

Voces: LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE - RÉGIMEN PENAL DE MENORES - JUICIO DE MENORES - MENOR IMPUTADO - REPRESENTACIÓN DEL MENOR - RESPONSABILIDAD PENAL

Título: Responsabilidad penal juvenil: Estado actual y perspectivas - Maldonado Fuentes, Francisco

Autor: Maldonado Fuentes, Francisco

Fecha: 18-nov-2009

Cita: MJCH_MJD372 | MJD372

Producto: MJ

Por Francisco Maldonado Fuentes(1)

El presente texto pretende exponer algunas ideas acerca de la valorización que nos merece el funcionamiento del sistema de responsabilidad penal adolescente vigente en nuestro país. Si bien este objetivo conllevaría concentrarse estrictamente en contenidos propios del presente (discusiones, dudas y vacíos detectados o, si se prefiere, denunciados), nos proponemos desarrollar una aproximación en perspectiva, a partir de contenidos axiológicos que entendemos determinan los lineamientos u orientaciones centrales que deben (deberían) caracterizar al modelo. Creemos que dicha dinámica se justifica en este caso, y de manera particular, bajo el convencimiento de que es la única forma de dar cuenta en forma breve de todo aquello que conlleva un "estado actual", permitiendo reflexionar acerca de sus causas y, al mismo tiempo, ofreciendo un contenido con perspectivas críticas y de futuro. En concreto pensamos que sólo de esta forma es posible superar la mera descripción enunciativa de un conjunto de problemas, dificultades interpretativas y su explicación meramente fenomenológica.

I

Han pasado ya poco más de 2 años desde que en nuestro país se implementara un sistema dirigido a dar una respuesta jurídico penal especializada frente a la comisión de un ilícito penal por parte de un adolescente, modelo contenido en la Ley 20.084 (y sus modificaciones)(2). Se trata de una iniciativa de enorme impacto, ambiciosa desde el punto de vista de los objetivos sociales que se le asocian de manera natural (básicamente referidos a la oportuna recuperación de la adolescencia "descarriada") y que se encuentra aun en pleno curso de implementación, tanto material como -sobre todo- cultural, atendida su escasa vigencia. De ahí que no sea extraño que a estas alturas dicho sistema haya experimentado, y aun mantenga, un conjunto de aspectos críticos y dificultades comúnmente asociadas -y con razón- a su puesta

en marcha. Se incluyen también en ello las dificultades de comprensión del sentido concreto de determinados pasajes y aspectos considerados ausentes u omitidos en la nueva normativa, lo que, además de las cuestiones propiamente relativas a la implementación material del sistema propuesto(3), afectan el funcionamiento ordinario del modelo(4).

Casi esta de más destacar que dichas observaciones en modo alguno configuran un escenario que haya empañado o motivado la emisión de un diagnóstico negativo acerca de dicha reforma. Y es que, en general, se suele reconocer que este nuevo sistema constituye un aporte si se tiene en cuenta la situación precedente, materializando un salto cualitativo (sobre todo en cuestiones asociadas a legitimidad) que coloca a cualquier aproximación en un punto de partida positivo. Otra cosa es lo que puede pronosticarse en una visión de futuro, esto es, a las posibilidades de que dicha valoración (positiva) pueda sostenerse en el tiempo. A nuestro juicio existe un hilo conductor común que incide en buena parte de las observaciones cuya falta de resolución adecuada puede llegar a contaminar las posibilidades de satisfacción real y permanente de los objetivos que motivaron (e incluso exigieron) la consagración de esta normativa.

Con ello, nos parece que a estas alturas resulta insuficiente ensayar respuestas o propuestas de solución frente a los nudos (fracciones) del modelo que han sido considerados como críticos que se limiten a constatar las necesidades de lege ferenda o que, peor aun, solo acoten sus objetivos a plantear los aspectos problemáticos, controvertidos o criticables que los explican u originan. El desafío hoy en día es tratar de ir un poco mas allá, a modo de asumir la tarea que cabe al jurista en la practicabilidad del modelo a través de la tarea hermenéutica.

II

Para ello resulta tremendamente relevante tener en cuenta que en sus orígenes esta regulación recibe influencias de una multiplicidad de condicionantes. En primer lugar subyace a dicho sistema el objetivo fundamental (y obligatorio) de dotar a los adolescentes de las condiciones propias que les corresponden en cuanto personas, titulares y sujetos (autónomos) de derechos fundamentales. Se trata de una finalidad que se traduce de manera natural en la necesidad de equiparar el tratamiento que se les debe brindar en el ámbito de las restricciones a derechos fundamentales asociadas a la comisión de un ilícito penal con el previsto, como regla general, para todos los adultos.

La trascendencia de este objetivo (su exigencia constitucional) no debe llevarnos a pensar que dicha finalidad concentra la totalidad de los objetivos perseguidos con el nuevo modelo, mas allá que por momentos parezca originar y regir de manera preferente su orientación. Constituye pues sólo uno de los aspectos (determinantes, por cierto) necesarios de considerar. Y es que además, y también en el campo de lo esencial, se busca reconocer que en el adolescente concurre un marco de diferencias que permite a su vez fundar un tratamiento penal diverso al que se le concede a un adulto y que se refleja en la necesidad de que este modelo de cuenta de un estatuto especial. Este aspecto, conforme a la generalidad de las opiniones y al propio texto de la ley, constituye una cuestión indubitada, que por lo demás viene siendo exigida a través del cuerpo de diversos los instrumentos internacionales que promueven y reclaman su consideración(5).

Sobre esas bases, la Ley 20.084 no se limita a cubrir la necesidad de reconocer la presencia de un piso o estatuto común entre adolescentes y adultos en el plano de los derechos comprometidos en el sistema penal, sino que además procura incorporar aspectos

(determinados) a través de los cuales se regula un tratamiento diferenciado, fundado en la concurrencia de determinadas cualidades o caracteres en el adolescente que lo coloca en una posición social y (consecuencialmente) jurídica diferente (principio de especialidad).

Dichos objetivos se acompañan además -y muy de cerca- por un asentado convencimiento acerca de la escasa efectividad preventiva que ofrecía el modelo que se pretendió sustituir, construido preferentemente (mas no de manera exclusiva) en base al ideario paternalista o tutelar, vigente en nuestro país -como en todo el mundo occidental- prácticamente durante todo el siglo XX(6).

III

Estos objetivos (igualdad de derechos esenciales, especialidad y eficacia preventiva) parecen gozar en general de una aceptación más o menos uniforme entre los especialistas, siendo por ello desde siempre valorada positivamente la idea de que era necesario consagrar un nuevo sistema. Sin embargo, el producto generado no parece gozar de la misma uniformidad de pareceres. Baste ver la enorme dificultad que existe para precisar en qué consiste la novedad de este sistema (su especialidad) a pesar de que se trata de una cuestión indiscutiblemente propia de las definiciones fundamentales del modelo. Con ello, no debiese extrañar que buena parte de las observaciones que ha recibido el modelo se encuentren asociadas, o cuando menos, estrechamente condicionadas por esta indeterminación, siendo también posible apreciar que una parte de ellas, además, se desarrollan a partir de una determinada y parcial visión de dicho contenido(7).

Así por ejemplo, para algunos la especialidad se traduce simplemente en una mayor o más enérgica tendencia hacia la prevención especial, con particular relevancia en sede de determinación y ejecución de las sanciones. Dicha aproximación no sólo obvia que se trata de una idea que por definición caracteriza (y de forma extrema) a la intervención tutelar sino que además constituye una orientación que igualmente condiciona la aplicación y ejecución penal en el régimen de adultos (a través de condiciones e instancias del todo similares como los llamados beneficios intrapenitenciarios y la propia libertad condicional)(8). Con ello, el contenido diferencial (la novedad o especialidad) que aporta se hace muy tenue y bastante difícil de precisar. De hecho, a partir de esa bases, y las réplicas posibles de advertir en otros ámbitos (p. ej. en el campo de las denominadas "salidas alternativas" al proceso) o a través de otros principios (p. ej. la última ratio en el uso de la privación de libertad)(9) parece razonable plantearse la especialidad como una cuestión de grados, simplificando con ello su contenido y potencial.

Dicha comprensión (esta vez directa o intencionalmente) es la que subyace en quienes entienden que la especialidad sólo se traduce en una especie de rebaja o reducción en los índices de aflictividad de la sanción, una respuesta simplemente más blanda, emanada de lo que se considera es un déficit presente en el adolescente. En ello se toma como punto de partida el que la normalidad en el ámbito de relaciones sociales se desarrolla bajo las condiciones propias de la adultez y, consecuencialmente, se pasa a comprender al adolescente como una especie de sujeto en formación, un verdadero actor incompleto, al que necesariamente le cabe por ello un menor grado de responsabilidad (personal) a partir de su capacidad disminuida. Se trata de un entendimiento marcado por criterios de corte retributivo, que configura un modelo característico de épocas previas a la masiva y exitosa instauración de mecanismos correccionales, pre-existente por ello a la configuración y reconocimiento del propio concepto de adolescencia. De ahí que se conciba su condición social como una

verdadera anormalidad, cuestión que desde ya debiese llamar nuestra atención. Y es que dicha base difícilmente podrá llevar a la configuración de un estatuto o modelo especial, en tanto no se considera dicha categoría de sujetos en su integralidad.

Hay que tener presente que bajo esta perspectiva la imposición de una sanción atenuada parece no sólo reclamada por razones de merecimiento personal de pena, sino también por motivos vinculados a la valoración de las necesidades de intervención penal. En cuanto se asume que los caracteres descritos como propios del comportamiento adolescente permiten confiar en que un menor nivel de aflicción sería suficiente para motivar producción de efectos preventivos en los menores de edad. De esta forma, se hace innecesario el llegar a considerar la aplicación del rigor penal previsto para los adultos(10).

IV

Ahora bien, resulta difícil negar la supervivencia de estos planteamientos (clásicos) en una amplia gama de argumentos contemporáneos. Incluso más, parte de ellos parecen haber incidido decisivamente en la configuración del modelo plasmado en la ley, afectando asimismo la tarea de interpretación de la ley a nivel general. En efecto, esta orientación clásica se reflejaría en los cambios más trascendentales que experimentó el desarrollo histórico-legislativo de la Ley 20.084, y particularmente, el relativo a las modificaciones introducidas en las últimas instancias de tramitación en el ámbito de la determinación de la pena y en la especificidad que caracteriza a las reglas que consagran la exigencia de especialidad del modelo (11).

Esta operatoria propone desde ya una objeción de carácter general, emanada de la dependencia que se genera entre el subsistema de adolescentes y el previsto como regla general para los adultos, en cuanto se traduce en una mecánica de presupuestos, consecuencias y procedimental que no siempre permite dar debida cuenta de las particularidades que deben ser consideradas en adolescente, en cuanto propias de su comportamiento (naturalmente) característico. Se plasma en la supletoriedad asignada a la legislación general (de adultos) que lleva a asumir que el nuevo estatuto se compone exclusivamente por reglas excepcionales y tópicos previstas específicamente en la ley.

En el ámbito sustantivo, esta remisión automática a las prescripciones contenidas a nivel general en el Código penal incide tanto en el marco de reglas o requisitos exigidos para formular una imputación penal como también, y particularmente, en lo relativo al catálogo de comportamientos punibles que dan lugar a responsabilidad penal (12). La objeción en este plano se centra en que dicha mecánica no parece, en principio, dejar espacio para considerar aquellos elementos de juicio que presentan una relevancia disímil en caso de concurrir en el delito de un adolescente y que se traducen en la necesidad de considerar exigencias o parámetros diversos a la hora de valorar la ilicitud del comportamiento. Así por ejemplo, en torno a la exigencia que conllevan nociones normativas como el cuidado debido, la diversidad de representaciones que configuran la fase cognoscitiva del dolo, el baremo con que se deben medir nociones como la adecuación social del actuar o la determinación de las atribuciones de sentido que contienen las normas penales en relación a las que el adolescente está en condiciones de configurar (13).

Se trata de un contenido diferencial que afecta al conjunto de los comportamientos que en principio reclamarían una solución penal, siendo razonable bajo la misma lógica seleccionar solo un grupo de entre aquellos que son previstos como delito a nivel general. El punto está en

que los elementos antes esbozados justifican restringir la intervención penal sólo a dicho marco acotado, regido en general por parámetros asociados a la gravedad o prevalencia de los ilícitos (en definitiva, por razones de prevención general), atendido que las particularidades del adolescente hacen impensable o poco relevante la satisfacción de los fines perseguidos con la intervención penal en los demás casos (por lo demás esporádicos, tópicos o donde los elementos que le dan sentido o relevancia penal se muestra exclusivamente como algo circunstancial), confirmándose con ello que se trata de conflictos que parecieran mejor solucionados a través de vías menos invasivas y estigmatizantes (14). El propio régimen dispuesto para el tratamiento de las faltas así también parece confirmarlo, constituyendo el único campo en que dicha idea se plasma con claridad (15).

Por su parte, en el plano de la teoría de la pena no se puede desconocer que la normativa aprobada da cuenta de manera adecuada de la necesaria diversificación en las reacciones penales dispuestas por el legislador (16). Sin embargo es a la hora de fijar la mecánica que regirá su individualización donde se condiciona de manera determinante la ponderación de los criterios relevantes de considerar en las valoraciones (y sobre todo al sentido) que detentan en el régimen de adultos, predefinido en base a los caracteres que son propios de dicho estatuto general. En efecto, dicho proceso se inicia con la fijación de la penalidad procedente acorde a las reglas generales (de adultos), excluyendo sólo la fase de individualización estricta que se contiene en el artículo 69 del CP. Esta aparente exclusión o sustitución es mas bien una traslación pues, en los hechos, se trata de una fase que se replica en términos prácticamente idénticos al final del proceso de medición, incorporándose una etapa intermedia cuyo objetivo es desarrollar una mecánica que permita asociar, o lisa y llanamente transformar o transportar, el sistema de penas del régimen de adultos a la escala de sanciones propias de los adolescentes.

Para ello se recurre a una escala de equivalencias que arroja una gama de alternativas tomadas de la escala general de sanciones ("X pena de adulto es igual a Y o Z pena adolescente"), agrupadas de acuerdo a la gravedad o entidad de la restricción de derechos que conllevan (17). Con ello, a la precisión preliminar y tentativa de una extensión en la duración o entidad de la sanción (individualización cuantitativa) se le agrega, sólo posteriormente, la concreción de la naturaleza o clase de restricción a la que se aplicará dicha medición (individualización cualitativa), considerando, a estos efectos una regla que en términos formales es del todo equivalente a la prevista para la individualización estricta en el régimen general (art.69 del CP) y que sólo presenta particularidades en cuanto a considerar dos parámetros adicionales a los previstos en el régimen de adultos, relativos a la pertinencia o idoneidad de la sanción y a la edad del adolescentes infractor (18).

Mas allá que en dicho proceso se considere de manera forzosa una rebaja en el marco de la penalidad propia del adulto (la aplicación del grado inferior conforme a la escala general), y que existan límites objetivos aplicables a la extensión temporal de la generalidad de las sanciones previstas para los adolescentes (19) (muestras de especialidad que han sido valoradas positivamente por la generalidad), nada parece oponerse a la consideración de todas y cada una de las reglas que inciden en el proceso de individualización en caso de un adulto, aun y cuando no parezcan tener sentido, compatibilidad o sustento su necesidad (en la medida prevista) en caso de aplicarse al comportamiento de un adolescente (20).

Conviene a este respecto destacar que la alternatividad aplicable a la selección de la naturaleza de la sanción constituye un aspecto que en general ha concitado una valoración positiva, cualquiera sea la perspectiva de aproximación, en cuanto se la puede considerar

como una muestra que atiende a la diversificación que exige la riqueza y variedad del comportamiento adolescente, que permite una mejor adaptación a las necesidades preventivo especiales o que, en fin, habilita a medir en mejor forma su culpabilidad atenuada, según se prefiera. De ahí que, consecuentemente, haya sido en general valorada de manera negativa la llamada indicación Larraín (introducida como modificación -sustancial- en los arts.19 y 23 N°1 de la Ley 20.191) en cuanto modifica el marco de sanciones aplicables a los casos de mayor gravedad, dejando sólo una de ellas (la más grave o rigurosa): el internamiento en régimen cerrado (21) (22). Con ello no solo se limita la posibilidad de selección judicial (la alternatividad) en estos casos sino que además se pone en entredicho la última ratio en el uso de la privación de libertad (23).

Se trata sin embargo de un contenido perfectamente compatible con una perspectiva de corte más bien clásico, lo que se confirma con argumentos como el que la gravedad de estos hechos no puede razonablemente ser desconocida por el adolescente (sentenciando que "sabe y quiere lo que está haciendo" o que "tiene pleno discernimiento de juicio sobre su comportamiento") (24). Por su parte el hecho que sólo se haya previsto para los casos de mayor gravedad sirve de base para ratificar la última ratio de la medida, considerando además que el sentenciador conserva la posibilidad de incidir en la concreta duración temporal (25).

Por su parte, no se puede discutir que en el ámbito del proceso penal la legislación considera diversas reglas que buscan reforzar una mayor concentración, rapidez y diligencia en la gestión de los casos (26). También otras dirigidas a favorecer la resolución no punitiva de los conflictos suscitados, o a potenciar un escenario que sea más apto para el análisis cualitativamente más complejo que conlleva la precisión de las consecuencias aplicables (coherente con la mayor laxitud que plantea el modelo sustantivo en el ámbito de la pena y su individualización) (27). Sin embargo el hecho de que dichas instancias se configuren como reglas tópicas que sólo modifican (y excepcionalmente) el curso o desarrollo de la ritualidad procedimental fijada en el Código general (de adultos) no permite asegurar que diversas instituciones que carecen de sentido en el enjuiciamiento de menores de edad o que detentan en éste uno diverso al previsto como regla generalparezcan demandar plena vigencia y aplicación.

Así por ejemplo si a la mayor importancia que cobra la inmediatez de la respuesta o reacción estatal en estos casos le agregamos el que la fenomenología del delito juvenil suele dejar poco espacio a la investigación (28), no parece que las reglas de acortamiento de plazos previstas (por lo demás a veces poco relevante en comparación a los plazos que suelen fijarse para las investigaciones penales a nivel general) logren materializar a nivel concreto las diferencias necesarias de considerar, siendo mucho más relevante, en esta misma línea, la mayor trascendencia que se le asigna al procedimiento abreviado (29). Otro tanto puede señalarse de la amplitud dada a las salidas alternativas (30) y a la censura del debate (31).

Finalmente, no podemos dejar de destacar que esta dependencia también se refleja en aspectos más intangibles. Y es que la automaticidad también alcanza, y de forma casi inadvertida, a los criterios de aproximación que se desarrollan respecto a diversas instituciones del proceso, al igual a como sucede con el ámbito sustantivo penal. De esta forma se facilita el que la configuración de parámetros en base a casos de adultos se traspase al enjuiciamiento adolescente sin filtro alguno de adaptación. Sólo así podemos explicar por qué en este ámbito se han replicado defectos ya superados (al menos en una medida importante) con el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, como el -increíble- desajuste que en la actualidad existe entre prisión preventiva y condena privativa de libertad (32). Y es que la amplia mayoría de

quienes permanecen en prisión preventiva no son en definitiva condenados a una pena de encierro o, cuando menos, se resuelve que debieren serlo por un periodo inferior al que ya han satisfecho.

V

En este escenario, la primera interrogante que se plantea es si la asociación existente entre algunos (y diversos) aspectos de esta nueva normativa y la visión más bien clásica conlleva necesariamente el que debamos encuadrar el modelo íntegramente bajo el prisma de dicha orientación, con efectos concretos en el ámbito de la interpretación y aplicación de la normativa (a nivel general). Se contaría para ello con un conjunto de elementos teleológicos, sistemáticos e incluso históricos (asumiendo que esa era la pretensión del legislador, ratificada en la ley 20.191) en aquello que se requiera asumir una tarea hermenéutica, lo que podría llegar a traducirse (y así ha sido efectivamente, a nuestro juicio) en un empobrecimiento de los aspectos distintivos del modelo. No obstante creemos que concurren al mismo tiempo un conjunto, no menos importante, de elementos de juicio que se oponen a dicha conclusión.

Lo primero a considerar es que dicha orientación parece inadecuada para satisfacer el marco de objetivos que llevaron a la propia consagración del nuevo sistema. Así, y partiendo por lo más pragmático, es llamativo que este lineamiento, indiscutidamente tributario de una tendencia que busca dotar al sistema de una mayor efectividad preventiva, no pueda gozar precisamente en dicho plano de una valoración positiva. Se trata de una mecánica de intervención que resulta acreedora de buena parte de las objeciones plantadas en esta materia y que sirvieron de base para demandar y justificar una reforma de carácter completo e integral del sistema previamente vigente. No hay que olvidar que una parte importante de los casos de que conocía el sistema de justicia antes de la ley 20.084 , precisamente aquellos que pueden ser caracterizados como de mayor gravedad, eran enjuiciados bajo el modelo clásico que plantea desde sus orígenes el Código Penal, esto es, disponiendo el tratamiento de una parte de los adolescentes mayores de 16 años que se rigiera por las modalidades de intervención de la responsabilidad penal de adultos, del todo similar a la lectura que desde esta perspectiva se hace del nuevo sistema penal juvenil (33). Si bien dicho efecto se encontraba condicionado a los resultados de un examen circunstanciado acerca del nivel de discernimiento presente en concreto en cada adolescente, y que la práctica reveló que los criterios considerados a la hora de resolverlo se encontraban estrechamente asociados al diagnóstico de su peligrosidad criminal (y a las condicionantes sociales que la motivan), la estructura que se plantea es precisamente tributaria de las ideas antes señaladas, esto es, asumir que lo relevante de considerar se limita al hecho que el adolescente cuenta con capacidad atenuada de responsabilidad (34).

De esta forma, y con total independencia de los problemas de legitimidad que supone este procedimiento (y de las demás objeciones posibles de sostener en este plano respecto del examen de discernimiento) son las propias razones de eficacia preventiva las que desaconsejan reincidir en este camino, que según hemos ya señalado, forma parte importante (sobre todo en los delitos más graves) del modelo que pasa a ser sustituido por la Ley 20.084. Y no parece lógico postular un sistema que cuadra con los caracteres básicos de aquél que se pretende reemplazar.

En segundo lugar esta misma constatación nos permite reiterar que si bien el objetivo de sustitución del modelo tutelar constituyó una parte importante de las finalidades que apoyaron la consagración del nuevo sistema, dicho objetivo no representa en exclusiva la totalidad de las

pretensiones confiadas en la reforma, cuestión particularmente relevante en lo atingente al carácter especial del modelo proyectado. Y es que según hemos visto los déficit de legitimidad que se buscan corregir a partir de dicha temática no llevan sino a una condición (mínima) de igualdad con el adulto, sin que contribuya de manera directa a esclarecer el contenido de la especialidad. No se trata de minimizar la trascendencia o urgencia de este objetivo, determinante (indiscutiblemente) en la decisión política de llevar a cabo una reforma en la materia (35), sino sólo de destacar que la exclusiva consideración de dichos aspectos de legitimidad puede llevarnos a desdibujar, e incluso a obviar, los demás objetivos que subyacen a la reforma, como creemos que ha sucedido en este caso, con particular incidencia en la satisfacción de otros aspectos cuya satisfacción puede también ser considerada como una exigencia de igual rango o entidad (36). En efecto, el motor que a dichos efectos representa la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1990), en un marco que prioriza a nivel general las necesidades de adecuación material de los contenidos de nuestra legislación a las prescripciones que emanan de las garantías constitucionales, contiene ya en sus propios contenidos las bases de la especialidad, avanzando un punto más allá de la sola necesidad de extender el reconocimiento de las garantías constitucionales básicas.

Se trata en el fondo de una perspectiva mas amplia (propia por lo demás de una culpabilidad que deja de centrarse en exclusiva en el propio sujeto) que subyace a las actuales comprensiones del rol o ubicación social de la adolescencia, partiendo de la base que la sociedad se compone por diversos tipos de individuos, todos los cuales la integran en forma natural, y que por ello, definen, como parte de la normalidad, sus caracteres y los modos de relación. Bajo dicha óptica es fácil advertir que el adolescente no es un sujeto incompleto, sino solo uno diferente, diverso del adulto y del niño (o infante), que amerita por ello un tratamiento diferente, a partir de las condiciones que le son características (37). Se busca de esta forma promover el reconocimiento de la diversa condición del adolescente, en algo que no se traduzca necesariamente en una acotada y simple valoración o atribución de incapacidad (38).

Con ello cobra sentido la previsión de una intervención cualitativamente diversa, en principio más invasiva, esto es, que asuma las necesidades positivas emanadas de la consideración de que el adolescente se encuentra por definición en el proceso de conformación de su propia personalidad. Constituye (en tal calidad) la base que orienta el sentido preventivo especial positivo que se asocia a los caracteres del modelo, en un contenido bastante más sustancioso que la mera referencia a la necesidad de reconducirlo conforme a ciertos parámetros sociales. Proporciona además un piso que hace razonable una intervención cuantitativamente menos rigurosa, superando los problemas que a este respecto enfrenta la mera perspectiva retributiva en materia de eficacia o utilidad preventiva, y que sólo ofrece beneficios en este plano en forma aparente.

En efecto, los presupuestos que son descritos y concebidos como déficit de capacidad, y que más bien son caracteres constitutivos del comportamiento adolescente, configuran un contexto en el que se hace poco probable esperar la obtención de efectos preventivos a partir de la mera previsión o aplicación de una sanción, expectativas que disminuyen si se concluye a partir de ellos la aplicación de una consecuencia penal menos aflictiva en términos cuantitativos. Lo explicamos brevemente: si la mayor impulsividad, la menor capacidad inhibitoria o, finalmente, la presencia de una mayor tendencia a la experimentación, asociada a la menor experiencia que detentan en la interacción social, son caracteres que alejan al adolescente de la posibilidad de adecuar su comportamiento a las prescripciones normativas sujetas a una amenaza penal, nada hay que permita pensar que dicho objetivo se alcanzará en base a la previsión de una sanción atenuada, menos rigurosa o invasiva, si nos limitamos simplemente a dicha

perspectiva. En su caso, es más bien la opción inversa la que se torna aconsejable a partir de estas bases, en cuanto sólo podemos esperar una compensación de dichos defectos con un incremento en el rigor de la sanción, valoración que debe llevarse a cabo con total independencia del mérito que pueda reclamar dicha opción desde el punto de vista del merecimiento personal de pena y de su proporcionalidad con el delito cometido (39).

Esta cuestión no ha sido debidamente apreciada, a lo cual contribuyó la especial concentración de las discusiones en torno a la crítica al sistema tutelar. El hecho de centrar la reforma en la crítica al paternalismo deja una imagen (errada) de que se está sustituyendo un modelo de irresponsabilidad (que es comprendido como equivalente a la impunidad) por uno centrado en la idea de hacerla efectiva ("ahora los adolescentes van a tener que responder") (40), cuando en los hechos se reemplaza un sistema reforzado de intervención (sin garantías) por uno reglado, con independencia en ambos casos de los efectos preventivos que de ello se pueden esperar (41). El punto está en que el hecho de que un sistema especializado detente mayores aptitudes preventivas es algo que sólo se puede afirmar a partir de la necesaria coherencia que debe existir entre el presupuesto regulado y la reacción prevista, dejando a la vista que se incrementan las perspectivas de éxito en la medida que dotemos al modelo de un tratamiento y una orientación más integral (más perfecta en la relación entre presupuesto y consecuencia).

A partir de esa base es que se demanda una mayor independencia en la definición de los comportamientos punibles relevantes, una mayor laxitud en la valoración de los elementos constitutivos de dichos ilícitos y, sobre todo, en la necesidad de contar con un abanico de alternativas de intervención y criterios de determinación capaces de dar cuenta de las necesidades personales (concretas o reales) que puede satisfacer la intervención penal en este ámbito (el propio de los adolescentes).

VI

Valga este breve resumen para confirmar que la uniformidad en el reconocimiento de un sistema especial no parece corresponderse con la falta de claridad que reina acerca de lo que ello representa y, en consecuencia, lo que dicho principio exige. Ahora bien, no obstante que las diferencias entre este concepto y las formulaciones clásicas ya comentadas no parecen siempre bien recogidas a través de las disposiciones de la legislación nacional, ni por lo mismo, son siempre comprendida en dicho sentido en aquellas que procuran reflejarla (por ejemplo en aquellas que dan cuenta de la especialidad del modelo) (42) nada se opone a que, dentro del marco lingüístico que fijan los respectivos textos, se pueda recurrir a un presupuesto material más amplio (como el propuesto) para darles un sentido adecuado.

En efecto, y más allá que conforme al tenor literal de la ley parezca existir una dependencia estrecha con las reglas materiales y procedimentales previstas para los adultos, no parece que esta relación se traduzca en una regla de automaticidad o mera supletoriedad, siendo necesario recurrir en cada caso al contenido material involucrado en la normativa que aparezca comprometida. Se trata por lo mismo de una dinámica que no contraría las reglas de supletoriedad contenidas en el artículo 1° inciso 2 (derecho penal sustantivo) y 27 inciso primero (derecho procesal penal) de la ley 20.084, sino de una tarea propia de la mecánica de integración sistemática.

Particular claridad reviste esta cuestión en los aspectos nucleares del derecho penal sustantivo o material, esto es, en las diversas cuestiones a resolver en el marco de la teoría del delito como también al revisar la ilicitud penal aplicable al régimen de adolescentes. Y es que más allá

que la normativa general parezca demandar en estos ámbitos una total equivalencia con el sistema de adultos (conclusión que también se refuerza por el hecho de que se suele radicar la especialidad del modelo en cuestiones exclusivamente atinentes a la culpabilidad, a partir de una concepción de corte clásico),(43) una mirada más rigurosa (menos general o generalizada) permite sin grandes dificultades llegar a apreciar que el injusto penal juvenil presenta particularidades que demandan el uso de conceptos o parámetros diversos a los que el sistema está acostumbrado a ocupar en el modelo de adultos (44). En lo concreto, ello se traduce en la necesidad de adecuar el parámetro de medición que concurre tras una serie de elementos normativos (incluyendo los contenidos subjetivos del delito (45)) a través de los cuales se define el marco de lo ilícito. Para ser más concreto, y sin pretensiones de ser exhaustivo, se trata de modificar el criterio a utilizar a la hora de medir el cuidado debido en los delitos culposos, la interpretación de los deberes asociados al comportamiento omisivo y la valoración de las reglas de exigibilidad asociadas a la culpabilidad (p. ej. a la hora de valorar la suficiencia del miedo insuperable) (46).

También debemos considerar que un amplio campo de los delitos previstos en la legislación en general carecen de toda relevancia en el plano adolescente, ya sea porque objetivamente alguno de sus presupuestos excluye la posibilidad de que un adolescente incurra en ellas o porque, materialmente, dicha alternativa se torna difícil de configurar, lleva a resultados incongruentes o, finalmente, irracionales. Prueba de todo ello es la positivización de la regla prevista en el artículo 4° de la Ley 20.084 donde por la vía objetiva el legislador plantea una exigencia concreta que altera el contenido de injusto aplicable a los delitos de abuso sexual y violación cuando la víctima es menor de edad y cuyos orígenes radican en los excesos a que puede llevar la regla general de la capacidad sexual (47). Fuera de dicha regla positiva puede mencionarse el caso de los demás delitos sexuales estructurados como figuras de prevalimiento bajo el amparo de la incapacidad sexual de los menores de edad (comúnmente englobados bajo la rúbrica de la indemnidad sexual), (48) la sustracción de menores de edad; la inducción al abandono de hogar; los delitos funcionarios donde el contenido de injusto radica en la infracción de deberes inherentes a dicha condición, entre otros.

Asimismo, y con un grado mayor de profundidad, se debe tener en cuenta que para los adolescentes el sentido de determinados comportamientos puede ser diverso al que es propio de un adulto en su relevancia o significado concreto, adquiriendo naturalmente -y eso es lo importante- una perspectiva que puede ser diversa a la prevista por el legislador a partir del mismo contenido y de los elementos que han sido considerados en la tipificación de un delito (49). Con ello parece posible sostener la necesidad de llevar a cabo una valoración diversa de la adecuación social en determinados comportamientos, con independencia de que sean en general considerados punibles desde la perspectiva de un adulto. Lo determinante es el significado individual y social que dichas conductas detentan en el contexto en que se producen, siendo factible asignarle una relevancia diferenciada a factores como la modalidad de interacción (p. ej. en atención a las condicionantes concurrentes en los adolescentes en torno a la actuación en pandilla o masas) o al rol que juega en sus particulares representaciones el actuar rozando los límites de lo permitido (p.ej., en base a la trascendencia en dicha etapa del comportamiento experimental). Sobre esa base parece concurrir una base de razonabilidad (más allá de su mérito concreto) en las pretensiones que han sido llevadas a estrados con el objeto de excluir del régimen penal de adolescentes la aplicación de la agravación emanada de la multiplicidad de infractores (art. 456 bis n°3), atendido el hecho que el comportamiento en grupos o pandillas constituye una modalidad característica en el comportamiento adolescente (50).

Ahora bien, conviene aclarar que esta dinámica no opera en exclusiva dirección a la exclusión de presupuestos de imputación, esto es, reflejándose en un resultado que siempre se traduzca en una condición más favorable para el adolescente (eximente o aminorante de la responsabilidad). Sus particulares condiciones también permiten desarrollar una valoración de los elementos y circunstancias del delito que se traduzca en la atribución de una relevancia diversa a la que tiene su significado en las reglas generales. Ello pues también la averiguación del sentido particular de determinados contenidos o elementos pueden llevar a asignarles un papel más trascendente en relación al que representan en el comportamiento general de un adulto, como sucede, por ejemplo, con el carácter violento que pudiere revestir el comportamiento punible. Constituyen, en tal virtud, elementos de juicio que cobran un especial cariz a la hora de valorar las consecuencias de la responsabilidad penal (51).

Sobre esa base es posible incluso extraer conclusiones de nivel más general. Así por ejemplo, se puede sostener que los factores a tener en cuenta en el proceso de individualización de la sanción penal juvenil no tienen idéntico significado al que se les asigna en el régimen de adultos aun y cuando se expresen a través de denominaciones del todo idénticas. Con ello se cuenta además con un elemento adicional para descartar que el original sistema de determinación de la pena previsto en la ley 20.084 incurra en un vicio de doble valoración (bis in idem), observación que tempranamente fuere formulada en atención a que, al menos formalmente, se debe recurrir a determinados parámetros (52) en dos oportunidades diversas (arts. 21 y 24) reiterando con ello su valoración en el camino que debe seguir el juez para fijar la sanción aplicable (53). En efecto no se trata sólo de que esas dos instancias den cuenta de finalidades concretas diversas (54) o que formen parte de un proceso escalonado en el cual la doble consideración no se traduce en una duplicación del efecto (atenuante o agravatorio) sino más bien en una cuestión de precisión (son fases o etapas) (55). Lo relevante es que en ambas instancias dichos parámetros se nutren de un contenido, significado o sentido diverso: el primero, acorde a los criterios generales en el artículo 21 (donde la valoración conforme al parámetro propio de los adultos tiene por objeto asegurar una adecuada proporcionalidad en la reacción) (56); y el segundo, previsto en el artículo 24 (donde se busca alcanzar los fines propios de la intervención sobre el adolescente), que corresponde a aquél que es propio del juzgamiento especial. Dicha consideración diferenciada puede, y debe, ser exigida en el desarrollo argumentativo que sustenta las conclusiones de la sentencia (57), imperativo que también cuenta en este ámbito con un reforzamiento especial (58), lo que le da aun más sentido a lo ya dicho. A partir de ello también se debe concluir la necesidad de tener en cuenta estos parámetros a la hora de proceder a fijar, en concreto, y dentro del margen establecido, la duración precisa o la extensión de la sanción aplicable, más allá que el tenor literal del encabezado de dicha disposición ("Para determinar la naturaleza de las sanciones...") (59) parezca formalmente indicar lo contrario (60).

Lo dicho pareciera también confirmarse si tenemos en cuenta el tenor de los criterios orientadores considerados por el legislador como finalidades concretas de la sanción (art. 20

), donde se mezcla la consecución de objetivos preventivo especiales de intervención, tanto de carácter positivo (socioeducativa) como negativo (responsabilización), en un contexto regido por el reconocimiento de la autonomía propia del adolescente. Sólo así se explica que la sanción se dirija a la plena integración social, parámetro que necesariamente debe reconducirse al contexto adolescente. En términos coloquiales, no se trata entonces de actuar sobre un adolescente para transformarlo en un buen adulto, que cumpla con las reglas de comportamiento social adecuadas, sino de intervenir para que sea un buen adolescente.

Conforme a lo dicho se debe revisar en cada caso si el sentido particular de las respectivas circunstancias de hecho motivan el establecimiento y consideración de criterios especiales de determinación de pena. Así sucede en este caso con el factor cronológico (la edad del adolescente) y con la exigencia de idoneidad, parámetro que incorpora formalmente el campo de las finalidades perseguidas al proceso de individualización, abriendo al mismo tiempo un espacio para la consideración de factores extralegales. A la inversa el sentido autónomo que debe darse a la valoración puede servir de base para motivar una exclusión. Así se ha planteado, por ejemplo, en torno a la agravación prevista en el artículo 450 inciso primero del Código Penal, postulándose la improcedencia de la regla especial de determinación de la pena ahí prevista (61).

Debemos destacar que en otro plano, pero aun dentro del ámbito de la precisión de la condena procedente, esta perspectiva permite aclarar las dudas que ha generado la potencial aplicación que reclamarían las instituciones previstas en la Ley 18.216 y que permitirían recurrir en este campo a la sustitución condicionada de condenas privativas de libertad afinadas en exclusiva conforme a los criterios previstos en la ley 20.084. Y es que la lógica del non intervention que subyace a dicha normativa (tras el asentamiento del efecto contraproducente que conlleva la intervención penal en casos en que confluya un pronóstico favorable de no delinquimiento futuro y un delito de menor gravedad), parece ya recogida e implícita en la mecánica especial prevista para los adolescentes en todo el cuerpo de la ley, ameritando especial mención a este respecto la posibilidad de imponer una sanción mixta condicionada (art. 19 letra b) y la regulación de la alternativa de suspensión del cumplimiento de la sentencia que ya hubiere sido dictada (art. 41).

VII

Todo lo dicho hasta el momento reclama idéntica aplicación en materia procesal. Puede apreciarse con claridad en quienes a través de sendas acciones judiciales han procurado impedir la toma de la huella genética de los imputados adolescentes, objetando sobre esta base que la aplicación de la ley 19.970 (que establece un Sistema de Registro de ADN criminal) los deba afectar (62). Con mayor claridad se aprecia en quienes han objetado la aplicación del artículo 149 del Código Procesal Penal en su texto reformado por la ley 20.253 (comúnmente llamada "agenda corta antidelincuencia") en base a sustentar la incompatibilidad de la prolongación de la privación de libertad que se deriva de la interposición de los respectivos recursos judiciales a los cuales se condicionaría la revocación o declaración de improcedencia de la prisión preventiva, por tratarse de una regla excepcional no considerada a la hora de regular el tratamiento de la materia en la ley 20.084. (63)

Estos ejemplos parecieran dar a entender que el marco de los problemas se encuentra acotado a las reformas legales (64). Sin embargo, se podrá incluso intuir que por tratarse de una cuestión inmanente al sistema debe ser apreciada con una perspectiva mas amplia. En efecto, más allá de tener en cuenta la necesidad de revisar el contenido de la normativa general formalmente aplicable, o de considerar dicha base material al interpretar la regulación especial prevista, también corresponde tener en cuenta el contenido material de la especialidad a la hora de adoptar cualquier tipo de decisión en el funcionamiento del modelo, quien quiera que sea el actor procesal llamado a intervenir. A las situaciones más evidentes (p. ej., la procedencia y parámetros de sustento de la aplicación de las llamadas salidas alternativas al proceso) se deben agregar aquellas que detentan carácter mas episódico, como las decisiones relativas a la detención o la aplicación de medidas cautelares (art. 31 a 33), la acumulación de procesos (art. 28), la facultad de permitir la salida del menor sujeto a internación provisoria

(art.34) o la aplicación del principio de oportunidad (65).

Esta misma base es la que redundo, y le da un sentido particular a las exigencias que a partir de la especialidad se imponen en materia de capacitación de los actores del sistema, reguladas concretamente respecto de todos ellos con carácter imperativo (66). La idea es que los debates cuenten con una perspectiva informada, trasluciendo una complejidad que a todas luces supera la mera atenuación de las reacciones, sin duda otro punto más a favor de nuestra tesis.

--- * ---

Por último, no quisiéramos concluir esta parte sin dejar constancia de que estas cuestiones han suscitado inicialmente un tratamiento relativamente dispar en la jurisprudencia, siendo también justo apuntar que la tendencia se inclina en forma preponderante por atender a la automaticidad. Entendemos que esto último no desacredita necesariamente la mecánica propuesta, toda vez que las resoluciones que dan cuenta de dicha tendencia concentran su fundamentación en cuestiones relativas al mérito individual y concreto de cada caso y no en la mera vigencia formal de las reglas de subsidiariedad, confirmando con ello la necesidad de realizar un análisis detallado conforme al mérito de cada cuestión, sin desmerecer de plano y en base a la simple subsidiariedad las pretensiones de desarrollo que se mueven a nivel material.

VIII

No podemos dejar de mencionar, antes de concluir, que estos criterios también permiten darle sentido (y con ello solucionar problemas) a una serie de disposiciones cuyo contenido no parece posible de estructurar (al menos de manera coherente) bajo las perspectivas más clásicas, y que se muestran principalmente (tal vez por la misma confusión que reina en torno a los contenidos de la especialidad del modelo) como cuestiones abiertas, poco claras y elásticas, encontrándose en general expuestas a una comprensión asistemática, parcial y, por que no decirlo, aleatoria. Así sucede, por ejemplo, con el concepto y el papel (fundamental) asignado al interés superior del niño (art.2º) (67); con los criterios de individualización de la sanción relativos a la edad del adolescente y la idoneidad de la sanción (art. 24 letras d) y f)), su finalidad propia y específica (art. 20), como también, y finalmente, con la forma de resolver las cuestiones propias de la ejecución, y concretamente, la sustitución y revocación de la sanción (arts. 53 a 55).

Brevemente (y sin pretensión alguna de exhaustividad atendido el breve espacio del que disponemos) entendemos que el interés superior no puede reconducirse a un criterio preventivo especial positivo, perspectiva que caracteriza a la intervención paternalista y que, en tal calidad, se hace acreedora de numerosas falencias de contenido, objetivos y legitimidad (68). Tampoco parece ser un parámetro estructurado a partir del comportamiento autónomo en sociedad ("lo que es bueno y útil para el niño es adecuar su comportamiento a los cánones establecidos entre adultos") ni a partir de una asignación de incapacidad total ("lo que es bueno para el niño, lo que lo beneficia, es aquello que los adultos han entendido que le resulta favorable") (69). Pareciera mas bien centrado en las perspectivas de desarrollo de su propia condición como adolescente, esto es, del marco de derechos que le son reconocidos en cuanto tal. De ahí que el legislador chileno haya complementado la consagración legal de dicho principio aludiendo a que dicho interés "se expresa (precisamente) en el reconocimiento y respeto de sus derechos". Empalma de esta forma con el contenido de los criterios

orientadores de la sanción (art. 20) (70) y en particular, según hemos visto, con la necesidad de regir su finalidad (disuasiva (71) y resocializadora) a partir de la propia idea de responsabilidad, lo que implica valorar tanto su autonomía como sus factores distintivos. A ello debe reconducirse la valoración de la edad del infractor (72) y la medición de la idoneidad de la sanción, entendiendo que la consideración de dicho parámetro (obligatoria, en el ciento por ciento de los casos) conlleva seleccionar la que parezca más apta para cumplir las finalidades encomendadas (73). No en vano se la vincula al respeto por los derechos y libertades propias y de terceros (contenido de responsabilización, disuasión individual o prevención especial negativa, según se prefiera) y, conjuntamente, a las necesidades de integración social (resocialización).

Este último objetivo aparece destacado por el legislador como criterio rector de la facultad de sustituir una condena por una sanción menos gravosa que la impuesta. Dicha definición no implica desdibujar el sentido de la responsabilidad comprometida, en cuanto ya declarada y considerada en la sanción que se sustituye. Se trata más bien de la necesidad de dar la debida continuidad a dicha orientación, cuya materialización real (práctica) demanda una determinada progresión en la inserción social. Lo confirma el que a la hora de resolver la facultad de remisión del saldo de condena se vuelvan a considerar la totalidad de los fines asociados a la intervención, a partir de condiciones que permitan sustentar el que (razonablemente) se han alcanzado.

Este mismo plano hace que resulte del todo criticable la baja preocupación que se refleja en el texto por el tratamiento del infractor reiterante (74). En efecto, y más allá que las reglas de concurso real de delitos reflejen sus resultados en la primera fase de la individualización de la pena (art. 21) incluyendo los casos regidos por el artículo 351 del Código Procesal Penal) (75), solo las hipótesis regidas por esta última disposición parecen dar debida cuenta de la necesaria valoración unitaria que debe motivar las consecuencias aplicables, considerando la mayor relevancia que cobran los caracteres personales comprometidos en la intervención sobre adolescentes. Por el contrario, pareciera que se pierde toda posibilidad de llevar a cabo adecuadamente dicha tarea en los casos que pasan a regirse por el principio de acumulación material (artículo 74 del Código penal), los que a fin de cuentas no quedan bien resueltos en atención a que inevitablemente se traducen en una sumatoria de condenas individuales cuya progresión o extensión total carece de sentido si la analizamos desde la perspectiva de la finalidad asignada al modelo (art. 20) (76). En efecto, en la mayoría de estos casos no resulta posible llevar a cabo una adecuada unificación (o resolución unificada) (77).

Sin embargo, el mayor déficit parece radicar en la total ausencia de solución para los casos en que se deben juzgar conjuntamente (al mismo tiempo, si bien no necesariamente en un mismo proceso) las responsabilidades concurrentes en un mismo individuo por delitos cometidos como adolescente y como adulto, donde la falta de una disposición especial que regule el conflicto se traduce en la virtual autonomía de los diversos procesos, llevando en concreto a un régimen de ejecución regido por la regla de acumulación material (78). A diferencia del caso antes citado, lo relevante es la pérdida de sentido que parece decididamente afectar a las consecuencias de la responsabilidad adolescente. Y no en atención a que el condenado ya habrá cumplido la mayoría de edad (79), sino más bien por el hecho que ya ha delinquirado en condiciones de autonomía plena (80).

IX

Entendemos que el conjunto de las cuestiones planteadas dan cuenta de aquellos aspectos

que concentran las discusiones que ha suscitado la aplicación de esta nueva normativa. Creemos además que su resolución depende de la posición que se adopte en relación a las diversas alternativas o visiones en juego, cuestión que pareciera aun encontrarse completamente abierta. Se trata de un estado que por ello puede aun ser valorado en términos positivos pues creemos que los aciertos del modelo dependerán precisamente de una adecuada comprensión de sus presupuestos (81).

Bibliografía

BELOFF, Mary: "Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos", material docente, en [http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/responsabilidad 20penal%20y%20DDHH.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Cursoprojur2004/Bibliografia_Sist._Justicia_Juvenil_Mod_4/pdf/responsabilidad%20penal%20y%20DDHH.pdf)

BERRIOS, Gonzalo: "Derechos de los adolescentes y actividad persecutoria previa al control judicial de la detención", en revista de Estudios de la Justicia N°7, 2006, pp. 121 y ss.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: "Historia de la Ley 20.084" (en www.bcn.cl)

BUSTOS RAMIREZ, Juan: "Derecho penal del Niño-adolescente. Estudio sobre la ley penal del adolescente". Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

CARNEVALI, Raúl / KÄLLMAN, Eva: "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil. Especial consideración a la pluralidad de malhechores del artículo 456 bis n°3 del Código Penal", en política criminal N°4, 2007, pp. 1 a 24 (www.politicacriminal.cl)

CERDA SAN MARTIN, Mónica / CERDA SAN MARTIN, Rodrigo: "Sistema de responsabilidad penal para adolescentes", 2ª ed., Librotecnia, 2007.

CERVELLÓ DONDERIS, V. / COLÁS TURÉGANO, A.: "La Responsabilidad Penal del Menor de Edad", Edit. Tecnos, Madrid, 2002.

CILLERO B. Miguel (2002): Comentario al artículo 10 N° 2 y 3 en Politoff / Ortiz (Dir.) Matus (Coord.): "Texto y Comentarios del Código Penal Chileno", Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 2002, págs. 109 -126.

CILLERO B. Miguel (2005): "La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño", en Justicia y derechos del Niño N° 7, 2005, pp. 97 y ss.

CILLERO B. Miguel (2006): "Comentario a la ley de responsabilidad penal de adolescentes de Chile" en Justicia y Derechos del Niño N° 8, 2006, pp. 105 a 112.

CILLERO B. Miguel (2008): "Consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad en la determinación de las sanciones en el Derecho Penal de adolescentes chileno", Documento de Trabajo N° 13, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, año 2008. (documento inédito, que ha sido gentilmente facilitado al autor)

CILLERO B. Miguel / MALDONADO F. Francisco: "El proceso de reforma legislativa en Chile", en GARCIA MENDEZ / BELOFF: "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", 3° ed. , Temis, 2004.

COMISIÓN DE EXPERTOS (I): Primer Informe Comisión de Expertos, Octubre, 2006, versión en Internet <http://www.paz ciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26>.

COMISIÓN DE EXPERTOS (II): Segundo Informe Comisión de Expertos, Abril, 2007, versión en Internet <http://www.paz ciudadana.cl/publs.php?show=CAT&idCat=26>.

CORTES MORALES, Julio: "¿Distintas lecturas del artículo 40 de la Convención sobre derechos del niño?", en Justicia y Derechos del Niño N°3, pp. 77 a 83.

COUSO SALAS, Jaime (2008): "Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: El caso de la Ley chilena", en Justicia y derechos del niño N° 10, 2008, pp. 97 a 112.

COUSO SALAS, Jaime (2009): "Límites a la imposición de sanciones privativas de libertad en el artículo 26 de la ley de responsabilidad penal del adolescente", Documento de Trabajo N° 15, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, año 2009. (documento inédito, que ha sido gentilmente facilitado al autor)

DE FERARI, Luis Ignacio: "Quince años de espera . hacia la creación de un sistema de reemplazo. Notas sobre la génesis y desarrollo de la ley sobre responsabilidad penal de adolescentes", en Justicia y Derechos del niño N°8, 2006, pp. 113 a 157.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto: "El principio de proporcionalidad penal", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DUCE JULIO, Mauricio: "El derecho a un Juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil", Ius et Praxis, Año 15, n°1, 2009, pp. 73 y ss.

DUCE JULIO, Mauricio: "El proceso establecido en el Proyecto de Ley que crea un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal: Avances y problemas", revista de derechos del Niño, N°2, 2003, pp. 99 a113.

DURAN MIGLIARDI, Mario: "Análisis político criminal de la Ley de Responsabilidad Penal adolescentes y sus modificaciones", en Estudios de Ciencias Penales. IV Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales, Valdivia, 2007, pp. 275 y ss

FLETCHER, George: "Problemas básicos del derecho penal", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

HERNANDEZ, Héctor: "El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito", Revista de derecho Universidad de Valdivia, Vol. XX. N°2, Diciembre 2007, pp. 195-217.

HORVITZ L., María Inés: "Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable", en revista del CEJ N° 8, pp. 97 a 119.

LASCURAIN SANCHEZ, J.A.: "La proporcionalidad de la norma penal", en Cuadernos de Derecho Público, N°5, 1998, págs. 159 y ss.

MALDONADO FUENTES, Francisco: "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado", en Justicia y Derechos del Niño N°6, 2004, pp. 103 a 160.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre: "Proposiciones respecto de las cuestiones no resueltas por la ley 20.084 en materia de acumulación y orden de cumplimiento de las penas", en Ius et Praxis, Año 14, n°2, 2009, pp. 525 y ss.

MEDINA SCHULZ, Gonzalo: "Sobre la determinación de la pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente", Documento de Trabajo N° 14, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, año 2008. (documento inédito, que ha sido gentilmente facilitado al autor)

MORALES DAHMEN, Miguel / RODRIGUEZ MANRÍQUEZ, Roberto: "Concepto de inserción, inclusión o integración social en el contexto de la Ley 20.084", Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 38, marzo de 2009, pp. 259 y ss.

ORNOSA FERNANDEZ, Maria del Rosario: "Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", 2ª Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2003.

OXMAN VILCHES, Nicolás: "Consideraciones críticas en torno al artículo 4º de la Ley de responsabilidad Penal Juvenil", en Estudios de Ciencias Penales. IV Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales, Valdivia, 2007, pp.89 y ss.

SAN MARTIN, María Angélica: "Valoración de circunstancias concurrentes no constituye doble valoración prohibida, ni admite revisión vía recurso de nulidad: comentario fallo de la corte de Apelaciones de Antofagasta. Recurso 62/2009", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 38, marzo de 2009, pp.295 a 300.

SILVA SANCHEZ, Jesús María: "Aproximación al derecho penal contemporáneo", Edit. J.M. Bosch Editor, Reimpresión, Barcelona, 2002.

SZMULEWICZ R, ESTEBAN: "Racionalidad legislativa, Derecho penal de menores e indicación Larraín", en Estudios de Ciencias Penales. IV Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales, Valdivia, 2007, pp.147 y ss

VAN WEEZEL, Alex: "Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal", Ius et Praxis, año 7 n°2, 2001, pp. 401 y ss.

VASQUEZ, Eduardo: "Algunas consideraciones respecto de la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley procesal", Revista Entheos, Universidad de las Américas, año IV, volumen único, pp. 162 y ss.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Derecho Penal. Parte General", 2ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002.

Notas y reseñas bibliográficas

(1) Abogado. Doctor en Derecho. Profesor e investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca.

(2) El texto original ha sido objeto de dos modificaciones. La primera (Ley 20.110) abordó exclusivamente aspectos institucionales, extendiendo la vacancia del nuevo modelo de 6 a 18 meses a fin de facilitar una adecuada implementación, creando en paralelo una Comisión de Expertos abocada al seguimiento de dicho proceso. La segunda (Ley. 20.191) buscó - fundamentalmente- plasmar modificaciones dirigidas a solucionar cuestiones interpretativas de relevancia, pues se consideró que su falta de definición o comprensión uniforme, pondría en riesgo la implementación (en ese sentido, INFORME-1, pp. 10 a 13; INFORME-2, pp. 4 a 8) principalmente en atención a que dichos aspectos afectaban al sistema de determinación y aplicación de sanciones, cuya novedosa caracterización ya incorporaba un grado de incertidumbre. En el curso del trámite legislativo se introdujeron al texto modificaciones sustantivas que, en concreto, potenciaron la aplicación del encierro para los casos de mayor gravedad, contenidos que motivaron cuestiones de constitucionalidad resueltas por el TC a favor de las reformas. En la literatura se identifica esta modificación como Indicación Larrain (SZMULEWICZ R., *passim*) en atención al autor de las indicaciones respectivas (Senador Hernán Larraín).

(3) A este respecto, se han mencionado cuestiones atinentes tanto a la insuficiente o retardada disposición de la infraestructura requerida (particularmente grave en estos primeros años en lo relativo a los centros semicerrados de privación de libertad) como también en lo relativo a la extensión que ha alcanzado la capacitación de los actores, conforme lo prescriben los artículos 29 y 30 de la Ley. (4) Conviene destacar que las cuestiones posibles de considerar a estos efectos van variado, confirmando que pueden considerarse parte del proceso de instalación del modelo.

(5) La fuente principal se ubica en los artículos 37 y 40.3 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (1989). Sin embargo debe además considerarse el contenido de las Reglas mínimas para la administración de la justicia de menores (Beijing) (1985); de las Reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad (1990) y de las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (RIAD) (1990). No está de más recordar que todos estos instrumentos (individualmente considerados) conforman un estatuto o corpus que pasa a integrar el contenido del artículo 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) conforme al criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos Villagrán Morales, conocido como (Guatemala), 1999; Walter Bulacio (Argentina) e "Instituto de reeducación superior

" (Paraguay), y en la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana: "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" (2002), instrumento interpretativo de validez general. Bajo estas premisas la competencia de los órganos del pacto no parece discutirse, como tampoco la recepción interna en nuestro derecho positivo en base a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo de la Ley 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 encuentren vigentes"). Vid. asimismo. DUCE, 2009, pp. 77 y ss.

(6) Se suele radicar los orígenes del modelo paternalista o tutelar en la mecánica que se instaure a partir del Primer Tribunal de menores de Chicago de 1899. En Chile, se fija en la Ley 4.447 que data de 1928 (Vid. CILLERO, 2002, pp.109 a 112 y 114 a 123).

(7) Hay que tener presente, siguiendo a CORTES (p. 83) que no es correcto actuar en esta materia asumiendo que el hecho de "construir algo que se llame constituye necesariamente una adecuación sustancial a los mandatos de la Convención" (de derechos del niño).

(8) A nivel teórico se ha impuesto ya la idea de que la prevención especial condiciona el desarrollo de la intervención penal en su fase de ejecución. Por todos, véase la ya tradicional concepción unificadora que propone ROXIN ("Sentido y límites de la pena estatal", en, del mismo, "Problemas básicos del derecho penal" -trad. Luzon Peña- pp. 31-3).

(9) La pregunta es la siguiente: ¿Cuál es la novedad de que la privación de libertad sea el último recurso, si en adultos rige el mismo parámetro a partir del principio de última ratio?.

(10) A estas dos formas de aproximarse a los tópicos e instituciones asociadas al conflicto penal juvenil se refiere CORTES (p. 77) al señalar que: "Este debate parece mediáticamente reducido a dos expresiones, penalizadores versus rehabilitadores, entendiendo que los primeros serían aquellos que apoyan el ante proyecto de ley de responsabilidad adolescente por infracciones a la ley penal (percibido de forma generalizada como una iniciativa que en lo esencial la edad de imputabilidad a los 14 años), mientras los segundos preferirían seguir moviéndose dentro de una perspectiva tutelar, planteándose en el mejor de los casos algunas reformas menores a la legislación minoril actualmente vigente (...)". Hay que tener presente que si bien, en general, el contenido positivo de las normas que en general abordan estos temas suele ser formalmente neutral (lo que aplica incluso a la regulación internacional de la materia) permitiendo en principio la adaptación a cualquiera de las interpretaciones posibles, existen contenidos asentados y claros que no permiten arribar a dicha conclusión. A ellos nos referimos en el cuerpo completo del texto. En este mismo sentido CORTES, p. 78.

(11) Vid. CORTES, P. 82; DE FERARI, pp.130 y ss, y, particularmente, 137 a 147. Asimismo, se anticipa en CILLERO / MALDONADO, pp. 280.

(12) Vid. HORVITZ, pp. 98-99.

(13) Vid. HERNANDEZ, pp. 201 y ss.

(14) Así pareció de hecho postularse en prácticamente la totalidad de los borradores y proyectos que antecedieron a aquél que en definitivo inició materialmente la discusión del sistema.

(15) Al respecto el inciso final del artículo 1° de la Ley 20.084 señala: "Tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477 , 494 bis , 495 , número 21, y 496 , números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la Ley 20.000 . En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968 ."

(16) El catálogo de reacciones previstas (art. 6°) va desde la amonestación al internamiento en

régimen cerrado con programa de reinserción social, pasando por la multa, la reparación del daño, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la libertad asistida simple y especial y el internamiento en régimen semicerrado.

(17) El propio artículo 23 de la Ley (20.084) contiene a este respecto una especie de tabla o cuadro de equivalencias del siguiente tenor:

"Tabla Demostrativa. Extensión de la sanción y penas aplicables:

Desde 5 años y 1 día:

- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.

Desde 3 años y un día a 5 años:

- Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.
- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
- Libertad asistida especial.

Desde 541 días a 3 años:

- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
- Libertad asistida en cualquiera de sus formas.
- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Desde 61 a 540 días:

- Internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social.
- Libertad asistida en cualquiera de sus formas.
- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Reparación del daño causado.

Desde 1 a 60 días:

- Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Reparación del daño causado.
- Multa.
- Amonestación".

(18) Esta mecánica ha suscitado objeciones. Primero, en cuanto queda la imagen de que las sanciones se precisan primero en su duración y solo posteriormente se selecciona su contenido cualitativo, lo que a todas luces contraía la lógica y el sentido común. Segundo, pues se dispone la valoración de determinados antecedentes en una doble oportunidad, violentando con ello el *ne bis in idem* en caso que dicha dinámica sirva para fundar una determinada y concreta aflictividad penal (HORVITZ, p. 113 / DURAN, 200 / BUSTOS, PP. 64-5, si bien este último plantea interpretaciones que impedirían dicha infracción). Sobre ambas cuestiones.

(19) Además del artículo 18 que fija en 5 o 10 años la extensión máxima de la privación de libertad, según si el adolescente tiene menos o más de 16 años, respectivamente, hay que tener en cuenta el contenido del artículo 26, que prescribe el uso de la privación de libertad como último recurso (inc.1º) y limita su aplicación a aquellos casos en que un adulto debiese cumplir idéntica sanción (inc. 2º). Sobre estos límites Vid. COUSO, 2009, *passim*. Conviene recalcar que el legislador cuidó asociar esta última restricción a las consecuencias que se debiesen cumplir, proscribiendo el uso de la privación de libertad en aquellos casos en que la condena original del adulto se hubiere sustituido por alguna de las medidas previstas en la Ley 18.216 .

(20) Cabe comentar que si bien se suele asociar el sistema de equivalencias a la necesidad de atender al principio de proporcionalidad (que operaría en forma de garantía en este caso impidiendo la aplicación de una condena de mayor aflictividad en base a antecedentes personales o sociales del adolescente) se obvia en ello que dicho principio no se expresa sólo en una dimensión cuantitativa. En efecto, si bien el hecho de que se regule una norma para regir su estratificación atendiendo a los parámetros de gravedad que plantean las valoraciones expresadas en base al sistema de penas de un adulto constituye una regla de convergencia que no parece ameritar objeción alguna, ello solo es posible de concluir si se entiende que dicho principio acota sus perspectivas a ser reflejo de una especie de gravedad inherente al delito, de la que por ello emana una única expresión de sentido o de valor. Esto último no parece efectivo en este caso, siendo un hecho el que las escalas de valores, si bien circunstancialmente, son naturalmente diversas en la fase de la adolescencia (indiscutible tampoco en la niñez), aspecto que necesariamente se incorpora en una dimensión cualitativa de la proporcionalidad. A ello se suma el que los orígenes del principio confirmar su correspondencia con parámetros relativos a la adecuación a fines (DE LA MATA, pp. 178 y ss) con lo cual la variable preventiva (general y especial) pasa también a formar parte de los contenidos que alimentan la valoración de proporcionalidad. no en vano nadie parece discutir que lo proporcional en el adulto puede no serlo en el adolescente, aunque estemos, desde nuestras propias perspectivas personales, pensando en cosas, reglas o cuantificaciones diversas (LASCURAIN, pp. 171 y ss).

(21) Vid. SZMULEWICZ, *passim*.

(22) Hay que tener presente que los orígenes de la iniciativa que da lugar a esta modificación acotó sus objetivos a la corrección de falencias de implementación (particularmente, en este caso, en cuanto a déficit de infraestructura) incluyendo en ello dificultades asociadas a redacción de determinados pasajes de la ley o de integración presentes en la misma, y que fueron consideradas urgentes de resolver a los efectos de evitar que la falta de una adecuada comprensión impidiera o afectara seriamente la puesta en marcha del modelo. En dicho contexto, y mas allá de que este último objetivo se logra, la falta de una oferta suficiente de recintos semicerrados planteó un debate que fijó sus extremos en la idea de que debía llevarse

a cabo una nueva postergación de la vigencia de la ley (bajo el supuesto de una inoperancia de los actores encargados de su puesta en marcha) o lisa y llanamente suprimirse la consideración de dicha opción, alternativa que, al menos en el tramo de mayor gravedad (y por lo mismo) se impuso por mayoría.

(23) La idea de que en los casos mas graves no existan alternativas a la privación absoluta de libertad contraría además el especial incentivo a considerar la última ratio del uso de dicho recurso (el encierro).

(24) Lo que se ratifica con el contenido del pronunciamiento que el TC emitió sobre su constitucionalidad en causa rol 786-2007 (se puede consultar en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/21>).

(25) Bajo esta perspectiva la regla de última ratio se radica a nivel legal, lo que lleva a entender que no constituye un principio que necesariamente deba ser considerado en el proceso de individualización judicial de la pena.

(26) Arts. 27 inc. 2°, 37 a 39.

(27) Arts.35 (principio de oportunidad) y 40 (audiencia separada para la determinación de la pena), respectivamente.

(28) DUCE, 2003, pp. 103 y ss.

(29) Art. 27 , Ley 20.084.

(30) Art 35 , Ley 20.084, p. ej, en relación a la aplicación del principio de oportunidad.

(31) Art 40 , Ley 20.084.

(32) Se trata de una afirmación variable en la cifra concreta, pero que es reconocida tanto por el Ministerio de Justicia, por el Ministerio Público y, denunciada por la Defensoría Penal Pública.

(33) Se afirma en ellos la presencia de capacidad de culpabilidad desencadena entonces un tratamiento como adulto, que considera sólo una aminorante (antiguo art 72 del CP) derivada de la menor capacidad de relación social del adolescente.

(34) A ello contribuyó el que dicho diagnóstico tiene lugar en un contexto que institucionalmente se encargaba de valorar las condiciones de riesgo social comprometidas en el comportamiento infractor de los adolescentes, función asignada al Tribunal de Menores. Con ello, en los hechos, resultaba determinante en la resolución el considerar concurrentes las bajas expectativas de (sic) tratamiento rehabilitador. Directamente, las pocas posibilidades de recuperación son en los hechos un índice que cumplió la doble función de desechar la intervención paternalista y motivar la actividad formalmente penal.

(35) Se trata de una dinámica que no sólo viene condicionada por las características jurídicas e institucionales vigentes en Chile al momento de proyectarse la reforma, sino que además constituye el reflejo de un proceso que, desde los mismos orígenes o perspectivas, venía siendo desarrollado en todo el mundo desde mucho antes de la aprobación de la Convención

Internacional de los Derechos del Niño. En efecto, la idea de que la incapacidad de los menores de edad no constituye una excusa suficiente para sobrepasar los límites del debido proceso, ni las garantías características de los sistemas penales (en ese orden) se transformó en una constante en los Estados Unidos a partir de la resolución recaída en el conocido caso "In Re Gault" (387 U.S. 1, 27, 1967). En dicha oportunidad la Corte Suprema de Estados Unidos de América sostuvo, contundentemente, que la privación de libertad (de un menor de edad) motivada en la comisión de un delito no puede ser sometida a un régimen de garantías diverso al de un adulto en análoga situación, mas allá y con total independencia que se encuentre orientada a su tratamiento, rehabilitación o que a partir de ello se sustente el que mira a su propio beneficio (FLETCHER, pp. 51-2; ZAFFARONI, p. 187). Con ello, plasmó un precedente pionero en el asentamiento de esta cuestión, hoy en día indiscutida. Por su parte, y dentro de nuestro entorno cultural (específicamente en lo referido a la normativa penal) es similar la experiencia que lleva España a adoptar -tras largos años- un modelo de justicia penal especializada dirigido a adolescentes, exigido a través de la Sentencia 36/1991 del TC. Dicha resolución motivó la necesidad de introducir con urgencia una modificación a la regulación positiva (LO 4/1992) que permitiera conservar una instancia de control bajo las exigencias (mínimas en dicho caso) del régimen constitucional, que posteriormente desencadena el establecimiento de un régimen especial de responsabilidad del menor que considera las garantías propias de un caso penal (CERVELLÓ/COLÁS pp. 103 y ss; ORNOSA, pp.33-4). En concreto y mas allá que ambas resoluciones radicarón sus efectos en la operatoria procedimental proponen en la base un criterio de carácter general, evidente en el caso americano (por su propia configuración como sistema) y que se expresa en el caso español en los efectos que motivó su dictación, constituyendo el detonante concreto que motiva -en definitiva- la LO 5/2000 sobre responsabilidad del menor.

(36) No en vano se ha señalado que "el precio que pagó la infancia en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue precisamente ser tratados igual que los adultos", en relación al "caso Gault" ya comentado en nota anterior. Vid. Belfo, p. 5

(37) Vid. BUSTOS RAMIREZ, pp. 15 y ss.; BELLOF, como en nota anterior; COUSO, 2008, pp. 98 y 103; MALDONADO, pp. 146 y ss.

(38) Con particular claridad se aprecia en el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre "Condición Jurídica y derechos humanos del niño" (Agosto, 2002)

(39) De ahí que existan buenos motivos para objetar el que la dinámica de equivalencia prevista en la ley (art. 21) se corresponda con esta visión clásica de manera necesaria.

(40) Cfr. CORTES, pp. 77.

(41) Es efectivo que detrás de dicha discusión se plantea sustituir un modelo centrado en la idea de la irresponsabilidad por uno basado en la responsabilidad, cuestión que se traduce en algo completamente diverso a lo expresado en el cuerpo del texto. Vid. BELOFF, p. 2 y ss.

(42) En concreto, en términos formales, se considera en los artículos 1, 2, 4, 6, 20 a 24, 27, 29 y 30, 32, 34, 35 y 36 a 41, sin considerar aun el campo propio de la ejecución penal.

(43) La idea de base es que el injusto constituye un presupuesto común que define lo prohibido, aplicable por ende a todos sobre la base de una regla de capacidad general. Que el

niño no responda es por ello una cuestión de su (in)capacidad de reproche, debiendo atenuarse la respuesta en casos de (in)capacidad atenuada, como la que detenta el adolescente. Dicha comprensión, es propia de un enfoque del adolescente como sujeto incompleto, incompatible por ello con los fundamentos del modelo.

(44) Vid. HERNANDEZ, p. 198, quien considera que el recurrir a estos contenidos materiales constituye una tarea forzosa.

(45) Vid. COUSO, 2008, p. 106 / MALDONADO, pp. 140-1.

(46) COUSO, 2008, p. 107. Parafraseando, se trata de orientar la decisión por la actuación esperable del adolescente medio, que no necesariamente equivale al criterio general (hombre medio).

(47) Vid. HERNANDEZ, p. 203-4, quien destaca la relevancia que en ello detenta el fin de protección que puede identificarse en la norma.

(48) HERNANDEZ (p. 203) menciona por vía ejemplar la producción de material pornográfico en el que participan los propios adolescentes o el favorecimiento de la prostitución, entendiéndolo que son figuras que se sancionan a partir del aprovechamiento o explotación que desarrollan sujetos adultos. En el mismo sentido, COUSO, 2008, p. 106.

(49) Vid. COUSO, 2008, p. 105

(50) Véase sobre el particular la exhaustiva argumentación desarrollada en CARNEVALI / KALLMAN (passim). En el mismo sentido COUSO, 2008, pp. 107-8. Por su parte en sentencia Rol 385-2008 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso se rechaza el argumento.

(51) No está de más recordar que el proyecto original del ejecutivo el factor violencia constituía uno de los elementos de juicio determinantes de la calificación de gravedad de las respectivas tipologías. La relevancia de ello es que en dicho esquema solo los delitos considerados graves podían recibir una sanción privativa de libertad.

(52) Art. 24 letras a), b), c) y e), que, respectivamente, se remiten a la gravedad del delito, el grado de participación o de ejecución del mismo, las circunstancias que modifican la responsabilidad y la extensión del mal causado.

(53) En este sentido HORVITZ, pp.103 y 113; DURAN, p.299.

(54) Solución propuesta con carácter general por VAN WEEZEL (pp. 401 y ss.) si bien ya en relación al propio artículo 69 del CP.

(55) Vid. MEDINA SCHULZ, pp. 14 y 15. Se incluye también acá a quienes salvan el problema, p. ej., asumiendo que la regla del artículo 21 sólo incide sobre la extensión de la pena y que la prevista en el artículo 24 rige en exclusiva la fijación cualitativa de la sanción procedente (Vid. SAN MARTIN, p. 297). También a quienes han planteado criterios de diferenciación radicados en consideración relativa a la mayor concreción (el 21 mide la valoración abstracta del legislador y el 24 sus particularidades concretas concurrentes en el caso de que se trate). Vid. Al respecto BUSTOS, pp. 65 y ss.

(56) Esta cuestión es independiente a la que plantea la existencia de serias falencias en las valoraciones del Código penal en materia de proporcionalidad.

(57) En este caso la fundamentación de la sentencia condenatoria atiende particularmente a que se contenga una explicación razonada y razonable acerca del por qué se escogió una determinada sanción (dentro del tramo de alternativas que en cada caso dispone el legislador) y su extensión concreta, en términos que permitan tener alguna claridad acerca del por qué se desecharon las demás. Dicha exigencia si bien está expresa en las reglas generales es, a pesar de ello, reiterada en este caso en particular, a modo de no generar siquiera la posibilidad de una confusión sobre su exigencia (y sobre el defecto subsanable por la vía de la nulidad que conllevaría su incumplimiento) en el régimen especial de los adolescentes. Sobre esta cuestión Vid. MEDINA SCHULZ, pp. 12 y ss. En Sentencia Rol 479-2007 la Corte de Apelaciones de Concepción rechazó anular el fallo a pesar que la sentencia fue bastante limitada en su fundamentación, sin siquiera considerar que se trataba de un desarrollo orientado por criterios correccionales. Algo similar sucedió en causa Rol 437-2008 y 1374-2008, ambos de la Corte de Apelaciones de San Miguel.

(58) El artículo 24 también detalla que "el tribunal deberá atender "a dichos criterios dejando constancia en su fallo".

(59) Lo confirma la frase siguiente de la citada disposición en cuanto precisa que la tarea de determinación se debe llevar a cabo "dentro de los márgenes antes establecidos", donde la propia terminología utilizada deja en claro que se persigue algo más que la mera selección (cualitativa) de entre las alternativas de sanción propuestas en cada caso. En este sentido se pronuncia la Corte Suprema en causa Rol 316-2008.

(60) Conviene a este respecto destacar el contenido de la Sentencia Rol 316-2008 de la Corte Suprema, donde los sentenciadores arriban no solo a la conclusión sostenida en el texto, sino también llegan a afirmar que la normativa no considera límites mínimos a la duración de la sanción, considerando con ello un marco de actuación del sentenciador más amplio respecto al que pareciera a primera vista considerarse. Oo. En SAN MARTIN, p. 297.

(61) Vid. CERDA / CERDA, p. 86. En este mismo sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol N° 2692-2008 y la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 2033-2008. Conviene tener presente que se trata de un argumento que va mucho más allá del mero plano de lo formal (se trata de una regla no referida por el artículo 21, que delimita las normas aplicables en la primera fase de determinación de la pena). Oo. En MATUS, P. 546, NOTA 56.

(62) Vid. Sobre el particular Sentencias N° 11-2009 de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas; y recientemente Sentencia de la Tercera sala de la Corte Suprema recaída en causa rol 643-2009. (63) En la línea de la tesis planteada se pronunció la Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol 878-2008, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol N° 390-2009, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa Rol N° 57-2008 y la Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa Rol N° 28-2009; Se han pronunciado por el rechazo de dicha pretensión la Corte de Apelaciones de San Miguel en causas Rol 531-2008 y 906-2008 y, previamente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol N° 117-2009.

(64) De hecho, buena parte de las resoluciones judiciales que han recaído en cuestiones como las formuladas han sido resueltas, rechazando en general los planteamientos, argumentando

concretamente que las respectivas modificaciones legales no distinguen entre adultos y adolescentes, limitando el sustento al plano de lo formal.

(65) Destaca asimismo la aplicación que ha hecho la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol 497-2008, donde en base a la especialidad extiende el efecto de la regla prevista en el artículo 39 inciso segundo por sobre toda la normativa procesal penal general, incluyendo las facultades de extensión o suspensión de las audiencias.

(66) A ello se dedica el artículo 29 de la Ley 20.084 habilitando solo en forma excepcional a la intervención de actores que no hayan cumplido con las exigencias de especialización. No obstante, si consideramos en global el tiempo de vigencia de la ley, pareciera mas bien que hasta el momento la regla se ha invertido, dinámica que se explica preferentemente como una cuestión de implementación.

(67) Dicho principio se prevé como regla de interpretación y guía de todo el contenido de la ley, encontrando su base original en el artículo 3° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

(68) Vid sobre ello MEDINA SCHULZ, p. 22.

(69) En el sentido objetado se pronuncia la Corte Suprema en causa Rol 316-2008.

(70) En este sentido MEDINA SCHULZ, p.21.

(71) Se trata de la perspectiva mas olvidada de la prevención especial, aquella que se orienta a la mera disuasión individual, diversa y perfectamente diferenciable de los objetivos de mera contención. Sobre ello Vid. SILVA SANCHEZ, p. 310.

(72) La edad reclama ser considerada precisamente en atención al diverso efecto que puede llegar a generar la imposición de todas y cualquiera de las sanciones previstas, según si se trata de un individuo más cercano a la niñez o a la adultez. El punto esta en que el tramo etáeo que se regula presenta una enorme variabilidad en este punto, siendo necesario que se tenga en cuenta el desarrollo y madurez del adolescente (reflejado en su edad) en este preciso sentido.

(73) Un contenido levemente distinto se defiende en CILLERO, 2008, pp. 32, quien concibe las finalidades que subyacen a la idoneidad (conforme al texto) solo como criterios limitativos de la sanción, asumiendo que forman parte de la primera etapa de valoración del principio de proporcionalidad que es el que guiaría el contenido concreto de la sanción.

(74) Parece que el legislador deposita la totalidad de sus preocupaciones en esta materia en la necesidad de considerar la reincidencia (art. 2° del DL 645 de 1925), lo que no es sino una manera simplista de asumir el problema, al obviar la posibilidad de una intervención temprana o anticipada (en la primera actuación judicial en que se constata la reiteración, regulada a través del concurso real). De ahí que prevea el uso del historial delictivo como antecedente, cuestión que se regula con una amplitud que difícilmente resulta tolerable, en cuanto se traspasan los efectos de las condenas adolescentes al régimen de adultos. En relación a ello conviene tener presente que la Corte de Apelaciones de Rancagua (en causa Rol 47-2009) rechazó la apelación planteada por el Ministerio Público, fundada en que el Juzgado de Garantía de Graneros no había dado lugar a considerar los antecedentes de un imputado

adulto e manados de sus condenas como adolescente, por considerar que se trata de una disposición que contraviene el artículo 21.2 de las llamadas reglas de Beijing, vigentes en Chile a partir del contenido del artículo 2° de la Ley 20.084.

(75) A ello no parece oponerse el tenor literal de la disposición citada, pues, si bien es efectivo que en términos formales no se trata de una regla contenida en el párrafo citado, es indiscutiblemente una norma que forma parte y complementa el tratamiento del concurso real de delitos, materia cuyo núcleo se regula en el lugar indicado. En cualquier caso, es indiscutible que el legislador no pretendió en modo alguno excluir dicha norma de consideración. Con la misma comprensión MATUS, pp. 533 y 546.

(76) Hay que considerar además que el universo de estos casos se amplía si consideramos la mayor prevalencia en el sistema de sanciones no privativas de libertad, cuya ejecución simultánea puede ser considerada en muchos casos como menos gravosa, a los efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 351 del CPP.

(77) No se trata solo de contar con una regla de absorción o exasperación, sino también con facultades para regular la sucesión que parece adecuada en casos de condenas múltiples. El recurso a la sanción mixta previsto en el art. 19 de la Ley constituye un buen ejemplo de lo que queremos transmitir. Véase, por ejemplo, cómo la Corte de Apelaciones de Talca rechaza la unificación de penas realizada por el Tribunal Oral en lo Penal de Linares (que le lleva a la aplicación de una sanción Mixta) por considerar que ello perjudica al adolescente infractor (causa Rol 73-2009).

(78) Sobre esta cuestión Vid. MATUS, pp. 552 y ss.

(79) De hecho, parte consustancial al sentido de la responsabilidad radica en que sus efectos pueden extenderse incluso más allá del cumplimiento de la mayoría de edad, como se aprecia concretamente en la regulación del artículo 56, que en cierta forma anticipa el criterio tenido en mente por el legislador. En este sentido véase el desarrollo contenido en las Sentencia de la Corte Suprema recaídas en causas Rol 250-2009 y 1809-2009 .

(80) Durante la discusión parlamentaria se planteó por el ejecutivo considerar en estos casos la sola procedencia de la sanción correspondiente por el delito cometido como adulto, en una mecánica de absorción que solo deja la consideración de la infracción adolescente como criterio general de apreciación de la pena (Vid HISTORIA, pp. 650 y ss) . Tras dicha opción, parece asumido el fracaso de la potencial intervención (mas bien de su ausencia) fundada en el comportamiento adolescente, atendido el hecho indiscutido que ya se ha delinquido como adulto.

(81) Como indica HERNANDEZ (p. 200): "el imperativo de establecer un régimen diferenciado de presupuestos de responsabilidad en el derecho penal de adolescentes no se encuentra íntegramente satisfecho con la sola promulgación de la LRPA sino que está en buena medida pendiente, correspondiéndole a los tribunales de justicia, a través de una interpretación conforme a la Constitución, terminar con la tarea".