circunstancias que, como hemos dicho, esto no responde a la naturaleza de la sustitución, que se muestra como un medio para un fin, esto es, alcanzar los objetivos que favorezcan la reinserción social del adolescente que aún no se han podido alcanzar, ya sea porque la sanción original contribuye negativamente a ello o porque una sanción menos gravosa se muestra como más eficaz para ello. No se aprecia ningún ápice de un ejercicio prospectivo.

Una situación similar se aprecia en la decisión de la misma Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N° 580-2022. En esta oportunidad el defensor se encarga de apreciar los avances de la joven condenada, los cuales dicen relación con el término de enseñanza media, comienzo de estudios superiores, mantiene buen comportamiento y mantiene activa participación en los talleres realizados dentro del centro, para luego señalar todo este progreso puede perfectamente cumplirse con ocasión de una sanción de régimen semicerrado. Sorprendentemente el juez recurrido informa que rechaza la solicitud de sustitución, *“pues, como consta y emana de la misma resolución, los objetivos no se cumplieron a cabalidad;¹⁷¹ solo cinco de los objetivos específicos analizados fueron dados por ‘cumplidos’ y en otros cinco, los objetivos específicos fueron solo ‘medianamente cumplidos’, lo anterior tal como consta en el informe respectivo que se tuvo a la vista el día de la audiencia”¹⁷²*. Lamentablemente, la Corte no se refiere al fondo del asunto, sino que rechaza la acción por no ser el amparo la vía idónea para resolver el asunto, más aún cuando el artículo 53 dispone de las instancias necesarias para que las resoluciones sean debidamente impugnadas.

Resaltamos de estas dos sanciones, el error por parte de los recurrentes de no impugnar las resoluciones por medio del recurso de apelación, expresamente disponible, prefiriendo el ejercicio de acciones constitucionales, lo que produce situaciones como las descritas, en

¹⁷⁰ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 521-2022, 10 de junio de 2022.

¹⁷¹ El subrayado es mío.

¹⁷² Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 580-2022, 7 de julio de 2022.

que se omiten pronunciamientos sobre el fondo del asunto que ayuden a ir perfilando la aplicación de la institución de sustitución de condena.

Sin perjuicio de lo dicho, las Cortes de Apelaciones, cuando les ha tocado pronunciarse sobre el fondo de un asunto como éste, igualmente se reiteran pronunciamientos alejados de lo que aquí se ha entendido debe efectuarse respecto de la sustitución. Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N° 169-2015, decide, tras hacer presente los objetivos de las sanciones de la ley, esto es, retribución y prevención especial positiva, agregando que debido a la letra f) del artículo 24 de la misma, la internación en régimen cerrado se ha visualizado como la sanción idónea para fortalecer el control del adolescente por los derechos y libertad de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social. Luego, después de entregar su interpretación del artículo 53 de la Ley N° 20.084, razona, en la segunda parte del considerando tercero y en el considerando cuarto:

- **TERCERO:** (...) *“Por el contrario, la sustitución de la pena que consagra la ley, no puede, sino, efectuarse considerando un análisis global e integrado de la necesidad de reinserción social, con la totalidad de principios, fines y criterios que, en el caso concreto, justificaron la imposición de la pena y, en atención que constituye un alteración de lo resuelto mediante sentencia definitiva, dictada, ciertamente, con todos los elementos del caso, solo en la medida que ello se encuentre plenamente justificado, necesariamente por medio de antecedentes posteriores que lo acrediten, particularmente de un cambio efectivo de los patrones de conducta del condenado. CUARTO: Que de esta manera, si se evidencia una duda en los registros que permitirían la sustitución de la condena, como sucede en el caso en estudio, en que existen informes contradictorios, y en el que además, registra una sustitución anterior, la cual fue revocada por quebrantamiento de la misma, ordenándose cumplir la pena primitivamente impuesta, no resulta procedente volver a conceder la sustitución de la condena, por cuanto no se han cumplido con los requisitos legales”¹⁷³.*

Como se aprecia, los argumentos encaminados a justificar la negativa de la sustitución de condena nada dicen sobre el juicio prospectivo en relación con favorecer la reintegración del adolescente, conformándose con recurrir a aspectos que no se encuentran contemplados en la norma, ni aún bajo una lectura sistemática del mismo artículo 53.

¹⁷³ Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 169-2015, 20 de febrero de 2015.

CAPÍTULO TERCERO: Modificación del artículo 53 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente con motivo de la introducción de la Ley N° 21.527.

3.1.- Revisión General de la Ley N° 21.527:

Con fecha 4 de abril de 2017 por Mensaje de la presidenta de la República de la época, dirigido al Senado, se envía el Proyecto de Ley que busca la creación del nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, que sustituye al actual SENAME. Adicionalmente esta iniciativa trae consigo la introducción de modificaciones a la Ley N° 20.084 y a otras normas que indica.

Luego de hacer referencia a los comienzos del sistema de responsabilidad penal adolescente, el Mensaje expresa: *“No obstante, la Ley N° 20.084 ha demostrado ser insuficiente para alcanzar los resultados esperados. El actual sistema penal de adolescente no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos. No solo por cuanto refleja los problemas que enfrenta el proceso penal para aclarar o resolver los diversos casos denunciados, sino que, además, por la total ausencia de contenidos realmente disuasivos en las sanciones dispuestas. A su vez, otras modalidades de reacción se muestran absolutamente desproporcionadas y favorecedoras de la mera desocialización”*.¹⁷⁴

Por lo tanto: *“El actual diseño administrativo requiere ser modificado para cumplir con los fines de la justicia penal adolescente. Lo anterior debe ir acompañado de un cambio en los paradigmas de intervención”*.¹⁷⁵

En este sentido se ha pronunciado Gonzalo Berríos cuando se le consulta sobre las violaciones que enfrentan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuestión que lleva al ámbito penal juvenil. Señala que este tipo de violaciones se producen recurrentemente en los centros privativos de libertad de los adolescentes, por las precarias condiciones materiales que estos mantienen¹⁷⁶, situación que claramente obstaculiza sobremanera los intentos de reintegrar a los adolescentes condenados por el sistema¹⁷⁷.

Entonces, esta nueva ley tiene por propósito generar un nuevo servicio público descentralizado, encargado de administrar e implementar las medidas y sanciones que contiene la Ley N° 20.084. Enseguida, se preocupa por establecer políticas sectoriales y

¹⁷⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. [En Línea] Santiago de Chile, 13 de enero de 2023. [Consulta: 2 de mayo 2003]. Disponible en: [Historia de La Ley::Historia de la Ley \(bcn.cl\)](#). p.3.

¹⁷⁵ Ibidem. p. 3.

¹⁷⁶ BERRIOS, G., LATHROP, F., CILLERO, M. Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Anuario de Derechos Humanos (14): 15-31, 2018. p. 17.

¹⁷⁷ Las paupérrimas condiciones que enfrentan los jóvenes pudrían incluso catalogarse como tratos crueles, inhumanos o degradantes. Agrega el autor la tibieza con que nuestros tribunales se han pronunciado sobre las condiciones de los centros. CASTRO, Álvaro (2017) Op. cit. p. 432-433.

programas que contribuyan a la intervención, rehabilitación y reinserción social de jóvenes que hayan entrado en conflicto con la ley penal.¹⁷⁸

Como primer comentario a realizar, en relación con lo que se ha dicho en este trabajo, cabe mencionar que, si bien el cambio que produce la ley tiene directa relación con la fase de ejecución de las sanciones, este cambio recae principalmente sobre los órganos y servicios de la Administración encargados de velar por la administración de las mismas, pero dista de avocarse a las problemáticas advertidas sobre principio de legalidad de la ejecución de sanciones, como de la disponibilidad de un órgano jurisdiccional con competencia exclusiva sobre la misma, sin perjuicio de que la nueva ley contempla el establecimiento de salas especializadas y la priorización de asignación de jornadas, días o salas con dedicación exclusiva para el ejercicio de la competencia correspondiente, queda pendiente lograr la creación de tribunales encargados especialmente de la ejecución o en su defecto “jueces de ejecución de penas”, lo que ha sido expresado por los propios actores implicados¹⁷⁹.

Ahora bien, aunque el tema anterior tiene relevancia debido a que la especialización que deben tener los distintos operados jurídicos repercute directamente en el funcionamiento del sistema, así como en las decisiones que se pueden adoptar, como lo puede ser, por ejemplo, en materia de sustitución de condena, lo cierto es que se trata de un aspecto tangencial de la Ley N° 21.527. Como ha quedado de manifiesto, el acento se ha puesto en este nuevo servicio con la intención de resolver las dificultades que variados estudios observaron a propósito del funcionamiento del SENAME.

Por lo mismo, de manera muy resumida se mencionarán los principales aspectos de este nuevo servicio, indicando como los avances que ello signifique puede aportar para la efectividad de la ejecución de las sanciones, relacionado aquello con la materia de sustitución de condena.

Este nuevo servicio público será descentralizado, con personalidad jurídica propia, bajo la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presenta como primera diferencia con su antecesor, que ahora se regirá por el Sistema de Alta Dirección Pública.¹⁸⁰

Su principal función refiere a la administración y ejecución de las medidas y sanciones que contempla la Ley N° 20.084, a través del desarrollo de programas que contribuyan al

¹⁷⁸ Véase el artículo 42 y 43 de la Ley N° 20.084; MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; BOLIVAR, Daniela; BERRÍOS, Gonzalo; SANTIBAÑEZ, María Elena, DUCE, Mauricio; CILLERO, Miguel; CARVACHO, Pablo. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica”. Observatorio Legislativo. Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile (36): 4-15, 2018. p. 4.

¹⁷⁹ MORALES, Ana María y SALINEROS, Sebastián (2020). Op. cit. 354. Si bien se refieren al sistema de adultos, al tratarse de los mismos jueces de garantía, la situación criticada puede darse también en el ámbito penal juvenil.

¹⁸⁰ Artículo 1 de la Ley N° 21.527.

abandono de toda conducta delictiva, a la integración social de los sujetos de su atención y a la implementación de políticas de carácter intersectorial en la materia.¹⁸¹

En esto se resume el importante papel que se espera cumpla este servicio. Para ello, la Ley N° 21.527 contempla el establecimiento de principios que guiarán su actuación, tales como el interés superior del adolescente, especialización, orientación de la gestión hacia el sujeto de atención, coordinación pública, deber de reserva y confidencialidad¹⁸², entre otros. Destacamos el deber de reserva y confidencialidad debido a que el óptimo funcionamiento del sistema requiere de la constante producción de información delicada sobre los niños, niñas y adolescentes, por lo que su tratamiento es de radical cuidado evitando siempre la estigmatización. Con relación a último se puede destacar el informe técnico que incorpora esta ley en el artículo 37 bis de la Ley N° 20.084.

Este informe técnico¹⁸³, importante a la hora de decidir acerca de la sanción específica a imponer, se restringe únicamente para la determinación de la pena, y una vez que se ha evacuado el veredicto condenatorio. En el Proyecto este Informe Técnico se contemplaba para la adopción de medidas cautelares y para aprobar las condiciones de la suspensión condicional del procedimiento. En la medida que este Informe Técnico sirva para dar una respuesta ajustada a las condiciones del adolescente condenado, debiese permitir mejorar su situación con miras de acceder a algunos de los mecanismos de flexibilidad de las sanciones como puede ser la remisión o la sustitución, bajo el supuesto de que los objetivos establecidos en el respectivo plan de intervención sean susceptibles de ser logrados de mejor manera por medio de una sanción menos gravosa, especialmente si se tratase de una pena privativa de libertad.

Seguidamente, la ley da cuenta de forma más detallada de las funciones que le corresponden a este Servicio, las cuales están encaminadas en proveer los programas especializados para el cumplimiento de las sanciones, coordinar la intervención con los demás órganos de las Administración del Estado, elaborar los estándares de funcionamiento para los programas y los estándares para la acreditación de organismos colaborados. Esta resulta ser una de las más importantes funciones, pues el funcionamiento del servicio se basa en su constante evaluación, la cual justamente se realiza a través de estos estándares técnicos que serán el baremo para la determinación de la corrección de los programas que serán implementados con los jóvenes. El Servicio cuenta con otras importantes funciones que no cabe mencionar acá, por lo que nos remitimos al artículo 13 de la Ley N° 21.527. El Servicio cuenta con un Director Nacional¹⁸⁴, Consejo de Acreditación

¹⁸¹ Artículo 2 de la Ley N° 21.527.

¹⁸² Artículos 4 a 12 de la Ley N° 21.527.

¹⁸³ Puede resultar discutible el contenido del informe técnico incorporado por el nuevo artículo 37 bis de la Ley N° 20.084, que agrega el artículo 55 número 30) de la Ley N° 21.527; en el entendido que éste se construye en base a los criterios contenidos en el nuevo artículo 24 de la Ley N° 20.084, que a mi parecer desplazan del centro las especiales circunstancias del NNA. En todo caso, este no será una cuestión que se aborde.

¹⁸⁴ Artículo 14 de la Ley N° 21.527.

y Estándares¹⁸⁵, Comisión Coordinadora Nacional¹⁸⁶, Direcciones Regionales¹⁸⁷ y Comités Operativos Regionales¹⁸⁸.

En cuanto a la intervención que este servicio pretende implementar con los jóvenes sujetos a las sanciones de la Ley N° 20.084, se destaca el artículo 29 de la Ley N° 21.257, por el cual se consagra un Modelo de Intervención de aplicación nacional, siendo este uno de los pilares que fundamenta esta ley. En este sentido, Macarena Cortés, abogada de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señala que *“lo primero que se hizo al iniciarse el proceso de elaboración de la presente iniciativa fue definir el modelo de intervención, porque a través de ella se puede determinar la estructura institucional; la dotación; los perfiles de cargo y los demás requerimientos del Servicio”*¹⁸⁹.

Lo destacable de este modelo es que se ha construido sobre la base teórica de la criminología y psicología del desarrollo (enfoque de riesgo y de desistimiento) que tiene como alguno de sus supuestos que la conducta delictiva es producto de circunstancias vitales, la intervención promueve cambios positivos en la vida de los jóvenes y que el riesgo de reincidencia no determina el potencial de cambio de los y las jóvenes y la intervención debe considerar una mirada prospectiva acerca del cambio¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Artículo 17 de la Ley N° 21.527. Compuesto por 5 miembros expertos de diferentes áreas vinculadas a la justicia juvenil, encargado de aprobar los estándares propuestos por el Directo Nacional, relativos al funcionamiento de programas y a la acreditación organismos y personales naturales que administren estos programas. Asimismo, se encargará de la acreditación de los referidos programas, instituciones externas y personas naturales. También tendrán una función de asesoramiento al Director Nacional en el desarrollo técnico del servicio. La ley se preocupa de regular de manera suficiente, con motivo de la discusión parlamentaria, la forma de selección de los miembros, la dieta salarial, incompatibilidades e inhabilidades, las causales de cesación y remoción y los recursos contra sus decisiones.

¹⁸⁶ Artículo 23. Esta comisión se preocupará de revisar periódicamente el funcionamiento del sistema instaurado por la Ley N° 20.084, en la que participarán los jefes superiores de diversas instituciones vinculadas con los asuntos que trata la misma ley. Se aprecia como se pretende solucionar la problemática de falta de coordinación de las instituciones respecto a la ejecución de las sanciones. El profesor Berríos al ser consultado por los problemas normativos que advierte en el sistema de responsabilidad penal adolescente responde que es sumamente necesario la separación (haciendo referencia al SENAME, en cuanto servicio responsable de los NNA vulnerados, como de los NNA en conflicto con la ley penal) y especializar los servicios. *“Esto debiera implicar mejorar la coordinación interinstitucional, ya que cualquier servicio, sea el actual o el futuro, no puede hacer su trabajo por sí mismo, sino que necesita coordinarse con el Ministerio de Educación, de Salud, de Trabajo, y para eso necesita tener poder, necesita tener fuerza institucional para lograr coordinar esa oferta y ponerla a disposición de la integración social de los adolescentes infractores”*. BERRIOS, G., LATHROP, F., CILLERO, M. p. 19-20.

¹⁸⁷ Artículo 25 de la Ley N° 21.527.

¹⁸⁸ Artículo 27. Le corresponderá implementar en su respectiva región el Plan de Acción Intersectorial de Reinserción Social Juvenil, que la Comisión Coordinadora Nacional le propone al Consejo Nacional de Reinserción Social Juvenil. Se destaca que es el Comité Operativo Regional el que finalmente concretiza en el terreno todo este entramado de estrategias, sin perjuicio de la crítica en cuanto a la falta de descentralización efectiva que recae sobre ellos, en general, pareciera que las funciones al nivel regional parecen ser eminentemente operativas. MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; BOLIVAR, Daniela; BERRIOS, Gonzalo; SANTIBAÑEZ, María Elena, DUCE, Mauricio; CILLERO, Miguel; CARVACHO, Pablo. Op. cit. p. 7.

¹⁸⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. [En Línea] Santiago de Chile, 13 de enero de 2023. [Consulta: 2 de mayo 2003]. Disponible en: [Historia de La Ley::Historia de la Ley \(bcn.cl\)](#). p.62.

¹⁹⁰ Véase exposición de estudio de representantes del Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana (CESC) U. de Chile (desde el minuto 01:09:00 en adelante) en el Seminario Seminario: Reforma de Reinserción Social Juvenil – 11 junio 2021, disponible en canal de YouTube del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Seminario: Reforma de Reinserción Social Juvenil – 11 junio 2021

A partir del enfoque de Factores de Riesgo se emplea el modelo de Riesgo-Necesidad-Responsividad (RNR) que es uno de los más aplicados y con mayor influencia en la evaluación y tratamiento penal de adolescentes infractores. Lo valioso de este modelo es que el principio de responsividad implica la capacidad general de responder, y sobre esta respuesta es que se adopta el modo en que debe desarrollarse la intervención, conformándose con las habilidades, motivaciones y estilos de aprendizaje del infractor¹⁹¹.

Se aprecia como con la operacionalización del Modelo de Intervención se atienden a factores esenciales a la hora de buscar un cumplimiento de sanciones efectivo y eficaz con el adolescente. En la medida en que sea aplicado correctamente el modelo, debería tener importantes efectos sobre la evaluación de una medida de flexibilidad de la condena, ya sea la remisión o la sustitución. Esto no en cuanto signifique un avance en el plan de intervención, como podría ser una lectura del nuevo artículo 53 de la Ley N° 20.084, sino en la medida en que, al ajustarse la intervención a las características propias del sujeto intervenido, éste tendría a su favor mejores herramientas para enfrentar su proceso de resocialización. Este punto, en conjunto con la mirada prospectiva que debe tener este acompañamiento, invitan a concentrarse en la capacidad de respuesta frente a los factores de riesgo que tenga ahora el adolescente, y no en una mirada formal del plan. Por lo tanto, en esta situación, debe examinarse la procedencia de la sustitución, al menos, considerando que la reinserción será favorecida con la imposición de una sanción menos gravosa, especialmente, si la sanción original es de aquellas privativas de libertad.

Por su parte, recordando que el modelo está estrechamente vinculado con la condición particular del sujeto, en la medida en que no se estén logrando avances en su resocialización, la posibilidad de la sustitución debe quedar abierta, pues la particular atención a la situación del sujeto del modelo y la visión prospectiva, permitirían considerar que la reintegración del adolescente -foco central del sistema- puede lograrse por intermedio de una sanción menos gravosa. El Modelo de Intervención propuesto viene en reafirmar la postura del profesor Couso expuesta en el capítulo anterior, junto a la idea de Derecho Penal Mínimo que construye Cillero a partir del Interés Superior del Niño.

Lo anterior puede entenderse como el eje central de la nueva institucionalidad, la cual no ha estado exenta de críticas. Se propuso la idea de un Director Ejecutivo, lo cual no fue recogido en la ley definitiva¹⁹², también se cuestionó la falta de claridad acerca de si los programas acreditados serán de intervención general o específica y/o asociados a algún tipo de delitos en particular, lo cual tampoco ha quedado determinado en el resultado final de la ley y la mantención de un sistema de externalización de los programas. Sobre esto

[En línea] <[Seminario: Reforma de Reinserción Social Juvenil - 11 junio 2021 - YouTube](#)> [Consulta: 5 de julio 2023]. El material visual utilizado en esta seminario se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: [Seminario: Reforma de Reinserción Social Juvenil - Ministerio de Justicia y DDHH \(minjusticia.gob.cl\)](#)

¹⁹¹ JIMENEZ, M.A., GOYCOLEA, R., SANTOS, T (2020) Op. cit. p. 149.

¹⁹² MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; AA.VV. (2018). Op. cit. p. 6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 97

último se menciona que la evidencia internacional como nacional muestra que este diseño de la “institución prestadora” termina más ocupada de generar la numerosa evidencia necesaria para mantener la acreditación y evitar las sanciones, antes que en la calidad de la experiencia real de sus usuarios. Sumado a ello, se discute que la estandarización también restringe a autonomía profesional y las posibilidades de elaborar y establecer respuestas ajustadas a las necesidades particulares del contexto y de los usuarios¹⁹³.

También hubo aspectos discutidos, que finalmente fueron corregidos, al menos en parte, durante la tramitación parlamentaria, como lo es el establecimiento de un contenido mínimo legal para el proceso de licitación¹⁹⁴ y del manejo de información¹⁹⁵ por los distintos actores del sistema (su facilitación, su resguardo y su publicidad). Por otra parte, la ley se ocupa de la acreditación de organismos, personas naturales y programas, así como la contratación con éstos, la facultad de supervisión y sanciones del servicio¹⁹⁶ y, finalmente, del personal y su patrimonio¹⁹⁷, todo lo cual requiere de análisis futuro cuando comience gradualmente la puesta en marcha de la ley.

En resumen, el nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil parece ir en la dirección correcta, entregando una nueva institucionalidad al sistema penal juvenil preocupado de desarrollar una actividad altamente técnica, en búsqueda de generar una intervención centrada en el adolescente con la finalidad de lograr efectivamente su reintegración social. El profesor Berríos valoró positivamente en su momento la presentación de la iniciativa que terminó por decantar en la Ley N° 21.527, puesto que responde a la real necesidad de reformar el sistema, tanto en sus aspectos institucionales, como penales y procesales¹⁹⁸.

3.2.- Modificaciones introducidas a la Ley N° 20.084:

En cuanto a las modificaciones introducidas a la Ley N° 20.084 el mismo Berríos señala: *“que la reforma abarca la mayoría de los problemas que, desde la práctica, la doctrina y la investigación se han identificado como necesarios de resolver”*.¹⁹⁹

Por su lado, Francisco Maldonado, abogado de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, indica que con motivo de la reforma, que constituye una mejora respecto de problemas graves que hoy presenta la normativa, se

¹⁹³ MORALES, Macarena. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Consideraciones educacionales. [En línea] <[Servicio-Nac-Reinserción-Social-Morales-2020-v3.pdf \(eduinclusiva.cl\)](#)> [Consulta: 15 julio 2023]. p. 2.

¹⁹⁴ Artículo 36 y ss. de la Ley N° 21.527; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 97. Véase: artículos 36 y 37 de la Ley N° 21.527.

¹⁹⁵ MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; AA.VV. (2018). Op. cit. p. 11; BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 144. Véase: artículos 10, 11 y 12 de la Ley N° 21.527.

¹⁹⁶ Véase artículos 46 a 49 de la Ley N° 21.527.

¹⁹⁷ Véase artículos 50 a 53 de la Ley N° 21.527.

¹⁹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 144. La gran variedad de expositores, representantes de instituciones dedicadas a asuntos de responsabilidad penal adolescentes, en general se mostraron de acuerdo con el contenido de la ley.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 144.

presenta: limitar la aplicabilidad de la multa y la amonestación, modificar la sanción de internamiento de régimen semicerrado, tratamiento de concursos de delitos cometidos como adolescentes y adulto/régimen de unificación, clarificación a los límites de imposición de sanciones, supresión del procedimiento monitorio, formalización del procedimiento abreviado, inclusión de sanciones accesorias (VIF y violencia en los estadios), notificación de la víctima en remisión y sustitución, apelación de todas las resoluciones propias de la ejecución, separación de acusaciones como regla general en caso de imputados adolescentes y adultos²⁰⁰.

Se agregan a ellos, la introducción de una instancia de mediación²⁰¹, herramienta novedosa en materia penal, la adecuación de la regulación de la suspensión condicional del procedimiento²⁰², la determinación de aspectos puntuales en la ejecución, como la competencia del juez de control de la ejecución, la determinación del plazo para la construcción del plan de intervención, entre otras cosas.

Un análisis general de las modificaciones introducidas permite señalar que el sistema penal juvenil no se ve expuesto a un cambio significativo, como ya se señaló, muchas de las disposiciones vienen en resolver anteriores dificultades que se identificaron en la aplicación práctica del sistema. A este respecto, Álvaro Castro, al elaborar un trabajo citado aquí, indica: *“Esta nueva regulación no le resta impacto al presente artículo, dado que el proyecto enviado al Parlamento no contempla una innovación profunda del sistema de sanciones penales juveniles. En lo medular, la sanción de régimen cerrado de adolescentes y su ejecución mantiene su regulación actual”*.²⁰³

Siguiendo lo dicho, se ha criticado que el cambio de la sanción de régimen cerrado a libertad asistida especial con internación parcial²⁰⁴ no constituye un gran cambio, pues mantiene la misma regulación de la primera. También se cuestionado que la implementación de esta sanción no se hace cargo de los cuestionamiento que apuntan al desarraigo familiar que implica su ejecución, los largos desplazamientos que deben realizar los jóvenes para cumplimiento a falta de centro suficientes en las distintas regiones, omitiendo la posibilidad de cumplimiento en el domicilio del condenado, aplicándose a los jóvenes el uso de tobillera electrónica, tal como lo hace ver la Jueza de Garantía de San Bernardo, Magdalena Casanova²⁰⁵.

En cuanto al catálogo de sanciones, la misma Jueza hizo ver la ineffectividad de la sanción de multa que no cumple ninguno de los fines establecidos en la ley, ejemplificando su postura con la siguiente situación. En la práctica sucede que esta sanción se da con la imposición de 1/3 de UTM, que en ultimo termino se entiende cumplida con el tiempo que

²⁰⁰ Ibidem. p. 69.

²⁰¹ Véase artículos 55 número 28 de la Ley N° 21.527, que agrega los artículos 35 ter, 35 quater, 35 quinquies, 35 sexies y 35 septies nuevos a la Ley N° 20.084.

²⁰² Véase artículo 55 número 26) de la Ley N° 21.527.

²⁰³ CASTRO, Álvaro (2022) Op. cit. p. 509.

²⁰⁴ Véase artículo 55 número 2) de la Ley N° 21.527.

²⁰⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 105. MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; AA.VV. (2018). Op. cit. p. 11.

el adolescente pasó en control de detención²⁰⁶. Esta sanción resultó suprimida del catálogo de sanciones²⁰⁷.

Igualmente se cuestionó la adecuación al sistema penal juvenil que realizaba el Proyecto de Ley a la regulación de la suspensión condicional del procedimiento. Correctamente se reducían los plazos a un mínimo de 6 meses y un máximo de 12 meses, y se eliminan algunas de las condiciones, pero se restringían su aplicación a las faltas y los simples delitos, lo que pudiera haber significado una restricción no contemplada para adultos. Afortunadamente, esta restricción fue eliminada, quedando su procedencia a las reglas generales²⁰⁸.

La mediación en materia penal juvenil resulta ser un hito relevante orientada a la reintegración social del adolescente, pese a que también resultó expuesta a algunos cuestionamientos al dejar aspectos no resueltos en la ley²⁰⁹. Resaltamos como una de sus críticas la restricción marcada referente a ser una estrategia que vincula a la víctima y el ofensor, que podría limitar la participación de la familia, entendida esta última como un actor importante en el sistema penal juvenil. A nivel comparado se permite incluso la intervención de la comunidad, como acontece en Italia²¹⁰. Aun habiendo aspectos por mejorar, en la medida en que la mediación sea aplicada cumpliendo con los debidos estándares respetuosos de los principios mínimos de especialidad, inclusión, accesibilidad e integralidad²¹¹, en relación a principios de confidencialidad, voluntariedad y neutralidad²¹², la justicia juvenil puede responder de buena manera a los requerimientos de los instrumentos internacionales en materia de responsabilidad penal juvenil, como es la consagración de un sistema especializado centrado en la reinserción, la necesidad de desjudicialización, la restricción del uso de la privación de libertad, etc.²¹³

Las modificaciones también recaen en aspectos que ya han sido mencionados en este capítulo, como lo es establecimiento del Informe Técnico, a lo que se suma la nueva regulación acerca de la determinación de sanciones²¹⁴ y la unificación de condenas²¹⁵, que no tenía una regulación encaminada a entregar una respuesta hacia la resocialización.

²⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 105.

²⁰⁷ Véase artículo 55 número 2) letra d) y número 5) de la Ley N° 21.527.

²⁰⁸ Artículo 55 número 26) de la Ley N° 21.527.

²⁰⁹ MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; AA.VV. (2018). Op. cit. p. 9.

²¹⁰ REYES, C., LABRENZ, C., DONOSO, G. Justicia Restaurativa en sistemas de justicia penal juvenil comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile. Revista Política Criminal 13(25): 626-649, julio 2018. p. 636.

²¹¹ MIRANDA, P., FARAH, J., BOLIVAR, D., BARACHO, B., FERNANDEZ, M. La mediación penal restaurativa juvenil en el marco del nuevo Servicio nacional de reinserción social juvenil en Chile; principios y fundamentos de una norma técnica. Revista Política Criminal 17(33): 229-262, julio 2022. p. 241-242.

²¹² Ibidem. p. 231.

²¹³ Ibidem. p. 231.

²¹⁴ Para una revisión del régimen actual, véase: HORVITZ, María Inés (2006) Op. cit.; MEDINA, Gonzalo (2009) Op. cit.; NÚÑEZ, Raúl y VERA, Jaime (2012) Op. cit. Véase artículo 55 número 13), 14) y 15) de la Ley N° 21.527, que modifica los artículos 21, 23 y 24 de la Ley N° 21.084, respectivamente.

²¹⁵ Para una revisión del asunto, véase: MATUS, Jean Pierre. Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. Revista Ius Et Praxis 14(2): 525-559, 2008. Véase el artículo 55 número 17) de la Ley N° 21.527, que introduce los nuevos artículos 25 bis, 25 ter y 24 quinquies en la Ley N° 20.084.

También se elimina el procedimiento monitorio y se consagra una regla sobre consentimiento informado, etc.

Otros cambios importantes que ha experimentado la Ley N° 20.084 no conviene tratar en este trabajo para no desviar el foco de la institución que interesa. Solo para llevar el análisis hacia la sustitución de condenas, la modificación que puede tener relevancia para ello es la definición de límites mínimos y máximos de sanciones, a saber, de entre 6 a 18 meses para la libertad asistida, 6 meses a 3 años para la libertad asistida especial, 6 meses a 5 años para la nueva sanción de libertad asistida especial internación parcial, y 1 año a 10 años para el régimen cerrado²¹⁶. Sobre este punto parece no haber comentarios sobre el establecimiento de límites máximos razonables en atención de la calidad de los NNA, sin embargo, puede resultar cuestionable la imposición de límites inferiores, particularmente cuando se trata de sanciones privativas de libertad. Así se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño, al señalar: *“Las sentencias mínimas obligatorias son incompatibles con el principio de proporcionalidad de la justicia juvenil y con el requisito de que la reclusión sea una medida de último recurso y por el período de tiempo más breve posible”*²¹⁷. Además, pareciera que los límites máximos solo beneficiaron a las sanciones menos gravosas dentro del catálogo de sanciones, manteniendo el límite de 10 años (adolescentes entre 16 y 17 años) para el régimen cerrado y reduciendo a 5 años el límite de la libertad asistida especial con internación parcial, que solo beneficia al segmento etario entre 16 y 17 años, que con el régimen semicerrado se veía expuesto a los 10 años de sanción. Lo anterior repercute en la materia que se busca analizar, pues estos límites se garantizarán a todo evento, incluyendo casos concursales y para el régimen de sustitución de condenas.

En términos generales, los cambios que se introducen van en la dirección correcta para perfeccionar el sistema en atención de alcanzar de la mejor manera la resocialización de los adolescentes, por ejemplo, con la adecuación de la normativa de la suspensión condicional del procedimiento, la inclusión de la mediación penal juvenil y la sustitución de la sanción de régimen semicerrado por la libertad asistida especial con internación parcial, puesto que la primera era foco de críticas por poca su efectividad con la intervención en relación a datos de reincidencia. Sin embargo, por otro lado, se observan modificaciones que se alejan de esta lógica, como puede ser el computo de la internación provisoria en el cumplimiento de la condena²¹⁸, así como el trato que se da al adolescente en esta situación, que no parece muy acorde con la presunción de inocencia. También dentro de este grupo, se puede contemplar el cambio introducido a la sustitución de condena.

²¹⁶ Véase el artículo 55 número 11) de la Ley N° 21.527, que modifica el artículo 18 de la Ley N° 20.084.

²¹⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 24 Op. cit. p. 14 (párrafo 78). COUSO, Jaime (2020) Op. cit. p. 5., también presenta de forma breve este punto, vinculándolo con la proporcionalidad.

²¹⁸ Véase el artículo 55 número 25) y 39) de la Ley N° 21.527.

3.2.1.- Modificación a la sustitución de condena: artículo 53 de la Ley N° 20.084:

Para iniciar este apartado es pertinente señalar la escasa preocupación que existió durante la tramitación legislativa respecto a la materia de sustitución de condena, cuestión que en todo caso se vincula con la poca atención que ha recibido esta institución por parte de la doctrina. En este sentido, para dar cuenta de esta idea, durante el Primer Trámite Constitucional en el Senado, que tuvo la participación de variados representantes de distintas instituciones, Rolando Melo, director de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente del Ministerio Público, fue uno de los pocos expositores que hace mención, y solo de manera muy general, a la necesidad de una modificación a la sustitución de condena, indicando que ésta requiere la incorporación de requisitos objetivos²¹⁹. Si asumimos que esta institución (Ministerio Público) adopta generalmente la posición de resistir la solicitud de sustitución que se hace ante el Juez de control de ejecución²²⁰, podría entenderse que su planteamiento justamente se dirige al establecimiento de tiempos mínimos de cumplimiento, en circunstancias que el Proyecto de Ley solo contemplaba la incorporación de un nuevo inciso segundo: *“La sanción sustituta no se podrá imponer en una extensión inferior o superior al mínimo o máximo previsto en la ley”*. Dicha modificación solo iba en la dirección de hacer compatible la sustitución de condena con la nueva lógica de límites de las sanciones.

La carencia de discusión profunda va en contra de la importancia que se debe dar a esta herramienta sumamente relevante a la hora de propender a la reintegración social de los adolescentes condenados por medio del sistema de responsabilidad penal juvenil, teniendo en cuenta las complicaciones que puede presentar una intervención formal tan fuerte en los derechos de NNA, por lo que ésta se muestra como el instrumento con que cuenta el mismo sistema para revisar periódicamente el cumplimiento de la sanción, y cómo ésta ha influido en el joven. Todo este comentario resulta reforzado cuando la sanción impuesta corresponde a una de naturaleza privativa de libertad, pues al encierro difícilmente se le pueden atribuir beneficios socializadores, debiendo recordar en este punto los estándares desarrollados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez tratados en la parte final del capítulo primero. Lamentablemente, no se logran apreciar referencias a estos estándares al momento de definir los nuevos contornos de la sustitución de condena.

Continuando con el análisis, por medio de la indicación número 119 B, del presidente de la República, se agrega el siguiente inciso final nuevo:

- *“Tratándose de sanciones impuestas en virtud de la comisión de un crimen respecto de quienes hubiesen sido previamente condenados por delito sancionado con pena*

²¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 76.

²²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. p. 98. *“Por ello, pensaban que lo lógico era que esta labor la desempeñara el juez de control de la ejecución de la sanción y no el de la causa, correspondiendo al Ministerio Público hacer valer los antecedentes necesarios para oponerse a la revisión o revocación de la condena.”*

aflictiva, la sustitución solo procederá una vez que se hayan cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta”.

Por su parte, el presidente de la Comisión, Senador Harboe, propuso, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 121 del Reglamento del Senado, introducir en el inciso segundo del artículo 53, que pasa a ser tercero, la frase “, el desarrollo del plan de intervención”, a continuación de la voz “antecedentes”²²¹.

Respecto al Segundo Trámite Constitucional, y la discusión acaecida en la Cámara de Diputados, cabe mencionar que se produjeron intervenciones relevantes para el presente análisis, pero por el momento basta decir que se votó a favor de la nueva redacción del artículo 53 proveniente desde el Senado. Para pasar al examen de los nuevos requisitos y los efectos en el entendimiento de la institución de sustitución de condena, se muestra una tabla comparativa del actual y el nuevo artículo 53.

Actual artículo 53 de la LRPA.	Nuevo artículo 53 LRPA, modificado por la Ley N° 21.527.
<p>Artículo 53.- Sustitución de condena: El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.</p> <p>Para estos efectos, el juez en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, examinará los antecedentes, oír a los presentes y resolverá. A esta audiencia podrán asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos últimos no será nunca obstáculo para el desarrollo de la audiencia.</p> <p>La resolución que se pronuncie sobre la solicitud de sustitución será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva.</p>	<p>(NUEVO) Artículo 53.- Sustitución de condena: El tribunal encargado del control de la ejecución de las sanciones previstas en esta ley, de oficio o a petición del adolescente o su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento.</p> <p>La sanción sustitutiva no se podrá imponer en una extensión inferior o superior al mínimo o máximo previsto en la ley.</p> <p>Para estos efectos, el juez en presencia del condenado, su abogado, el Ministerio Público y un representante de la institución encargada de la ejecución de la sanción, examinará los antecedentes, el desarrollo del plan de intervención, oír a los presentes y resolverá. A esta audiencia podrán asistir los padres del adolescente o las personas que legalmente hubieren ejercido la tuición antes de su privación de libertad, y la víctima o su representante. La inasistencia de estos últimos no será nunca</p>

²²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 520-522.

<p>En caso alguno la internación en un régimen cerrado podrá sustituirse por una de las sanciones previstas en las letras e) o f) del artículo 6°.</p>	<p>obstáculo para el desarrollo de la audiencia.</p> <p>La resolución que se pronuncie sobre la solicitud de sustitución será apelable para ante la Corte de Apelaciones respectiva.</p> <p>En caso alguno la internación en un régimen cerrado podrá sustituirse por una de las sanciones previstas en las letras e) o f) del artículo 6°.</p> <p>Tratándose de sanciones impuestas en virtud de la comisión de un crimen respecto de quienes hubiesen sido previamente condenados por delito sancionado con pena aflictiva, la sustitución solo procederá una vez que se haya cumplido más de la mitad del tiempo de duración de la sanción originalmente impuesta.</p>
--	--

3.2.1.1.- Aspectos modificados o alterados por la Ley N° 21.527:

Ahora bien, para efectuar el análisis pertinente, se seguirá la estructura del capítulo segundo, remitiéndose a ello en lo que sea pertinente y deteniéndose en otros aspectos cuando sea necesario.

Habiéndose mantenido la competencia del juez de control de ejecución en el juez de garantía respectivo, en este ámbito vale lo dicho en el capítulo segundo, destacando la relevancia de la radicación de esta competencia en juez distinto a aquel que sentenció, pues responden a cuestiones diferentes.

En cuanto a los intervinientes habilitados para iniciar el procedimiento de sustitución de condenas, tampoco existe una variación, aunque habría sido valorable generar mecanismos de solicitud directa para el adolescente, sin perjuicio de otras vías, como puede ser por intermedio de su defensor. Pues si el modelo de intervención pensado en esta nueva ley pretender la participación del joven en su confección, misma lógica debiese aplicarse a la hora de pensar en una sustitución de condena como alternativa que favorezca su integración social, siendo el primer sujeto en evaluar cómo ha actuado en su propia persona la intervención. Esto está estrechamente vinculado con el derecho a ser oído consagrado en el artículo 12 de la CDN.

Con relación a los demás sujetos que pueden participar de la audiencia de sustitución de condena, si bien la nueva Ley N° 21.527 intercala un nuevo artículo 55 bis destinado, en términos generales, a asegurar la notificación de la víctima, en nada modifica las conclusiones alcanzadas por Núñez sobre el papel que le cabe a la víctima en el procedimiento de sustitución de condena.

Asimismo, se mantienen los aspectos sobre la necesidad de contar directamente con la presencia del condenado en la audiencia de sustitución, la posibilidad de recurrir de la decisión que recaiga en la sustitución por medio del recurso de apelación y las limitaciones de aplicabilidad de sustitución de la sanción de régimen cerrado.

Tampoco existe un cambio sustancial en el catálogo de sanciones, por lo que el requisito de que la sustitución de la sanción original procede por una que sea menos gravosa, no tiene mayores complicaciones en cuanto a su aplicación, debiendo conformarse al esquema del artículo 6.

3.2.1.2.- Modificaciones sustanciales al artículo 53 de la Ley N° 20.084:

A) Respeto a límites mínimos y máximos de la extensión de sanciones:

El inciso segundo nuevo es el primer cambio que se advierte en materia de sustitución, Sobre ello, Francisco Maldonado, durante la discusión legislativa, indica que esto es coherente con las demás disposiciones del proyecto previamente aprobadas. Prosigue, si la ejecución de una pena es positiva y el sentenciado obtiene que se le sustituya por una condena más baja, esta última se cumplirá por el saldo restante. Sin embargo, se preocupa en el caso de que ese período sea inferior a los mínimos que contendrá la legislación, en que no tiene sentido intervenir, se vuelve a la regla general, esto es, el mínimo respectivo contemplado para cada sanción. Ejemplifica su posición con la siguiente situación: *“si a una persona le quedaban cuatro meses de condena en régimen semi cerrado y se le sustituye en su beneficio por una libertad asistida, que tiene como mínimo seis meses, se respetará este último plazo, pese a que en la pena precedente le restaba por cumplir un término inferior”*²²².

El ejemplo que utiliza Francisco Maldonado para sostener su postura -postura del Ejecutivo- para la incorporación de este inciso segundo, no resulta del todo convincente. Primero, no explicita la cuantía de la sanción que se sustituye, factor más que determinante para pensar en el funcionamiento práctico de esta institución. Utilizando este mismo ejemplo, se puede considerar que el adolescente ha resultado condenado a 2 años de libertad asistida especial con internación parcial (que sustituye al régimen semicerrado), tiempo que no resulta exagerado, pues esta sanción tendrá como límite máximo los 5 años. Restando por cumplir 4 meses, accede a una sustitución de condena en libertad asistida, no habría razón para cumplir 6 meses bajo esta última sanción, lo que haría aún más extensa su sanción original, además de provocar una sobre intervención en el joven, lo que no se condice con un Derecho Penal Mínimo²²³, que invita a pensar como respuesta la no intervención²²⁴.

²²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 521.

²²³ CILLERO, Miguel (2006) Op. cit. p. 194; CILLERO, Miguel (2007). p. 248

²²⁴ En este sentido, puede citarse el comentario oficial a la Regla 11 de las Reglas de Beijing que, si bien se refieren a la facultad de remisión temprana de casos, permiten adoptar un planteamiento de no intervención que puede predicarse durante todo el procedimiento. *“En muchos casos, la no intervención será la mejor respuesta”*.

En el ejemplo propuesto también se podrían identificar deficiencias en la comprensión misma de la institución en análisis, pues de ocurrir una situación así, sencillamente se estaría confundiendo la sustitución con la remisión, algo detectado por la doctrina y verificado en la jurisprudencia²²⁵. No contemplar todas las posibles situaciones que pudieren suceder con esta nueva norma, pensando en el funcionamiento del sistema apegado a los límites mínimos de las sanciones, no es realista.

Esta norma necesariamente implica pensarla en supuestos en que las sanciones originales sean impuestas conforme al límite mínimo, de otra manera no podría comprenderse. Por otro lado, el respeto del límite máximo lleva necesariamente a la confusión con la remisión, en definitiva, a la inoperatividad e ineficacia de estos importantes mecanismos de flexibilización de las sanciones.

A este respecto es bastante decidora la intervención del Jefe de la Unidad de Defensa Especializada de la Defensoría Penal Pública, Señor Aranda: que se reproduce: *“(…) mostró su disconformidad con el contenido de la letra a) de la indicación, toda vez que, por ejemplo, un joven condenado al plazo mínimo de una libertad asistida especial que ha ejecutado de forma correcta su condena -lo cual lo convierte en candidato a la sustitución- y que pasa a una libertad asistida simple, nuevamente deberá cumplirla por un período de al menos seis meses. En tal circunstancia, continuó, se produciría el efecto de duplicar la pena, lo que atentaría contra el principio de legalidad de la sanción, ya que un joven originalmente condenado a seis meses podría terminar siendo intervenido por un tiempo bastante superior²²⁶”*.

Lo más sorprendente es la respuesta del Señor Maldonado a este cuestionamiento: *“(…) coincidió con el análisis precedente y, dado ese raciocinio, la defensa del condenado será la que deberá ponderar la conveniencia de optar a una sustitución. Es posible que en ciertos casos se estime beneficioso alargar el tiempo de intervención, pero tener menos restricciones o condiciones que ejecutar, por ejemplo²²⁷”*.

Se aprecia como a partir de ambas intervenciones expuestas se llega a una conclusión preocupante. Por un lado, tenemos la aplicación de una verdadera nueva sanción, vulnerándose con ello principios tan importantes como la legalidad y la culpabilidad, que han sido verdaderas conquistas en el Derecho Penal Juvenil desde hace un tiempo no tan extenso. Por otro lado, tenemos la justificación de la intervención más allá de la culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, justificado en los beneficios de la intervención²²⁸. En consecuencia, aparte de que el nuevo inciso tiene reducida aplicación práctica que no permite mantener su establecimiento en la ley, se permite mediante ella retomar prácticas que se entendían superadas, propias de un modelo tutelar.

²²⁵ COUSO, Jaime (2010). Op. cit. p 312. ARAVENA, Ricardo (2018). Op. cit. p. 10.

²²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 521.

²²⁷ Ibidem. p. 521.

²²⁸ Podría incluso pensarse que las verdaderas justificaciones responden a consideraciones peligrosistas: COUSO, Jaime (2020) Op. cit. p. 2.

Se permite sancionar bajo la supuesta justificación de que la intervención es lo más beneficioso para el adolescente, resultando esto en una visión paternalista evidente. Esto también implica que la sanción no se funda en la culpabilidad del sujeto, sino que se acude a fines preventivo especiales positivos para justificar el castigo, lo que no se ajusta a los consensos doctrinarios actuales a raíz de las críticas que desde diferentes perspectivas se ha hecho a la fundamentación de la sanción penal en la prevención especial positiva o resocialización. Así se ha comentado que el *“Estado no puede, si quiere someterse al respeto a los derechos y libertades de las personas, ampliar o intensificar su respuesta penal bajo el argumento de que la sanción es una intervención que favorece el desarrollo e integración social del individuo”*.²²⁹

Como ya se dijo, no se aprecian amplios supuestos de aplicación de la norma, pero el mensaje que con ella se transmite es verdaderamente preocupante, y no se conforma ella a las intenciones de la nueva institucionalidad propuesta por la Ley N° 21.527 de lograr una efectiva integración social del adolescente condenado.

B) “En tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor”:

La siguiente modificación efectuada sobre el artículo 53 de la Ley N° 20.084 fue introducida a instancias del presidente de la Comisión, Senador Señor Harboe: *“(...) trajo a colación la redacción contenida en el inciso primero del artículo 53 en vigor, puesto que, a su juicio, en los requerimientos para solicitar la sustitución de la condena debería instituir también una referencia al adecuado cumplimiento del plan de intervención, de modo de realzar su relevancia. Añadió que si se le otorga valor legal al plan de intervención se elevarán los estándares actuales, que resultan demasiados bajos. (...) puntualizó que el objetivo de su propuesta no se funda en el ánimo de coartar las facultades del juez para otorgar el beneficio, sino que para resaltar el valor legal del plan de intervención, que se erige como una pieza clave en la iniciativa de ley que ocupa a la Comisión”*.²³⁰

Acerca de esta modificación, se logra entender la preocupación del presidente de la Comisión, Senador Harboe, por el contexto en el cual se da la discusión, esto es, la creación de un nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil, que pretende desarrollar una cada vez mejor intervención en los NNA, que se materializa en la generación de un plan de intervención ajustado a las circunstancias particulares del joven condenado, con la finalidad última se lograr su reintegración social efectiva, por lo tanto, la intención de prestar la debida atención al plan de intervención y de querer dotarlo de los mayores resguardos legales se justifican en este contexto.

Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para afinar la discusión de una importante institución de la etapa de ejecución como es la sustitución de condena. El sistema penal

²²⁹ 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: 1-37, abril 2008. p. 21.

²³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 521-522.

juvenil y la nueva institucionalidad se encaminan en la reintegración social del joven, ese es el aspecto central, y no el aseguramiento de los instrumentos a los cuales éstos son sometidos, aunque se piense que lo último implica necesariamente el bienestar del sujeto. En este punto es pertinente traer a colación el planteamiento de Couso, respecto de la naturaleza de la sustitución, que se muestra como una institución eminentemente instrumental²³¹, destinada a permitir el logro de una integración que no ha podido culminarse con la ejecución de la sanción original, ya sea porque se estima que éstos podrá concretarse por intermedio de una sanción menos gravosa, o bien, porque la sanción original no logra ajustarse adecuadamente a las capacidades de respuesta del joven infractor, aspecto que surge de las bases teóricas que se emplean para la configuración del modelo de intervención. Por lo tanto, se debe privilegiar la mirada prospectiva en el juicio procedente en la evaluación de la sustitución, a diferencia de lo que ocurre con la remisión, que responde a una herramienta de economía penal que exige una mirada retrospectiva, lo que se traduce en el cumplimiento de objetivos en la satisfacción del plan de intervención, siendo esto último a lo que hace referencia el Senador Harboe.

Entonces, esta es la discusión que debe existir en el trasfondo de la incorporación de la revisión del plan de intervención a la hora de decidir sobre la sustitución, lo que desafortunadamente no ocurrió, sino que la modificación se funda en el resguardo del plan de intervención como instrumento central del modelo y en elevar la exigencia de procedencia de la sustitución, en otras palabras, el cumplimiento del plan de intervención, sin precisar el nivel de cumplimiento del mismo, regulación que no se ajusta con el entendimiento que aquí se ha dado a la sustitución de condena. Este planteamiento, junto a la consideración de la sustitución de condena como facultad del juez de control de la ejecución, resta peso a la consideración de la revisión periódica de la sentencia como derecho a una ejecución especializada del adolescente²³².

Esta idea de cumplimiento del plan de intervención descarta entonces la posibilidad de que se evalué la sustitución de condena cuando la sanción original presenta claras desventajas, que se traduciría en un no cumplimiento del plan de intervención, frente a la sanción sustituta, de cara a lograr la reintegración social del adolescente.²³³

Con todo, la pretensión del Senador Harboe, se consagra legalmente como “el desarrollo del plan de intervención” y no como “el cumplimiento del plan de intervención”, por lo que podría entenderse de manera menos rigurosa a como fue planteado. Mas, la incorporación de la frase en la norma se dirige ciertamente en exigir cierto cumplimiento del plan de intervención, sin que se especifique cómo debe ponderarse esto, lo que puede ocasionar seguras dificultades en las decisiones que los jueces realicen del asunto, tal como se dejó ver en la parte final del capítulo segundo.²³⁴

²³¹ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 317.

²³² CASTRO, Álvaro (2021). Op. cit.

²³³ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 336.

²³⁴ Sobre este punto puede revisar la tesis para optar al grado de licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales realizada por Francisca Ruiz y Francisca Vergara, en la cual realizan una revisión de la jurisprudencia en materia de mecanismos de flexibilidad de la ejecución de sanciones penales juveniles, entre ellos, la sustitución de

Adicionalmente, la consideración del plan de intervención necesariamente estará contemplada en el juicio prospectivo, no como un requisito para su procedencia, al menos en el plano teórico doctrinal, pero sí para servir de insumo y/o antecedente en la construcción del pronóstico, pues será este el instrumento que brinde la mayor cantidad de información, ya sea positiva o negativa respecto a su cumplimiento, lo que no debiera incidir directamente en la procedencia de la sustitución, cuestión que en todo caso sucede.

Un último aspecto que parece prudente considerar es la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la configuración de las distintas instituciones que componen el sistema penal juvenil, entre ellas la sustitución. En este escenario, se cita reiteradamente el artículo 28.1 de las Reglas de Beijing: *“La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible”*. Si bien Couso ha entendido que aquí no se exige un previo logro de los fines de la sanción, es importante destacar que éste y otros instrumentos internacionales se establecen como normas mínimas. Así, el comentario oficial de la regla 2 del instrumento citado indica: *“Las Reglas mínimas se han formulado deliberadamente de manera que sean aplicables en diferentes sistemas jurídicos (...)*. Para luego indicar: *“La regla 2.3 responde a la necesidad de leyes nacionales que tengan expresamente por objeto la aplicación óptima de las Reglas mínimas, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico”*. Con ello se quiere resaltar el espacio que queda para que cada Estado establezca sus propias normas en la materia, respetando estos mínimos. No se aprecian argumentos para entender ciertas condiciones para dar paso a la sustitución de condena como una contradicción con la institución, lo que puede entenderse comprendido en la frase “tan pronto como sea posible”. Así se han establecido límites temporales o que la sanción sustitutiva hubiere resultado aplicable desde el primer momento²³⁵, sin perjuicio de los demás criterios que cada Estado pueda incorporar, siempre que obstaculicen más de lo razonable la finalidad de la sustitución de condena, cual es la reintegración del adolescente.

En este sentido, la inclusión del examen del desarrollo del plan de intervención vino en reafirmar una lectura que se estaba produciendo en nuestros tribunales, dotándola de la debida legalidad, sin perjuicio de gustar o no su incorporación. Lamentablemente, ya

condena. En ella dan cuenta de que los fallos favorables a la sustitución fundados en la integración de los adolescentes realizaban un juicio retrospectivo, considerando el plan de intervención sin necesidad de su inclusión en la norma del artículo 53, bastando para ello, entonces, la referencia que hace en la misma al “examen de los antecedentes”. Por supuesto, mismo juicio retrospectivo puede apreciarse a la hora de decisiones desfavorables para la sustitución. VERGARA, Francisca y RUIZ, Francisca. Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de estándares internacionales y fines de la pena de la Ley N° 20.084 en las instituciones de sustitución, remisión y quebrantamiento. Tesis para optar al grado de licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2020. 134 h.

²³⁵ Como sucede con la regulación española: Véase el artículo 51 de Ley 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de menores, que establece: *“Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente ley”*.

habiéndose aceptado su inclusión, resulta necesaria especificar qué nivel de desarrollo se espera o qué se entiende por desarrollo del plan de intervención, si excluye lo anterior la posibilidad de pensar en la sustitución cuando la sanción está actuando negativamente en el sujeto.

La correcta lectura que a juicio de este tesista debiese haber es que el plan de intervención solo servirá como antecedente, junto a cualquier otro dato pertinente, para evaluar la procedencia de la sustitución tanto por existir mejores expectativas de reintegración social bajo una sanción menos gravosa, como por la no consecución de los resultados esperados con la sanción original al no haber una vinculación efectiva entre ésta, el plan de intervención y la capacidad de respuesta del joven²³⁶. Sin embargo, otra lectura permitirá la consideración de avances en el plan de intervención como requisito para proceder a la sustitución, debiendo ser de preocupación que no se instaure una confusión con la institución de remisión.

C) “Se hubiere iniciado su cumplimiento”:

La última de las modificaciones fue introducida a instancias del propio Ejecutivo por medio de una de sus indicaciones al Proyecto de Ley. Impresiona un tanto la poca discusión que hubo en la tramitación legislativa sobre la incorporación de este inciso final al artículo 53 de la Ley N° 20.084, que fue únicamente cuestionado durante el Segundo Trámite Constitucional en Cámara de Diputados, habiéndose aprobado sin dificultades en el Senado. La sola lectura de este inciso final lleva a cuestionar su implementación en un sistema penal juvenil, como se revisará.

Este nuevo requisito, limitado en cuanto al tipo de delitos como respecto a la actividad delictiva previa del sujeto en cuestión, no viene en modificar el entendimiento del funcionamiento propuesto en el capítulo segundo de este trabajo, relativo al requisito consistente en que la sustitución resulta procedente desde que se hubiere iniciado su cumplimiento, vinculado al concepto de mínimo preventivo general que recoge el profesor Couso desde la Teoría dialéctica de la unión de Roxin. Sino que viene en confirmarla, pero sobrepasando ampliamente los fundamentos de su mantenimiento en cualquier sistema de responsabilidad penal adolescente.

No parece necesario reiterar lo que ya se ha dicho en el capítulo respectivo, en orden a que la falta de consagración legal de un tiempo mínimo de cumplimiento en el artículo 53 de la Ley N° 20.084, haya significado una renuncia del legislador por el mantenimiento de fines preventivos generales (o retributivos si se quiere) en la fase de ejecución de la sanción. Al

²³⁶ El jefe de la Unidad de Defensa Especializada de la Defensoría Penal Pública, señor Aranda, al referirse sobre la cuestión discutida en torno al cumplimiento del plan, hace “*presente, sin embargo, que los efectos del cumplimiento son distintos para la consideración de la remisión o sustitución de la condena. Así, en el primer caso se instituye como una consecuencia del correcto cumplimiento del programa por parte del joven, en tanto que en el segundo el juez prevé que un cambio de la condena tendrá mejores expectativas en la reinserción del joven, por haber variado sus circunstancias iniciales*”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 522.

contrario, la reflexión del profesor Couso parece entregar suficiente respuesta a este cuestionamiento, que se justifica en que, de no ser considerado este mínimo preventivo general, el sistema entraría en una insostenible contradicción, que llevaría a la respuesta ya superada de mantenimiento de penas privativas de libertad fundadas en fines preventivos especiales.²³⁷

Durante la tramitación del Proyecto de Ley que dio origen a la Ley N° 20.084, en la Cámara de Diputados se modifica la sustitución de condena, contemplando un plazo mínimo de cumplimiento para la procedencia de la institución correspondiente a un tercio de la condena. Como es evidente, este guarismo fue suprimido en el Senado.

En este supuesto, la propuesta de Couso, en términos generales, y sin atender a otras consideraciones que pueden afectar la estimación acerca de cuánto de este mínimo es prudente, propone el autor citado que este mínimo preventivo podría entenderse cumplido incluso entre un cuarto y un tercio del cumplimiento de la condena²³⁸. No obstante, el mismo autor se preocupa de indicar un límite objetivo que debe cumplirse a todo evento. *“La especialidad del tratamiento a los adolescentes parece jugarse, sobre todo (y esto es lo relevante) en la cuestión de si ese mínimo tenderá a asimilarse al que, en la práctica rige para los adultos”*.²³⁹

Una modificación que hubiera resultado beneficiosa para la corrección de interpretaciones diversas a la aplicación de sustitución habría sido el establecimiento de un tiempo mínimo objetivo determinado por la ley, postura a la que parece adherir Ricardo Aravena²⁴⁰, sin embargo, los cambios propuestos por la nueva Ley N° 21.527 en ningún momento se hacen cargo de esto.

En este sentido, resulta decidir que el Senador Allamand, durante la discusión, haya reiterado cuestionamientos acerca de la posibilidad de que la sanción pueda ser sustituida recién iniciado el cumplimiento²⁴¹. Lo cual podría ser respondido por el mínimo de racionalidad que toda decisión judicial requiere, una revisión de las decisiones de los tribunales, lejos de acoger solicitudes en un tiempo muy menor de cumplimiento o con la respuesta construida sistemáticamente por Couso. Lo que se quiere decir, es que nada se avanzó acerca las dificultades que ya se mostraban desde hace tiempo en la regulación del artículo 53.

Ahora bien, respecto al inciso final agregado, indica el representante del Ejecutivo, Señor Valenzuela: *“Finalmente se establece una limitación dependiendo de la gravedad de los casos, así si ha sido condenado con pena afflictiva (joven reincidente) solamente es posible discutir la sustitución de la sanción cuando se ha cumplido la mitad de la pena impuesta”*.²⁴²

²³⁷ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. 294.

²³⁸ Ibidem. p. 302; 308.

²³⁹ COUSO, Jaime (2012) Op. cit. p. 168.

²⁴⁰ ARAVENA, Ricardo (2018) Op. cit. p. 33

²⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 521.

²⁴² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. p. 1.086. El subrayado es mío.

En esta parte, se quiere destacar la intervención del Diputado Leonardo Soto, frente a la inclusión de este inciso, pues justamente se cuestiona sobre los aspectos destacados recientemente. Resalta que se condiciona la sustitución al cumplimiento de la mitad de la pena originalmente impuesta. Repara en que esta condición no existe en materia de responsabilidad penal de adultos y se basa en comportamientos pasados del joven, que ni siquiera dicen relación con la sanción del crimen que se pretende sustituir²⁴³.

El representante del Ejecutivo reitera la justificación de la norma en la gravedad especial de los hechos. Indica que se puede realizar un símil con la figura de la libertad condicional de adultos, que también establece tiempos mínimos de cumplimiento. Finalmente, señala que la norma tendría, en todo caso, baja aplicación²⁴⁴. Preocupa que la discusión se desentienda de las dificultades que envuelven la regulación de la sustitución de condena. Con esta intervención del Señor Valenzuela, relacionándolo con lo dicho antes respecto del Senador Allamand, pareciera que no hay un análisis profundo de la institución, ni tampoco la debida consideración de la propia experiencia. Como ha quedado demostrando, es indispensable que se cuente con un mínimo preventivo general en la fase de ejecución, lo verdaderamente relevante, como ha remarcado Couso, es que el tratamiento que se dé a los NNA sea especial y diferenciado.

En conclusión, el nuevo inciso final del artículo 53 de la Ley N° 20.084 resulta ser manifiestamente contrario al correcto entendimiento de la sustitución de condena del sistema de responsabilidad penal adolescente.

Primeramente, por atender a aspecto de gravedad del hecho, en una institución en que lo que debe primar es un juicio prospectivo, resultando ser cuestiones diferentes a la determinación de la pena y la sustitución de condena, como ha quedado dicho a lo largo del trabajo. A mayor abundamiento, esta consideración de la gravedad de los hechos ni siquiera se limita a los hechos que motivan la sanción que se pretende sustituir, sino que se extienden a hechos anteriores que ya resultaron debidamente sancionados en su oportunidad. Couso excluye incluso para un pronóstico de reiteración la consideración del historial delictivo previo del adolescente²⁴⁵.

Segundo, al establecer que la procedencia de la sustitución solo procederá una vez cumplida la mitad de la condena, omite la recepción de los estándares internacionales generados a partir del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, particularmente, en lo referente a la privación de libertad, esto es, la excepcionalidad de la privación de libertad y la mayor brevedad posible de la misma. Al no tomar en consideración estos estándares, pierden de vista las finalidades que deben cumplir las sanciones en el sistema, contempladas en el artículo 20 de la Ley N° 20.084, afectando incluso la fase de ejecución de éstas, etapa en la cual debe primar el fin preventivo especial positivo, empero la regulación en examen solo buscan resaltar aspectos

²⁴³ Ibidem. p. 1086.

²⁴⁴ Ibidem. p. 1086.

²⁴⁵ COUSO, Jaime (2010) Op. cit. p. 336.

preventivos generales negativos o aspectos retributivos, quitando del centro al adolescente, lo que no se ajusta a todo este proceso reformativo motivado por la Ley N° 21.527

Por último, pero no menos importante, es patente la vulneración del principio de especialidad que debe regir en todo sistema penal juvenil, que ordena la configuración de un sistema especial y diferenciado respecto de los adultos, lo que deriva en respuesta menos rigurosas para con los NNA, en todo ámbito del sistema, en consideración de la especial calidad de sujeto en desarrollo que tienen éstos. Una simple lectura del artículo 33 letra c) de la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad aplicable a los adultos y que podría asimilarse al régimen de sustitución de condenas de adolescente, permite la interrupción de la pena privativa de libertad por el régimen de libertad vigilada intensiva contemplado como una de sus condiciones el cumplimiento de un tercio de la pena privativa de libertad. Baste lo dicho para declarar la contradicción de la nueva norma para con el principio de especialidad, que como obligación primera exigiría un trato más favorable que el de los adultos, lo que no se estaría cumpliendo.

3.3.- Adecuación de la modificación analizada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

Por medio de este último apartado, se busca entregar una visión general de la modificación al artículo 53 de la Ley N° 20.084, desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se ha expuesto en el capítulo primero. En este sentido, se debe recordar cómo se ha entendido el funcionamiento del sistema de responsabilidad penal adolescente, es decir, desde y hacia los principios, criterios y estándares que en este ámbito se han desarrollado en materia de Niñez.

La nueva norma del artículo 53 con motivo de la Ley N° 21.527, no parece aportar elementos que favorezcan a la conformidad de la sustitución de condena con el sistema de responsabilidad penal que se construye a partir de este entramado jurídico internacional. Además, tampoco las modificaciones vienen en resolver las problemáticas interpretativas identificadas.

Acercas de la introducción de un nuevo inciso segundo, más allá de la operatividad que tenga la norma en la práctica, su establecimiento significa un retroceso en la configuración del modelo de responsabilidad del adolescente en conflicto con la ley penal, pues retoma prácticas que han sido sumamente críticas, las cuales era de común ocurrencia en el modelo tutelar que a partir de la CDN se buscan superar, esto es, la justificación de la intervención más allá del principio de legalidad y de la culpabilidad por el hecho. El Principio Educativo, lejos de emplearse para justificar la imposición coactiva de tratamiento a los adolescentes, tiene un papel fundamental en la ejecución penitenciaria, fundamentando una regulación más benigna en materia de condiciones de encierro y de beneficios

penitenciarios²⁴⁶. En el supuesto, improbable a este parecer, de que la intervención signifique el mantenimiento por más tiempo que el dispuesto en la sanción original, en sanción de libertad asistida especial con internación parcial -privativa de libertad-, este nuevo inciso va en contra de los criterios revisados más arriba de intervención mínima, excepcionalidad de la privación de libertad y la mayor brevedad posible de la misma.

El segundo cambio dispuesto en el artículo 53 encontraría cierta aceptabilidad desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, toda vez que los instrumentos internacionales pertinentes en la materia se encargan de establecer normas mínimas, ciertas bases, dentro de las cuales los Estados respetando dicho contenido deben elaborar sus propios sistemas. No existen argumentos robustos para excluir el examen del desarrollo del plan de intervención.

En conexión con esto, se debe considerar que la modificación se consagra correctamente como “el desarrollo del plan” y no “el cumplimiento del plan”, no especificando cómo debe realizarse el examen del desarrollo del plan a la hora de decidir la sustitución por parte del sentenciador. Serán los tribunales, nuevamente, quienes deberán ir adecuado la aplicación de la norma, entendiendo que en la sustitución de condena prevalece un juicio prospectivo. En este escenario, se puede mencionar la Regla 23.2 de las Reglas de Beijing, que señala: *“Dichas disposiciones incluirán la facultad otorgada a la autoridad competente para modificar dichas ordenes periódicamente según estime pertinente, a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas”*. A ello se vincula necesariamente, a la hora de tomar decisiones por parte del juez de control de la ejecución, el Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo 3 de la CDN.

Finalmente, la incorporación del inciso final al artículo 53, es clarificador en demostrar la total falta de apreciación del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, a los cuales se alude expresamente en el Mensaje del Proyecto de Ley que termina en la creación de la Ley N° 20.084. Podría perfectamente afirmarse que los sistemas de responsabilidad penal adolescentes se sustentan en el Principio de Especialidad, que se deriva del artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Regla 2.3 de las Reglas de Beijing, por mencionar algunas, lo cual se justifica en las evidentes diferencias tanto físicas como psicológicas entre niños y adultos. Retomando el concepto elaborado por Tiffer²⁴⁷, la diferenciación debe reflejarse, en comparación con los adultos, entre otras cosas, en la intervención penal mínima. La sola circunstancia de que este inciso final nuevo establezca, no una exigencia igual que a la de los adultos, sino que más gravosa y castigadora, lleva indefectiblemente a que la norma indicada se aleje de manera rotunda de los principios y estándares mínimos para un sistema penal juvenil. Aquí, también se puede mencionar una desatención evidente respecto de la excepcionalidad de la privación de libertad y la mayor brevedad posible de la misma.

²⁴⁶ COUSO, Jaime (2006) Op. cit. p. 61.

²⁴⁷ Véase sección: 1.3.1.1, Capítulo primero.

CONCLUSIONES:

Por medio del presente trabajo se buscó realizar un análisis de la modificación introducida por la nueva Ley N° 21.527 al artículo 53 de la Ley N° 20.084, es decir, en materia de sustitución de condena en el sistema de responsabilidad penal juvenil. Para esta tarea, previamente, se recurre al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez por el especial origen que han tenido estos sistemas en los países de la región, entre ellos, Chile.

El tratamiento de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal se ha llevado a cabo desde hace mucho tiempo, siendo el modelo preponderante durante el siglo XX el modelo tutelar, que aprecia a éstos como objetos de tutela y no como sujetos de derechos. Con la gestación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por medio de la cual se reconoce a éstos un catálogo extenso de derechos se comienza un cambio de la visión que se tiene sobre niños, niñas y adolescente, quienes ahora pasan a constituirse en verdaderos sujetos de derechos, dentro de los cuales pueden identificarse derechos y garantías relacionados al sometimiento a un proceso penal formal cuando han infringido la ley. En consideración de lo anterior, se comienza a realizar en nuestro país un proceso de reforma respecto del sistema imperante para dar respuesta a hechos delictivos cometidos por menores de edad.

Este proceso se materializa en la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente. El sistema que finalmente instaura esta ley no ha estado exento de críticas y complicaciones. Se puede mencionar entre ellas la amplia remisión que se efectúa a cuerpos normativos de aplicación general, en circunstancias que se exige el cumplimiento de un tratamiento especial, diferenciado y privilegiado, en contraste con la situación de los adultos, respecto de los adolescentes infractores de ley penal. Se agrega a ello la consagración de normas que despiertan algunos problemas interpretativos que obstaculizan la consolidación de un sistema verdaderamente especializado. Este contexto, junto a otras situaciones relevantes, han sido motivo suficiente para la dictación de la nueva Ley N° 21.527, que prontamente entra en vigor.

Entre uno de estos asuntos, susceptibles a diversas interpretaciones, se encuentra la institución de la sustitución de condena contemplada en el artículo 53. En su regulación se aprecia la falta de criterios orientadores para su correcta aplicación. Atendida la generación del sistema a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta relevante su estudio como herramienta para salvar estas dificultades.

Valioso es lo dicho por Couso en este punto: *“En realidad la especialidad de sistema de responsabilidad penal de adolescentes, más allá de esas reglas explícitas, deriva de la aplicación de principios jurídicos, establecidos en instrumentos internacionales que protegen derechos de los adolescentes imputados o condenados (...). La validez general de esos principios exige también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones*

*más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales*²⁴⁸.

Es así como se han identificado principios generales básicos y estándares más específicos, estrechamente vinculados con la etapa de ejecución de sanciones, siendo esta última la fase en que se inserta la sustitución de condena. El Principio de Especialidad, el Principio Educativo y el Interés Superior del Niño entregan las bases del sistema penal juvenil, abarcando todas las etapas del procedimiento. A partir de ellos también se construyen e identifican estándares que tienen marcada influencia en la fase de ejecución, como son la intervención mínima y desjudicialización, la excepcionalidad de la privación de libertad y la mayor brevedad posible de la misma. Estos elementos, por tanto, deben ser necesariamente atendidos al trata la materia en estudio, así como cualquier otro asunto del sistema de responsabilidad penal adolescente.

Habiéndose determinado la base sobre la cual se sitúan estos sistemas, se procede al examen de la sustitución de condena en los términos en que actualmente se encuentra vigente. Como paso necesario para ello, también se pronuncia este trabajo sobre la fase de ejecución de la sanción en la que se inserta la sustitución. De su estudio se puede afirmar que en ella adquiere mayor trascendencia el fin preventivo especial positivo encaminado a lograr la reinserción social del sujeto condenado, todo lo cual se ve potenciado en el ámbito juvenil. Se advierten también ciertas deficiencias en esta etapa, que se comparten tanto en el ámbito juvenil como de adultos, siendo extensibles a la ejecución de sanciones juveniles los cuestionamientos que se hacen respecto de la regulación de la situación de estos últimos. El principal inconveniente que se evidencia es la falta de un juez exclusivo en materia de ejecución de las penas, recayendo esta función, en ambos sistemas, en el juez de garantía respectivo. Esta situación influye directamente en la correcta aplicación de la sustitución de condena debido a que para ello se requiere contar con la debida especialización para el conocimiento de estos asuntos, que difiere del juzgamiento acerca de la responsabilidad o no del sujeto. Más complejo resulta el panorama en el sistema penal juvenil en el que la especialización debe abarcar, tanto la fase del proceso en cuestión, como la especial calidad que tienen los niños, niñas y adolescentes, cuestión que el sistema vigente no ha resuelto.

En este mismo capítulo, también se aborda un asunto de la mayor relevancia para el estudio de esta institución. Se refiere ello a los fines de la pena que se reconocen en el sistema de responsabilidad penal juvenil, y como éstos se manifiestan en la fase de ejecución de las sanciones. La propia naturaleza de estos sistemas, que buscan la responsabilización por el hecho del joven, junto a la prosecución de la correspondiente reintegración social del mismo, es manifestación de las teorías mixtas de la pena que vienen en caracterizar estos sistemas. Combinación de fines que constantemente entran en tensión, tal como lo expresa el comentario oficial de la Regla 18 de las Reglas de Beijing. Se reconoce que, en estos sistemas, más aún en la fase de ejecución, prevalecen los fines preventivos especiales positivos, lo que permite la instauración de mecanismos de flexibilidad de las sanciones

²⁴⁸ COUSO, Jaime (2012).Op. cit. p.269.

como la sustitución de condena. Esto, sin embargo, no excluyen la participación de fines preventivos generales o retributivos, todo lo que debe ser equilibrado en atención a la pronta reintegración del joven.

Respecto a la regulación específica de la sustitución de condena, se restringe el análisis del presente trabajo al artículo 53 de la Ley N° 20.084 que contiene todos los elementos propios de esta institución, siendo el artículo 54 de la misma ley, una modalidad condicionada de la sustitución, resultándole plenamente aplicable todo lo dicho sobre la primera disposición. En esta parte se sigue muy de cerca lo expuesto por el profesor Jaime Couso porque es él quien se ha dedicado de manera más extensa y completa al análisis de la sustitución de condena en la doctrina nacional. En base a este autor, se aprecia que la reducida regulación para lograr la mejor aplicación de las instituciones que se insertan en la fase de ejecución de las sanciones produce importantes dificultades interpretativas. En esta línea, los requisitos que han ocasionado más problemas son: “en tanto ello parezca más favorable para la integración del infractor” y que “se hubiere iniciado su cumplimiento”. Couso tras haber realizado un completo examen de la normativa, de manera sistemática, estudio de Derecho Comparado y revisión de la historia fidedigna de la ley, entrega los contornos de la sustitución de condena.

De esta manera, la duda que generaba la ausencia de un límite de cumplimiento para la procedencia de la sustitución, con relación al requisito de que se hubiere iniciado su cumplimiento, no implicaba un abandono por parte del legislador del mínimo preventivo general contemplado para la fase de ejecución de la sanción. De no ser así, el sistema entraría en notoria contradicción, pues se justificaría la mantención de la privación de libertad en fines preventivos especiales, en circunstancias de que ello se ha reservado para las conductas delictivas más graves, justificando el encierro en fines preventivos generales y/o retributivos.

Por su parte, el requisito sobre que la sustitución parezca más favorable para la integración del infractor se vincula con la pregunta acerca de si debe exigirse un cierto cumplimiento del programa por parte del adolescente o no. Se resuelva esta interrogante haciendo referencia a la naturaleza propia de esta institución, que se presenta como un medio para un fin, es decir, su naturaleza es instrumental, lo que exige un juicio prospectivo para su concesión, a diferencia de lo que puede ocurrir con la remisión de la condena, que exige un juicio retrospectivo. Sin perjuicio de ello, se reconoce que, para la generación del pronóstico, la información acerca del cumplimiento del plan puede servir como insumo o antecedente para guiar esa proyección, sin que se desconozca que las conclusiones que se obtengan pueden ser ambivalentes. En este sentido, se dejaría abierta la posibilidad de sustitución para el caso en que la sanción sustitutiva se muestre como más efectiva para alcanzar la óptima reintegración social, así como cuando la sanción original no esté dando los resultados esperados, de cara a la sanción sustitutiva que podría aplicarse.

Finalmente, luego de definir los contornos y haber determinado el correcto entendimiento de la norma que consagra la sustitución de condena, se procede a analizar las modificaciones introducidas por la nueva Ley N° 21.527, que crea el Servicio Nacional de

Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescente, y a otras normas que indica.

Sin entrar en detalles sobre el contenido específico que fue suficientemente abordado en el capítulo de rigor, en términos generales la nueva ley y el servicio que ésta establece se encauzan en la dirección correcta, y así lo han declarado quienes tuvieron oportunidad de participar en su elaboración y tramitación. La tecnificación del servicio, la disponibilidad y utilidad de información y la generación de estándares para asegurar intervenciones efectivas, preocupados de reconocer las especiales condiciones de los adolescentes condenados, se entiende que permiten la reintegración social de los jóvenes, siendo este el punto central de toda actividad e intervención.

Por otra parte, las modificaciones introducidas a la Ley N° 20.084, viene en resolver las problemáticas más arriba expuestas, en otras palabras, se busca dar solución a aspectos que desde un primer momento no fueron bien reguladas en la citada ley, así como responder a deficiencias que fueron identificadas en la medida que el sistema se iba implementando. También se destaca la introducción de la justicia restaurativa a través de la mediación penal juvenil, avance importante para lograr la reintegración social del adolescente, evitando las consecuencias, muchas veces perjudiciales, de verse sometido a un proceso formal. Es importante decir, igualmente, que otros aspectos no son debidamente atendidos, como puede ser el tratamiento de la medida cautelar de internación provisoria, que ha sido un problema que se ha manifestado desde los comienzos de la implementación del sistema. Con todo, las modificaciones establecidas por la Ley N° 21.527 a la LRPA se encuentran bien encaminadas en orden a lograr la reintegración social del adolescente.

Sobre este escenario es que corresponde evaluar las modificaciones que se han realizado a la regulación del artículo 53 de la Ley N° 20.084, es decir, dentro de una regulación que se preocupa especialmente por la figura del adolescente condenado para lograr de la manera más efectiva su reintegración social a través de la sustitución de condena.

Sin embargo, como se ha tenido oportunidad de revisar, el legislador desaprovecha una oportunidad valiosa de regular todos aquellos aspectos que han provocado dificultades en la correcta aplicación de la sustitución de condena, siendo ilustrativo para esta idea, las decisiones que los tribunales han pronunciado sobre estas solicitudes, mediante las cuales incluso han exigido requisitos que no contempla la ley, así como confundir su procedencia con la remisión.

Más preocupante que ello, es el hecho de que las modificaciones realizadas no se conforman con los principios, criterios y estándares que se han desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez, entrando en directa contradicción con los mismos. Durante la escasa discusión parlamentaria en torno a esta modificación, en ningún momento se hace referencia al contenido que en el ámbito internacional se ha generado, lo que deriva en la falta de entendimiento del sistema. Resulta sorprende que en una ley que se preocupa por lograr de manera más efectiva la reintegración social del adolescente, no se haya tomado en serio la regulación de tan relevante institución con que

se cuenta en fase de ejecución para este mismo propósito, más aún si se está cumpliendo una sanción privativa de libertad. No cabe más que concluir que el nuevo artículo 53 de la Ley N° 20.084 resulta ser un retroceso respecto de la regulación que ya existía, impidiendo su conformidad a los contenidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Niñez.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros y Revistas:

- 1.- AGUIRREZABAL, M., LAGOS, G., VARGAS, T. Responsabilidad penal juvenil. Hacia una "justicia individualizada". Revista de Derecho. 22(2): 137-159, diciembre, 2009.
- 2.- ARAVENA, Ricardo. La sustitución de la sanción penal en la Ley 20084. Trabajo para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Derecho Penal. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018. 49 h.
- 3.- BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. Justicia y Derechos del Niño (1): 9-21, 1999.
- 4.- BERRIOS, Gonzalo. El derecho del adolescente a ser escuchado en la audiencia de quebrantamiento de condena. Revista de Ciencias Penales 46: 199-206, 2019.
- 5.- BERRÍOS, Gonzalo. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Revista de Estudios de la Justicia (6): 161-174, 2005.
- 6.-BERRÍOS, Gonzalo. La ley de responsabilidad del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Política Criminal 6(11): 163-191, junio 2011.
- 7.- BERRIOS, G., LATHROP, F., CILLERO, M. Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Anuario de Derechos Humanos (14): 15-31, 2018.
- 8.- CASTRO, Álvaro. El derecho a una ejecución especializada: análisis normativo y jurisprudencial de la sanción en régimen cerrado en el derecho penal juvenil chileno. Revista Política Criminal 17 (34): 506-537, diciembre 2022.
- 9.- CASTRO, Álvaro. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. Revista Anuario de Derechos Humanos (14): 35-54, 2018.
- 10.- CASTRO, Álvaro. Dignidad Humana y principio de especialidad como fundamento de una intervención penal mínima y diferenciada en el ámbito de la justicia juvenil: una mirada a través de la criminología y del derecho internacional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En: Anuar Quesille (ed.), Constitución e Infancia. Santiago de Chile, 2017, p.423-453.
- 11.- CASTRO, Álvaro. La especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina. Revista Derecho PUCP (86): 251-289, junio-noviembre 2021.
- 12.- 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: 1-37, abril 2008.
- 13.- CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Revista Justicia y Derechos del Niño (1): 45-62, 1999.

- 14.- CILLERO, Miguel. La Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de adolescentes. Anuario de Derechos Humanos: 189-195, 2006.
- 15.- CILLERO, Miguel. La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño. Justicia y Derechos del Niño (9): 243-249, 2007.
- 16.- CORTES MORALES, Julio. A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El desafío pendiente. Justicia y Derechos del Niño (1): 63-77, 1999.
- 17.- COUSO, Jaime. Estándares de punición a adolescentes en la jurisprudencia de Cortes Constitucionales y Tribunales Internacionales de Derecho Humanos. Tendencias y problemas actuales. Latin American Legal Studies 6: 1-22, 2020.
- 18.- 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 38: 267-322, 2012.
- 19.- COUSO, Jaime. La Política Criminal para Adolescentes y la Ley 20.084. Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública: 1-33, marzo 2018.
- 20.- COUSO, Jaime. La sustitución y remisión de sanciones penales de adolescentes, criterios y límites para las decisiones en sede de control judicial de las sanciones. Informes en Derecho, Estudio de Derecho Penal Juvenil II (CEDOC DPP) (2): 269-355, 2012.
- 21.- COUSO, Jaime. Principio Educativo y (Re) Socialización en el Derecho Penal Juvenil. Revista de Justicia y Derechos del niño (9): 51-63, 2006.
- 22.- COUSO, Jaime. Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programa, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos. Revista Justicia y Derechos del Niño (1): 79-103, 1999.
- 23.- DÍAZ-MUNOZ, Andrea. Reglas de Beijing, su aplicación en el marco de las Leyes 19.970 y 20.084. Revista de Estudios de la Justicia (19): 207-214, 2013.
- 24.- DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. Revista Ius et Praxis 15 (1): 73-120, 2009
- 25.- DUCE, Mauricio. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno. Revista Política Criminal 5(10): 280-340, diciembre, 2010.
- 26.- DURAN, Mario. Derecho Penitenciario: delimitación de su concepto, función y contenido desde un modelo teleológico-funcional del fin de la pena. Revista de Derecho 247: 117-156, enero-junio 2020
- 27.- DURAN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Conceptos, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Revista Política Criminal 4(8): 266-291, diciembre 2009.
- 28.- ENJUNES, Jordi y MORATA, Txus. Estudio de la sustitución y suspensión de la pena en justicia juvenil, Aproximación a la realidad penal juvenil catalana. Revista d'Intervenció Socieducativa (63): 115-127, 2016.

- 29.- ESTRADA, Francisco. La ejecución de sanciones en la justicia penal adolescente. El Observador (2): 119-141, octubre 2008.
- 30.- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco. La ejecución de la sanción penal adolescente y el plan de intervención. Magister en Derecho de Infancia, Adolescencia y Familia. Santiago, Chile. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2010. 50 h
- 31.- ESTRADA, Francisco. La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno. Revista Chilena de Derecho 38(2): 545-572, 2011.
- 32.- GARCÍA MENDEZ, Emilio. Infancia. De los derechos y de la justicia. 2° ed. Actualizada. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. 368p.
- 33.- GÓMEZ, A., BERRÍOS, G., ARANDA, A. Justicia Penal Juvenil: Jurisprudencia que contribuye a su especialidad. Revista de la Defensoría Penal Pública (9): 43-46, 2013
- 34.- HÉRNANDEZ, Héctor. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito". Revista de Derecho 20(2): 195-217, 2007.
- 35.- HORVITZ, María Inés. Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable. Revista de Estudios de la Justicia (7): 97-119, 2006
- 36.- HORVITZ, María Inés. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?. Revista Política Criminal 13(26): 904-951, diciembre 2018.
- 37.- JIMENEZ, M.A., GOYCOLEA, R., SANTOS, T. Convivencia, disciplina y conflicto: las secciones juveniles de las cárceles de adultos en Gendarmería de Chile. Análisis de las actas de la Comisión Interinstitucional de Supervisión de los Centros de Privación de Libertad (2014-2017). Revista Política Criminal 15(29): 141-201, julio 2020.
- 38.- KUNSEMULLER, Carlos. La judicialización de la ejecución penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 26: 113-123, 2005.
- 39.- LATHROP, Fabiola. La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. Revista Chilena de Derecho Privado (22): 197-229, julio 2014.
- 40.- LLOBET, Javier. El interés superior del niño en la jurisprudencia penal juvenil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad REEPS, (1): 1-24, 2017.
- 41.- LLOBET, Javier. La Justicia Penal Juvenil en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano: 393-416, 2002.
- 42.- MALDONADO, F. Consideraciones acerca del contenido de especialidad que caracteriza a los sistemas penales de adolescentes. Revista de Derecho – Escuela de Postgrado, (5): 17-54, julio, 2014
- 43.- MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Estudios Públicos (108): 117-205. 2007.
- 44.- MAÑALICH, Juan Pablo. Pena y ciudadanía. Revista Estudios de la Justicia (6): 63-83, 2005.

- 45.- MATUS, Jean Pierre. Propositiones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley N° 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas. *Revista Ius Et Praxis* 14(2): 525-559, 2008.
- 46.- MEDINA, Gonzalo. Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. *Revista de Estudios de la Justicia* (11): 201-234, 2009.
- 47.- MIRANDA, P., FARAH, J., BOLIVAR, D., BARACHO, B., FERNANDEZ, M. La mediación penal restaurativa juvenil en el marco del nuevo Servicio nacional de reinserción social juvenil en Chile; principios y fundamentos de una norma técnica. *Revista Política Criminal* 17(33): 229-262, julio 2022.
- 48.- MORALES, Ana María; DROPELMANN, Catalina; BOLIVAR, Daniela; BERRÍOS, Gonzalo; SANTIBAÑEZ, María Elena, DUCE, Mauricio; CILLERO, Miguel; CARVACHO, Pablo. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Análisis del proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y otras normas que indica”. *Observatorio Legislativo. Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile* (36): 4-15, 2018.
- 49.- MORALES, Ana María y SALINERO, Sebastián. ¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?. *Revista de Derecho (Valdivia)* 33(1): 319-341, junio 2020.
- 50.- MORALES, Macarena. Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Consideraciones educacionales. [En línea] <[Servicio-Nac-Reinserción-Social-Morales-2020-v3.pdf \(eduinclusiva.cl\)](#)> [Consulta: 15 julio 2023].
- 51.- MORON, María José. Recurso de Amparo rechazado. Quebrantamiento de condena en audiencia de condenado adolescente. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (50): 262-275, marzo 2012.
- 52.- NÚÑEZ, Raúl y VERA, Jaime. Determinación judicial de la pena, motivación y su control en el Derecho penal adolescente chileno. *Revista Política Criminal* 7(13): 168-208, julio 2012.
- 53.- NUÑEZ, Raúl. La víctima en las audiencias de sustitución y remisión de la condena de adolescentes. Algunas cuestiones problemáticas en relación con su notificación y participación. *Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública*: 1-23, noviembre 2011.
- 54.- PEÑARANDA, Enrique y BASSO, Gonzalo. Capítulo VII. La pena: nociones generales. En: LASCURAÍN, Juan Antonio (coord.) *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Primera edición, Madrid, España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019. p. 161-190.
- 55.- PÉREZ VAQUERO, Carlos. La justicia juvenil en el derecho internacional. *Derecho y Cambio Social*: 1-19. 2005.
- 56.- REYES, C., LABRENZ, C., DONOSO, G. Justicia Restaurativa en sistemas de justicia penal juvenil comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile. *Revista Política Criminal* 13(25): 626-649, julio 2018.

- 57.- SANTIBÁÑEZ, M. E. y ALARCÓN, C. Análisis crítico de la aplicación práctica de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y propuestas de mejoramiento. Dirección de Asuntos Públicos, (27): 1-14, junio, 2009
- 58.- SALAS, P. Consideraciones prácticas de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Revista de Estudios de la Justicia (14): 217-242. 2011.
- 59.- SUBIJANA, Ignacio. El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (07-11): 1-20, 2005.
- 60.- TIFFER, Carlos. Fines y determinación de las sanciones penales juveniles. Informes en Derecho, Estudio de Derecho Penal Juvenil II (CEDOC DPP) (2): 11-43, 2012.
- 61.- TIFFER, Carlos. Principio de especialidad en el derecho penal juvenil. En: BELOFF, Mary (coord.), Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil. Buenos Aires, Argentina, Editorial Jubiare, 2017, p. 51-82.
- 62.- VALENZUELA, Jonatan. Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile. Revista de Estudios de la Justicia (6): 191-209, 2005.
- 63.- VALENZUELA, Jonatan. La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena. Revista de Derecho 23(1): 255-268, junio 2019
- 64.- VALENZUELA. La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil. Revista Estudios de la Justicia (11): 235-260, 2009.
- 65.- VERGARA, Francisca y RUIZ, Francisca. Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de estándares internacionales y fines de la pena de la Ley N° 20.084 en las instituciones de sustitución, remisión y quebrantamiento. Tesis para optar al grado de licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2020. 134 h
- 66.- VON HIRSCH, Andrew. Sentencias proporcionales para menores ¿Qué diferencia con las de los adultos? Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública: 61-85, Octubre 2012.

NORMATIVA

NACIONAL:

- 1.- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. [En Línea] Santiago de Chile, diciembre de 2005. [Consulta: 20 abril de 2003]. Disponible en: <http://s.bcn.cl/20riv>
- 2.- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 21.527. [En Línea] Santiago de Chile, 13 de enero de 2023. [Consulta: 2 de mayo 2003]. Disponible en: [Historia de La Ley::Historia de la Ley \(bcn.cl\)](#)
- 3.- Ley N° 20.084. CHILE. Establece un sistema de responsabilidad de los antecedentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, diciembre 2005
- 4.- Ley N° 21.527. CHILE. Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.0884, sobre responsabilidad penal de

adolescentes, y a otras normas que indica. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, enero 2023.

5.- Ley N° 18.216. CHILE. Establecen penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, mayo 1983.

INTERNACIONAL:

1.- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General N° 24: Los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24 [En línea] 18 de septiembre de 2019 [Consulta: 20 de abril de 2023] Disponible en: [CRC/C/GC/24 \(defensorianinez.cl\)](https://www.defensorianinez.cl/):

2.- Convención sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1989 [En línea] <[Texto de la Convención sobre los Derechos del Niño | UNICEF](#)> [Consulta: 10 marzo]

3.- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985 [En línea] <[Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores \(cidh.org\)](#)> [Consulta: 10 marzo 2023]

4.- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices RIAD), Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990 [En línea] <[Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil \(oas.org\)](#)> [Consulta: 15 marzo 2023]

5.- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana), Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990 [En línea] <[Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad | OHCHR](#)> [Consulta: 15 marzo 2023]

6.- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990 [En línea] <[Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad \(Reglas de Tokio\) | OHCHR](#)> [Consulta: 15 marzo 2023]

JURISPRUDENCIA:

NACIONAL:

1.- Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 25-2023, 20 de enero de 2023

2.- Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 521-2022, 10 de junio de 2022.

3.- Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 580-2022, 7 de julio de 2022.

4.- Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 169-2015, 20 de febrero de 2015.

INTERNACIONAL:

1.- Mendoza y otros v. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de mayo de 2013, Serie C No, 260.

MATERIAL AUDIOVISUAL:

1.- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Seminario: Reforma de Reinserción Social Juvenil – 11 junio 2021 [En línea] <[Seminario: Reforma de Reinserción Social Juvenil - 11 junio 2021 - YouTube](#)> [Consulta: 5 de julio 2023].