



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°13

**Consideraciones para la Aplicación del Criterio
de Idoneidad en la Determinación de las
Sanciones en el Derecho Penal de
Adolescentes Chileno**

Miguel Cillero Bruñol

Abril 2008

Consulta sobre este documento a:
udpj@defensoriapenal.cl

Unidad de Defensa Penal Juvenil

CONSIDERACIONES PARA LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DE IDONEIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES CHILENO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL**

INTRODUCCIÓN

Las normas que regulan la determinación legal y judicial de las sanciones contenidas en la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (en adelante, también, LRPA) (artículos 21 a 26), constituyen la médula del diseño legal de cualquier sistema de responsabilidad que pretenda estructurar un derecho penal de adolescentes de carácter especializado; la doctrina especializada indica que la correcta aplicación de estas reglas es uno de los elementos decisivos para el buen funcionamiento del sistema penal de adolescentes¹.

Entre las reglas sobre la materia contenidas en la Ley 20.084 destaca, por su novedad e indeterminación, el criterio de la individualización judicial de la sanción² según la idoneidad de ésta para

**Deseo agradecer la colaboración prestada en la realización de este trabajo a Luis Ignacio De Ferrari, y los comentarios y sugerencias de Gonzalo Berríos, Alejandra Díaz y Alejandro Gómez de la Defensoría Penal Pública; las observaciones que me hicieron Álvaro Castro y Matías Villalón de la Universidad Diego Portales; y los comentarios del profesor Ricardo Garrido específicamente en relación a cuestiones de teoría de la interpretación jurídica. Pese a la relevancia de estas colaboraciones, como su autor soy el único responsable del contenido de este trabajo.

¹ Los otros componentes centrales de un sistema especializado son el establecimiento de un catálogo especial de sanciones, las reglas de procedimiento y las normas que rigen la ejecución de las sanciones. Véase un análisis exhaustivo en MALDONADO FUENTES, F. "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado", Revista Justicia y Derechos del Niño N° 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004, pp. 103-155. La CDN establece en su artículo 40.3 la obligación de los Estados Parte de contar con un sistema de justicia especializado y el artículo 40.4 dispone que deberán existir "*medidas alternativas a la internación en instituciones y consagra que los "niños deben ser tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción"*". En las obras generales de derecho penal se reconoce también la especialidad del derecho penal aplicable a los adolescentes; véase ROXIN, C.: "Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos de la Teoría del Delito", Ed. Civitas, 1° ed. 1997, reimpresión Madrid, 2001, pp. 46-47, NAUCKE, W.: "Derecho Penal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p.125 y JAKOBS, G.: "Derecho Penal, Parte General. Fundamento y Teoría de la Imputación". Madrid, Ed. Marcial Pons, 2°. Ed. corregida 1997, pp.35 y 26 y nota 74.

² La doctrina reserva el nombre de *individualización* judicial de la pena a la actividad judicial que forma parte de un proceso más amplio de determinación de la pena en que también interviene el legislador. Véase sobre el origen y evolución del concepto, DEMETRIO CRESPO, E.: "Prevención General e Individualización Judicial de la Pena", Ed.

cumplir los fines específicos previstos en la propia ley y en el resto de la normativa aplicable.

En estas notas se analizará el contenido del criterio aludido, prescrito en la letra f del artículo 24, y se propondrá una interpretación que permita su aplicación sistemática, de modo de favorecer la seguridad jurídica, someter a límites racionales la discrecionalidad judicial y contribuir a una aplicación igualitaria de la ley penal.

El criterio de la idoneidad se encuentra formulado en los siguientes términos:

*“Art. 24: Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia en su fallo, a los siguientes criterios: (...) f) **La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de terceros y sus necesidades de desarrollo e integración social**”.*

Desde el punto de vista sustantivo, el criterio de la idoneidad de la sanción representa un caso de aplicación en sede penal de criterios legales indeterminados respecto de los cuales es necesario que la doctrina y una aplicación judicial lo más uniforme y constante posible lo doten de contenido específico. Este ejercicio interpretativo, sin embargo, se debe hacer en el marco del estricto respeto al principio de legalidad y recurriendo a técnicas de fundamentación y de ponderación judicial³.

De la lectura de la disposición se desprenden también dos cuestiones sistemáticas fundamentales: la consideración del criterio de la idoneidad de la sanción no tiene un carácter facultativo, sino que, por el contrario, el *tribunal está obligado a atender* a él; y, segundo, que en la fundamentación de la sentencia se deberá expresar la valoración –a eso parece referirse el verbo atender– de cada uno de los criterios que señala el artículo 24.

Queda manifiesto, entonces, la relevancia que adquiere esclarecer el contenido de esta norma y su conexión directa con ciertas cuestiones centrales de la doctrina penal contemporánea, como son la tensión entre el merecimiento y la necesidad de pena y la reflexión más amplia acerca de la

Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 27-28 y 41-47. El criterio de idoneidad no se encontraba en el Proyecto de Ley original y sólo se incorpora en el marco de las reformas al sistema de determinación de las sanciones introducidas en el Senado. Para una revisión reciente de la historia legislativa, véase DE FERARI VIAL, L. I.: “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 los Adolescentes”, en Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 8, UNICEF, Santiago de Chile, 2006, pp. 113-158.

³ Véase ROXIN, C.: ob. cit. pp. 173-175, que caracteriza a estos conceptos penales indeterminados como aquellos que requieren una complementación valorativa pero que, sin embargo, no puede ser ilimitada tanto a nivel de determinación del injusto como de las consecuencias jurídicas. ROXIN destaca que las normas sobre determinación de la pena tienen el rol de dar “al autor del delito un cierto grado de seguridad compensadora” ante la indeterminación de las demás normas penales.

relación entre la culpabilidad y la prevención del delito, materias que, pese a su escaso desarrollo doctrinario en el Derecho penal de adolescentes, deben formar parte también de la justificación de las decisiones judiciales en este ámbito.

La cuestión de la aplicación del criterio de la idoneidad para seleccionar una sanción y no otra, entonces, no se resuelve –como se verá– simplemente sosteniendo que el juez está facultado para elegir a su arbitrio de entre las sanciones aplicables aquella que le parece más conducente a la realización de los fines de la ley, sino que una correcta interpretación exige que el tribunal valore los criterios y exponga su valoración en la sentencia. La Ley otorga, en consecuencia, un margen de discrecionalidad reglada que tiene como contrapartida el deber de fundamentación, en el marco de una aplicación sistemática del conjunto de normas y principios que se establecen en nuestro ordenamiento jurídico para la individualización judicial de la sanción a imponer a un adolescente. En este trabajo pretendo proveer una interpretación sistemática que permita un uso no discrecional del criterio de idoneidad y proponer, como elemento central para su aplicación, un ejercicio racional de la ponderación, basado en los principios de proporcionalidad e igual aplicación de la ley penal, encuadrado por los demás criterios de determinación de las sanciones contenidos en la normativa que regula el derecho penal de adolescentes en Chile. Para ello abordaré diversos problemas de interpretación que plantea específicamente el artículo 24 f), a saber, el problema de su significado, particularmente el de la palabra *idoneidad*; el esclarecimiento del elemento teleológico –para qué debe ser idónea la sanción (objetivo o fin)-; y el sentido de la referencia a las “necesidades de desarrollo e integración social”. Finalmente, se propondrán algunas pautas para la aplicación concreta del criterio de idoneidad de la sanción, fundadas en el derecho penal de adolescentes en vigor.

1. LA DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES

1.1 Cuestiones Preliminares

Antes de entrar directamente en el análisis del artículo 24 f) de la Ley 20.084, considero necesario explicitar algunas visiones sobre el derecho penal aplicable a las personas menores de edad, así como las opciones metodológicas que sirven de fundamento al razonamiento que presento, con la finalidad de dejar en claro el marco teórico y valorativo de las ideas que se exponen.

Mi punto de partida considera al derecho penal de adolescentes como un sistema de responsabilidad penal especial y excepcional⁴, cuya característica principal es que la justificación del ius puniendi es más débil que en el derecho penal de adultos, condición particular de la que se deriva que las garantías y los límites al poder punitivo deben desplegarse con especial intensidad en esta área del sistema penal.

La especialidad del sistema, y la generalmente aceptada centralidad de la prevención especial positiva en el derecho penal juvenil, se justifican, a mi entender, como una consecuencia de las particularidades jurídicas del autor en relación a la responsabilidad que se le impone por el hecho cometido (criterio culpabilístico), y no sólo como una cuestión utilitaria relativa a la prevención del delito como se sostuvo por los partidarios de una primacía absoluta del fin educativo⁵. Esto es, la especialidad no se fundamenta solamente en la necesidad de la pena, sino que también en su merecimiento⁶, y ambos componentes deben ser analizados y valorados en atención a la especial situación jurídica de los adolescentes.

⁴ En este sentido, véanse las obras citadas en la nota 1. En el derecho positivo chileno este punto se encuentra despejado ya en el artículo 10 del Código Penal:

“Art. 10: Están exentos de responsabilidad criminal:

2° El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil”.

⁵ La referencia exclusiva a la educación o protección como fundamento exclusivo de la determinación de la sanción penal de adolescentes se encuentra prácticamente superada. Defienden un vínculo estrecho entre protección y aplicación de internación parte de la doctrina española (Ríos Martín, Cuello Contreras y Bueno Arús, entre los más destacados), pero se reconoce la necesidad de limitar la intervención punitiva por criterios de proporcionalidad. En España véase el reciente trabajo de CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La Medida de Internamiento y sus Alternativas en el Derecho Penal Juvenil”, Ed. Dykinson, Madrid 2007, quien expresamente sostiene la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas que autorizan esta medida, exigiendo, por una parte, que concurra un delito grave (proporcionalidad) y, por otra, una necesidad de protección, ob. cit. pp. 30-35 y 57-63. En una misma línea pero fundamentando adicionalmente desde la consideración jurídica de los Derechos de los Niños, la actual doctrina y jurisprudencia desarrollada en Costa Rica, para ello véase los diferentes trabajos contenidos en TIFFER, C., LLOBET, J y DÜNKEL, F.: “Derecho Penal Juvenil”, ILANUD-DAAD, San José de Costa Rica, 2002.

⁶ La relación entre necesidad y merecimiento de pena es un asunto donde se despliega un enorme arco de teorías y de problemas jurídicos que han ocupado largamente a la doctrina. Para comprender correctamente este trabajo, es necesario tener en consideración la estrecha relación de esta cuestión con la doctrina sobre el principio de proporcionalidad, en que se distingue “entre lo que suele denominarse una concepción *estricta* del principio de proporcionalidad referida tan sólo a la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito, y de una concepción *amplia* que bajo la influencia de la formulación germana difundida por la jurisprudencia constitucional, entiende el principio de proporcionalidad como un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad”, LOPERA MESA, G.P.: “Principio de Proporcionalidad y Ley Penal”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 171-172. Una discusión actualizada sobre la relación entre merecimiento y necesidad de pena en FRISCH, W.: “Delito y Sistema de Delito”, en WÖLTER, J. y FREUND, G. editores: “El

El análisis, entonces, no debe enfrentarse unilateralmente desde la teoría de los fines preventivos de la pena, sino que con una perspectiva jurídica global que atienda a los aspectos culpabilísticos y a la posición jurídica de los adolescentes, quienes gozan en virtud de la Convención sobre Derechos del Niño (en adelante, también, CDN) de una protección reforzada de sus derechos fundamentales. Esta condición jurídica privilegiada debe irradiar, con especial singularidad, a la definición de los límites a la intervención penal y, en particular, a las normas y criterios que rigen la imposición de las sanciones penales. Dicho en otras palabras, la obligación de protección de los sujetos en desarrollo es general y no contempla excepciones de ninguna clase, por lo que debe alcanzar también al sistema penal⁷.

Al situar así el problema, aparece con claridad la importancia hermenéutica de una de las pretensiones principales que impulsó la derogación parcial de la Ley de Menores mediante la promulgación de la LRPA, como fue la de poner término a la paradoja expresada en el Mensaje del Proyecto enviado por el Presidente al Congreso Nacional, según la cual el sistema creado por dicha Ley para proteger los derechos de las personas menores de edad terminó, por el contrario, menoscabándolos y ampliando el poder punitivo del Estado⁸.

En consecuencia, una de las claves interpretativas de la Ley 20.084 ha de ser, justamente, la del reforzamiento de las garantías y límites de la intervención punitiva, teniendo especial cuidado en la continuidad de la relación entre fines y medios o, expresado de otra forma, atendiendo a los límites teóricos, valorativos y empíricos del uso del sistema penal para obtener los fines de responsabilidad e integración social que la misma Ley pregonaba en su artículo 20⁹.

Sistema Integral de Derecho Penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 193-280, p. 224.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ ha acuñado el término niño-adolescente para definir al sujeto de este Derecho Penal especial, de modo de dejar de manifiesto su vinculación con el conjunto de la normativa protectora de los derechos de la infancia y la primacía de la prevención especial positiva “desde la perspectiva que se ofrece al adolescente diferentes apoyos o alternativas para su inserción social, es decir, para un ejercicio de sus derechos con mayores opciones”, BUSTOS RAMÍREZ, J.: Derecho Penal del Niño-Adolescente. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007, pp. 56-57.

⁸ Véase el Mensaje de la Ley 20.084.

⁹ La asimetría entre fines y medios; funciones declaradas y reales; motivaciones y resultados efectivos es una constante en la justicia penal de adolescentes occidental y ha sido el punto de apoyo en que se ha basado la mejor jurisprudencia comparada sobre la materia para establecer la primacía de las consecuencias reales (impacto sobre los derechos) por sobre las motivaciones de ayuda o control como criterio determinante para la definición de los estándares constitucionales que limitan las decisiones legislativas y judiciales. Un análisis en esta perspectiva, basado en la resolución de la Corte Suprema de Estados del caso GAULT en 1967, en FLETCHER, G.: “Conceptos Básicos de Derecho Penal, Traducción y prólogo de Muñoz Conde, F. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 pp. 52 y 53.

Desde otra óptica, al examinar al derecho penal de adolescentes a partir de la construcción de los presupuestos de las sanciones y de la teoría de las consecuencias jurídico penales, se puede verificar la existencia de dos vertientes diferentes. Por un lado, un derecho penal peligrosista –de carácter maximalista y antigarantista– que expande la respuesta penal de menores incluso más allá que la de los adultos; por el otro, un derecho penal mínimo, estrictamente limitado por el principio de legalidad y las garantías que de él se desprenden, que reduce el ámbito de la intervención penal del Estado, esto es, despenalizador, y que permite el funcionamiento de otros medios de *control social no punitivos* que se apoyan en intervenciones sociales preventivas y de promoción del desarrollo personal, o bien, que aún al interior del sistema penal, deja amplio espacio a otras respuestas reparatoras que se constituyen a su vez en alternativas a la sanción penal¹⁰.

El otro elemento que creo necesario tener en cuenta para una correcta interpretación del criterio de idoneidad, es que el derecho penal de adolescentes está constituido por una pluralidad de fuentes normativas. No se debe confundir el derecho penal de adolescentes chileno con la Ley 20.084. La LRPA sólo es una parte del sistema; éste se integra, además, por las normas de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile –especialmente la CDN-; por los Códigos Penal y Procesal Penal, así como por las leyes penales especiales. Por ello, para interpretar adecuadamente el artículo 24 letra f) de la LRPA, es necesario considerar el conjunto de la

¹⁰ El artículo 40.3.b de la CDN establece que “siempre que sea deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”, advertencia que busca impedir que se aplican castigos de naturaleza penal por fuera del sistema penal formal. ZIMRING ha descrito esta relación como una tensión entre una tendencia a diseñar y poner en funcionamiento sistemas de Justicia Juvenil que favorecen el poder de intervención penal/rehabilitadora (justificación intervencionista) cuyas características principales son la sanción de duración indeterminada y la validación de los delitos en razón de status que extienden la punibilidad para los adolescentes a conductas no sancionadas para los adultos como el abandono de hogar, la venta callejera, etc.; y la opuesta, que promueve la despenalización, diversificación o respuesta formal y materialmente no punitiva, buscando la utilización de otros medios de control social (justificación diversionista) y reservando la respuesta punitiva –aunque integradora– para los conflictos jurídico penales más graves. ZIMRING, F.: “American Juvenile Justice”, Oxford University Press, NY, 2005, pp. 35–38. En la literatura americana se distingue también entre la perspectiva de los fundadores de la Justicia Juvenil de inspiración *progresista y rehabilitadora*, la crítica *libertaria (libertarian perspective)*, la visión conservadora vinculada al orden y una visión *fundamentalista* de inspiración moralista; véase GUARINO-GHEZZI, S. and LOUGHRAN, E.: “Balancing Juvenile Justice”, New Jersey, 1996, pp. 5-25. Un análisis adecuado a nuestra realidad en COUSO SALAS, J.: “La Política criminal para adolescentes y la Ley 20.084”, Documento de Trabajo N° 12, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago, marzo 2008, pp. 7 y 8.

legislación aplicable y respetar las estructuras dogmáticas que forman parte de aquélla para lograr una interpretación y aplicación sistemática.

En síntesis, los componentes centrales del enfoque que se utiliza en este trabajo son la atención a las particularidades jurídicas del sujeto responsable, especial limitación del poder punitivo, reforzamiento de las garantías, enfoque sistemático y consideración de los fines de la intervención penal.

1.2 Interpretación de la Ley e Individualización Judicial de las Sanciones Penales

El artículo 24 f) de la Ley 20.084 es una regla de interpretación de la ley para la individualización judicial de la pena. Para comprender adecuadamente su contenido y función es conveniente que revisemos algunas cuestiones generales sobre la determinación de las sanciones penales.

La imposición de una consecuencia jurídicopenal es el resultado de un conjunto de decisiones legislativas y judiciales. La explicación convencional de este proceso postula que se trata de una secuencia ordenada en la cual el legislador determina en abstracto las penas máximas y mínimas como resultado de consideraciones sobre el injusto; la responsabilidad y sus circunstancias modificatorias; el grado de desarrollo del delito y de la participación del condenado. En ese rango, denominado marco penal, el Juez procede a individualizar la pena o medida de seguridad concreta aplicable al caso que juzga, atendiendo a criterios de prevención general y especial que, para la doctrina tradicional, se valorarían con importantes grados de libertad¹¹.

Esta simple descripción, sin embargo, dista bastante de dar cuenta de la complejidad de los procesos de toma de decisión en los sistemas jurídicos contemporáneos y, más aún, de hacerse cargo de los problemas que ello involucra¹². Por el contrario, el estado actual de la discusión sobre los problemas teóricos y prácticos relativos a la aplicación del derecho por los jueces, revela una gran controversia que incluso lleva a considerar que su denominación bajo el concepto de *aplicación* es ya una toma de postura anticipada, proponiéndose, en cambio, los términos de *justificación*,

¹¹ Esta posición ya se encuentra en autores como VON LISZT, F.: “Tratado de Derecho Penal”, traducción de Luis Jiménez de Asúa, 20ª ed. alemana, Tomo 2, 3ª edición, Reus, Madrid, p.29. Para un tratamiento específico sobre la complejidad del razonamiento judicial para la determinación de la pena, véase ZIFFER, P.: “Lineamientos de la Determinación de la Pena”, Ed. Ad-Hoc, 2ª ed. 1999, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2005, pp. 23–38 y 93-98.

¹² Como señala ZIFFER, P.: ob. cit., pp. 26-27, “concebir a la determinación de la pena como una decisión sujeta a la discrecionalidad de los jueces parece ser un lugar común en nuestra doctrina”, criticando las tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA y, en general, la idea que la determinación de la pena es el “feudo inexpugnable del juez”.

*razonamiento o argumentación judicial*¹³. Esta discusión trasciende los ámbitos de la teoría general del derecho, encontrándose también presente en la teoría de la determinación de la pena.

La pregunta fundamental que aún divide a la filosofía y teoría del Derecho es si el juez, al decidir un caso, *crea derecho* de un modo análogo al legislador, o bien, si simplemente *aplica* el derecho legislado¹⁴. Dicho de otro modo, y atendiendo a la dimensión propiamente política, si el acto de dictar sentencia es un acto de *voluntad* (poder) del Juez o un simple acto de aplicación de la voluntad de otro, esto es, de la del legislador¹⁵.

Esta cuestión, salvo para las posiciones extremas, no admite ya respuestas tajantes y se ha transformado más bien en examinar con qué *grado de libertad* actúan los jueces y qué *límites* tienen para tomar sus decisiones; o, lo que es lo mismo pero dicho en positivo, qué grados de *poder* y de autonomía se les otorgan a las decisiones judiciales en relación a lo prescrito en la ley y qué tipo de estándares (constitucionales, legales o principios de justicia no positivizados) son los que deben regir el razonamiento judicial¹⁶.

A este respecto, ha de tenerse presente que el razonamiento judicial es una especie dentro del género de los razonamientos argumentativos, y como tal se fundamenta más en la corrección de sus razones, que en la verdad o falsedad de sus proposiciones; asimismo, es un razonamiento práctico –aunque apoyado en elementos teóricos– que también debe ser practicable, es decir, susceptible de ser realizado con los medios al alcance de los jueces. Un ejemplo de criterios no practicables son todos aquellos que suponen la prueba de la libertad, como lo fue en nuestra área de interés el pronunciamiento judicial sobre el discernimiento.

En consecuencia las normas sobre *individualización o determinación judicial* de la sanción penal son normas que regulan un ejercicio de interpretación jurídica, limitando por una parte el ámbito de actuación

¹³ Existe una amplia bibliografía sobre el tema. Una mirada reciente y de conjunto sobre las distintas teorías en ITURRALDE SESMA, V.: “Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; SERNA, P.: (editor) “De la Argumentación Jurídica a la Hermenéutica”, 2ª ed. aumentada, Comares, Granada, 2005. ZIFFER, P.: ob. cit. pp., 96-97.

¹⁴ Extensamente, sobre este punto específico véase WRÓBLEWSKI, K.: “Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica”, Civitas, Madrid, 1985, pp. 81-91, y referencias de la nota anterior.

¹⁵ Estas preguntas entroncan directamente con la discusión sobre dos cuestiones esenciales de la política penal actual: el control judicial de la constitucionalidad de la ley penal y el sometimiento de la actividad judicial a la Constitución y a la Ley. Véase PRIETO SANCHÍS: L.: “La limitación constitucional del Legislador Penal” contenido en EL MISMO: “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, 261-298 y, en general, la discusión suscitada en torno a la teoría del garantismo de FERRAJOLI.

¹⁶ Véase sobre las fuentes de legitimidad de la interpretación judicial ALEXY, R.: “Derecho y Moral” en EL MISMO: “La Institucionalización de la Justicia”, Comares, Granada, 2005, pp.17-29.

judicial y, a su vez, legitimando ciertos grados de libertad que se le otorgan al juzgador, los que son contrapesados con obligaciones de fundamentación¹⁷. Se trata, en síntesis, de conciliar el valor de la seguridad jurídica –que exige respetar el principio de legalidad– con la justicia del caso específico, que se expresa en la idea de la pena *proporcional y adecuada* en el marco de un razonamiento que satisfaga el principio de igualdad de la interpretación de la ley penal¹⁸.

La necesidad de adecuar la sanción al caso concreto, a la orientación a las consecuencias y a los fines de la pena y del Derecho penal, se derivan de las exigencias de los principios de justicia e igualdad, por una parte, y de la aceptación de los fines preventivos de la sanción penal, criterios que adquieren especial relevancia para justificar el Derecho penal de adolescentes en los sistemas comparados y en las normas internacionales¹⁹.

Estos son, según la doctrina dominante, los estándares *ideales* que deben guiar al diseño legal y al razonamiento judicial para imponer una sanción penal a los adolescentes. La plenitud y coherencia vinculan tanto al legislador como a la interpretación judicial. La seguridad jurídica se concreta a través de la vigencia del principio de *legalidad de la pena*, el que no sólo exige la definición estricta de las sanciones y sus presupuestos en la propia Ley, sino que, también, requiere que el *razonamiento* judicial que conduce a la individualización concreta de la sanción, se encuentre

¹⁷ ZIFFER, siguiendo a BRUNS, FRISCH y NOWAKOWSKI, sostiene: “la individualización judicial de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es *aplicación del derecho*. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico... que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica”, ob. cit. pp., 96-97.

¹⁸ Véase un análisis de los límites y posibilidades de los modelos “matemáticos” en ZIFFER, P.: ob. cit., pp. 34-35, que sostiene que el modelo matemático sólo puede operar cuando es posible estandarizar un “rol social” de los infractores (el ejemplo que pone es el de las infracciones de tránsito, ya que, en esa situación se espera la misma actuación de todos los conductores), pero en estos casos de estandarización por roles, las sanciones aplicadas se caracterizan por no consistir en injerencias en la personalidad del condenado y no afectan su “personalidad (que) queda fuera de toda discusión”, sino que denotan una frustración de la expectativa social en el ejercicio de un rol determinado (ob. cit. p. 35).

¹⁹ Véase ZIMIRING, F.: ob. cit. y LLOBET RODRÍGUEZ.: “Principios de la Fijación de la Sanción Penal Juvenil”, en Tiffer, C., Llobet, J y Dünkel, F.: ob. cit., pp. 371-466. Una propuesta que pretende unificar el enfoque de derechos y de garantías con el de bienestar (basado en la consideración del interés superior del niño, la prevención del delito y los deberes de protección de los derechos y el desarrollo de los adolescentes) es la de un enfoque de bienestar basado en derechos (right-based welfare approach) esbozada por SCRATON, P y HAYDON, D.: “Challenging the Criminalization of Children and Young People. Securing a rights-based agenda” Contenido en MUNCIE, J., HUGHES, G., McLAUGHLIN, E.: “Youth Justice. Critical Readings”, Sage, 2002, pp. 311-328, pp. 324-326.

regulado legalmente y sometido a la obligación de fundamentación, condiciones que permiten el control y la deliberación pública sobre la actividad judicial, dejando atrás la idea que “quien enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de un auténtico control”²⁰.

Se trata, en palabras de GARCÍA AMADO, de “rescatar la práctica jurídica de la arbitrariedad judicial” a través de diferentes doctrinas, como la jurisprudencia de valoración, la tópica jurídica y la retórica, que “participan de un punto de partida común: allí donde no es posible obtener verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación”²¹.

1.3 Reglas para la Determinación de Sanciones en la LRPA

La LRPA estructura un procedimiento secuencial para determinar el marco general de la sanción y, dentro de éste, individualizar judicialmente la sanción concreta que se impondrá, así como su extensión o intensidad, entendida ésta última como el grado de afectación de los derechos del condenado que cada sanción penal conlleva. Desde su promulgación, este sistema de reglas ha sido sometido a críticas por diversos informes especializados que advirtieron deficiencias en el diseño legal. Las observaciones apuntan a que se trata de normas complejas de interpretar y que adolecen de escasa consistencia interna, defectos que redundarían en decisiones judiciales que pondrían en entredicho el valor de la seguridad jurídica y el principio de especialidad²².

Estos defectos de la legislación motivaron una reforma legal (la Ley 20.191, en virtud de la cual se le dio forma definitiva al párrafo V sobre la determinación de las sanciones), destinada a corregir la redacción de los preceptos y favorecer una interpretación unívoca; modificaciones que, si bien dotaron de mayor claridad a la redacción, introdujeron una regla que alteró aún más la lógica interna del sistema, al establecer como pena única

²⁰ GARCÍA AMADO, J.A.: “Del Método Jurídico a las Teorías de la Argumentación”, Anuario de Filosofía del Derecho, TIII, 1985 pp. 151-182, pp. 152-153.

²¹ GARCÍA AMADO, J.A.: ob. cit., pp. 152-153.

²² Véase: Informe Comisión de expertos, en <http://comisionexpertosrpa.blogspot.com> y HORVITZ, M.I.: “Determinación De Las Sanciones En La Ley De Responsabilidad Penal Juvenil y Procedimiento Aplicable”, Documento de Trabajo N° 1, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago, marzo, 2006.

y obligatoria para el primer tramo del artículo 23 de la LRPA, la “internación en régimen cerrado con programa de reinserción social”²³.

En virtud de esta norma se priva al tribunal de toda posibilidad de decidir, en estos casos, sobre la *naturaleza* de la sanción aplicable en función de su idoneidad para obtener los fines de la intervención –según lo dispone el artículo 24 f) –, reduciéndose su margen de acción simplemente a determinar la extensión de esta sanción única en el rango que media entre los 5 y 10 años²⁴, sin perjuicio de facultar al Juez para imponer la sanción mixta del inciso primero del artículo 19.

El sistema de determinación de las sanciones procede de manera escalonada, desde la rebaja de la pena en un grado del mínimo asignado

²³ Artículo 23.- **Reglas de determinación de la naturaleza de la pena.** La determinación de la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes con arreglo a la presente ley, se regirá por las reglas siguientes:

1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.

3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.

5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

²⁴ La reforma aprobada representa una clara manifestación de la incorporación en este artículo de la ley penal de adolescentes, de una primacía del elemento *retributivo de la pena*, por el cual la retribución *per se*, al margen de cualquier consideración preventiva, fundamentaría una *obligación de castigar* y no una *autorización para el castigo*. Mayoritariamente, la doctrina ha criticado esta posición y ha reconocido al Derecho penal de adolescentes, como uno de los campos de la ciencia penal en que la obligación de castigar no puede tener aplicación. En este sentido, expresamente, JAKOBS sostiene que se podría “perdonar al delincuente juvenil () quedándose la respuesta en una medida educativa”. JAKOBS, G.: “La pena estatal: significado y finalidad”, Aranzadi, Navarra, 2006 pp. 194 y 105. Asimismo, VON HIRSCH, que es uno de los exponentes más destacados del *neoretribucionismo*, reconoce las diferencias de la justificación de las sanciones en adultos y adolescentes. Véase VON HIRSCH, A.: “Censure and Sanctions”, 1993, traducida al español por E. Larrauri “Censurar y Castigar”, Madrid, Trotta, 1998 y el artículo específico para adolescentes del mismo autor: “Proportionate Sentences for Juveniles: How Different than for Adults?” en *Punishment and Society*, 2001, pp. 221-236.

en la ley²⁵ hasta su *substitución* por alguna de las sanciones especiales establecidas en el artículo 6 de la LRPA. En virtud del artículo 23, se determinará “*la naturaleza de la pena que deba imponerse a los adolescentes*”, dependiendo del tramo o marco penal general aplicable, que se determinará en cada caso una vez aplicadas las normas de los actuales artículos 21 (a los que BUSTOS RAMÍREZ agrupa bajo el rotulo de criterios cualitativos²⁶) y 22, mediante el cual se ajusta el elenco de las sanciones privativas de libertad posibles, y su duración, según si el adolescente infractor era mayor o menor de 16 años al momento de la comisión del hecho, en aplicación de lo que dispone el artículo 18 de la LRPA.

Concluida esta operación procede la última fase, que consiste en individualizar, en palabras del legislador, “*la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos*”, formulación que resulta incompleta. En efecto, del tenor literal pareciera que los criterios del artículo 24 servirán sólo para determinar la naturaleza, pese que también han de utilizarse para establecer la extensión, aunque dentro de los límites ya fijados para las sanciones privativas de libertad en los artículos precedentes. En el caso de las sanciones no privativas de libertad su *naturaleza* dependerá de los tramos del artículo 23 y su *extensión o intensidad*, de las normas específicas establecidas al definir a cada una de las sanciones.

Las normas citadas son imprecisas y confusas. La imprecisión deriva, en primer lugar, de la falta de definición autónoma de los marcos penales aplicables a las infracciones penales de los adolescentes²⁷, lo que

²⁵ Una completa explicación sobre las reglas de determinación de la sanción en BUSTOS RAMÍREZ, J.: ob. cit., pp. 56-69. El artículo 21 prescribe que, para establecer la duración de la sanción que deba imponerse, “*el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código*”.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J.: ob. cit., p. 59, criterios que antes de la última reforma estaban contenidos en el artículo 22.

²⁷ Debe recordarse que el nombre de la Ley 20.084 es: LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL. En la tramitación en el Senado de la Ley 20.084 se modificaron radicalmente las normas sobre las sanciones aplicables a los distintos tipos de infracciones de los adolescentes a la ley penal, los que se encontraban precisamente especificados a partir de la individualización de un conjunto taxativo de *infracciones graves*, y se decidió reemplazar esta distinción, que resultaba clave y ordenadora del sistema, por el de la pena asignada a los delitos en el Código Penal. Este nuevo diseño, además de las objeciones que pueden hacerse por traspasar simétricamente el deficiente sistema de valoraciones del actual Código Penal al Derecho Penal de Adolescentes, fue técnicamente mal resuelto, constituyéndose, en mi opinión, en el origen de los múltiples problemas de interpretación que se vienen reseñando. Al adoptarse como criterio de asignación de la sanción el general del Código Penal, debió haberse establecido por el legislador de un modo claro los marcos penales aplicables (cuestión que intentó hacer fallidamente el artículo 6 de la LRPA hoy derogado en su versión original y que fue sustituido por un listado de sanciones aplicables sin referencia a los tipos penales) y haber establecido, además, reglas específicas para la determinación legal y judicial de la naturaleza de la

obliga a constantes remisiones al Código Penal para luego realizar las *conversiones* pertinentes, por lo que se confunde permanentemente el problema de la naturaleza de la pena con el de su extensión.

En síntesis, los problemas se derivarían de una insuficiente discriminación en la ley de los criterios para determinar la naturaleza y la extensión o intensidad de las sanciones. En relación a la extensión o intensidad, las reglas parecen hacerse cargo sólo de las sanciones privativas de libertad, y confunden la extensión de las penas aplicables a los adultos con las sanciones específicas aplicables a los adolescentes, diseñando un sistema de sustitución (artículos 6 y 23) que no resuelve todas las hipótesis posibles.

Por ejemplo, por más que la Ley 20.191 pretendió clarificar el problema de la extensión de las sanciones no privativas de libertad, al incorporar un nuevo inciso final en el artículo 23 que se remite para establecer la duración de la libertad asistida, libertad asistida especial y servicios en beneficio de la comunidad a las normas específicas que las regulan, el sistema sigue siendo poco claro y persisten vacíos o problemas de interpretación en cuestiones como la determinación de en cuántos días han de distribuirse razonablemente las horas de servicio en beneficio de la comunidad.

Con todo, el análisis de estas reglas no agota el problema de la normativa aplicable para la determinación de las sanciones, pues todavía existen otras normas o principios contenidos principalmente en la CDN que son importantes de considerar.

Los más relevantes para la cuestión en estudio son: i) el de excepcionalidad de la privación de libertad (artículo 37 b) CDN y 26 Ley 20.084; ii) el de brevedad de la privación de libertad (artículo 37 b) CDN; y, iii) el de proporcionalidad (artículo 40.4. CDN).

La excepcionalidad de la privación de libertad se expresa en la disposición que señala que la privación de libertad se impondrá sólo como un último recurso.

Esta disposición es la consecuencia, en el ámbito penal, de otorgar una “consideración primordial al interés superior del niño” (artículo 3 CDN), interés que el artículo 2 de la Ley identifica con el reconocimiento y respeto de sus derechos, ya que la sanción penal como es siempre una afectación de derechos entra en colisión con el mandato general de protección privilegiada de los derechos de la infancia y la adolescencia²⁸.

sanción (especialmente considerando la distinción fundamental entre sanciones privativas o no privativas de libertad) así como de su extensión, cuestiones que tarde o temprano deberán abordarse si se quiere contar con un sistema de justicia penal de adolescentes razonable, proporcional y que satisfaga los criterios de seguridad jurídica propios del Estado de Derecho.

²⁸ He sostenido una interpretación del interés superior del niño como principio que limita las actuaciones judiciales y garantiza decisiones que protejan sus derechos en CILLERO, M.: “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Infancia, Ley y Democracia*, 3ª. Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 2004, pp. 77-93.

Las Reglas de Beijing²⁹ abundan en este punto estableciendo que la privación de libertad sólo se podrá imponer “siempre que no haya otra respuesta adecuada” (regla 17.1.c).

El interés superior del niño, que ha sido definido como un principio de prioridad no excluyente de otros derechos o principios, ha de ser interpretado y aplicado en la solución de casos sometidos al conocimiento de los Tribunales, según las reglas y principios de interpretación de los tratados (buena fe, *pro hominis*, interpretación dinámica)³⁰.

Según el artículo 2 de la propia Ley 20.084 el interés superior del adolescente “se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos” por lo que los Tribunales –así como otras autoridades– han de considerar con prioridad los derechos de los adolescentes al tomar sus decisiones, siguiendo la regla del artículo 41 de la Convención sobre Derechos del Niño de aplicar con preferencia la norma “más conducente a la realización de los derechos del niño”.

En síntesis, el mandato de la Convención de priorizar el *interés superior del niño* obliga al juzgador a decidir según aquella interpretación que favorezca la protección y realización de los derechos de las personas menores de 18 años por sobre aquella que los menoscabe, a menos que una ponderación razonada justifique preterir los derechos del niño por algún otro derecho de mayor entidad o peso constitucional³¹.

En razón de lo expuesto, se puede concluir que el derecho penal de adolescentes chileno, y en consecuencia las decisiones que tomen los legisladores o los jueces, se encuentra doblemente limitado, por una parte por los límites que la Constitución y la Ley imponen al sistema penal general, y por la otra, por la satisfacción y protección de los derechos de los adolescentes que se erigen en garantías adicionales y específicas del derecho penal de adolescentes que emanan de su particular condición jurídica y del respeto a su dignidad como personas en desarrollo³².

Específicamente sobre las relaciones entre interés superior del niño y el sistema penal véase “La Responsabilidad Penal del Adolescente y el Interés Superior del Niño: ¿Complemento o Contradicción?, en Infancia y Democracia en la Argentina. La Cuestión de la Responsabilidad Penal de Adolescentes. Emilio García Méndez compilador, Ed. del Puerto y Ed. del Signo, 2004, pp. 35-41.

²⁹ Reglas de Beijing, Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, que contiene las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores”.

³⁰ MEDINA QUIROGA, CECILIA: “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en MEDINA, C. Y MERA, J. editores, “Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos”, Serie de publicaciones especiales N° 6 de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 74-76.

³¹ He defendido este punto de vista basado en DWORKIN, R. en CILLERO BRUÑOL MIGUEL: “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño” en García Méndez, E y Beloff, M. op. cit. En este sentido también COUSO SALAS, JAIME, siguiendo a ALEXY R., en “Mas acá del Interés Superior del Niño” en “Infancia y Democracia en Argentina”, Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

³² Un desarrollo similar en BUSTOS RAMÍREZ, J.: ob. cit. pp. 17-22 y 28-29.

Al interpretar conjuntamente estas disposiciones y vincularlas con el criterio de idoneidad para la individualización judicial de la sanción, queda en evidencia que el Juez tendrá una fuerte carga de argumentación para seleccionar una sanción privativa de libertad por sobre una que no lo es cuando el legislador le ha dejado ese campo de decisión al Tribunal (artículo 23 numerales 2,3 y 4), para lo cual no es suficiente aducir la gravedad del delito, sino que otros fundamentos, particularmente relativos a la culpabilidad del condenado.

La misma conclusión puede derivarse del principio de brevedad de la sanción privativa de libertad, formulado en la CDN como “el menor tiempo que proceda”, que al interpretarlo sistemáticamente con lo dispuesto en el artículo 23 numerales 1, 2, 3 y 4, que incluyen entre las penas posibles la privación de libertad, debe llevarnos a concluir que el Juez, en principio, debe imponer las sanciones por la extensión mínima señalada por la ley a menos que tenga fundamentos para establecer una mayor duración, aunque siempre dentro de los estrictos marcos que la ley autoriza.

En relación a la proporcionalidad, la CDN en el artículo 40 dispone que las sanciones deben “asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”, cuestión que volveremos a analizar debido a su estrecha conexión con el criterio de idoneidad.

2. APLICACIÓN DEL CRITERIO DE IDONEIDAD DE LA SANCIÓN EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 24 DE LA LEY 20.084: EL CONCEPTO COMPLEJO DE IDONEIDAD Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN

Determinar el contenido del criterio de *idoneidad* de la sanción establecido en el artículo 24 de la Ley 20.084, exige revisar su vinculación con uno de los subprincipios *de la proporcionalidad en sentido amplio, que lleva el mismo nombre*³³.

Evidentemente el legislador vinculó de manera directa la idoneidad a un fin, no obstante ello no impide que, adicionalmente, consideremos este criterio como un componente del juicio de proporcionalidad de la sanción, lo que permite integrar una dimensión de garantía frente a cualquier exceso preventivo o consideración personal que afecte el principio de igualdad que pueda aumentar la carga punitiva más allá del merecimiento de la sanción, o bien, para prescindir totalmente de la proporcionalidad con independencia del principio de protección de bienes jurídicos³⁴.

³³ El subprincipio de idoneidad o adecuación, junto a los de necesidad y de estricta proporcionalidad conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Véase un completo análisis sobre la teoría de la proporcionalidad constitucional y su aplicación al Derecho penal en LOPERA MESA, G. P., ob. cit., pássim.

³⁴ Un antecedente que explicaría la introducción del criterio de idoneidad lo constituiría la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, que contempla en su artículo 122 d) la siguiente regla para determinar de la sanción: “*la capacidad para cumplir la sanción;*

El criterio de la *idoneidad de la sanción* está compuesto, entonces, por un aspecto teleológico -aptitud para propender a los fines específicos del Derecho penal de adolescentes-, y por una dimensión normativa -valorativa o de principios- vinculada primordialmente al principio de proporcionalidad, en virtud del cual se limitan, o al menos equilibran, interpretaciones fundadas unilateralmente en la lógica utilitaria de la prevención del delito y del control social³⁵. En síntesis, se trata de un criterio complejo que obliga -y también orienta- al tribunal a seleccionar entre las sanciones posibles establecidas por la LRPA, aquella más conducente a la realización de los fines de la sanción y del derecho penal y que, a su vez, guarde correspondencia racional y proporcionalidad con: (i)

asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta". Claramente en el sistema de Costa Rica la *idoneidad*, que apunta hacia la aptitud para lograr los fines de la Ley, debe considerarse conjuntamente con otros principios, como los de proporcionalidad y racionalidad, y no como un mero criterio que permitiría extender la discrecionalidad judicial, llevando la pena más allá de la culpabilidad al amparo de su *idoneidad para los fines educativos que* reconoce la LJPJ de Costa Rica; este criterio ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal. El Tribunal de Casación Penal -sostiene LLOBET- ha señalado que la sanción penal juvenil impuesta puede ser impugnada si es desproporcionada en relación con el hecho por el que se le condena al joven. Así, en el voto 30-02 de 17 de Mayo de 2002, se sostiene que el derecho penal juvenil "no solamente toma en consideración las consecuencias educativas de la sanción a imponer dentro del principio de respeto al principio de proporcionalidad, sino es además un derecho atenuado en sus reacciones con respecto al derecho de adultos, como consecuencia de la consideración del carácter de sujetos en formación que tienen los jóvenes y del carácter episódico que tienen en muchas ocasiones los hechos delictivos cometidos por éstos" Citado por LLOBET RODRIGUEZ, J.: "Reflexiones acerca de la Justicia Penal en Costa Rica" en GARCÍA MÉNDEZ, E y BELOF, M.: "Infancia, Ley y Democracia" 3ª ed. Temis, 2004, T I, pp.533-543, p. 540, nota 25.

³⁵ Según Silva Sánchez existen dos formas de aprehensión de los elementos valorativos insertos en los criterios teleológicos, distinguiendo entre perspectivas "*funcionalistas y principialistas*". Para los funcionalistas los "valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de autoconservación del sistema", dando origen a una "lógica funcionalista de los valores"; en cambio, para las posiciones principialistas los valores surgen producto de la "comunicación de los individuos en el sistema", dando origen a una "*lógica intersubjetiva de los valores*". SILVA SÁNCHEZ, JM.: "Política Criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites" en ROXIN, C.: "La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal", Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 95-120, p. 102. Aquí seguimos una visión principialista siguiendo entre otros autores la posición de HASSEMER que resalta la relevancia para la estructura normativa del Derecho penal de los *principios valorativos formalizados* HASSEMER, W.: "Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la República Federal de Alemania", contenido en EL MISMO: "Persona, Mundo y Responsabilidad", Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 17-38, pp. 29-30 y 35. Esta visión también se encuentra vinculada al desarrollo del llamado neoconstitucionalismo y a ciertas formas de positivismo. Véase sobre esto último CARBONELL, M., editor: "Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos, Ed Trotta, 2007 y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: "La Excusa del Positivismo. La presunta superación del "positivismo" y el "formalismo" por la dogmática penal española", ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

las particularidades del hecho punible y (ii) las circunstancias personales del adolescente en cuanto tengan relación con la comisión del delito.

Para efectos de articular conceptualmente la interpretación que presento, denominaré *criterio complejo de idoneidad* al que incorpora, junto con los fines de la pena y del derecho penal, consideraciones de principios, particularmente las relativas a la proporcionalidad e igualdad. En conclusión, la idoneidad tiene una dimensión teleológica/preventiva y una dimensión de principios o garantía, que han de considerarse conjuntamente en el razonamiento judicial. Con esta designación pretendo, además, distinguir esta propuesta de interpretación de aquella que meramente identifica el concepto de la idoneidad de la sanción con los fines de la pena, particularmente con la orientación educativa de la pena juvenil.

Como se señaló en la introducción, esta interpretación favorece la aplicación sistemática del requisito de la idoneidad de la sanción, de acuerdo con el conjunto de la legislación que vincula al juez cuando individualiza la sanción en la sentencia, de modo de garantizar la seguridad jurídica y acotar la discrecionalidad judicial. Operativamente actúa como un criterio correctivo –una razón de corrección en el marco establecido por la ley- tanto respecto de las finalidades preventivas generales o especiales como de los criterios retributivos³⁶.

2.1 Idoneidad y Fines de la Intervención Penal

En una aproximación a la dimensión teleológica de la idoneidad, podríamos señalar que idoneidad es, en este sentido, la “aptitud de la sanción para cumplir los fines preventivos de la ley en el caso concreto”, y más específicamente, de aquella finalidad explícita que declara la ley: fortalecer el respeto por los derechos y libertades de terceros, fórmula extraída del artículo 40 de la CDN. De modo complementario, el artículo 24 letra f) de la Ley agrega una referencia a las necesidades de desarrollo e integración social del adolescente, aspectos a los que también hace expresa mención la citada disposición de la Convención Internacional.

Esta aptitud para alcanzar los fines preventivos en el marco de una dogmática penal orientada a sus consecuencias, ha de entenderse como una cualidad fáctica y no meramente ideal o abstracta; las razones preventivas deben ser susceptibles de verificación empírica, esto es, validarse según sus resultados, tanto por una exigencia político criminal de continuidad entre medios y fines, como, asimismo para dar cumplimiento a un requerimiento derivado del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

³⁶ Véase sobre esto a ALEXY, R.: “La Institucionalización de la Justicia”, Comares, 2005, especialmente los capítulos II y III en que revisa las teorías de McCormick, Hart y Aarnio sobre la relación entre corrección y justicia.

Como afirma HASSEMER, “no resulta en absoluto trivial la exigencia de fundamentar una teoría penal de imputación sobre elementos empíricos. Siempre que, como aquí se hace, se afirme que una teoría penal de la imputación no se basa en el derecho natural ni en la metafísica sino en una construcción social, necesariamente deberán pertenecer a la misma, como partes fundamentales, elementos de carácter empírico. A partir de aquí lo que se entienda por imputación no es ya resultado de imitar una realidad irreal y modélica o de la deducción que resulta de estructuras lógico-objetivas de carácter supranormativo. La imputación no es, entonces, siempre por encima de todo, “correcta” sino ajustada a procesos culturales y jurídicos culturales, es decir, a sucesos empíricos”³⁷.

En consecuencia, este enfoque integrado impone nuevas exigencias a la ciencia penal, que será ahora –también– una ciencia práctica que deberá atender a los datos que la realidad aporta para formular sus conceptos y categorías, además de tener que comprobar el cumplimiento de los objetivos previstos y prestar atención a eventuales “consecuencias no previstas o asumidas normativamente”³⁸.

Siguiendo esta perspectiva, se puede concluir que el artículo 24 letra f) hace referencia: i) a la aptitud de la sanción para obtener determinados fines; y ii) a las condiciones personales del adolescente en exclusiva referencia a los efectos que la sanción puedan ocasionar en su desarrollo e integración social. Ambos elementos deben considerarse conjuntamente y ponderarse no sólo desde un punto de vista abstracto, sino que de acuerdo a las concretas condiciones en que se desenvuelve el sistema penal de adolescentes chileno³⁹.

Asimismo, ha de considerarse el contexto normativo otorgado por las normas del Código Procesal Penal, particularmente los artículos 259 g) y 341, que limitan las facultades judiciales en virtud de la acusación fiscal⁴⁰,

³⁷ HASSEMER, W.: “Persona, Mundo y Responsabilidad”, ob. cit., p. 162. La importancia de las consideraciones empíricas ha sido una constante en el pensamiento del autor que ya se encuentra planteada en su conocida formulación de un Derecho penal orientado a las consecuencias según la cual se “ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifica (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que rechazan”, HASSEMER, W.: “Fundamentos del Derecho Penal”, traducción de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984. pp. 34-35.

³⁸ ALCÁCER, R.: “Facticidad y Normatividad. Notas sobre las Relaciones entre Ciencias Sociales y Derecho Penal”, en Actualidad Penal N° 13, 26 de Marzo, 2001, pp. 229-261, pp. 229-230.

³⁹ Así no basta con justificar determinada sanción en función de los contenidos *ideales* de un programa de intervención, sea privativo o no privativo de libertad, sino que es necesario considerar las condiciones reales en que se desenvuelve, teniendo en claro, como se verá, que a mayor intensidad de la afectación de derechos se requieren mayores necesidades de justificación de la sanción penal.

⁴⁰ En este punto es relevante señalar que en proyectos anteriores se contemplaba una norma especial: “Pena máxima a imponer. El tribunal no podrá determinar la aplicación de una sanción privativa de libertad si el fiscal no la hubiere solicitado, ni podrá exceder el tiempo de duración que éste hubiere pedido”. Sobre la necesidad de correlación entre

y el artículo 40 de la LRPA que establece la posibilidad de “*requerir la opinión de peritos*” para la determinación de la sanción, modalidad que es característica de sistemas basados en la prevención especial positiva⁴¹.

Finalmente, la expresión fortalecer el respeto de los derechos y libertades de terceros ha de concordarse con dos nociones centrales del sistema penal de adolescentes, como son las de responsabilidad y de proporcionalidad.

2.1.a) La Prevención Especial Positiva en el Derecho Penal de Adolescentes

La doctrina y la legislación han privilegiado una concepción preventiva de los fines de la pena en el derecho penal de adolescentes y seguido, al menos en sus formulaciones muchas veces cargadas de declaraciones retóricas, una visión dirigida a la resocialización y la integración social.

Es así como la vertiente anglosajona ha discurrido por otorgarle prioridad a los fines de rehabilitación, aunque a partir de 1980 se difunden e imponen tendencias neoretribucionistas y basadas en la idea de responsabilidad individual⁴²; el derecho penal juvenil alemán ha puesto el acento en el denominado principio *educativo*, que a su vez ha tenido un marcado ascendiente sobre la legislación de Costa Rica⁴³ y, en general, sobre la doctrina iberoamericana.

En otros lugares de América, así como en España, y siguiendo de cerca el modelo de las Cortes Juveniles desarrolladas en Estados Unidos, primaron hasta hace pocos años los sistemas de marcado carácter tutelar y correccionalista, los que se visualizaban a sí mismos como parte de una política que simultáneamente perseguía la protección de la infancia y la de la sociedad.

En la actualidad, la mayor parte de estos países –incluido Chile– transitan hacia sistemas de responsabilidad penal de adolescentes que se caracterizan, con distintos énfasis, por estructurar una justicia de adolescentes que conjugue “responsabilidad y derechos”, en la cual, como señala BELOFF, “los fines de reintegración o reintegración social del joven

imputación y fallo en el sistema acusatorio véase en términos amplios MAIER, J.B.: “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, Ed. del Puerto, B. Aires, 2ª Ed. 1999, pp. 568-577 que se contempla como una de las garantías de la defensa.

⁴¹ Véase MAIER ob. cit.

⁴² Véase por todos ZIMRING, F.: “American Juvenile Justice”, ob. cit. Oxford University Press, NY, 2005; HENDRICK, H.: “Histories of Youth Crime and Justice”, en GOLDSON, B., y MUNCIE, J., ed. “Youth Crime And Justice”, Sage, 2006, pp. 3-16, que analiza la historia de la Justicia Juvenil en Inglaterra y Gales; en un sentido crítico de esta tradición resocializadora, FELD, B.: “Bad Kids”, Oxford University Press, New York 1999.

⁴³ Véase como ejemplo la obra conjunta de autores alemanes y de Costa Rica TIFFER, C., LLOBET, J y DÜNKEL, F. “Derecho Penal Juvenil” editada bajo el auspicio del Servicio Alemán de Intercambio Académico, San José de Costa Rica, 2002.

declarado responsable penalmente no pueden anteponerse al reproche por el acto”⁴⁴.

Por su parte, en el derecho y la doctrina comparada el desarrollo de una crítica dogmática, criminológica y política a la fundamentación de la sanción penal en la prevención especial positiva o resocialización, ha exigido un uso restringido de los criterios resocializadores para fundamentar las sanciones penales, tanto en el ámbito de adultos como de adolescentes.

La crítica dogmática refiere la imposibilidad de desplazar, sin menoscabar los derechos de libertad y de igualdad de los condenados, la justificación de la naturaleza y magnitud de la respuesta penal desde el núcleo “injusto penal y culpabilidad”, hacia criterios vagos como son las necesidades o pronósticos de rehabilitación de los condenados o las necesidades de *control* de grupos considerados de riesgo⁴⁵. La expresión más característica de esta tendencia extrema de la prevención especial positiva lo constituye la pena indeterminada, preeminente en el derecho penal de post guerra de los países anglosajones, así como las medidas de protección de duración indefinida que se contemplaban en el derecho “de menores”.

La sanción indeterminada en el tiempo y regulada únicamente por fines preventivo especiales ha sido también fuertemente cuestionada en los mismos países donde tuvo su apogeo –Reino Unido y los Estados Unidos– por la doctrina neoretribucionista del “justo merecimiento”,⁴⁶ que pone el énfasis en la necesidad de proporcionalidad por sobre la flexibilidad en las decisiones judiciales relativas a la determinación de la sanción penal.

En el ámbito de la Criminología, los estudios empíricos que mostraron magros resultados en la resocialización de los condenados privados de libertad, propiciaron lo que se ha denominado como la “crisis

⁴⁴ BELOFF, M.: “Los Nuevos Sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1989-2006)”. En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 8, UNICEF, 2006, pp. 9-49, pp. 46 y 48. En este artículo se entrega una articulada y actualizada síntesis de la situación en la región.

⁴⁵ Véase en este sentido el ya clásico trabajo de MUÑOZ CONDE, F.: “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en Cuadernos Política Criminal, 1979, pp. 91- 106. Sobre la aplicación de políticas de intervención de grupos de riesgo en el ámbito penal juvenil, véase: KIMBERLY KEMPF-LEONARD and ELICKA S.L. PETERSON: “Expanding Realms of the New Penology: The Advent of Actuarial Justice for Juveniles”, en Punishment & Society 2000; 2; pp. 66-97.

⁴⁶ El movimiento conocido como “just desert” ha vuelto a poner el énfasis en la necesidad de sentencias determinadas proporcionalmente por la gravedad del injusto y, en consecuencia puede tener un efecto reductor de sanciones desproporcionadas fundadas en razones preventivas situación que ha sido habitual en la llamada Justicia de Menores. Sin embargo, también estas ideas han servido de base para fundamentar sistemas más represivo e intensos de respuestas penales retributivas que no pueden moderarse por razones preventivas. Véase a VON HIRSCH, A.: “Censure and Sanctions”, 1993, traducida al español por E. Larrauri “Censurar y Castigar”, Madrid, Trotta, 1998 y el artículo específico para adolescentes del mismo autor: “Proportionate Sentences for Juveniles: How Different than for Adults?” en Punishment and Society, 2001, pp. 221-236.

del ideal de rehabilitación”⁴⁷. Como reacción ante el descrédito de la cárcel se produjo un cierto “auge” de la intervención resocializadora a través de “medidas alternativas”. Sin embargo, los estudios mostraron que estas medidas en lugar de sustituir las sanciones privativas de libertad, vinieron a complementarlas. Se denunciaba así que, en un balance general, el efecto neto de la introducción de las alternativas fue la ampliación de las redes de control penal⁴⁸.

La crítica político-criminal a la prevención especial positiva -como fundamento de la sanción penal-, es el resultado de los reparos anteriores y se refiere a los límites que tiene el Estado para intervenir penalmente sobre los sujetos. Según esta crítica, el Estado no puede, si quiere someterse al respeto a los derechos y libertades de las personas, ampliar o intensificar su respuesta penal bajo el argumento que la sanción es una intervención que *“favorece el desarrollo e integración social del individuo”*.

Esto también es especialmente relevante para los adolescentes, sujetos por definición en desarrollo y en pleno proceso de integración a la sociedad. La consecuencia de esta crítica es que en lugar de pretender fundamentar la sanción penal en las necesidades de los condenados adolescentes, es necesario promover políticas públicas destinadas a asegurar su desarrollo e integración social. El derecho penal -y la sanción penal-, por tanto, no son un instrumento de la política social. En otras palabras, no se ejecuta la política social a través del castigo penal. En el derecho penal de adolescentes, estos elementos se han encontrado a menudo confundidos, como ha ocurrido explícitamente por casi 100 años en los modelos tutelares.

Esclarecer esta relación es crucial para determinar para qué debe ser idónea la sanción -punto particularmente oscuro y confuso en la LRPA-, razón que justifica una pequeña digresión.

Existe abundante evidencia de que la justicia penal de adolescentes ha pretendido tener un vínculo simultáneo con dos finalidades: la reducción del delito y la protección del desarrollo e integración social de los adolescentes⁴⁹. Para graficarlo, se puede comparar el artículo 20 de la LRPA, con la Regla 1.4 de las “Reglas de Beijing”:

⁴⁷ Una visión sobre esta crisis en 1971 en MORRIS, N.: “The future of imprisonment”, 1974. Existe traducción al castellano, “El futuro de las prisiones”, Siglo XXI Editores, 4ª edición, México, 1987, pp. 16-54. Una excelente síntesis de la evolución de esta crisis hasta nuestros días en GARLAND, D.: “The culture of control”, Oxford University Press, UK, 2001, pp. 53-73.

⁴⁸ Véase en este sentido el trabajo seminal de AUSTIN, J y KRISBERG, B.: “Wider, Stronger, and Different nets: the Dialectics of Criminal Justice Reform”, *Journal of Research in Crime and Delinquency* 1981; 18; 165.

⁴⁹ El más actualizado análisis sobre este punto en ZIMRING, F.: ob. cit. Un análisis general en que se documenta el vínculo entre el estado de bienestar y la justicia penal juvenil (más precisamente las Cortes Juveniles) puede consultarse en el capítulo 2 de GARLAND, D.: ob. cit., pp. 27-51.

Art. 20 LRPA: “Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”.

Regla 1.4 Reglas de Beijing: “La Justicia de Menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad”.

Estas dos normas, más allá de los diferentes términos que utilizan reflejan una distinción más relevante, cual es la delimitación entre fines del derecho penal y fines de la sanción penal.

La Regla 1.4 es particularmente aguda al concebir la justicia juvenil como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional, la que deberá “administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores”. Las Reglas prescriben que los fines y justificación del sistema penal de adolescentes – no sólo de las sanciones – deben ser concordantes con una estrategia general de protección de los derechos de los adolescentes cuya justificación se encuentra más allá del derecho penal. Estas razones – que las Reglas expresan como “Justicia Social”- remiten en último término al respeto a la dignidad humana de los adolescentes y como tales se erigen en límites de las sanciones, pero no pueden ser nunca su fundamento, motivación o justificación.

En otras palabras, el respeto a la dignidad del sancionado y sus necesidades de desarrollo personal e integración social, no pueden ser esgrimidos como fundamento del castigo penal, sino que como su límite; por tanto, al momento de determinar la naturaleza y extensión de la sanción, estos criterios sólo pueden servir para moderarla o atemperarla, teniendo en consideración la mayor o menor flexibilidad de los marcos penales establecidos en la ley y los demás principios de determinación de la sanción, en particular el de excepcionalidad de la privación de libertad.

El artículo 20 de la LRPA, en cambio, es confuso. Pareciera situarse en el plano de los fines de la sanción –pretendiendo justificar la sanción a través de los fines–, pero prescribiendo que la sanción sea parte de una intervención global de protección. La fórmula pareciera decirnos que para lograr la protección habría que pasar por la sanción, esto es recogería aquella vieja idea de comienzos del siglo XX de lograr la “educación por la pena” (reeducación forzada o escarmiento), como forma de solución del dilema sobre si el objetivo principal del derecho penal de adolescentes era el castigo o la educación.

Sin embargo, claramente esa interpretación no es correcta para la LRPA, porque no se compadece con la referencia en la primera parte de esta norma de hacer efectiva la responsabilidad por los hechos cometidos; ni con el conjunto normativo en que se encuentra inserta, particularmente con la CDN, la referencia al interés superior del niño; las posibilidades de salidas alternativas y de suspensión del procedimiento o de la ejecución de la sanción. Ciertamente, es una fórmula oscura, pero en ningún caso podría entenderse en el sentido que la sanción penal pueda usarse como un refuerzo de la política social, sino que debe comprenderse como una invocación a atender a fines más amplios, propios ya no de la pena, sino del Derecho penal de adolescentes y de su relación con las políticas de protección social a la infancia.

Estas consideraciones, me permiten señalar que, *prima facie*, la función de los fines, tanto de la pena como del derecho penal en el ámbito de responsabilidad penal de los adolescentes, debieran tener como objetivo limitar el *ius puniendi* y no ampliarlo, ya que la sanción se encuentra justificada primordialmente por la culpabilidad y de manera adicional por la necesidad preventiva. *Según esta concepción el Juez nunca puede ir más allá de la culpabilidad y las consideraciones preventivas generales expresadas en el límite superior del marco penal concreto aduciendo necesidades* de prevención especial, necesidades educativas o de protección al desarrollo.

En síntesis, la idoneidad en su dimensión teleológica es la aptitud para lograr fines o metas preventivas en el marco de un derecho penal que ha dejado atrás la justificación absoluta, pero que, como criterio de determinación de la sanción, se encuentra limitado por los marcos penales establecidos en la ley (artículos 21 a 23 de la LRPA). Esta *aptitud*, además, debe ser susceptible de verificarse empíricamente, y nunca puede apoyarse en justificaciones idealistas o voluntaristas, puesto que si la sanción penal tiene dentro de sus objetivos la realización de la integración social, entonces deben adoptarse medidas eficaces respecto de tal objetivo. La justificación empírica impide que la finalidad preventivo especial positiva sea meramente abstracta o voluntarista, tal cual se estableció por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Gault de 1967.

2.1.b) El Difuso Concepto de “Responsabilización”

El término *responsabilización*, que se encuentra recogido expresamente en el Mensaje de las Leyes 20.084 y 20.191 como uno de los *objetivos o funciones de la ley*, designa uno de aquellos conceptos difusos que abundan en el derecho penal de adolescentes y que a menudo dan lugar a interpretaciones opuestas según el enfoque doctrinario o ideológico de quien las formula⁵⁰.

⁵⁰ He analizado la relación entre responsabilidad y responsabilización en CILLERO BRUÑOL, M.: “Adolescentes y Sistema Penal: Proposiciones desde la Convención Sobre los

La introducción de una concepción del derecho penal de adolescentes centrada en las ideas de responsabilidad y sanción forma parte del núcleo central de los nuevos sistemas penales de adolescentes y de las normas de derechos fundamentales que los sustentan, particularmente de la CDN.

De allí que la derivación de una función responsabilizadora como un elemento central del nuevo sistema parece en principio razonable, siempre que ello no derive en una reintroducción de criterio ajenos a un derecho penal limitado por los derechos fundamentales.

Por ello, no se debe dejar de considerar la crítica de PITCH a la idea de responsabilización, quien alerta sobre el riesgo de introducir nuevamente concepciones “moralizantes” en el seno de una legislación que, justamente, buscaba superar el uso extensivo del instrumento coercitivo penal durante la vigencia de las leyes tutelares de menores. Como señala críticamente esta autora, la consecuencia negativa de que la respuesta ante la infracción juvenil tenga entre sus objetivos “tornar responsable al condenado (es) que si bien la respuesta penal está dirigida a la acción, conserva la función de incidir en la “personalidad” del sujeto”⁵¹, lo que deviene en un forma renovada de derecho penal de autor.

Para evitar que el objetivo de *responsabilizar* al sujeto termine por reintroducir la lógica peligrosista tutelar en el seno de una legislación que pretende limitarse por el *principio de responsabilidad*, es conveniente considerar nuevamente la distinción entre fines de la pena y fines del derecho penal⁵². Como sostiene Silva Sánchez, desde una perspectiva teleológica, se puede distinguir entre “los fines de la pena, lo punitivo; los fines del Derecho, lo garantístico; y el complejo de fines en tensión del Derecho penal a los que habrá que considerar conjuntamente”⁵³.

En este sentido, la interpretación del criterio de “idoneidad” no puede prescindir del complejo sistema de fines que la ley reconoce al sistema penal de adolescentes. Dicho en otras palabras, la determinación de la sanción no puede basarse en la pura retribución, sino que debe orientarse también a los fines preventivos prescritos en la ley, pero, a su vez, éstos deben limitarse por los límites garantistas que imponen el respeto a la dignidad humana y derechos del adolescente.

Atendiendo a esta distinción, es conveniente delimitar el alcance de las referencias a la *responsabilización* como un fin del derecho o del sistema penal de adolescentes, y no como un elemento que permita –

Derechos del Niño”, Revista Justicia y Derechos Del Niño, N° 2 pp. 102-138. La referencia obligada de los autores que se han ocupado del tema es el análisis sobre la responsabilidad de DE LEO, G.: “La Justicia de Menores”, Ed. Teide, Barcelona 1985, traducido y difundido al español por CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA.

⁵¹ PITCH, T.: “Responsabilidades Limitadas. Acciones, Conflictos y Justicia Penal”, Ed. Ad-Hoc, 2003, pp. 184-181.

⁵² ROXIN, C.: “Derecho penal...” ob. cit. p.81.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, JM.: “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, Ed. Bosch, Barcelona, 1992. pp. 180 y 193.

teleológicamente– fundar la sanción penal concreta a imponer, esto es, como un criterio de individualización judicial de la pena.

También el análisis del artículo 20 de la LRPA permite sostener que el legislador, al establecer que el fin de la sanción es “hacer efectiva la responsabilidad por los hechos delictivos que cometan”, restringe la respuesta penal en su máximo a la compensación del injusto y la culpabilidad, por lo que cualquier función *responsabilizadora* no puede ir más allá en su magnitud que la derivada de la aplicación del principio de correspondencia entre el delito y la sanción. Esta misma idea puede desprenderse del artículo primero de la LRPA, así como de su propia denominación de ley reguladora de la responsabilidad penal de los adolescentes.

Igualmente, en relación al contenido de la sanción, esto es, al tipo de intervención *socioeducativa* a la que se refiere el artículo 20, queda limitada porque la coerción penal no puede utilizarse para transformar la subjetividad de los condenados, sino que solamente para favorecer su integración social, como señala BUSTOS RAMÍREZ el carácter preventivo especial positivo de la sanción penal de adolescentes debe traducirse en que ésta “ofrece al adolescente diferentes apoyos o alternativas para su inserción social, es decir, para un ejercicio de sus derechos con mayores opciones”⁵⁴.

En este sentido nos parece preferible atenernos al texto legal y convencional y prescindir para el análisis de las reglas sobre determinación de las sanciones del difuso concepto de responsabilización.

Se propone, en cambio, que la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto a los derechos y libertades de terceros se refiera estrictamente a su posibilidad de promover lo que ALBRECHT llama *el comportamiento legal* del condenado en el marco de una respuesta proporcional y necesaria desde un punto de vista preventivo. Se trata, entonces, de favorecer que el sujeto adquiera ciertas herramientas para relacionarse con la sociedad y con las demás personas sin infringir la ley penal⁵⁵ y no de la adquisición de determinados atributos morales o cambios en la personalidad del condenado.

2.2 La Aplicación del Criterio de Idoneidad de la Sanción y la Proporcionalidad en Sentido Amplio

Hemos propuesto en el apartado anterior que la idoneidad se refiere a la aptitud efectiva del sistema, mensurable empíricamente, para

⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J.: ob. cit., pp. 56-57.

⁵⁵ ALBRECHT, P.A.: “Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–”, en BUSTOS RAMÍREZ, J. (director): “Un derecho penal del menor”, Ed. Conosur, Santiago, 1992, ob. cit., p. 63: “El único objetivo defendible constitucionalmente del derecho penal de menores es la dirección parcial del comportamiento en el sentido del comportamiento legal. Desde una perspectiva científico social esto último no es ‘educación’ (socialización) sino exclusivamente control social”.

satisfacer los fines de la intervención penal y que, siguiendo a ROXIN, la función de este criterio sólo puede limitar la intensidad de las penas pero nunca intensificarla. A continuación, intentaré aplicar este enfoque a la interpretación de la Ley 20.084.

Una vez establecido el tramo aplicable del artículo 23, procede individualizar la sanción a imponer. En esta fase, el juez *deberá* atender a los criterios del artículo 24, *dejando constancia de ello en su fallo*, según dispone expresamente la ley 20.084. En consecuencia, la valoración de los criterios contenidos en el artículo 24 es una obligación legal del tribunal, y constituye por lo mismo una parte importante del deber judicial de fundamentación de las sentencias que han de recaer sobre la naturaleza y extensión de la sanción que se impondrá al condenado⁵⁶. En otras palabras, tal como lo ha sostenido una reciente jurisprudencia, “para determinar la naturaleza precisa de la pena aplicable, se estará a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 20.084, debiendo indicarse que la primera norma contempla las sanciones posibles y la segunda fija los criterios de opción”⁵⁷.

Si se compara la estructura de las penas contenidas en el Código Penal y en la LRPA, queda de manifiesto que la diversidad de *sanciones principales* establecidas en la LRPA exige un ejercicio mucho más complejo de individualización judicial de la sanción que en el derecho penal de adultos, en la medida en que en tres de los cinco tramos del artículo 23 coexisten sanciones privativas y no privativas de libertad; es decir se trata de una regulación legal en que la concreción del principio de excepcionalidad de la privación de libertad, así como la intangibilidad del derecho constitucional a la libertad personal, quedan entregadas en último término a un delicado ejercicio de razonamiento judicial que no puede confundirse con la subjetividad del juzgador.

La decisión legislativa de dar mayores opciones al Juez es mayoritariamente seguida en el derecho penal de adolescentes comparado, y recomendada por las reglas internacionales (por ejemplo.: véanse la CDN y las Reglas de Beijing). Este diseño parece acertado dado que, en el derecho penal de adolescentes, no es posible definir de modo tajante en la ley, *ex ante* y en abstracto, el peso que tendrán en la imposición de las sanciones concretas en un caso particular las condiciones personales de los autores y de cada uno de los múltiples elementos jurídicos en conflicto (entre otros, protección de bienes jurídicos, lesividad social de la conducta, consideración del interés superior del niño, necesidad de estabilización de

⁵⁶ Como señala ZIFFER, P.: ob. cit. p. 30: “la primera condición para que una decisión pueda merecer el calificativo de *racional* es que sea explícita y controlable en sus argumentos”.

⁵⁷ Sentencia RIT 110-2004, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, p. 2.

la norma violada, fines retributivos, preventivos generales y resocializadores de la sanción)⁵⁸.

Este acierto del legislador –opacado por problemas de técnica legislativa al hacer una referencia general al sistema de determinación del Código Penal– deberá acompañarse, sin embargo, con una jurisprudencia absolutamente renovada, que se aleje tanto de los criterios tradicionales de la teoría de la determinación de la pena que rigen para los adultos, como de la forma en que se determinaban las medidas de protección en la Ley de Menores, que la Ley 20.084 vino a sustituir.

Estas dificultades de interpretación, como se ha venido diciendo, no pueden enfrentarse dejando la resolución de los casos al puro arbitrio judicial, es decir, abriendo el campo para que la naturaleza y extensión de las restricciones de derechos impuestas por las sanciones penales de adolescentes dependan de un acto potestativo, cuya justificación deriva de la investidura o potestad del juez y no de las razones jurídicas que fundamentan su decisión, tal cual se hacía en el “derecho tutelar de menores”⁵⁹.

Estas razones llevan a proponer que el Tribunal sentenciador realice un *ejercicio de ponderación*, ya que los criterios legales no son excluyentes entre sí y, por el contrario, la norma exige que todos éstos sean considerados, y estimados o desechados según su particular peso en el caso concreto⁶⁰.

En este sentido, el *modelo de ponderación*, derivado principalmente de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán y desarrollado por diversos autores que se irán citando, ofrece un sistema que permite, por

⁵⁸ En este sentido ya se ha criticado el hecho que el legislador chileno modificara el número 1 del artículo 23 al dejarlo con una pena única, por la cual se hace primar en abstracto los elementos retributivos de la pena sobre cualquier otra consideración. Respecto a que un diseño más flexible pudiera afectar la seguridad jurídica o aumentaría la “imprevisibilidad”, ZIFFER, P.: ob. cit., p. 36, sostiene que “el problema debe plantearse no en términos de cómo lograr que la pena sea predecible en su monto exacto, sino en cómo lograr que la decisión sea racional, entendiendo por tal aquella que se toma siguiendo criterios conocidos y fundamentables a partir de argumentos normativos; en otras palabras, como manejarse dentro de la imprevisibilidad”.

⁵⁹ La idea que el fundamento de las decisiones judiciales se encuentra en la propia potestad del Juez de tutelar el interés del menor (doctrina de la *parens patriae*, cuyo origen se reconoce en ex parte Crouse (Corte Suprema de Pennsylvania, 1838), constituye el centro de la doctrina tutelar que inspiró leyes que autorizaron el uso de instrumentos penales sin los resguardos constitucionales, las que posteriormente debieron ser derogadas o declaradas inconstitucionales.

⁶⁰ Debe considerarse que de este modo se satisface un requisito *sine qua non* o previo del ejercicio de ponderación, que es la subsunción del problema en los principios en pugna. Como señala PRIETO SANCHÍS, “para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite excesivo o no justificado al ejercicio de un derecho, antes es necesario que el caso enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental”. PRIETO SANCHÍS, L.: “El Juicio de Ponderación”, contenido en “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 175-216., ob. cit., p. 193.

un lado, superar el subjetivismo –obligando a fundamentar– y por el otro, el particularismo, al establecer reglas de precedencia y de estructura del razonamiento judicial, que permiten acercarse a una mayor igualdad en la aplicación de la ley⁶¹.

Los criterios establecidos por el artículo 24 de la LRPA son de diversa naturaleza. Unos miran al injusto penal (por ejemplo, la letra a) que trata sobre la gravedad del delito o la letra b), que atiende a la participación del infractor); otros, refieren a circunstancias personales del adolescente, tales como la edad de éste (letra d). En *abstracto* todos ellos son válidos para la individualización judicial de sanción, por lo que no se está frente a lo que se denomina un conflicto de *validez* de las normas, sino que ante una cuestión de aplicación de normas igualmente válidas. Esto significa que el juez se enfrenta ante una situación hermenéutica compleja que puede ser resuelta por medio de un *juicio de ponderación*⁶².

En efecto, como señala PRIETO SANCHÍS, son requisitos de la ponderación que se presenten “razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión” y que entre estas normas en conflicto exista una *igualdad*, “dado que si no fuera así, si existiere un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia podría resolverse de acuerdo con el criterio jerárquico”. El resultado de la ponderación no es siempre el equilibrio entre los criterios en conflicto, es decir una solución que mire a la optimización a través de un sacrificio parcial o compartido, sino que cuando esto no es posible “la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de aquellos en el caso concreto”⁶³.

En este sentido, el juicio de ponderación “conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia en el caso concreto”, que, sin embargo, preserva en el plano abstracto a ambos principios⁶⁴.

⁶¹ ALEXY vincula estrictamente la racionalidad de la ponderación con la posibilidad de fundamentar racionalmente lo enunciados: “el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos”, ALEXY, R.: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, traducción de Garzón Valdés, E. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 159. Respecto al particularismo sostiene expresamente que en el modelo de ponderación la “decisión de ponderación de un caso particular y la universalidad no son inconciliables”, justamente por la racionalidad de sus enunciados, p. 167.

⁶² En las “antinomias contingentes, en concreto o de aplicación”, a diferencia del caso de las antinomias de validez, no es posible “definir en abstracto la contradicción, ni conocemos por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni contamos por ello mismo con una regla segura para resolver el problema” PRIETO SANCHÍS, L.: “El Juicio de...” ob. cit., pp. 178-179. En este texto se puede encontrar un análisis general y exhaustivo del estado actual de la discusión doctrinaria sobre el juicio de ponderación.

⁶³ *Ídem*, p. 189.

⁶⁴ *Ídem*, p. 191.

Aplicado al artículo 24, se trata de encontrar las razones que puedan justificar en cada caso el mayor o menor peso de cada uno de los criterios señalados, para lo cual nos detendremos un momento a explicar los componentes centrales de la teoría de la proporcionalidad que fundamenta los ejercicios de ponderación tanto en el diseño de la legislación como en el ejercicio de la jurisdicción.

2.2.a) Ponderación y Proporcionalidad en Materia Penal

Como se dijo anteriormente, en este trabajo se sigue una concepción *amplia de proporcionalidad*, que la entiende “como un examen más global de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad”; esta visión se diferencia de “lo que suele denominarse una concepción estricta del principio de proporcionalidad referida tan sólo a la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito”⁶⁵.

La doctrina amplia del principio de proporcionalidad propone descomponerlo en tres subprincipios: “el de *adecuación o idoneidad*, con el cual se verifica que la medida limitadora sea un medio apto para alcanzar un fin legítimo, en tanto contribuya de algún modo a su consecución: el subprincipio de *necesidad*, dirigido a establecer si la medida enjuiciada es la más benigna con el derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención y, finalmente, el subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*, donde se examina si la medida en cuestión genera más beneficios que perjuicios atendiendo al conjunto de derechos, bienes e intereses en juego”⁶⁶.

Esta distinción deriva de las tesis que ALEXY desarrolla en su Teoría de los Derechos Fundamentales, en el marco de su propuesta de resolver los conflictos entre principios a través de los siguientes enunciados a los que los denomina como *leyes de la ponderación*:

A) “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”

B) “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”⁶⁷.

A la primera ley de la ponderación, ALEXY la designa como “ley material de la ponderación”, y su formulación es idéntica a la del tercer subprincipio de la proporcionalidad (proporcionalidad en sentido

⁶⁵ LOPERA MESA, G.P.: ob. cit. pp. 171-172. Al subprincipio de estricta proporcionalidad la autora propone denominarlo *principio de proporcionalidad de las penas*.

⁶⁶ *Ídem*, p. 27.

⁶⁷ ALEXY, R.: “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, 66, septiembre/Diciembre 2002, pp. 31 y 51.

estricto)⁶⁸. Esta ley hace referencia al grado de la no satisfacción o no afectación de principios o derechos. La segunda *ley*, en cambio, hace referencia a la *certeza* de las premisas que sustentan la intervención (calidad del conocimiento o calidad epistémica), y por ello ALEXY denomina a esta segunda proposición como “ley epistémica de la ponderación”⁶⁹.

Aplicando este sistema a la cuestión en estudio, podemos señalar que el diseño de la LRPA⁷⁰ exige que el tribunal *pondere* cada uno de los criterios propuestos en el artículo 24 para seleccionar tanto la *naturaleza de la sanción*, como su *extensión e intensidad*, dentro del elenco de posibilidades que le aporta el artículo 23 de la LRPA, teniendo en consideración que cada sanción afectará de un modo distinto los derechos del condenado

En relación a la naturaleza, parece de toda lógica que el razonamiento deba recaer en primer término –cuando corresponda de acuerdo al artículo 23- sobre si la sanción es privativa de libertad o no⁷¹,

⁶⁸ ALEXY, R.: “Epilogo...”, ob. cit., pp., 31 y 51, desarrollando las tesis de “Teoría de los Derechos...”, ob. cit., p. 161.

⁶⁹ ALEXY, R.: “Epilogo...”, ob. cit., p. 51.

⁷⁰ En otras tradiciones, como la del derecho penal juvenil alemán, la propia ley hace una distinción entre las penas juveniles (privativas de libertad), las medidas educativas y las medidas de corrección, aunque todas ellas se orientan por el principio educativo; véanse los artículos 9-30 de la Ley penal Juvenil de Alemania. Véase CANO PAÑOS, M. A.: “El Futuro del Derecho Penal Juvenil Europeo. Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España”, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 160-167. Los proyectos de ley chilenos establecían de modo mucho más claro la distinción entre las sanciones privativas de libertad y las no privativas, y desarrollaban con mayor claridad los requisitos para su imposición.

⁷¹ Esta era la estricta lógica que se seguía en el Proyecto de LRPA de 2002 que se presentó a la Cámara de Diputados:

“Artículo 20.- Determinación de la pena. Para determinar las sanciones, así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez deberá considerar:

1) El número de infracciones cometidas; 2) La edad del adolescente infractor; y 3) La proporcionalidad que debe existir entre la gravedad de la o las infracciones cometidas y la severidad de la sanción.

Para evaluar la gravedad de la infracción, el tribunal deberá determinar, en primer lugar, si ésta corresponde a una infracción de las que señala el art. 6 de esta ley (infracciones graves). Además, el tribunal deberá considerar:

a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción; en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) La concurrencia de circunstancias que, conforme a la legislación penal, den lugar a la formación de delitos calificados, agravados o especiales, en relación a la infracción a la ley penal que se le imputa; y d) La concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, previstas en la legislación penal, con excepción de las contenidas en los números 14 a 16 del artículo 12 del Código Penal, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de la presente ley.

4 Para determinar la sanción aplicable a un adolescente por la comisión de más de una infracción, el juez deberá considerar en su conjunto la naturaleza y características de la totalidad de las infracciones cometidas, de acuerdo a lo previsto en los números 1, 2 y 3 del presente artículo.

y, resuelto este punto, seleccionar en cada caso entre las opciones posibles.

En atención a la estructura de las normas legales de determinación de sanciones para adolescentes, es posible sostener que el requisito de “estricta proporcionalidad” se debe entender como cumplido por cualquiera de las sanciones posibles de aplicar al caso concreto de acuerdo al artículo 23; es decir, desde el punto de vista de la relación entre la naturaleza de la pena y la gravedad del hecho, el legislador ya estableció el rango de penas aplicables en el artículo 23.

Los criterios del artículo 24 de la Ley, entonces, dejan al juez la responsabilidad de zanjar –para el caso concreto- la tensión entre la correspondencia de la sanción con la gravedad del hecho (estricta proporcionalidad) y la orientación a los fines de inserción social de la ley 20.084, tensión que se encuentra todavía presente en el arco de posibles penas aplicables que le ofrece la Ley al juez en cada tramo del artículo 23, establecidos en el artículo 24, considerando –adicionalmente- la exigencia de evitar la doble valoración para aumentar la carga punitiva⁷².

La segunda ley nos apoyará para sostener otro elemento fundamental de la propuesta que aquí se hace para interpretar el criterio de idoneidad, cual es la necesidad de apoyar las decisiones que pretenden fundamentar la intervención en el logro de las finalidades educativas, en una evidencia empírica poderosa que permita un importante grado de *certeza* de las premisas fácticas que sustentan la intervención a través de la sanción, particularmente cuando ella se inspira en los fines educativos.

Lo que podemos concluir de la ley epistémica de la ponderación de ALEXY, es que no basta con afirmar que se selecciona una sanción u otra del catálogo del tramo correspondiente del artículo 23, en razón de su adecuación a los fines de la intervención, es decir, de expresar una intencionalidad en la imposición de la sanción, sino que es necesario que

En caso alguno podrá imponerse una sanción separada para cada infracción, debiendo darse aplicación a lo previsto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales”.

La Cámara de Diputados (2004) mantuvo en términos similares las reglas de determinación de la sanción. El texto del proyecto de 2002 que se cita está contenido en Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 8, ob. cit., pp. 301-330, disponible en www.unicef.cl.

⁷² HORVITZ LENNON ha llamado la atención sobre este eventual problema en la LRPA: “Así, por ejemplo, los factores y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal juvenil operan en dos niveles: primero, en la fijación de la extensión o duración de la sanción (art. 22 LRPA) y, también, en la selección de la sanción aplicable dentro del marco penal determinado temporalmente (art. 24 LRPA). Esta situación podría determinar, eventualmente, *una doble consideración del mismo hecho o circunstancia* para la cuantificación de la sanción, procedimiento que se encuentra completamente proscrito en el caso de circunstancias que agravan la responsabilidad penal, por el principio *non bis in ídem* o prohibición de doble valoración recogido legalmente en el art. 63 del Código Penal. También se infringirá dicho principio cuando los criterios de determinación de la naturaleza de la pena ya hayan sido considerados para fijar la gravedad del delito y la posición o lugar de la consecuencia asignada al mismo dentro de la escala de penas” ; HORVITZ LENNON, M.I.: *ob. cit.*

el Juez cuente con una evidencia contrastable que pueda garantizar que existe una certeza entre los fines perseguidos (responsabilidad e inserción social según el artículo 20 LRPA) y los medios efectivamente dispuestos, esto es, que es un deber del Juez atender a la forma concreta en que se ejecutan las sanciones y no sólo a las motivaciones con las que se impusieron⁷³.

3. CONCLUSIÓN: IDONEIDAD, MERECIMIENTO Y NECESIDAD DE PENA EN EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES CHILENO

En la búsqueda de un método de interpretación que permita una aplicación racional y sistemática del criterio de idoneidad para la determinación de las sanciones penales de adolescentes, hemos identificado a la teoría sobre el principio de la proporcionalidad como elemento regulador de las intervenciones que afecten derechos fundamentales, perspectiva que aparece como metodológicamente fructífera, ya que favorece la integración de elementos provenientes de las teorías del *merecimiento y de la necesidad* de la pena, esto es, criterios de gravedad junto a la consideración de aspecto teleológicos y preventivos.

Históricamente, las doctrinas sobre la imputación penal evolucionan junto con el desarrollo de la teoría de los fines del derecho penal y de la pena⁷⁴, siendo posible observar una progresiva sustitución del binomio culpabilidad-retribución por criterios mixtos que incorporan aspectos instrumentales o funcionales dando lugar a lo que se ha denominado la dialéctica entre culpabilidad y prevención⁷⁵. Esta evolución ha llevado a una bifurcación entre construcciones que combinan la culpabilidad tanto con la prevención general, como con la prevención especial, impactando de este modo en nuevas concepciones sobre el peso de los argumentos de merecimiento y necesidad de pena en la toma de decisiones legislativas y judiciales para determinar las consecuencias jurídicas de los delitos.

La formulación según la cual la pena debía seguir imperativamente al injusto si concurría la culpabilidad, era propia de las teorías absolutas

⁷³ Asunto ya planteado y resuelto como se dijo por la Corte Suprema de USA en el caso GAULT de 1967.

⁷⁴ Considérese en este sentido la afirmación de ZAFFARONI, según la cual «toda teoría del derecho penal, y por supuesto toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena» ZAFFARONI, E.R.: “Culpabilidad y Vulnerabilidad Social” en EL MISMO: “En torno a la Cuestión Penal”, Ed. BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2005, pp. 229-251, p. 230.

⁷⁵ Véase ROXIN, C.: Culpabilidad y Prevención, traducción de F. Muñoz Conde, ed Reus, Barcelona, 1981; PÉREZ MANZANO, M.: “Culpabilidad y Prevención. La teoría de la Prevención General Positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena”, Ed. de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986. En una visión más crítica hacia el rendimiento de la prevención general positiva, DEMETRIO CRESPO, E.: ob. cit. Específicamente referido a los adolescentes, pero en una perspectiva diferente a la aquí expuesta: CRUZ MÁRQUEZ, B.: “Educación y Prevención Especial en el Derecho Penal de Menores”, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2006.

de justificación del castigo penal. Actualmente, en virtud de la mayor aceptación de las teorías relativas de la pena, se asume lo que se ha denominado una concepción unilateral de este principio, según la cual “aunque se mantiene la idea que la pena supone culpabilidad y que también es limitada en su magnitud por ella; (...) no acepta ya que un comportamiento culpable exija siempre una pena”, sino que es necesario que concurren, además, razones preventivas adicionales a la culpabilidad para justificar la imposición y determinación de la pena⁷⁶.

El derecho penal de adolescentes no ha estado ajeno a esta evolución, pasando progresivamente desde concepciones basadas casi exclusivamente en criterios preventivos y peligrosistas, hacia la consideración de respuestas proporcionales que tienden, por una parte, a dar respuestas más duras ante las infracciones penales cometidas por los adolescentes, pero también a limitar la extensión o intensidad de la respuesta preventiva por razones de proporcionalidad, impidiendo reacciones excesivas fundadas en necesidades de educación o prevención⁷⁷.

Como sostiene SILVA SÁNCHEZ, el resultado de llevar hasta sus últimas consecuencias la pretensión de coherencia entre delito y pena, lleva a establecer un doble requisito para la sanción privativa de libertad: merecimiento y necesidad, en la medida que aceptemos que la privación de libertad puede no imponerse si, pese al merecimiento, no resulta necesaria, ya que “la necesidad es un límite a la imposición de penas adicional al merecimiento”⁷⁸.

Esta tesis relativa al problema de la tensión entre merecimiento de pena y necesidad de pena, deriva directamente de abordar la cuestión desde el análisis del principio de proporcionalidad en el ámbito penal. Sin embargo, ello no siempre guarda relación con las leyes aprobadas por el legislador, las que, por diversas razones generalmente relativas a la disuasión, hacen primar la necesidad de pena por sobre el merecimiento como aquí se entiende, esto es, como penas proporcionadas o coherentes - en su máximo - al daño realizado, pero que pueden ajustarse “hacia abajo” por razones de necesidad⁷⁹.

⁷⁶ ROXIN, C.: “Concepción Bilateral y Unilateral del Principio de Culpabilidad” contenido en EL MISMO: “Culpabilidad y Prevención...” ob. cit., pp. 187-200, p. 189.

⁷⁷ Sobre la evolución de este tema en el sistema inglés, véase ASHWORTH, A.: “Principles of Criminal Law”, 5ª ed. Oxford University Press, 2006, pp. 10-11, que analiza como la “Crime and Disorder Act (1998)” incorporó respuestas más rigurosas, destinadas a confrontar al adolescente para que este tome más responsabilidad por sus actos ilícitos. En USA, véase ZIMRING, F.: ob. cit., para Italia PITCH, T.: “Responsabilidades Limitadas. Actores, Conflictos y Justicia Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, particularmente el capítulo 5: “La cuestión de la desviación juvenil”.

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, JM.: “Introducción: Dimensiones de la Sistemática de la Teoría del Delito”, en WÖLTER, J. y FREUND, G.: ob. cit. p. 27.

⁷⁹ *Ídem*, p. 27. Véase también FRISCH, W.: ob. cit. p. 224 y KUHLEN, L.: “¿Es posible Limitar el Derecho Penal por Medio de un Concepto Material de Delito?”, contenido en

Como se dijo, según ALEXY la formulación de la *ley material de la ponderación* es idéntica a la del *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, formulación que, traducida al ámbito penal, refiere a la idea que a los delitos más graves les deben corresponder las sanciones más graves, ya que la mayor afectación de los derechos del condenado se debe fundamentar en una mayor *importancia* de la protección de los bienes jurídicos afectados.

En la Ley 20.084 este subprincipio estaría cubierto por la aplicación de la rebaja establecida en el artículo 21 y el diseño de 5 tramos o marcos en el artículo 23, los que pretenden plasmar la correspondencia entre la gravedad del delito y la sanción. Asimismo, el artículo 24 en su letra a) vuelve a establecer, ahora como criterio para seleccionar la sanción específica a aplicar dentro del marco definido por las reglas anteriores, el criterio de gravedad.

Una lectura simple, podría llevar a la afirmación que el principio de proporcionalidad estaría salvaguardado por estas normas, las que llevarían a que el Juez, en cada caso, aplicara sólo para los hechos más graves los tramos de mayor intervención establecidos en la ley, y, luego, dentro de cada tramo, las sanciones más graves a los delitos más graves contenidos en él.

Sin embargo, el problema es más complejo, puesto que sólo tendríamos resuelto un foco de la proporcionalidad, la llamada proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, es necesario también abordar las otras dimensiones o subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad y necesidad.

Como se dijo, en el campo de la teoría del principio de proporcionalidad, el subprincipio de idoneidad refiere a la relación de causalidad positiva entre los fines de la intervención penal y el medio seleccionado para lograrlo. La doctrina plantea que esta es una cuestión “de naturaleza *gradual y empírica*”⁸⁰.

Creo que esta teoría de la proporcionalidad provee de elementos que pueden resultar esclarecedores para la interpretación el artículo 24 letra f) de la LRPA.

Se trata de encontrar aquél medio (en este caso sanción) *suficiente* para obtener el fin, es decir, se trata de lograr una mínima idoneidad y no una máxima, a través del medio menos lesivo para los derechos fundamentales, con lo que se conjuga el elemento de adecuación a los fines con el de necesidad de la intervención, que en el ámbito penal se puede traducir en intervención mínima. Como las sanciones penales son claramente una respuesta negativa –que sanciona con un mal el mal del delito– ninguna finalidad preventiva aconsejará utilizar más pena que la

WÖLTER, J. y FREUND, G.: ob. cit. pp. 129 – 152, p. 132, en que expone y comenta críticamente las tesis de FRISCH.

⁸⁰ LOPERA MESA, P.G.: ob. cit. p. 388.

estrictamente necesaria para obtener los fines preventivos y dentro de los marcos penales otorgados por la ley⁸¹.

Queda, sin embargo pendiente la pregunta acerca de sí –en un plano de *lege ferenda* o de deliberación judicial- es posible que el criterio de idoneidad permita rebasar hacia abajo el marco penal (es decir más allá del mínimo del marco penal para el caso concreto).

Analizaré este punto recurriendo a una de las visiones más críticas de esta tesis. Esto es, buscaré una justificación en uno de los autores más lejanos a la visión aquí sostenida, de modo que si en ese sistema resulta coherente, con mayor razón lo será en el enfoque desde el que hemos venido argumentando.

Como es sabido, JAKOBS afirma que el espacio para la prevención especial se dará de preferencia en la ejecución, “a la que la teoría de la prevención general positiva no aporta nada”, pero también en *la fijación de los marcos penales y en la determinación de la pena* aunque, aclara, siempre que no se sobrepase “por debajo” el marco por razones de prevención especial, porque ello contravendría su concepción de compensación de culpabilidad. JAKOBS afirma categórico: “¡Si se tolera la reducción de la pena, también queda atenuada la culpabilidad!”⁸².

Este criterio general tiene, sin embargo, excepciones. JAKOBS realiza una reinterpretación de la prevención especial, como un problema de “decepciones de futuras expectativas cognitivas” que podría llevar a renunciar a la reacción en el caso de “definir al autor como diferente, no normal, necesitado de ayuda o algo similar, en todo caso como una persona que –por lo que se refiere a la norma- ocupa una posición especial”.

Por ello, cuando JAKOBS aplica esta teoría al derecho penal juvenil, cambia diametralmente su conclusión, ya que justamente esta singularidad del adolescente lo hace afirmar –como ejemplo de esta posibilidad de hacer ceder la compensación de la culpabilidad y las necesidades preventivo generales positivas frente a la resocialización– que el derecho penal juvenil es el “reino de la prevención especial”⁸³.

⁸¹ *Ídem*, op. cit. p. 440 y nota 138 sostiene que es necesario para satisfacer los subprincipios de idoneidad y necesidad, ponderando el grado de idoneidad de los medios y el criterio de lesividad. Para ello cita a GONZÁLEZ CUELLAR que sostiene: “la medida menos gravosa entra precisamente en consideración porque la restricción de derechos que la primera medida comporta es excesiva para la satisfacción de un fin para cuya realización es suficiente adoptar un medio menos lesivo El grado de idoneidad de un medio ‘suficientemente apto’ no es igual que el de un medio excesivo”.

⁸² JAKOBS, G: “Derecho Penal, Parte General. Fundamento y Teoría de la Imputación”. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2º. Ed corregida 1997, pp.35 y 26 y nota 74.

⁸³ JAKOBS, G: *ibidem*. En esto Jakobs pareciera, al igual que Welzel y parte importante de la doctrina alemana entender el Derecho Penal de adolescentes y jóvenes como un derecho de autor. Véase críticamente ALBRECHT, PA. “Respecto al futuro del derecho penal de menores”. En BUSTOS, JUAN, Director, “Un Derecho Penal del Menor”. Santiago de Chile, Ed. Jurídica Conosur, 1992.

Como se aprecia hasta un autor como JAKOBS tan lejano a la idea de modular la sanción por criterios preventivo especiales positivos y defensor de un modelo de derecho penal muy ajeno al aquí sostenido, no tiene más que aceptarlo en el caso de los adolescentes, ya que reconoce la especial situación de los adolescentes ante la norma penal.

El legislador chileno no siguió este criterio en la LRPA, pero es posible sostener que la posibilidad de sustituir las sanciones privativas de libertad por sanciones no privativas de libertad en todos los casos por razones preventivo especiales positivos, queda abierta al Juez, sin romper el principio de legalidad, por aplicación de los principios contenidos en el artículo 37 de la CDN (excepcionalidad de la privación de libertad y prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes) y del principio de proporcionalidad y de posibilidad de sustituir la privación de libertad por una sanción no privativa de libertad (artículo 40.4 CDN y Regla 17 de las Reglas de Beijing).

Ciertamente, sería del todo conveniente que el legislador resolviera el punto definitivamente, estableciendo en todos los tramos del artículo 23 la posibilidad de aplicación de sanciones no privativas de libertad o, al menos, permita la imposición de la sanción mixta con aplicación inicial de libertad asistida, cualquiera que sea la duración de la sanción privativa de libertad, y no como actualmente en que esta posibilidad se reduce a las sanciones inferiores a 541 días.

Respecto a la necesidad de atender a los criterios empíricos –ley epistémica de la proporcionalidad de ALEXY- ya se dijo que ello exige que a mayores restricciones, se debe tener una mayor *certeza* de la eficacia de los medios que se utilizan.

Como señala HASSEMER si se quiere asumir seriamente la idea de orientación a las consecuencias y tomar en consideración para determinar la sanción los efectos que ésta producirá en la vida del condenado “¿cómo podrá el juez ponderar los efectos de su sentencia y de la ejecución de ésta sobre la vida social del autor, al menos con una mínima seguridad, si no está en condiciones personales y materiales de disponer de investigaciones detalladas y ajustadas a los métodos de las ciencias empíricas... en las actuales condiciones el proceso penal y de determinación judicial de la pena un Juez penal, metódicamente consciente y cuidadoso con los principios del Estado de Derecho, no podrá asumir la toma en consideración de los efectos de una pena más que en un sentido más favorable al condenado”⁸⁴.

Esto significa que en el ámbito de la determinación de la sanción, el Juez debe contar con evidencia empírica sobre la eficacia preventiva de las sanciones y que las penas más restrictivas de derechos, y en particular las privativas de libertad, se deben fundamentar no sólo en la estricta proporcionalidad y en consideraciones culpabilísticas, sino que también en la posibilidad cierta, en el caso concreto, de proveer los medios aptos para

⁸⁴ HASSEMER, W.: “Fundamentos...”, ob. cit., p. 40.

el fortalecimiento del comportamiento legal. Más aún, la defensa siempre podría argumentar la existencia de otras sanciones que presentaran un nivel similar de certeza y que, por ser menos lesiva y ser proporcionales en un sentido estricto debieran aplicarse de preferencia, tanto por las razones teóricas expuestas, como por la aplicación del principio de excepcionalidad de la privación de libertad.