



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DOCUMENTO DE TRABAJO N°15

**LÍMITES A LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES
PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL ARTÍCULO 26 DE
LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL
ADOLESCENTE**

Jaime Couso Salas

Junio 2009

Consulta sobre este documento a:

udpj@defensoriapenal.cl

Unidad de Defensa Penal Juvenil

LÍMITES A LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE

Jaime Couso Salas*

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se propone analizar los problemas interpretativos que han surgido en la aplicación del Art. 26 de la Ley 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA), por parte de los tribunales chilenos, determinando su correcto sentido y alcance, a partir de los principios y reglas de la LRPA, y teniendo en cuenta el derecho internacional y comparado.

El Art. 26 de la LRPA dispone:

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

En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza.”

Ambos incisos, que contienen límites de distinta naturaleza, han sido objeto de interpretaciones divergentes en la jurisprudencia, y requieren de un análisis sistemático. Su aplicación es relevante en los casos que, de acuerdo con las reglas de determinación de la “extensión” de las sanciones (Arts. 21 a 23 LRPA), pongan al tribunal en situación de tener que escoger entre sanciones privativas y no privativas de libertad (tramos segundo, tercero y cuarto, del Art. 23 LRPA), especialmente si entre tales alternativas se cuenta la internación en régimen cerrado (tramo segundo del Art. 23 LRPA).

La relevancia del objetivo que se propone este trabajo debe estar fuera de duda, dada su conexión con la decisión más sensible de un sistema de justicia penal de adolescentes: la amplitud con la que se recurrirá a la privación de libertad. En efecto, la extensión que alcance el uso de la privación de libertad es, respecto de los adolescentes, una cuestión muy sensible y de gran trascendencia: por una parte, porque en situación de privación de libertad los derechos y la seguridad de los adolescentes están más amagados que cuando son sometidos a sanciones de otra naturaleza; por otra parte, porque las expectativas sociales de que la autoridad reaccione con energía frente a la delincuencia de adolescentes, a menudo sólo se ven suficientemente satisfechas cuando la sanción es privativa de libertad¹.

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales.

¹ Sobre la primera afirmación, baste con recordar que en el primer año y medio de aplicación de la LRPA, la privación de libertad de adolescentes ha estado asociada a graves incidentes, que le han costado la vida a varios de ellos, sin olvidar los críticos informes sobre las precarias condiciones de vida, salud, educación y tratamiento socioeducativo existentes en buena parte de los centros de internamiento en régimen cerrado del país; pero aún cuando la privación de libertad no estuviese asociada a consecuencias tan dramáticas –que comprometen la

Para la determinación del sentido y alcance de los dos límites establecidos por el Art. 26 LRPA para la imposición de sanciones privativas de libertad, se examinará, de forma separada, el principio de la privación de libertad como último recurso ("principio de excepcionalidad") (I), y la prohibición de perjuicio del adolescente en comparación con el adulto (II), comenzando en cada caso con la reseña de algunas resoluciones judiciales que dan cuenta de las diversas interpretaciones existentes en cada una de esas materias, para seguir con el desarrollo de la interpretación de los preceptos propiamente tal.

I. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO ÚLTIMO RECURSO, SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 26, INCISO 1º, LRPA

El primer límite establecido por esta disposición se formula en su primer inciso, según el cual "La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso", lo que constituye una reiteración parcial del principio establecido por el Art. 37. b, de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño² (CDN),

legitimidad del recurso a esa medida-, en cualquier caso se trata de la injerencia más intensa en la esfera de libertades y derechos que contempla nuestro ordenamiento jurídico-penal. Por su parte, en lo que atañe a las expectativas sociales de una reacción enérgica frente a la delincuencia juvenil, precisamente a través de una sanción privativa de libertad, ellas se ven reflejadas en muchas situaciones que se dan a diario, como ya se pudo apreciar a propósito de la gran conmoción social suscitada por uno de los primeros casos de homicidio enjuiciados bajo la LRPA, relativo a un adolescente que dio muerte a un joven con un bate de béisbol, especialmente después de que el primer juicio oral lo condenara a una pena de internación en régimen semi-cerrado, condena que finalmente fue anulada y sustituida por otra que le impuso 7 años de internamiento en régimen cerrado, al recalificarse el hecho como un homicidio alevoso. Aunque desde luego esos dos factores de relevancia son completamente asimétricos desde el punto de vista de cualquier criterio normativo (no se puede poner en la misma balanza la violación de los derechos de los adolescentes internos con la demanda social de una pena severa surgida por la ejecución de un grave delito), a tal grado que la certeza de que el primero de esos factores se mantendrá haría imposible justificar en caso alguno la privación de libertad como forma de dar una señal enérgica frente al delito, ambos factores dan cuenta de que, de hecho, la decisión de imponer o no una sanción privativa de libertad es considerada de la máxima trascendencia.

Sobre los alarmante reportes publicados durante 2008 acerca de las precarias condiciones de los adolescentes privados de libertad en el país, véase primero el Informe de Unicef "Principales nudos problemáticos de los centros privativos de libertad para adolescentes y secciones juveniles", dirigido al Ministerio de Justicia, y elaborado a partir de los reportes de los representantes de Unicef en las Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de los centros privativos de libertad de adolescentes, presididas en cada Región por el Secretario Regional Ministerial de Justicia, y establecidas por disposición del Reglamento de la Ley N° 20.084, informe que se filtró a la prensa y fue publicado por el Diario El Mercurio (disponible en <http://blogs.elmercurio.com/reportajes/2008/04/27/alarmante-informe-de-unicef-so.asp>). Hace apenas unos meses, se sumó a él la crítica evaluación de las condiciones carcelarias de los adolescentes, realizada por el Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2008 (hechos del 2007), publicado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/>).

² Suscrita por Chile el 26 de enero de 1990, aprobada por el Congreso Nacional y ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto y promulgada como ley de la República el 14 de agosto de 1990, mediante el Decreto Supremo N° 830, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre de 1990, fecha de su entrada en vigencia en Chile.

conforme al cual "...La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

Sobre el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, las cuestiones a resolver son a lo menos las siguientes dos:

- 1) ¿Qué razones pueden esgrimirse, en el contexto de la LRPA, para justificar la necesidad del "último recurso", en particular, qué finalidad de la sanción³ podría llegar a hacer necesario recurrir a la privación de libertad?
- 2) Una vez decidido el criterio que en el razonamiento del tribunal debe esgrimirse para plantearse la necesidad de la privación de libertad, queda todavía por resolver, ¿qué límites impone el principio de excepcionalidad a la pretensión de utilizar la privación de libertad con la finalidad subyacente a la razón escogida?

Concepciones contradictorias en la jurisprudencia acerca del sentido y alcance del Art. 26, inc. 1º, LRPA.

En la jurisprudencia nacional, la **primera de esas cuestiones** ha sido objeto de tesis divergentes:

Así, en primer lugar, en la prevención con la que concurre a la decisión del Tribunal Constitucional (TC) chileno de rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad del Art. 23, n° 1, de la Ley 20.084⁴, el Ministro **Correa** aclara, respecto de la "regla" del Art. 37.b de la CDN, que ni ella, ni las reglas de Beijing, que le sirven de complemento para su interpretación, precisan "cuáles son las razones determinantes que justifican, de manera más estricta

³ Para efectos de una mínima claridad terminológica, los fines de la sanción considerados en este lugar (sin entrar a valorarlos por ahora) son: prevención especial positiva, orientada a mejorar las condiciones (en su desarrollo e inserción social) para que el condenado tenga en el futuro una vida sin delitos; prevención especial negativa, orientada a impedir que el condenado vuelva a cometer delitos, siquiera por un tiempo, simplemente por medio del expediente de "sacarlo de circulación" (encerrándolo) o de intimidarlo por medio de la pena (para que "escarmiente"); prevención general negativa, orientada a disuadir a la población de cometer delitos, por medio de la amenaza de pena y la imposición y ejecución efectiva (siquiera de una parte) de la pena a quien incurre en la prohibición penal; y, prevención general positiva, orientada a fortalecer la confianza de la población en la vigencia del derecho, por medio del castigo al condenado, cuando dicha confianza se ve debilitada por la comisión del delito. La retribución del mal causado por el delincuente, a través de su castigo (que "compensa" la culpabilidad del autor), que en realidad se ha entendido en la teoría de los fines de la pena como una justificación "absoluta" de la misma, que no alude a fines ulteriores de la pena (que sería un fin en sí misma), se plantea en algunas decisiones judiciales como un "fin", aludiendo implícitamente en la mayoría de los casos al efecto de prevención general, es decir, a algún beneficio social derivado del mero hecho de que los delitos no queden impunes (en términos de defensa o restablecimiento del ordenamiento jurídico, o de intimidación general).

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de junio de 2007, Rol N° 786-2007, recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad planteado por 33 diputados en contra de la modificación aprobada por el Congreso Nacional al Art. 23 de la Ley N° 20.084, por la Ley N° 20.191.

que para los adultos, el uso de la privación de libertad. Ambas cuestiones quedan entregadas a la discreción de cada Estado, aunque éstos se encuentran siempre obligados a recurrir a la privación de libertad como último recurso, por el menor tiempo posible "en interés superior del niño" y a justificarla en razón de ese interés" (numeral 4°). En ese contexto, el Ministro Correa considera que queda al legislador establecer, "en uso de la discrecionalidad limitada que le exigen las normas internacionales invocadas", en qué casos debe necesariamente ser empleado el "último recurso", y el legislador chileno lo hizo en casos de delitos graves (con penas superiores a cinco años); ello lo entiende –el Ministro Correa– en el sentido de que el legislador concluyó "que la rehabilitación, resocialización y reinserción de un menor que ha cometido uno o más delitos que, por su gravedad o reiteración, merezcan pena superior a cinco años exigen, en aras de estos propósitos que están en su interés, de su internación en régimen cerrado por dos años. Ciertamente que resulta discutible si el régimen cerrado de cumplimiento de penas es o no el sistema más eficaz para lograr tal rehabilitación, pero ello constituye, una vez más, un debate de mérito que corresponde hacer a los poderes llamados a legislar y no a este órgano de control de constitucionalidad" (numeral 5° de la prevención del Ministro Correa).

Si bien el propósito del Ministro Correa es explicar la forma en que el legislador aplicó el principio de excepcionalidad de la privación de libertad de la CDN al construir el marco penal del Art. 23, n° 1, LRPA, y no en cambio interpretar el Art. 26, inc. 1°, LRPA, su interpretación parece proponer un criterio general, extensible a esta última disposición, conforme al cual la decisión extrema de recurrir a la privación de libertad se adopta necesariamente en el interés del adolescente, en particular, en atención a su interés en ser resocializado y reinsertado en la sociedad, objetivos propios de una orientación de la pena hacia fines de prevención especial positiva. ¿En qué casos el legislador considera necesario para esos objetivos de prevención especial positiva recurrir a la privación de libertad?: en los casos de delitos graves; ¿por qué?: por alguna característica de los hechos graves (o del adolescente que los comete), no expresada en la prevención del Ministro Correa, que según la estimación del legislador haría necesario, para el éxito de la prevención especial y siempre en el interés del adolescente, recurrir precisamente a la privación de libertad. Pero ello no implica que el tribunal, dentro del margen de elección que le ofrecen determinados tramos del Art. 23 LRPA, tenga que tener en cuenta exclusivamente la gravedad del hecho; lo que importaría, en el sentido de la ratio legis –siguiendo el razonamiento del Ministro Correa–, es que también el tribunal decida echar mano del "último recurso" sólo cuando ello sea necesario para la rehabilitación y reinserción social del adolescente, siempre en su propio interés⁵.

⁵ Sin embargo, en otro lugar de su prevención, el Ministro Correa parece matizar esta concepción de una manera que lo acerca más a la idea de la existencia de una antinomia entre prevención general y especial, o de una colisión de principios, en particular, entre principio del "interés superior del niño" y "otros principios igualmente lícitos que pueden tensionarse con él, como en la especie podría ser el de la seguridad de la víctimas o de la sociedad", colisión que el legislador -al establecer privación de libertad en régimen cerrado como pena obligatoria para

Una concepción afín a la expuesta subyace a los fallos que, ya en el plano de la determinación judicial de la sanción penal (y no del control de constitucionalidad del diseño legislativo de los criterios legales para ello), interpretan el criterio de "idoneidad" preventivo-especial de la sanción (Art. 24, letra f, LRPA) como una cualidad que también pueden tener las sanciones privativas de libertad (y no sólo de las sanciones ambulatorias, como la libertad asistida), con lo que indirectamente parecen implicar que, como último recurso, podría llegar a echarse mano de ese tipo de sanciones en razón de su eventual necesidad preventivo-especial. Eso podría sostenerse en relación a un fallo de la **Corte de Apelaciones de La Serena** (de 28 de mayo de 2008, Rol N° 99-2008), en el cual se rechaza la argumentación de la defensa que impugna la sentencia recurrida por escoger la sanción de internación en régimen cerrado en base al criterio de la "idoneidad", sin explicar –objeta la defensa- cómo podría dicha sanción, con sus consabidos efectos desocializadores, atender a las necesidades de desarrollo e integración social del adolescente; la Corte rechaza dicha argumentación, validando la decisión adoptada por la sentencia recurrida, por cuanto la sanción "permitirá más cabalmente dar cumplimiento al criterio contenido en la letra f) del artículo 24, esto es, lograr con la sanción, fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social", recordando que de conformidad con el art. 17 de la LRPA, "la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, impone un estándar orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de la ley, puesto que debe procurarse la continuidad de los estudios del adolescente y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal". Todo ello supone, entonces, que los fines preventivo-especiales sí podrían aducirse –en casos que no llegan a especificarse por el fallo- para echar mano del "último recurso". En esta decisión, con todo, a diferencia de lo sostenido por el Ministro Correa, no llega a afirmarse que la prevención especial (la "rehabilitación" o "inserción social" del adolescente) es el único fin que puede justificar la imposición de una sanción privativa de libertad, de modo que, sin incurrir en una inconsistencia, los jueces de esa Corte podrían, en una decisión posterior, imponer privación de libertad atendiendo fundamentalmente a la gravedad del hecho.

En cambio, una concepción muy diferente de las anteriores acerca del criterio o razón que debe esgrimirse para echar mano del "último recurso" subyace a un fallo de la **Corte de Apelaciones de Punta Arenas** (del 8 de Abril de 2008, Rol N° 14-2008), recaído en un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia que condena a un adolescente a la sanción de cinco años de internación en régimen cerrado, por su participación en calidad de co-

los delitos más graves- habría resuelto en alguna medida dando precedencia a estos últimos, pero sin que el primero haya "sido minusvalorado en términos intolerables para la Constitución", lo que sugiere un entendimiento de las razones que justificarían echar mano del "último recurso" muy distinto del que se desprende de las citas hechas en el texto principal. Aún así, para efectos de caracterizar mejor las diversas tesis posibles en la materia, aquí se analizan únicamente estas citas asumiendo, como hipótesis de trabajo, que el Ministro Correa sustenta la concepción más congruente con ellas.

autor en un delito de robo con violencia. La defensa impugna la sentencia por no haber considerado el tribunal en su razonamiento la alternativa de la sanción de libertad asistida especial, que ni siquiera es mencionada por éste, pese a que es una de las opciones con que cuenta en el tramo segundo del Art. 23 de la LRPA, e incluso más, a pesar de que dicha sanción, conforme al Art. 26, inc. 1° de la LRPA, que establece el principio de la excepcionalidad de la privación de libertad, debe ser considerada como la regla general en ese tramo, de modo que "si se quiere imponer una sanción privativa de libertad debe fundarse con claridad tal decisión". La Corte rechaza el recurso, tras hacer referencia al concepto de "principio" de Robert Alexy, por oposición al de "regla", señalando que la excepcionalidad de la privación de libertad –establecida en el Art. 26- es una norma del primer tipo, sujeta al mandato de optimización, de modo que respecto de ella "la ponderación de intereses resulta ineludible", aclarando que el equilibrio que debe buscarse al juzgar la idoneidad de la sanción para el fin buscado con ella, lo es entre "el fin retributivo y el preventivo especial". Para la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, entonces, de acuerdo con lo que se puede desprender de su planteamiento, la decisión de echar mano de la privación de libertad -el "ultimo recurso"- no atiende a la prevención especial, sino al fin retributivo, y está justificada cuando la ponderación entre este fin y el fin de la prevención especial (que se satisface precisamente con una sanción no privativa de libertad) inclina la balanza precisamente a favor de la retribución.

En la misma línea, si bien sin llegar a explicitar que cuando está en juego la elección entre una sanción privativa y una no privativa de libertad –hipótesis de aplicación del principio de excepcionalidad de la privación de libertad- estamos en presencia de una colisión entre el interés preventivo-especial y el interés retributivo (o preventivo-general, en su caso), una serie de fallos parte de la base de que el primer fin juega en contra de la privación de libertad, mientras que el segundo a favor de ella, lo que se deduce de la forma en que dichos fallos tratan el criterio de la "idoneidad" preventivo-especial de la sanción, del Art. 24, letra f, LRPA.

Así, por ejemplo, un fallo de la **Corte de Apelaciones de Copiapó** (de 12 de septiembre de 2007, Rol 168-2007), analizando los criterios que deben ser tenidos en cuenta al escoger entre una sanción privativa y una no privativa de libertad, en el tramo tercero del artículo 23 LRPA, claramente parte de la necesidad de ponderar ("conjugar") consideraciones preventivo-especiales – que, según la defensa justificarían una sanción de libertad asistida- con consideraciones preventivo-generales -que permiten al juez seleccionar una sanción de internación en régimen semi-cerrado-, como queda en evidencia en la siguiente argumentación: "Si bien el sistema penal de adolescentes incorpora marcadamente el fin preventivo especial de la pena, sobre todo, a objeto de lograr la reintegración del menor y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, reflejo de lo cual viene a ser la expresión "idoneidad de la sanción" a que se refiere la letra f) del artículo 24 de la Ley N° 20.084, norma esta última que establece criterios generales de determinación de la pena, es lo cierto que dicho parámetro debe necesariamente conjugarse con los demás

criterios que la citada disposición legal contempla, en una lógica proporcionalista de la sanción a imponer. Es así que el fallo en alzada razona a este respecto para establecer el quantum de la pena y la naturaleza de la misma, a cumplirse bajo la modalidad de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social". Así, para la Corte de Apelaciones de Copiapó⁶, el recurso a la privación de libertad –el "último recurso"- tendrá que fundamentarse en esos otros criterios del Art. 24 LRPA (distintos de la "idoneidad"), de naturaleza "proporcionalista", a saber, los referidos a la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, así como a la extensión del mal causado, consignados en las letras a) a la e) del mismo precepto.

En segundo lugar, y sólo en el evento de que se sostenga –como se hará en este trabajo-la última concepción, es decir, la tesis de que sólo consideraciones preventivo-generales (o retributivas), asociadas a la gravedad del hecho y de la culpabilidad, pueden servir para fundamentar la preferencia por una sanción privativa de libertad, se plantea, como se anticipó, **una segunda cuestión:** ¿qué límites impone el principio de excepcionalidad de la privación de libertad al tribunal que debe escoger la sanción en un caso en que las consideraciones preventivo-generales, por sí solas, aconsejarían emplear justamente ese tipo de medida? A este respecto, los fallos tenidos en cuenta no desarrollan la cuestión, pese a su relevancia. El citado fallo de la **Corte de Apelaciones de Punta Arenas**, de 8 de abril de 2008, en efecto, simplemente parte de la base de que es necesaria una ponderación entre la prevención especial –que haría aconsejable una sanción de libertad asistida especial- y la retribución –que en el caso sometido a su consideración se vería mejor satisfecha con la internación-, pero no le atribuye ningún sentido específico al principio de excepcionalidad de la privación de libertad; al comienzo, de hecho, parece sugerir que es uno de los principios que deben ser objeto de ponderación, pero después aclara que la ponderación debe realizarse entre "el fin retributivo y el preventivo especial". Pero, en realidad, como se verá más adelante, la necesidad de ponderar estos fines deriva directamente del tenor del Art. 24 LRPA, que exige sopesar los criterios de gravedad del hecho y la culpabilidad, de las letras a) a la e), con los criterios preventivo-especiales de la letra f), con independencia del principio de excepcionalidad de la privación de libertad. Entonces ¿qué diferencia hace el principio de excepcionalidad?, ¿qué obligación o límite impone al tribunal al momento de hacer efectiva la selección en base a una ponderación de criterios preventivo-generales (o retributivos) y preventivo-especiales? Esta es una cuestión que también debe ser aclarada, al determinar el sentido y alcance del principio establecido en el inciso primero del Art. 26 LRPA.

La cuestión no se plantea con claridad si se mantiene la tesis de que la prevención especial puede fundamentar la necesidad de una sanción privativa de libertad, pues en tal caso tiende a desaparecer la colisión que haría necesario ponderar entre unos y otros fines (principios), y no corresponde

⁶ Que, sin embargo, termina sustituyendo la sanción de internación en régimen semi-cerrado por la de libertad asistida especial, pero no a causa de que la prevención especial sea el único fin que preside la selección, sino por aplicación del inciso 2º del artículo 26 (bajo una interpretación que se analizará más abajo).

preguntarse acerca del papel del principio de excepcionalidad de la privación de libertad en dicha ponderación; en realidad, si se analizara bien el problema, debería plantearse otra colisión, para cuya resolución todavía sería necesario aclarar el papel del principio de excepcionalidad: la colisión entre el interés preventivo-especial -que en ciertos casos se supone que se vería mejor satisfecho con la internación- y el principio que protege el interés del adolescente en su libertad, que son precisamente los términos en que se planteó el problema cuando por primera vez se admitió, en la jurisprudencia comparada, el carácter privativo de libertad de las medidas del derecho de menores y se reconoció el derecho de esas personas a la libertad⁷.

Razones que podrían justificar la utilización del último recurso. El problema de la idoneidad para alcanzar los fines⁸

Ya se vio que, en relación con el Art. 26, inc. 1º, LRPA, se plantean a lo menos dos cuestiones relevantes, que la jurisprudencia no ha resuelto, respecto del principio de que la privación de libertad se utilizará tan sólo como un último recurso ("principio de excepcionalidad"): ¿qué tipo de razones podrían justificar echar mano de este último recurso? y ¿qué límites impone este principio al tribunal a la hora de seleccionar la pena? A continuación se aborda la primera de ellas.

Esta cuestión, en los fallos citados más arriba para dar cuenta del problema, se plantea en términos de si sólo pueden esgrimirse razones asociadas a la gravedad del delito (necesidades preventivo-generales y/o retributivas) o si acaso también (o únicamente) razones asociadas a las necesidades de inserción social del adolescente (prevención especial) o a su "interés superior".

La CDN, como advierte el Ministro **Correa** en su citada prevención al fallo del Tribunal Constitucional sobre el Art. 23, 1º, LRPA, no señala cuáles deben ser estas razones. Tampoco lo hace la LRPA. Esto podría llevar lógicamente a suponer que las razones son las mismas que constituyen finalidades de la sanción, según el Art. 20 LRPA y otras disposiciones relacionadas (como el Art. 24, letra f, LRPA): es decir, si las sanciones se proponen tanto objetivos de prevención general -"hacer efectiva la responsabilidad del adolescente"- cuanto objetivos de prevención especial -"fortalecer (su) respeto por los derechos y libertades del adolescente" y promover su "integración social"-, entonces bien podría ocurrir que, en ciertos casos, respecto de ciertos adolescentes, la consecución de ambos objetivos, o de cualquiera de ellos, haga necesario utilizar el "último recurso" -internación-, por no ser suficientes para ello las demás sanciones disponibles -libertad asistida, por ejemplo-.

⁷ Así se planteó -si bien no bajo la retórica del principio de proporcionalidad ni de la ley de la colisión- ya en *in re Gault*, la célebre sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América que introdujo por primera vez garantías del debido proceso penal en un sistema tutelar de menores (Feld:99-100).

⁸ El análisis de este apartado, así como del destinado al principio de proporcionalidad, recoge en buena medida el planteamiento formulado en Couso, 2009, *passim*.

De hecho, al interpretar la decisión del legislador chileno, de establecer como obligatorio un tiempo de internación, para los delitos del tramo primero del Art. 23 LRPA, el Ministro Correa entiende que, para el legislador, "la rehabilitación, resocialización y reinserción de un menor que ha cometido uno o más delitos que, por su gravedad o reiteración, merezcan pena superior a cinco años exigen, en aras de estos propósitos que están en su interés, de su internación en régimen cerrado por dos años". Con ello, parece postular que la prevención especial positiva es la única razón que justifica echar mano del "último recurso", si bien admite que el legislador tomó en cuenta la gravedad (o reiteración) de los delitos para decidir en qué casos la prevención especial positiva exige privación de libertad⁹.

⁹ Ya se ha señalado que, en otro lugar de su prevención, el Ministro Correa parte más bien de la idea de una justificación preventivo-general de la decisión legislativa (en la LRPA) de imponer aplicación obligatoria de la privación de libertad para los delitos más graves, objetivo con el cual el "interés superior del niño" (Art. 3 CDN, Art. 2 LRPA) entraría en colisión. Pero su argumentación se aparta de esa idea cuando parece sugerir que el "interés superior del adolescente" es la única razón que puede justificar la utilización de privación de libertad, interés que se identificaría con los objetivos de prevención especial positiva. En palabras suyas: "un menor que ha delinquirido... debe (permanecer) en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para privarlo de libertad, en función, precisamente, del interés superior del niño..." y "...la rehabilitación, resocialización y reinserción de un menor que ha cometido uno o más delitos... (son) propósitos que están en su interés" (numerales 4° y 5° de su prevención). La suposición de que la privación de libertad puede imponerse en el interés del adolescente es contradictoria con uno de los presupuestos fundantes de la LRPA, como un sistema de intervención penal mínimo, garantista: la afirmación del carácter negativo de la sanción desde la perspectiva del adolescente, en tanto que restricción de derechos deliberadamente aflictiva, con consecuencias estigmatizantes que no se pueden eliminar del todo, cuya necesidad, por tanto, sólo podría explicarse desde el punto de vista del interés social en la protección de bienes jurídico-penales; de hecho, este carácter negativo de la sanción es el fundamento de la introducción de límites y garantías, y de la construcción de un sistema penal de adolescentes minimalista, que priorice la no intervención, cada vez que sea posible. Como se indicará más abajo, la protección internacional de los derechos del niño también parte de la base más bien de una oposición entre "interés del adolescente" y privación de libertad; así, en la resolución que aprueba las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, la Asamblea General de Naciones Unidas nota que "los menores privados de libertad son altamente vulnerables al abuso, la victimización y la violación de sus derechos", definiendo, en atención a ello, en la regla 3 de ese instrumento, como "objeto de las presentes Reglas... establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar **los efectos perjudiciales de todo tipo de detención** y fomentar la integración en la sociedad" (el énfasis es nuestro). Por ello, el interés del adolescente (que no siempre ha de prevalecer por sobre los intereses sociales en juego, por cierto), lejos de los objetivos preventivos que el Estado busque con la pena que le impone, consiste en conservar su libertad y, en caso necesario, acceder a la ayuda de los servicios sociales y terapéuticos que le permitan superar los conflictos y dificultades que influyen en su conducta delictual, pero ofrecidos como parte de la política social y de salud pública, es decir, como forma de ejercer sus derechos a la salud y la educación, en igualdad de oportunidades (lo que le hace acreedor a medidas de protección especial de estos derechos), no como imposición coactiva bajo la forma de una pena estatal. Precisamente la pretensión de que el control social formal (bajo la forma de medidas de internación o de libertad vigilada) de la delincuencia infanto-juvenil podría justificarse en el interés del menor es una de las principales razones de los excesos del Derecho tutelar de menores, y de la crítica que se le dirigió históricamente, recogida por la Exposición de Motivos del Proyecto de LRPA, que aboga por un sistema –propuesto en la misma iniciativa– que "impida toda confusión entre protección

La idea de que sólo razones preventivo-especial positivas pueden justificar recurrir a la privación de libertad no tiene apoyo en la –incipiente y escasa– doctrina y jurisprudencia nacional sobre el Art. 26, y casi no lo tiene en el Derecho comparado.

Sí tiene algún apoyo, en cambio, la tesis de que las necesidades para la prevención especial pueden ser una razón para utilizar el “último recurso”, como también lo pueden ser las necesidades de prevención general (o, en su caso, de compensación de la culpabilidad por medio de la retribución), es decir, que para justificar la imposición de una sanción privativa de libertad cada una de estas necesidades, por sí sola, es una razón suficiente.

Este modelo justificatorio se da en el contexto de la Ley de Tribunales Juveniles (JGG –*Jugendgerichtsgesetz*–) alemana, que considera alternativamente dos fundamentos materiales posibles para la aplicación de la pena juvenil (privativa de libertad, por definición): en primer lugar, “cuando a causa de la gravedad de la culpabilidad es necesaria la pena” (fundamento que da lugar a la así denominada “pena de culpabilidad”, del párrafo 18 II, segunda alternativa, JGG); y, en segundo lugar, “cuando a causa de las tendencias dañinas del adolescente, puestas de relieve en el hecho, no son suficientes medidas educativas o medios disciplinarios”¹⁰ (fundamento de la “pena educativa”, del párrafo 18 II, primera alternativa, JGG). Cualquiera de esas dos razones puede justificar el recurso a una pena juvenil. En consecuencia, dentro de esa regulación, las necesidades de prevención especial positiva podrían por sí solas justificar la privación de libertad (en el caso de la “pena educativa”), incluso en casos en que la escasa gravedad de los hechos no lo hiciera necesario para la prevención general (ni para eventuales “necesidades” de retribución); así lo han resuelto en muchas decisiones los tribunales alemanes, por lo menos hasta hace un par de décadas, sobre todo en el caso de adolescentes autores de hurtos con (varias) condenas anteriores por delitos similares (**Strobel**:71-72), lo que ha motivado, en todo caso, severas críticas que reprochan a esas decisiones infringir la prohibición constitucional de discriminación negativa - pues se trata de privaciones de libertad que no podría llegar a imponerse a un adulto por delitos similares-, así como el principio de culpabilidad, conforme al cual una pena necesaria para alcanzar objetivos preventivos no puede ser más

de derechos y sanción de actos delictivos” (**Mensaje** de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 20.084”, 7 de diciembre de 2005, en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>, página visitada el 1 de Noviembre de 2008 (en adelante, cit. “**Historia de la Ley**”), p. 7). En términos similares, en el contexto de la interpretación de los fines de las sanciones penales de la ley de responsabilidad penal del menor de España, **González Cussac y Cuerda Arnau** (2002:101-102) sostienen que “hay que desterrar la confusa, perturbadora y peligrosa concepción de las medidas como instrumentos destinados a la tutela del menor, por cuanto, al desvincularlas de la protección de bienes jurídicos, se corre el grave riesgo de justificar la adopción de medidas tendentes a la corrección del carácter, de la conducción o forma de vida, o simplemente de castigar a menores “antisociales” ”.

¹⁰ Medidas educativas, medios disciplinarios y penas juveniles son las tres posibles consecuencias jurídicas del injusto penal culpable cometido por un adolescente bajo la JGG.

severa que la que corresponde a la medida de la culpabilidad del autor, que por definición es leve en los delitos de hurto (Strobel:75-76). Por su parte, la "pena de culpabilidad" está justificada, en el contexto de la JGG, cuando las necesidades preventivo-generales son elevadas, en atención justamente a la gravedad de (la culpabilidad por) el hecho, aún cuando no haya necesidad preventivo-especial positiva de imponer pena (privativa de libertad) a su autor (Strobel:119-124).

Esa concepción, como se advierte, supone que la privación de libertad puede ser idónea para alcanzar objetivos de prevención especial positiva; más aún, supone que en ciertos casos puede ser más idónea para esos objetivos que una sanción no privativa de libertad (de modo que puede justificarse su imposición aún en casos respecto de los cuales, para la prevención general, sería suficiente una sanción no privativa de libertad). Ello representa un supuesto que hoy en día está altamente cuestionado –también en Alemania, como se verá–.

Por lo anterior, es cada vez más frecuente en el derecho comparado el entendimiento de que la prevención especial positiva por sí sola no puede justificar el recurso a la privación de libertad, que sólo se justifica a través de la consideración conjunta, en términos de ponderación, de los fines de la prevención general (o la retribución) y la prevención especial, en el entendido de que ellos plantean en principio una antinomia a la hora de escoger entre una sanción privativa de libertad (que puede servir a la prevención general, pero en desmedro de la prevención especial positiva) y una no privativa de libertad (que podría servir a la prevención especial, pero en perjuicio de la prevención general), antinomia que exigiría precisamente una ponderación entre dichas finalidades, de cuyo resultado dependerá si se justifica o no en el caso concreto la imposición de ese tipo de pena.

Este entendimiento se va extendiendo incluso en países que han adoptado el "principio educativo" como un eje de su legislación penal juvenil, como ocurre en Costa Rica y España. Representativo de esta concepción es, por ejemplo, el voto redactado por **Llobet Rodríguez** en una sentencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, en el que se admite que "no puede desconocerse que la sanción penal juvenil desempeña una función de prevención general" aún cuando sea "primordialmente educativa"; por ello, considerando "los efectos perjudiciales que presenta la misma para el desarrollo del joven que es sometido (a ella)... de acuerdo con el principio educativo lo más conveniente para la reinserción social del joven era modificar la sanción de internamiento por una de libertad asistida ...la privación de libertad debe ser utilizada solamente como último recurso" (citado por Tiffer, 2004:200-201). El propio Llobet (2002:447) explica que la prevención general tiene un rol, a través de la gravedad del hecho, en la definición de si se aplica o no privación de libertad, pues si el único fin a considerar fuera el educativo, "podría suceder que hechos de gran gravedad recibieran una sanción ínfima... Ello mismo haría difícilmente justificable que, aún en hechos sumamente graves pudiera disponerse el internamiento, debido a los efectos criminógenos del mismo... el internamiento solamente se puede justificar por la gravedad del hecho y no por una necesidad

educativa". Como puede concluirse de ambas citas, la decisión de imponer privación de libertad considera ambas razones, es decir, el "principio educativo", entendido fundamentalmente como un fin de prevención especial positiva y la prevención general, pero mientras el segundo juega a favor de la imposición de privación de libertad –cuando la gravedad del hecho así lo exige– el primero juega en contra de la misma –entendida casi por definición como perjudicial para el desarrollo y la "educación" del adolescente–.

En España, por su parte, **Cruz Márquez** resume la interrelación entre criterios preventivo-generales y preventivo-especiales en la determinación de la medida, indicando, por una parte, que "contemplar el grado de responsabilidad penal del menor al determinar la medida juvenil sirve para tener presente en todo momento su condición de reacción penal frente al delito, así como su fundamento, que no es otro que atender a la necesidad preventivo-general de defensa social, permitiendo así contrarrestar la idea, imperante en la sociedad, de la falta de intervención frente al delito cometido por el menor infractor", y, por la otra, que ello "sin embargo... no obliga a asumir los parámetros vigentes en el derecho penal de adultos", de modo que "a la luz de una interpretación coherente del principio educativo, es preciso observar las circunstancias y características del menor en todos los supuestos... armonizando los diferentes criterios, preventivo-generales y preventivo-especiales, que intervienen en la determinación de la medida juvenil" (142-143), criterios preventivo-especiales que juegan, no a favor, sino en contra de la intervención penal, dado que, como afirma la misma autora, "debe entenderse el principio resocializador como evitación de las consecuencias nocivas desencadenadas por la intervención penal" (134), de manera que "abundando en esta interpretación en clave negativa del principio educativo ... la consecución del interés superior del menor al determinar la medida habrá de orientarse a reducir al mínimo las consecuencias negativas" (134-135)¹¹.

Además, una característica de la regulación legal de ambos países, que no está presente en la JGG alemana, da cuenta de que la necesidad de una pena privativa de libertad, en concepto del legislador de Costa Rica y del de España, viene indicada fundamentalmente por razones preventivo-generales, y no por razones preventivo-especiales. Esa característica, compartida por la LRPA chilena, es el hecho de que la privación de libertad en régimen cerrado se

¹¹ Con todo, debe advertirse que esta concepción negativa del principio educativo, no siempre es seguida por las decisiones de los tribunales españoles. Así, por ejemplo, puede mencionarse la Sentencia 16/03, de fecha 18 de febrero de 2003, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, que confirma la imposición a un menor de la medida de internamiento en centro terapéutico por seis meses por un delito de robo y una falta de hurto en grado de tentativa "pues, como apuntó el Equipo Técnico referenciado, atendida la evolución de Jon y evidenciado que se encuentra inmerso en un ambiente delincencial, siendo su situación actual de grave riesgo social, se consideró adecuado adoptar una medida de internamiento, desaconsejándose la libertad vigilada, al evidenciarse la necesidad de someter al menor referido a una intervención psicológica y educativa intensa y estrecha, lo que obviamente no podría lograrse a través de la medida que se interesa"; una argumentación perfectamente congruente con la lógica de las legislaciones tutelares de menores, que fundaban la intervención punitiva-reformadora en las necesidades del menor más que en su responsabilidad por el delito cometido.

reserve fundamentalmente para casos considerados en cada legislación como delitos graves¹². Así, en estos países la privación de libertad es una sanción que exige legalmente un mínimo de necesidad preventivo-general, y cuyas reglas judiciales de aplicación, en cualquier caso, también exigen ponderar criterios preventivo-generales –que pueden hacer aconsejable una pena privativa de libertad- con otros preventivo-especiales –que aconsejan más bien evitar los perjuicios de esa pena para el desarrollo e inserción social del adolescente-. Así, la “pena educativa”, esto es, una privación de libertad indicada para alcanzar fines de prevención especial positiva, no ha sido reconocida por las legislaciones penales de adolescentes más recientes, diversas de la alemana, que nuestra LRPA ha tenido en cuenta como modelo¹³, para las cuales el recurso a la privación de libertad es función casi exclusivamente de las necesidades de prevención general (positiva o negativa), las que en cualquier caso deben ponderarse con las razones preventivo-especial positivas que aconsejan preservar el desarrollo e inserción social del adolescente en contra de los perjuicios que suele irrogarle el encierro.

Sin ir más lejos, en Alemania, donde en la actualidad la “pena educativa” es objeto de una muy enérgica y extendida crítica, la eventual derogación de la misma¹⁴ dejaría como única hipótesis la “pena de culpabilidad”, que justamente reconoce como fundamento único la prevención general, sin perjuicio de que admite como límite (a lo menos como criterio para la suspensión condicional de su ejecución) el principio educativo, esto es, el interés preventivo-especial positivo (**H.J. Albrecht**:153-154, 171).

¹² En la Ley 7576 de Justicia Penal Juvenil, de Costa Rica (1996), la sanción de “Internamiento en centro especializado” sólo puede imponerse –excluido el caso de quebrantamiento de otra sanción- “Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años” (Art. 131,a). Por su parte, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, de España (del año 2000, modificada en esta materia en 2006), reserva la medida de internamiento en régimen cerrado para los casos de delitos tipificados como “delito grave” por el Código penal o leyes penales especiales, o en los que se ha empleado violencia o intimidación en las personas, así como para los delitos cometidos en grupo o actuando el menor al servicio de una banda (Art. 9.2). Si bien el último caso parece atender a criterios preventivo-especiales basados en la peligrosidad del sujeto, más que en la necesidad preventivo-general dependiente de la gravedad del hecho - como en el caso de la “pena educativa” alemana-, no es claro que el recurso a la privación de libertad se base aquí en un fundamento de prevención especial positiva (conveniencia de esa sanción para la inserción social del adolescente), sino que más parece tratarse de uno de aseguramiento de la sociedad a través de “sacar de circulación” por un tiempo al adolescente (prevención especial negativa); ello sin perjuicio de que no puede descartarse que también la participación en bandas (no así en un simple grupo) puede elevar la necesidad social (preventivo-general positiva) de una pena percibida como efectiva.

¹³ Ya en el **Mensaje** de la LRPA se hace mención a estas legislaciones comparadas como modelo, y luego, en la tramitación se las vuelve a tener en cuenta en las presentaciones del Ejecutivo y de expertos invitados a exponer sus puntos de vista (véase Historia de la Ley, p. 9 y *passim*).

¹⁴ Propuesta desde hace años por los Congresos de la Asociación de Jueces Juveniles y de la Asistencia Judicial Juvenil; véase H.J. Albrecht (153).

Un punto de vista muy similar al que se ha venido exponiendo inspira a la LRPA chilena, conforme a la Exposición de Motivos del proyecto original enviado por el Ejecutivo al Congreso¹⁵:

“el proyecto busca equilibrar legalmente el principio de intervención mínima ante los adolescentes y el de protección de bienes jurídicos a través del criterio de gravedad de las conductas delictivas. Así, las sanciones que importan una mayor restricción de derechos deberían ser decretadas por el Tribunal frente a gravísimos atentados o amenazas a la vida o integridad física de las personas... es conveniente (refiriéndose aquí en particular a los adolescentes del rango de edad menor) ...la aplicación de sanciones no privativas de libertad de modo de evitar los efectos nocivos que pudiera provocar en su desarrollo personal y social la privación de su libertad y de su contacto con la familia y la comunidad. En estos casos, de imponerse sanciones privativas de libertad, es recomendable la imposición de los regímenes menos restrictivos que contempla la ley...” (Historia de la Ley, p. 14; el paréntesis es nuestro)

Por otra parte, también nuestra Ley (como las de Costa Rica y España) reserva la privación de libertad en régimen cerrado para los delitos considerados más graves. Esta decisión no sería comprensible si esa sanción pudiese en ciertos casos ser la mejor opción para promover la inserción social y el desarrollo del adolescente, supuesto que exigiría contar con una “pena educativa”, es decir, con una hipótesis de imposición de privación de libertad por necesidad preventivo-especial, sin exigencia de una gravedad mínima (como es el caso – todavía- en la JGG alemana). Además, en la LRPA hay otras disposiciones que dan cuenta de esta relación dialéctica entre necesidades preventivo-generales (asociadas a la gravedad el hecho), favorables a la privación de libertad, y necesidades preventivo-especiales de inserción social del adolescente, favorables a evitar el encierro o a terminarlo anticipadamente. Así, por ejemplo, la posibilidad de sustituir una sanción de internación en régimen cerrado por una “menos gravosa”, como la libertad asistida, se empleará precisamente “en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor” (Art. 53 LRPA)¹⁶.

Con todo ello, las necesidades de una sanción efectiva y visible, dirigida a la prevención general de los delitos, serían las únicas que podrían justificar, en el marco de la LRPA, que el tribunal, pudiendo escoger una sanción en libertad prefiera una privativa de libertad (o que prefiera, dentro de las de este segundo tipo, una en régimen cerrado a una en régimen semi-cerrado)¹⁷. Esas

¹⁵ **Mensaje** de la LRPA, en Historia de la Ley, pp. 5 y ss.

¹⁶ También **Medina** (22) entiende que en la LRPA el fin preventivo-general (que él supone aludido en la primera parte de la letra f del Art. 24 LRPA) y las necesidades de desarrollo e integración social pueden entrar en contradicción, pues es claro que a mayor grado de privación de libertad también mayor es la pérdida de socialización.

¹⁷ En cambio, no hay base en la LRPA para asumir que los fines asociados a la prevención especial negativa (aseguramiento de la sociedad vía “sacar de circulación” al adolescente, e intimidación individual de éste) jueguen un rol en la justificación de la decisión de preferir una sanción privativa de libertad. La ausencia en la LRPA del equivalente a una “medida de seguridad” basada en la peligrosidad del autor (con independencia de la gravedad de la

necesidades no son evaluables directamente por el tribunal¹⁸, pero sí son indirectamente tenidas en cuenta cuando él aplica, por mandato del Art. 24 LRPA, los criterios de determinación de pena en los que ellas se expresan. De hecho, la forma en que el propio legislador definió el único caso de privación de libertad obligatoria en régimen cerrado (el tramo 1º del Art. 23, LRPA) es la misma: atendiendo a la gravedad del injusto penal y de la culpabilidad del autor¹⁹.

Así, la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor es, en la LRPA, la única razón justificatoria válida de la decisión de un tribunal de preferir (en un caso del tramo segundo del Art. 23, LRPA) sancionar con encierro en lugar de con una medida ambulatoria. La necesidad de promover la inserción social y de resguardar el desarrollo del adolescente, en cambio, es una razón para preferir sanciones ambulatorias (o, incluso, para que el fiscal prefiera no intervenir penalmente en absoluto, conforme a la regulación especial que la LRPA hace del principio de oportunidad en el Art. 35 LRPA).

Con ello, sin embargo, aún nada se ha dicho sobre la forma en que debe resolverse la antinomia entre una y otra finalidad cuando –como a menudo sucederá– el caso presenta una significativa necesidad preventivo-general de sanción efectiva y visible y una significativa necesidad de preservar el desarrollo y la inserción social del adolescente frente a riesgos más o menos concretos que el encierro representa para estos fines. Antes de intentar responder a esta

culpabilidad por el hecho) impide fundar la elección de la internación en esos fines. Además, como convincentemente destaca **Strobel** (incluso en relación con la “pena educativa” alemana, que atiende a la peligrosidad del sujeto, pero para procurar su “educación” y no su “inocuidación”), el fin de aseguramiento de la sociedad –inocuidación– va contra el principio educativo (o la idea de “inserción social”), y fácticamente es autofrustrante, atendidos los relativamente breves períodos de privación de libertad que pueden lograrse en el Derecho penal juvenil (es decir, se paga un potencial efecto desocializador y criminógeno permanente a cambio de un período “fuera de circulación” demasiado breve: mal negocio); y, en lo que respecta al fin de intimidación individual, pese a ser más compatible con la idea de educación (en relación con el efecto de advertencia de la pena), no se corresponde con las evidencias sobre el carácter más bien impulsivo, antes que racional –que es lo buscado por la intimidación individual–, del delito juvenil (Strobel:82-89, 132-134 y 152 ss.).

¹⁸ Pues sería un ejercicio que, en la resolución de cada caso en concreto, operaría de forma puramente especulativa, y, por ello, arbitraria e incontrolable (**Couso**, 2006:388 ss., 394-396; **García Arán**, citada por Cruz Márquez: 147-148). Y si la decisión del legislador de derivar de las necesidades preventivo-generales una determinada magnitud de pena en las conminaciones penales también puede ser especulativa (idealmente no debería serlo y tendría que fundarse en estudios empíricos sobre frecuencia delictiva, gravedad de las consecuencias y sensibilidad de los potenciales delincuentes a la amenaza de pena), por lo menos tiene la ventaja de operar de forma igualitaria, a diferencia de la decisión que al respecto adoptarían los tribunales.

¹⁹ A través de las reglas de determinación de la pena, del párrafo 4º del título III del Libro I del Código Penal, según la remisión hecha a ellas por el Art. 21 LRPA. Una alternativa de reconstrucción dogmática de estas reglas –que parece ser más exacta sobre las relaciones entre prevención y culpabilidad– es afirmar que en la severidad del marco penal asociado al injusto (incluyendo la consideración del grado de ejecución y la forma de participación) se expresa la necesidad preventivo-general de pena, mientras que en las reglas de individualización penal (o en una parte de ellas, a lo menos) se expresa la culpabilidad como límite a la prevención general (y no como un factor co-fundante de la necesidad preventivo-general como parecería desprenderse de la afirmación hecha en el texto principal).

cuestión, sin embargo, queda un punto por aclarar respecto de las relaciones entre privación de libertad y prevención especial positiva.

Idoneidad preventivo-especial positiva de la privación de libertad

Se ha indicado que, de acuerdo con una concepción cada vez más extendida, la necesidad de prevención especial positiva no puede justificar por sí sola la imposición de una medida o sanción privativa de libertad, pues ésta no es un medio idóneo para alcanzar aquel objetivo, con lo cual habría una cierta incompatibilidad entre privación de libertad y prevención especial positiva.

Ello plantea una complejidad en la interpretación y aplicación del sistema de determinación de penas de la LRPA, en relación con la privación de libertad. Pues el criterio de la "idoneidad" de la sanción, del Art. 24, letra f, entendido como idoneidad preventivo-especial, es uno de los que debe considerarse a la hora de escoger una sanción privativa o no privativa de libertad. Así pues, cuando el tribunal escoge una sanción del primer tipo, ¿está escogiendo necesariamente una sanción "no idónea" para los fines del Art. 24, letra f?, ¿en esos términos se resuelve la antinomia en tal caso (renuncia absoluta a la idoneidad preventivo-especial en aras de la prevención general)?

Hay buenas razones para rechazar esa interpretación. Una, se explicará a continuación, y tiene que ver con la "deferencia" al supuesto empírico asumido por el legislador respecto de la idoneidad preventivo-especial positiva de la privación de libertad. Una segunda, se enunciará también en esta sección, pero se desarrollará más en la siguiente, y tiene que ver con la importancia –para el adolescente– de que la decisión del tribunal de resolver la antinomia a favor de la prevención general, deje siquiera un espacio para la protección del desarrollo e inserción social del condenado, quedando descartada, por tanto, una internación que efectivamente sea del todo inidónea para esos fines.

Es conveniente partir con una primera distinción a propósito de la extendida idea (básicamente correcta) de que prevención especial positiva y privación de libertad son incompatibles.

Un primer nivel de incompatibilidad es más o menos el que se enunció en las páginas anteriores: la necesidad de inserción social o rehabilitación del adolescente no puede ser una razón para justificar la imposición de una sanción privativa de libertad.

Un segundo nivel de incompatibilidad iría más lejos: en privación de libertad (a lo menos bajo régimen cerrado) no puede alcanzarse fines de prevención especial positiva, en absoluto.

Fuera de la diferencia de grado existente entre ambas aseveraciones, ellas se encuentran en planos distintos: la primera es de carácter normativo (se refiere a un criterio jurídico de decisión judicial), mientras que la segunda es de carácter empírico. Por ello, la segunda aseveración no puede formularse de

manera abstracta, sino que depende de las condiciones de los centros de internación en régimen cerrado con que un país cuente o, incluso, de las condiciones de cada centro en particular, en un momento dado.

Sin embargo, cuando se formula la segunda aseveración lo que se quiere afirmar, en general, es que las condiciones de privación de libertad en un país o, más en general, en todos los países que se han tenido en cuenta en un estudio, son tan negativas para la inserción social, tan contraproducentes para ese fin, que debe partirse de la base de que el encierro no sirve para insertar socialmente a los adolescentes; y precisamente es eso lo que varios autores han concluido en sistemas penitenciarios juveniles tan diversos como el alemán (**P.-A. Albrecht**, 1993:50,63 ss.; **H.J. Albrecht**:149), el norteamericano (**Feld**:272-273) o el español (**Cruz Márquez**:134-135²⁰)²¹. De modo que, incluso si un centro en particular, en un período dado, logró contribuir a la inserción social de algunos adolescentes encerrados, ello no invalidaría la asunción general de que, estadísticamente hablando, el rendimiento de esa medida es claramente negativo para la inserción social de los adolescentes.

Así entendida la aseveración empírica, ella sirve de fundamento para la aseveración normativa: en un sistema en que los centros de privación de libertad, globalmente considerados, en lugar de insertar socialmente, desocializan, la finalidad de insertar socialmente a los adolescentes no puede ser aducida como razón para preferir el encierro a una sanción no privativa de libertad. Por ello, sería necesario aducir una razón para justificar esta preferencia.

Por eso, no debe extrañar que en Alemania, el mismo país que arroja cifras de reincidencia de hasta el 80% para los adolescentes que han estado encerrados en sus cárceles juveniles (**P.A. Albrecht**, 1993:50; **Eisenberg**:220), la "pena educativa" haya caído en tal descrédito, que se postule ampliamente su derogación, o que derechamente se parta de la base, por algunos autores, de que ni siquiera la imposición de esa pena puede ser justificada por razones de prevención especial positiva, de modo que debe entenderse que la JGG la indica sólo cuando sea necesaria por razones de prevención especial negativa (necesidad de aseguramiento de la sociedad, "sacando de circulación" al adolescente por un tiempo²²).

²⁰ Aunque en forma menos explícita en el caso de esta autora, eso es lo que parece desprenderse de su tesis acerca del carácter "negativo" del principio educativo en relación con la decisión de internar al adolescente.

²¹ Con más detalles sobre esta incompatibilidad y sus consecuencias sobre la política criminal de adolescente, véase Couso (2007a:219 ss.).

²² Así lo entenderían **Düinkel** y **Ostendorf** (citados por **Strobel**:84), agregando éste último que las altas cuotas de reincidencia se deben a la adquisición o fortalecimiento –a través del encierro- de modelos de conducta desviados. **Strobel** (87) acusa, sin embargo, que no hay base dogmática para sustituir la justificación preventivo-especial positiva –aludida en la referencia del parágrafo 17 JGG a la "educación" del adolescente- por una preventivo-especial negativa –que nada tiene que ver con la educación-, ni tampoco habría justificación fáctica para ello: el tiempo que los adolescentes pasarán internados será mínimo en comparación con el que

Pero incluso si esa derivación normativa de la incompatibilidad "estadística" entre prevención especial positiva y privación de libertad es correcta (a saber, la conclusión de que la segunda no puede justificarse en base a la primera), partir de la base de una incompatibilidad absoluta entre una y otra es problemático desde el punto de vista de las definiciones del legislador, cuando éste ha entendido que también la sanción de internación del adolescente está al servicio de su inserción social. ¿Puede el juez partir de la base de que el legislador se equivocó al definir las cosas de esta manera?

Este problema es advertido por el **Ministro Correa** en su prevención al fallo del TC chileno sobre el Art. 23, n° 1°, LRPA, y su respuesta es negativa, por lo menos en lo que atañe al control de constitucionalidad: "Ciertamente que resulta discutible si el régimen cerrado de cumplimiento de penas es o no el sistema más eficaz para lograr tal rehabilitación, pero ello constituye, una vez más, un debate de mérito que corresponde hacer a los poderes llamados a legislar y no a este órgano de control de constitucionalidad" (numeral 5° de la prevención del Ministro Correa).

Strobel (103) también se refiere al problema, a propósito de la "pena educativa", y críticamente respecto de la tesis que niega, de modo general, la capacidad de la privación de libertad para reducir la reincidencia, si bien admite que es una cuestión empírica, de modo que los tribunales están obligados "en el marco del principio de proporcionalidad... en cada *caso particular* de una condena, a revisar la idoneidad y necesidad de ese tipo de pena". Más específicamente, **Strobel** (98-99) examina la constitucionalidad de la "**ficción de eficacia educativa**" de la sanción privativa de libertad, ficción en la que se habría basado la decisión del legislador de asumir su idoneidad para esos fines²³. Esta ficción fue considerada constitucional por una controvertida decisión del Tribunal Superior del Estado de Schleswig (Alemania), según la cual no está dentro de la competencia de los tribunales "negar la eficacia vinculante de un mandato inequívoco del legislador por el hecho de que el Ejecutivo no haya adoptado las medidas necesarias para su implementación", a menos que la decisión fundamental del legislador sea inconstitucional, es decir, que "el sentido y finalidad de una norma, subyacentes al propósito del legislador, en la práctica no sean realizables en absoluto en el largo plazo, a causa de la omisión de las medidas ejecutivas necesarias para alcanzarlos en un grado suficiente, de modo que (ese sentido y finalidad) quedan en el vacío como un programa utópico, irreconciliable con la realidad" (Strobel:99)^{24 25}.

en promedio les queda tras su liberación, de modo que es una ganancia engañosa el aseguramiento transitorio de la sociedad durante el tiempo de encierro.

²³ Ficción implícita en el parágrafo 18 JGG, conforme al cual "la pena juvenil debe medirse de tal manera que haga posible el necesario efecto educativo" –"Die Jugendstrafe ist so zu bemessen, daß die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist", así como también en el parágrafo 17 JGG que faculta al tribunal para imponer la pena juvenil "educativa" cuando a causa de las tendencias dañinas del adolescente, las "medidas educativas" y los "medios disciplinarios" "...no son suficientes para la educación (del adolescente)" –"zur Erziehung nicht ausreichen"-.

²⁴ La referencia está tomada de Strobel, y el texto original de los fragmentos de la decisión, anteceditos e intercalados por las aclaraciones de la autora, es el siguiente: „Es ist nicht Sache

Es decir, en principio, y a menos que la inoperancia práctica de las medidas necesarias para dar eficacia preventivo-especial positiva a los centros de internación de un país sea total y de largo plazo, los tribunales –adviértase que nuevamente el caso es el de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley- deben reconocer eficacia a la disposición legal que ordena imponer internación cuando ello es necesario para la “educación” (prevención especial) del joven.

Pero el caso de la LRPA chilena no es igual al de la “pena educativa” de la JGG alemana, pues la ley chilena no cuenta con ninguna disposición que ordene imponer privación de libertad por razones de pura necesidad “educativa”, sino que siempre exige tener en cuenta razones preventivo-generales, ponderándolas con criterios preventivo-especiales, pero tratando a éstos –como se ha señalado- más bien como razones en contra que como razones a favor de la internación. Con todo, lo que sí parece extensible al caso chileno es el deber judicial de una cierta deferencia al supuesto empírico del legislador, conforme al cual, también la internación podría servir a la inserción social²⁶.

¿En qué se traduce esa deferencia en la LRPA, que, a diferencia de la JGG alemana, parte más bien de la base de que la privación de libertad es riesgosa para la inserción social? (como lo demuestran la historia de la ley y la regulación de la sustitución anticipada de la sanción, entre otras evidencias).

Hay a lo menos tres disposiciones a tener en cuenta para responder a esa pregunta: el Art. 20, el Art. 24, letra f, y el Art. 17 de la LRPA. La primera de ellas establece la finalidad común para todas las sanciones de la LRPA –incluso las privativas de libertad-, que consiste en “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes... de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”, fijando como objetivo una sanción responsabilizadora, pero orientada a la integración social; el Art. 24, letra f, por su parte, exige que el tribunal, al seleccionar la sanción, considere entre otros criterios la “idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”; y, el Art.

der Gerichte, „einem eindeutigen Gesetzbefehl deshalb die Gefolgschaft zu versagen, weil die Executive nicht die zu seiner Durchführung erforderlichen Mittel bereithält.“ Dies gelte jedoch dann nicht, wenn insoweit eine verfassungswidrige Grundentscheidung des Gesetzgebers vorläge, d.h., „der mit der gesetzgeberischen Idee vorgegebene Sinn und Zweck einer Norm mangels hierfür erforderlicher ausreichender executiver Maßnahmen auf Dauer schlechthin nicht in die Tat umgesetzt werden kann, also als utopischer Programmsatz realitätsfeindlich gleichsam im lufteren Raum stehen bleibt“.“

²⁵ Este estándar para declarar la inconstitucionalidad (de la penal juvenil “educativa”) es considerado demasiado alto por parte de la doctrina; así, por ejemplo, Schüler-Springorum (citado por Strobel:99).

²⁶ La cuestión tiene relación con lo que **Alexy** (2004:82 ss.) denomina el “margen de acción epistémico o cognitivo” del legislador, frente a la falta de certeza sobre las premisas empíricas – en este caso- de la decisión legislativa que sacrifica un principio en aras de otro al que ha reconocido precedencia, margen que implica reconocer una cierta libertad al legislador para legislar en contextos de incertidumbre (por ejemplo, acerca de qué tan idónea es la privación de libertad para insertar socialmente). Más adelante se volverá sobre esta cuestión.

17 define la sanción de "Internación en régimen cerrado con programa de reinserción social", estableciendo que el régimen de la misma debe estar "orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20" y señalando una serie de condiciones específicas que dicho régimen debe considerar (continuidad de estudios, rehabilitación de drogas, preparación para la vida laboral y desarrollo personal, etc.), detalladas luego por el Reglamento de la LRPA. De todo ello resulta que el legislador asume un sistema de internación en régimen cerrado que –en lo que atañe a la prevención especial- debe tener en cuenta las necesidades de desarrollo del adolescente, y debe orientarse a integrarlo plenamente a la sociedad, contando con condiciones específicas en su régimen que hagan posible alcanzar este objetivo.

En ese contexto, la "deferencia" debida al legislador al decidir si imponer o no esa sanción debe traducirse en aceptar *prima facie* que la internación, incluso en régimen cerrado, también puede llegar a ser idónea –como lo serían las sanciones ambulatorias- para promover la integración social o "reinserción social" (como lo indica su denominación) de un adolescente²⁷, aún cuando no sea la medida más idónea y, por esa razón, no sea posible justificar su elección por razones exclusivamente preventivo-especial positivas (lo que, en cambio, normativamente sí es posible respecto de la "pena educativa" de la JGG alemana).

Pero hay otra precisión sobre la "deferencia" debida al legislador, en términos de la aceptación *prima facie* del supuesto empírico asumido por éste. A diferencia de la decisión de un tribunal que ejerce un control de constitucionalidad abstracto de la ley, cuya decisión es en un elevado grado abstracta y apriorística respecto de las condiciones reales de los centros de internación en los que se buscará insertar socialmente a los adolescentes, razón por la cual debe aceptar aquel supuesto empírico (una "ficción de idoneidad preventivo-especial") salvo en casos extremos de inexistencia absoluta y permanente de las medidas ejecutivas necesarias para cumplir con la finalidad justificante, la decisión del tribunal penal ordinario que impone a un adolescente la sanción de internación en un determinado centro, es mucho más concreta y considera más información conocida "a posteriori", de modo que la deferencia al supuesto empírico asumido por el legislador (consistente en que la internación podría servir para insertar socialmente) ya no justifica la decisión de enviar al adolescente al centro respectivo, si el Ejecutivo no ha cumplido en él con las condiciones mínimas exigidas por la LRPA y su Reglamento (aún cuando

²⁷ En esa perspectiva podría entenderse la decisión de la **Corte de Apelaciones de La Serena** (en fallo de 28 de mayo de 2008, Rol N° 99-2008), ya citada, cuando se opone a la suposición abstracta de la defensa, de que la internación no resocializa sino que desocializa, y argumenta que la pena "por cierto importa una sanción privativa de libertad la cual ha sido contemplada por el legislador, pero ella, se encuentra unida a un programa de reinserción social... (y) la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, impone un estándar orientado al cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 20 de la ley, puesto que debe procurarse la continuidad de los estudios del adolescente y la participación en actividades de carácter socioeducativo, de formación, de preparación para la vida laboral y de desarrollo personal".

se trate sólo de un incumplimiento temporal), pues ya no se justifica seguir asumiendo ex-post, y en concreto, aquel supuesto empírico asumido ex-ante, y en forma abstracta. En casos de incumplimiento muy grave de aquellas condiciones mínimas, ni siquiera puede afirmarse que el encierro en tal centro sea la pena contemplada y descrita por el Art. 17 de la LRPA (y su complemento reglamentario), infringiéndose el principio de legalidad de las penas.

Límites que impone al tribunal el principio de excepcionalidad de la privación de libertad

La limitación impuesta por este principio al tribunal se entiende mejor si se parte de la base de que es un principio regulativo –destinado a regular el razonamiento del tribunal a la hora resolver una colisión entre otros principios- y no, en cambio, un principio material –dirigido a proteger directamente un interés concreto del adolescente o de la sociedad-, que deba ser ponderado en su valor relativo frente a otros.

Esta característica especial del principio de excepcionalidad no es apreciada por la decisión de la **Corte de Apelaciones de Punta Arenas**, de 8 de abril de 2008, ya citada, que le da el tratamiento de un principio material, sometido al mandato de optimización, y que por ello queda sujeto a ponderación con otros principios (“dicha disposición establece un principio... se trata de un mandato de optimización... de suerte que... la ponderación de intereses resulta ineludible”, considerando 36°). Sin embargo, en la práctica, cuando el tribunal debe hacer explícitos los términos de la ponderación (los principios que entrarían en colisión), omite toda referencia al principio de excepcionalidad de la privación de libertad e identifica derechamente, como fines que deben ser balanceados, a “el fin retributivo y el fin preventivo especial”. Tras este giro, en todo caso, los términos de la colisión sí quedan establecidos de una forma comprensible, entre dos principios materiales, de modo que es posible hacer una ponderación; pero inadvertidamente, con ello, el principio de excepcionalidad es dejado de lado, de forma que termina sin desempeñar papel alguno en la resolución de la colisión entre retribución y prevención especial: la colisión será resuelta como si el Art. 26, inciso 1° LRPA no existiese.

El principio de excepcionalidad de la privación de libertad, como principio regulativo, funciona poniendo en relación el medio que se quiere emplear (la privación de libertad) con dos elementos: los fines que con dicho medio se quiere alcanzar y los costos que ese medio impone a otros fines o bienes considerados valiosos por la ley.

La relación entre el medio y los fines que se quiere alcanzar es técnica y debe formularse en términos de utilidad: se trata a la privación de libertad como un “recurso”, es decir, como un “medio” que se “utilizará” cuando sirva para algo, que no es otra cosa que el fin buscado.

La relación entre el medio y los costos es normativa, y puede formularse en términos de un deber relativo de evitación: dado que dicho medio implica costos, costos para otros intereses distintos de los fines buscados a través suyo, el principio de excepcionalidad quiere restringir el empleo de tal medio, reservándolo sólo para casos extremos. Si el medio implicase costos para el fin buscado, no se necesitaría de este principio (de excepcionalidad) para desaconsejar su uso, pues es una máxima de racionalidad elemental que no debe emplearse como medio para un fin aquello que impide su consecución. La relación implicada por el principio de excepcionalidad es, pues, entre el medio (la privación de libertad) y otros intereses, distintos del fin buscado.

Resumiendo esas dos relaciones, el principio de excepcionalidad, que también podemos llamar de "última ratio", pretende regular el razonamiento judicial que debe presidir la decisión de si acaso se utilizará o no un medio (la privación de libertad), que sea en concreto idóneo (útil) para alcanzar un fin, pero que implique costos para otros fines de la ley u otros bienes o intereses que deben protegerse.

Formalmente, el principio dispone que en tales circunstancias, el medio debe reservarse sólo para casos extremos (para el "último" caso). ¿Cuál es el caso extremo, el "último" caso? Ello sólo puede responderse identificando, primero, cuáles son esos fines y costos de la privación de libertad, y segundo, algún criterio normativo que ponga en relación a un medio con sus fines y sus costos.

Respecto del fin buscado con la privación de libertad de los adolescentes, ya se ha justificado en este trabajo que ese fin debe entenderse en términos de prevención general de los delitos²⁸. Por lo que respecta a los costos de la privación de libertad para otros intereses o bienes valiosos, también se ha señalado en este documento que, de la Exposición de Motivos del **Mensaje** de la LRPA ("de modo de evitar los efectos nocivos que pudiera provocar en su desarrollo personal y social la privación de su libertad"²⁹), y de la propia redacción de la LRPA (por ejemplo, en el Art. 53, que entiende la sustitución de una sanción privativa de libertad por una ambulatoria como algo que podría ser "más favorable para la integración social del infractor"), se desprende que dicho medio puede sacrificar precisamente el desarrollo personal y social, así como la integración (o inserción) social del adolescente. Pero de manera más amplia, es la generalidad de los derechos del adolescente la que puede llegar a ser sacrificada en condiciones de privación de libertad. La comunidad internacional parte precisamente de ese supuesto cuando establece en los diversos instrumentos jurídicos sobre la materia, el principio de excepcionalidad de la privación de libertad de los menores de edad. Así, en la resolución que aprueba las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores

²⁸ No es necesario examinar aquí si acaso se trata en la LRPA fundamentalmente (o únicamente) de prevención general positiva o si acaso, por el contrario, de prevención general negativa.

²⁹ La frase se refiere en particular a los adolescentes más jóvenes (de 14 y 15 años), pero obviamente no puede descartarse el temor de esos efectos nocivos en los adolescentes mayores.

Privados de Libertad³⁰, la Asamblea General de Naciones Unidas nota que “los menores privados de libertad son altamente vulnerables al abuso, la victimización y la violación de sus derechos” (fuera de la libertad ambulatoria – necesariamente limitada-, piénsese en su derecho a la seguridad personal, a la relación familiar, al acceso a una educación de calidad, a la salud mental, a la participación en la vida cultural), definiendo, en atención a ello, en la regla 3 de ese instrumento, como “objeto de las presentes Reglas... establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”.

Así, la utilidad de la privación de libertad (medio) para la prevención general de los delitos (fin) implica sacrificios potenciales para el desarrollo, la inserción social y el ejercicio de la generalidad de los derechos del adolescente (costo).

Pero aún está pendiente la identificación de un criterio normativo capaz de poner en relación medio, fin y costos, para identificar cuándo estamos frente a un “caso extremo” que justifique los costos en atención al fin (más bien, al beneficio) buscado.

Excepcionalidad de la privación de libertad y principio de proporcionalidad

Una alternativa tentadora es la de buscar ese criterio en lo que la doctrina jurídico-constitucional conoce como el “principio de proporcionalidad”³¹. De hecho, el principio de excepcionalidad de la privación de libertad es visto en Alemania (donde se le designa como “principio de subsidiariedad”) como una expresión del principio constitucional de proporcionalidad (**Strobel**:25).

El **principio de proporcionalidad** plantea la relación entre medios, fines y costos, a través de las tres conocidas máximas que lo integran³². La primera de ellas da cuenta de la relevancia normativa (y no meramente “técnica”) de la **idoneidad** del medio para alcanzar el fin buscado –el medio inidóneo deviene, además, injusto y, en su caso, inconstitucional-. De acuerdo con la segunda máxima, la relación entre el medio idóneo y fin buscado debe satisfacer el estándar de la **necesidad**: dado que tiene costos, el medio no sólo debe ser útil, sino que además debe ser necesario para el fin, estándar que sólo se verá satisfecho si no hay disponible un medio igualmente idóneo, pero inocuo, o uno menos perjudicial para los demás principios en juego. Esas dos primeras exigencias imponen a la decisión judicial un estándar de argumentación relativamente alto, pues se entiende que en los costos involucrados (en los

³⁰ Resolución 45/113, de 14 de Diciembre de 1990 (citada por Hodgkin/Newell:556).

³¹ Por todos, véase Alexy (2002 y 2004).

³² Véase, al respecto, Alexy, 2002:111 y ss., con amplias referencias en nota al pie n. 82.

intereses o bienes afectados) está en juego algo muy valioso, un principio de rango constitucional. Finalmente, según una tercera máxima, y como una exigencia más elevada aún, el principio de proporcionalidad impone la necesidad de ponderar los principios en juego, para decidir si finalmente está justificado el relativo sacrificio de un principio implicado por la utilización de un medio que sirve a la protección de otro, lo que dependerá de si la importancia asignada a la protección del principio precedente justifica o no el nivel de sacrificio impuesto por la medida protectora al principio que es desplazado - **máxima de proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2002:112)**-.

El principio de proporcionalidad ha sido empleado por nuestra jurisprudencia constitucional para examinar la constitucionalidad de normas de determinación de la pena³³. En este campo, no se le debe confundir con el “principio de proporcionalidad de las penas”, que no pone exactamente en relación la pena con sus fines y costos, sino de una manera mucho más gruesa, relaciona la severidad de las penas con la gravedad del delito cometido³⁴, y que en la práctica muchas veces se asocia al principio de culpabilidad (por ejemplo, **Llobet:42**), que prohíbe imponer una pena superior a la medida de la culpabilidad del autor por el injusto cometido, aún cuando ello fuere necesario para los objetivos de prevención general (o especial)³⁵.

Ahora bien, en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad (propiamente tal) al campo de las reglas de determinación de penas, cabe la duda, sin embargo, de si este principio tiene utilidad fuera del ámbito del

³³ Por ejemplo, en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, Rol 829-07-INA (considerandos 21° y 22°), sobre constitucionalidad del Art. 450 del Código Penal (que castiga ciertas hipótesis de robo, con la pena del delito consumado, desde que se encuentren en estado de tentativa). También en el campo de la LRPA, la prevención del Ministro Correa, citada supra, en nota al pie n° 4-, emplea el principio de proporcionalidad –en particular el mandato de ponderación (Alexy, 2002:112)- para examinar la constitucionalidad de una regla de determinación de la pena de esta Ley (el Art. 23, n° 1°).

³⁴ Y así es formulado ya desde el célebre escrito de Cesare **Beccaria**, “De los delitos y las penas”, publicando por primera vez en 1764, que postula la proporcionalidad, en este sentido, como un principio del derecho penal ilustrado, con un fundamento más bien utilitarista: la gradación de las penas conforme a la gravedad de los delitos asegurará que quien se haya decidido por un delito más leve todavía encuentre un desincentivo para cometer el más grave en la mayor pena que éste le va a acarrear (Beccaria:39-40). En su voto de minoría al fallo del Tribunal Constitucional sobre el Art. 450 del CP, los ministros **Fernández Baeza y Vodanovic** identifican a la proporcionalidad entre los delitos y las penas como un principio independiente (del principio constitucional de proporcionalidad propiamente tal), que es propio de la dogmática penal. Cillero (31), en cambio, parece identificar la máxima de “proporcionalidad en sentido estricto” con el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas, cuando se refiere a “la correspondencia de la sanción con la gravedad del hecho (estricta proporcionalidad)” (el paréntesis es del autor citado).

³⁵ Esta exigencia de proporcionalidad entre el delito y la pena, si se entiende como equivalente a la prohibición de una pena que sobrepase el nivel de la culpabilidad, puede significar una limitación más estricta que la impuesta por el principio de proporcionalidad (**Cruz Márquez:147-148**), pues una pena idónea y necesaria para la prevención general, podría ser estrictamente proporcionada, en el sentido de no imponer un sacrificio excesivo de la libertad del condenado, en atención a la importancia de satisfacer la necesidad preventivo-general, pero podría exceder la medida de la culpabilidad (por ejemplo, si el autor actuó con imputabilidad disminuida).

control de constitucionalidad; en particular, si acaso es útil y viene al caso para la interpretación de las normas de determinación de la pena. El principio ha sido empleado, de hecho, por la doctrina, para interpretar de una forma conforme con la Constitución las reglas que deciden la utilización de sanciones penales-juveniles privativas de libertad, resolviendo a partir de él, en particular, la cuestión de si esa pena es idónea y realmente necesaria para alcanzar ciertos fines (como la prevención general de los delitos), y si acaso no impone un sacrificio injustificado, desproporcionado, a otros intereses a los que, en el caso concreto, debe darse precedencia³⁶.

También, ocasionalmente, como se ha visto, la jurisprudencia nacional ha utilizado el principio de proporcionalidad en su argumentación³⁷. Pero cuando con ello se quiere decir simplemente que hay que ponderar los "principios" en juego, que se reconducen luego a los criterios del Art. 24 de la LRPA, no es claro que el principio de proporcionalidad aclare el significado del principio de excepcionalidad de la privación de libertad o le confiera un rol relevante en el razonamiento judicial. Como se dijo más arriba, sin necesidad de recurrir al principio de excepcionalidad, la necesidad de ponderar entre prevención general y especial deriva en realidad del tenor del Art. 24 LRPA, que exige tener en cuenta los criterios de gravedad del hecho y la culpabilidad, de las letras a) a la e), y los criterios preventivo-especiales de la letra f). Entonces ¿qué diferencia hace para la decisión del tribunal el principio de excepcionalidad? Y ¿cómo puede el principio de proporcionalidad contribuir a aclarar el sentido y alcance del límite impuesto por el principio de excepcionalidad?

Lo primero que cabría decir al respecto es que la simple "ponderación" de los factores de determinación de penas, sin un principio regulativo, no parece susceptible de un razonamiento judicial controlable. Con ello, en la inmensa mayoría de los casos relevantes, constituidos por delitos relativamente graves, cometidos por adolescentes que probablemente se verán, en alguna medida, dañados en su desarrollo e inserción social, y expuestos a mayores riesgos en relación con algunos de sus derechos fundamentales, las decisiones serán (y son) puramente intuitivas, en el mejor de los casos adoptadas sobre la base de la aplicación no explicitada de una cierta escala abstracta, en la que ciertos injustos penales, por defecto, son objeto de una pena privativa de libertad en atención a su gravedad; este procedimiento puede ser complementado, también intuitivamente, por decisiones que prescinden de esa pena para ciertos adolescentes con condiciones personales y familiares que fundamenten un pronóstico especialmente positivo, de modo que el encierro parecerá presentar

³⁶ Ese es uno de los objetivos acometidos por la tesis doctoral de Strobel (68 ss., 118 ss. 193 ss.), precisamente a propósito de la regulación alemana de los criterios de imposición de la pena juvenil (privativa de libertad). También Cillero (29-30) aplica el principio de proporcionalidad, a partir de los planteamientos de Alexy, para interpretar los criterios de determinación de penas en la LRPA, en particular, el de la "idoneidad".

³⁷ Así, por ejemplo, en la sentencia de la **Corte de Apelaciones de Punta Arenas** (del 8 de Abril de 2008, Rol N° 14-2008), citada supra, que se refiere específicamente al problema del Art. 24 de la LRPA (en especial a la elección entre una sanción de internación y una libertad asistida) como un problema de "colisión de intereses", que debe resolverse mediante una ponderación de los principios en juego.

riesgos preventivo-especiales muy altos. En el punto medio, de delitos no tan graves y de adolescentes sin pronóstico tan positivo, cualquier decisión es esperable, sin que quede claro en qué consiste la ponderación de factores preventivo-generales y especiales, o la de la culpabilidad del autor y sus derechos.

¿Impone el principio de excepcionalidad, de la mano de los criterios o sub-principios derivados del principio de proporcionalidad, mayores exigencias a la determinación de pena por parte del tribunal? La respuesta no es tan sencilla como pareciera y exige analizar el problema con detenimiento.

En la decisión de si acaso se justifica utilizar el último recurso (la privación de libertad), los términos del análisis son los siguientes: **idoneidad** preventivo-general de la sanción, **necesidad** de la privación de libertad para ese fin (en comparación con otros medios menos lesivos), y justificación de su empleo, en caso que sea idónea y necesaria, en atención a la importancia de su satisfacción de cara a los sacrificios que impone a otros principios en juego (**juicio de proporcionalidad estricta**).

A diferencia de lo que podría ocurrir en sede de control judicial de constitucionalidad de la ley, la **idoneidad** preventivo-general de la privación de libertad respecto de los delitos para los cuales la LRPA la hizo aplicable, no puede ser un tema de discusión en sede de determinación individual de la pena de adolescentes. La decisión del legislador, razonable y no cuestionada en las instancias de control preventivo, merece "deferencia" por cualquier juez; pues la eventualidad de que la base fáctica de la asunción empírica del legislador se modifique radicalmente, en el sentido de que la privación de libertad se revelase como absolutamente inidónea, por tiempo indefinido, ipara la prevención general! es inimaginable. Otra cosa sería si se discutiese la idoneidad preventivo-especial positiva de una privación de libertad creada por el legislador con fines exclusivamente preventivo-especiales (como la "pena educativa" de la JGG alemana), donde ciertamente sería posible cuestionar la base fáctica de esa supuesta idoneidad. Pero ese no es el caso de la reglamentación de la aplicabilidad de la privación de libertad en la LRPA.

En lo que respecta a la **necesidad** de la privación de libertad, para la prevención general de los delitos, teniendo a la vista las demás sanciones disponibles para buscar ese objetivo, en principio parecería ser una cuestión que un tribunal de fondo está en condiciones de analizar y resolver, y que se plantearía en cada caso concreto en términos de si acaso la privación de libertad es estrictamente necesaria para el efecto preventivo-general buscado (o, en particular, su modalidad en régimen cerrado) o si, en cambio, es posible alcanzar niveles igualmente satisfactorios de prevención general con otra sanción. Desde esta perspectiva, lo que estaría en juego en la consideración de los factores del Art. 24 asociados a la "gravedad del injusto" (dependiente del tipo penal, la forma de participación, el grado de ejecución y la concurrencia de algunas circunstancias modificatorias –las asociadas al injusto y no a la culpabilidad-) sería discernir qué tan grave es en concreto el delito cometido,

como para que sea necesaria, a efectos de prevención general, por ejemplo, una internación en régimen cerrado, o si acaso basta con una internación en régimen semi-cerrado o una libertad asistida (especial, en su caso). El criterio de la "necesidad" exigiría abordar esa pregunta antes de entrar a ponderar entre las necesidades de prevención general y los demás principios en juego.

Así, por ejemplo, si en robos con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, sin porte de armas ni encuentro con los moradores, se concluye una vez por los tribunales que las necesidades de prevención general se satisfacen con libertad asistida especial o internación en régimen semi-cerrado, este juicio sería previo a, e independiente de, toda ponderación jurídica entre los principios que entran en colisión cuando se utiliza el encarcelamiento de adolescentes (es decir, sin tener en cuenta la importancia que en concreto tiene la finalidad preventivo-general buscada ni la magnitud de los daños que esa medida importaría para el desarrollo, la inserción social y el ejercicio de los derechos del adolescente), y debería valer como un juicio generalizable para casos similares en el futuro, conforme al cual, en esos delitos no se considera necesario, para alcanzar el fin que justifica la intervención estatal, imponer internación en régimen cerrado, de modo que su imposición por un tribunal en el futuro sería desproporcionada (en sentido amplio) por sacrificar importantes principios sin que ello sea estrictamente necesario. Así, para justificar el empleo de la internación en régimen cerrado por uno de esos delitos, en el futuro, el caso debería ser siquiera un poco más grave, de modo que de allí pueda deducirse que para "hacer efectiva la responsabilidad del adolescente" (Art. 20 LRPA), con la necesaria eficacia preventivo-general (a través de una pena suficientemente severa), es necesaria aquella sanción, por ejemplo, porque hubo reiteración (concurso con otro robo similar) o porque en el contexto del delito se cometieron otros (porte de armas), o porque ciertas agravantes convierten al hecho objetivamente en algo más grave.

Pero ese tipo de decisiones parecería ir demasiado lejos en relación con las posibilidades reales del debate que se da en un juicio penal singular. Parece, pues, más propia de un tribunal con facultades de control de constitucionalidad, llamado a examinar más globalmente la estricta necesidad del sacrificio de un principio como medio para proteger a otro. Sólo en ese contexto podría decidirse, de modo general y con vocación de que ello rija a futuro³⁸, que la privación de libertad es, respecto de ciertos hechos, innecesaria para un fin buscado, pues se cuenta con otros medios igualmente idóneos y menos lesivos de los demás principios en juego; y aún en ese contexto, para respetar el deber de deferencia para con las asunciones empíricas del legislador y su "margen de acción epistémico o cognitivo" (Alexy:82 ss.), esa decisión debería apoyarse en evidencias empíricas muy incontestables acerca de lo superfluo de la privación de libertad como medio para la prevención general respecto de esos delitos, en

³⁸ Esa vocación, propia de una aproximación prospectiva a la labor de la jurisdicción, es una característica de los tribunales que aspiran a sentar jurisprudencia, mediante la formulación de reglas o *ratione decidendi* que, en el futuro, deberían ser tenidas en cuenta en casos que son "semejantes en lo relevante" al caso que se resuelve en el presente (precedente) (vid. Couso, 2007b:156,151).

atención a la probada eficacia preventivo-general de otras medidas menos lesivas. El criterio de la necesidad, entonces, tampoco convierte al principio de proporcionalidad en aprovechable para la decisión de si acaso imponer o no privación de libertad en un caso concreto.

¿Y qué hay de la máxima de "proporcionalidad en sentido estricto"? Por lo pronto, y a diferencia del criterio de "necesidad", el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (que es el que supone la ponderación jurídica propiamente tal entre los principios en colisión –Alexy, 2002: 112 ss.-), permite niveles más diferenciados de análisis, de acuerdo con las características del caso y la situación del autor, pues esta máxima exige poner en relación la importancia asignada a la satisfacción de las (supongamos) altas necesidades de prevención general por medio de la privación de libertad, con el grado de afectación que esa sanción impondrá al desarrollo, la inserción social y los derechos del adolescente. En este contexto se podría diferenciar mejor los casos, de modo de tratar diferente a delitos equivalentes, si las condiciones del adolescente son distintas. Ello sería coincidente, además, con la exigencia de la CDN de que la sanción guarde proporción tanto con la infracción como con las circunstancias del niño (Art. 40.4).

Sin embargo, la aplicación de la máxima de proporcionalidad en sentido estricto, para resolver una colisión de principios, tiene implicancias que tampoco pueden satisfacerse en un juicio penal de fondo, en el que se decide si acaso imponer privación de libertad o no: pues de su aplicación, a favor de la precedencia de un principio por sobre otro, debe poder deducirse una regla general, aplicable a futuro, conforme a la cual, siempre que se den las mismas condiciones –"condiciones de precedencia"- (referidas a la importancia asignada a la satisfacción de un principio y al nivel de afectación que la medida significa para el que cederá), deberá darse precedencia al principio a favor del cual se resolvió la colisión (Alexy, 2002:94-95). Y, nuevamente, el juicio de determinación de sanciones, por un tribunal de fondo, no ofrece las condiciones para una decisión que estandarice aquellas condiciones, y formule una regla clara para ser aplicada en el futuro.

Pero esa decisión, ¿puede ser adoptada por un tribunal con roles de casación? Para aclarar el punto, vale la pena imaginar cómo sería una decisión que aplique la máxima de proporcionalidad estricta para resolver una colisión de principios con el propósito de escoger entre una sanción privativa y una no privativa de libertad. Esa decisión debería, en primer lugar, en base a antecedentes empíricos del caso, examinar: i) qué tan grave es el delito cometido y cuán importante es –en consecuencia- la satisfacción de las necesidades preventivo-generales detonadas por él, por medio de una pena severa o visible, como la privación de libertad; y, ii) cuál es el impacto esperado de la sanción sobre los demás intereses en juego –el desarrollo y la inserción social y los derechos de ese adolescente-, teniendo en cuenta la situación real del adolescente (que el tribunal tiene el deber de conocer) y la situación real del centro de internación (que también debe conocer). Sobre la base de esos elementos, en segundo lugar, el razonamiento del tribunal debería examinar si

la sanción es estrictamente proporcionada, en el sentido de si la magnitud de los costos –definidos en términos de riesgos- de la sanción para el desarrollo, la inserción social y los derechos del adolescente se justifica en atención a la importancia que, en el caso concreto, tiene dar una máxima satisfacción a la necesidad preventivo-general de pena planteada por el caso. Este razonamiento necesariamente se debería formular en términos comparativos con las demás alternativas de sanción del respectivo tramo (del Art. 23 LRPA), como la libertad asistida.

Así, por ejemplo, en un delito de lesiones gravísimas, sin agravantes, cometido, en el contexto de una pelea (pero sin obrar en legítima defensa) por un adolescente sin ningún contacto previo con el sistema penal, con informes que dan cuenta de los negativos efectos (depresión aguda) que el encierro está causando en su vida (si, por ejemplo, durante el proceso ha sido sometido a internación provisoria) así como de la preocupante interrupción del positivo desarrollo personal, familiar y escolar experimentado hasta el momento de los hechos, la justificación de la sanción de internación en régimen cerrado debería –de acuerdo con la máxima de proporcionalidad estricta- hacerse cargo de si la necesidad de emplear la sanción más enérgica, la que más enfáticamente señala que esos delitos no se toleran, en un caso de lesiones gravísimas (con una “extensión de pena” de adolescentes fijada por el tribunal en 3 años y un día), es tan importante como para justificar los riesgos que dicha medida importa para la vida futura y los derechos de un condenado sin antecedentes penales, con asistencia y rendimiento satisfactorio en la escuela, y que está sufriendo un impacto negativo en su salud mental, a causa de su ingreso en un establecimiento carcelario de adolescentes, que cuenta (como casi cualquiera en Chile, por un período que no tiene visos de terminar pronto) con condiciones mediocres de apoyo a la salud mental y a la inserción social. Si, bajo esas condiciones, el tribunal, en aplicación del principio de proporcionalidad, da precedencia a los principios que protegen el desarrollo personal, la inserción social y los derechos (a la salud mental, a la inserción social y, en su caso, a la seguridad) del adolescente, por sobre el interés en una respuesta enérgica desde el punto de vista de la prevención general de los delitos, entonces esta decisión debe entenderse como la formulación de una regla que, a lo menos como un deber de coherencia, el mismo tribunal debería mantener en el futuro, ante las mismas condiciones, y que un tribunal con competencias de casación, debería –si está de acuerdo con que aquí se trató de la resolución de una colisión de principios con relevancia constitucional, y no de una mera determinación discrecional de penas por un tribunal de fondo, inescrutable por los tribunales superiores-, también aplicar en el futuro.

En este caso, a pesar de que son exigencias elevadas, no parece que, por principio, los tribunales no estén en condiciones de sujetarse a un estándar de argumentación semejante. De hecho, las reglas de la propia LRPA para la determinación de la pena les exigen considerar, con base en antecedentes empíricos sobre el adolescente, esos elementos.

Aún así, podría objetarse que, si bien los tribunales pueden estar en condiciones para decidir en el caso concreto si se justifica –en atención a los factores indicados y con la información empírica debida- la utilización del “último recurso”, no es posible formular, a partir de lo decidido, ni siquiera si lo hace un tribunal con competencias de casación, una regla generalizable; más aún, podría decirse –siguiendo el mismo argumento- que la decisión nunca quedaría en manos de un tribunal de casación (piénsese en la Corte Suprema), pues la ponderación sería una cuestión dejada exclusivamente a los jueces de fondo. El tribunal de casación (a través del recurso de nulidad), sólo debería examinar si la decisión fue suficientemente fundamentada, esto es, si el tribunal de fondo tuvo a la vista y desarrolló en la sentencia, los factores que está obligado a considerar, pero no podría entrar a valorar materialmente la forma en que se realizó la ponderación. Esta interpretación, de todos modos, algún rol le asignaría al principio de excepcionalidad, e incluso a la idea de proporcionalidad: las Cortes podrían exigir a los tribunales penales que en su decisión de utilizar el “último recurso” analicen y ponderen la importancia del interés concreto en satisfacer la prevención general –con una pena severa a los ojos del público-, con el grado de sacrificio que esa pena potencialmente impone al desarrollo, la inserción social y los derechos del adolescente; en el ejemplo antes indicado, el tribunal superior podría admitir un recurso de nulidad, por falta de fundamentación, si no se explica en la sentencia por qué se consideró indispensable y justificado echar mano del “último recurso”, es decir, si no se examina, de cara a la gravedad relativa del injusto, la importancia de optar por la pena más eficaz desde el punto preventivo-general, o, si no se examina, la magnitud de los peligros que la privación de libertad está acarreado para el adolescente, en atención a sus condiciones personales (depresión aguda, interrupción de sus estudios, etc.) y las del centro (falta de atención psiquiátrica, niveles de hacinamiento, escasez e insuficiencia de la oferta escolar), o, por último, si no hay en la sentencia una verdadera ponderación en la que se razone y exponga por qué estos costos, aún cuando posibles o probables, de todos modos se ven justificados por la importancia del primer principio. Pero el tribunal superior no podría, según esta interpretación, anular una sentencia que se refiere a todos esos puntos, por el sólo hecho de no compartir las conclusiones del tribunal de fondo sobre el último juicio: el resultado de la ponderación de principios.

Una interpretación como la que se acaba de exponer, parece más acorde con la forma como los tribunales superiores chilenos explican su rol en relación con la determinación de la pena, pero no necesariamente con la forma en que lo ejercen en realidad. No pocas veces, la decisión del tribunal superior, de rechazar un recurso de nulidad por insuficiente fundamentación da cuenta de que el tribunal en realidad está de acuerdo con la decisión de fondo, y, a la inversa, la decisión de que no se fundamentó de forma suficiente la determinación de pena, da cuenta de lo contrario. Pero más allá de esa afirmación –que todavía habría que probar, y que por sí sola no justificaría modificar la competencia de los tribunales superiores de justicia-, parece que la aplicación del principio de excepcionalidad de la privación de libertad –que puede verse, a su vez, como una expresión del principio de proporcionalidad-

no se satisface simplemente con una exigencia formal de que la sentencia mencione ciertos "temas" en su fundamentación, sino que necesariamente supone una correcta consideración de los principios constitucionales en colisión. Un error en la ponderación implica degradar uno de los principios, lo que supone entender equivocadamente su sentido y alcance.

Si, en el ejemplo analizado, la Corte que conoce el recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho se conformase sólo con examinar formalmente si los criterios de decisión fueron tratados por la sentencia recurrida, sin pronunciarse sobre la errónea interpretación de los mismos, a pesar de que en realidad considera que no es posible dar precedencia, en las condiciones indicadas, al interés preventivo-general, y que los derechos del adolescente a que se promuevan y protejan su desarrollo, inserción social, y sus derechos a la salud, educación y vida familiar, correctamente entendidos, quedarían a tal grado lesionados si se mantiene su privación de libertad (en el ejemplo, ya estaba en internación provisoria) que esa sanción no puede justificarse para el delito cometido (lesiones gravísimas, sin agravantes), entonces no parecería estar ejerciendo un control efectivo sobre la correcta aplicación de la ley, en contra de interpretaciones erróneas del principio de excepcionalidad y de los preceptos que definen la finalidad de las sanciones, los factores para seleccionarlas e, incluso, de los preceptos constitucionales (y de la CDN, en su caso) que protegen los derechos a la salud, la educación, etc.

Visto así, una dimensión especialmente relevante de las exigencias argumentativas de la máxima de proporcionalidad estricta es la atención que obliga a prestar a las condiciones reales de los centros privativos de libertad, coherente por lo demás con la exigencia, del Art. 24, letra f, de la LRPA, de que la sanción sea idónea para el desarrollo e integración social del adolescente (lo que a estas alturas no podría decidirse en abstracto, sino atendiendo a las condiciones reales en que se ejecutará la sanción). Así, la decisión de enviar a un adolescente a un centro de privación de libertad que no cuenta con ciertas condiciones básicas para proteger su desarrollo y sus derechos (deficiencia en la oferta escolar o de talleres de capacitación laboral, pobre oferta de salud mental o de rehabilitación de drogas), no necesariamente es ilícita (salvo cuando la sanción no sea ya reconocible como la establecida por la ley, en cuyo caso se viola el principio de legalidad de las penas), pero sí requiere justificar la importancia cualificada de las necesidades preventivo-generales en juego en el caso concreto, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido³⁹.

³⁹ Así, por ejemplo, la decisión de un tribunal de la V Región de Valparaíso de enviar a un adolescente a cumplir una sanción de internación en el Centro de Internación en régimen cerrado de Limache (Lihuén), en el que, de acuerdo con el primer informe emitido por la Comisión oficial –establecida por el Reglamento de la LRPA– encargada de supervigilar ese centro, faltan algunas condiciones básicas para proteger el desarrollo e inserción social de los adolescentes, sólo podría llegar a justificarse por una importancia muy elevada de la necesidad de imponer una sanción enérgica, con fuerte impacto preventivo-general. En cambio, ni siquiera por delitos muy graves se justificaría la decisión de enviar a un infractor adolescente –que ya cumplió los 18 años, después de cometer el delito– a una sección juvenil de una cárcel de adultos, cuyas condiciones fueren como las que el primer informe de la Comisión de Supervigilancia de la V región identificó en el único centro para varones existente en dicha

Más allá del principio de proporcionalidad. Excepcionalidad de la privación de libertad y carga de la argumentación

De la forma más o menos acotada recién indicada, el principio de proporcionalidad, y en particular, la máxima de proporcionalidad estricta, ofrece un criterio normativo que limita a los tribunales en su decisión de echar mano de la privación de libertad, estableciendo los términos del razonamiento necesario bajo el principio de excepcionalidad de esa sanción. Ese criterio es controlable por los tribunales superiores, pues en su aplicación se juega una interpretación correcta o errónea de dicho principio, de los factores de determinación de pena de la LRPA y de los preceptos constitucionales (o de la CDN) que protegen derechos fundamentales de los adolescentes o promueven importantes principios en juego en la justicia penal de adolescentes (como la búsqueda de inserción social).

Con todo, el principio de excepcionalidad todavía puede vincularse con otros criterios que no necesariamente se derivan del principio de proporcionalidad. En particular, con la imposición de la carga de argumentación a la postura de quien quiere justificar la utilización del último recurso, la privación de libertad.

En relación con ello, es necesario volver, por última vez, sobre el papel de la prevención especial. Ya se fundamentó la tesis de que esta finalidad no permite justificar por sí sola el empleo de la privación de libertad. También se argumentó que, sin embargo, conforme al criterio del Art. 24, letra f, LRPA, la sanción privativa de libertad debe tener siquiera un mínimo grado de idoneidad preventivo-especial, aún cuando no pueda sostenerse que es más idónea que otras sanciones; y, adicionalmente, se justificó la existencia de un deber atenuado (por contraste con el deber de deferencia más fuerte del TC en su control de constitucionalidad preventivo) de los tribunales penales chilenos de ser "deferentes" con la asunción empírica del legislador de que, *prima facie*, la internación en régimen cerrado o en régimen semi-cerrado, "con programa de reinserción social", son siquiera en una medida mínima idóneas para este fin, deber que no impide cuestionar o negar dicha idoneidad en casos concretos, ante evidencias empíricas de que la asunción del legislador ya no se justifica – caso en que la deferencia implica tomarse en serio la definición del legislador y declarar que el ejecutivo no está cumpliendo con las exigencias que aquél le planteara-. En cualquier caso, esta deferencia atenuada impone asumir la idoneidad *prima facie* de la privación de libertad para la inserción social del adolescente, de modo que la carga de la argumentación de que no es idónea para ello es de quien reclama esta circunstancia. Pero ello no implica en absoluto la existencia de una presunción legal, o una asunción *prima facie*, de que está justificado echar mano de esa medida en el caso concreto, pues la exigencia de utilizarla sólo como "último recurso" supone precisamente que quien reclama la utilización de este medio excepcional, debe justificar ese reclamo. Ello se entiende más claramente si se recuerda que el principio de

región, pues esas condiciones impiden reconocer esa sanción como la que la LRPA establece en el Art. 17, siendo una pena ilegal.

excepcionalidad está establecido porque esta medida –aún cuando en algún grado pudiese ser idónea para la prevención especial- afecta importantes principios (intereses del niño), que van más allá de la prevención especial (para la cual, es cierto, *prima facie* hay que entender que la privación de libertad también es adecuada): tales principios promueven la protección del desarrollo y de los derechos del adolescente, en contra de los riesgos y afectaciones que sufren en privación de libertad, tal como lo entienden los instrumentos internacionales sobre la materia.

Por otra parte, la carga de la argumentación recae en quien pretende justificar la utilización del último recurso, porque la prevención especial, aún cuando podría llegar a alcanzarse en privación de libertad, en principio se consigue de forma mucho más eficiente en libertad. La LRPA está construida sobre la base de esa asunción empírica, respecto de la cual también hay que tener deferencia.

Pero, ¿no es posible demostrar, respecto de un adolescente lo contrario, a saber, que ya no puede esperarse un efecto preventivo-especial si se le mantiene en libertad, por ejemplo porque ya está desocializado e involucrado en una actividad delictual habitual? Y en tal caso, ¿no corresponde resignarse a los costos de la sanción privativa de libertad, necesaria por lo demás a efectos preventivo-generales?

Teóricamente sí es posible intentar demostrar que un adolescente ya no se beneficiará de una sanción ambulatoria, ni se reinsertará socialmente, pues ya está demasiado desocializado. En tal caso, difícilmente podrá demostrarse que la cárcel sí ofrece condiciones para reinsertarlo, pero lo que ocurre es que las ventajas preventivo-generales de ésta ya no se enfrentarían claramente con contraargumentos preventivo-especiales que fueren una ponderación (sin perjuicio de que la protección de los derechos del adolescente, amagados por la privación de libertad, siempre exigirá una cierta ponderación). Pero ¿cuál es el estándar de evidencia para desvirtuar la asunción empírica del legislador de que, en principio, lo mejor para la inserción social del adolescente es no ser encerrado? Debiera ser un estándar especialmente alto, sobre todo si pensamos en casos de delitos no tan graves (es decir, en los que la colisión no se resuelve de manera determinante por la enorme importancia de las necesidades preventivo-generales).

Hay a lo menos dos razones para exigir un estándar muy alto para la decisión de “resignarse” ante la imposibilidad de resocializar al adolescente. La primera se encuentra en la gran importancia asignada a la protección del desarrollo e integración social del adolescente en los instrumentos internacionales –y en la propia LRPA-, que hay que entender como una protección reforzada, en comparación con la que el ordenamiento jurídico ofrece a los condenados mayores de edad –protección reforzada que tendría un fundamento especial en el principio del “interés superior del adolescente” (**Chan Mora**: 329-320)-. El Art. 40.1 de la CDN, en particular, define lo peculiar de la justicia para adolescentes infractores, en el derecho de estos (y de cualquier niño a quien se

considere culpable de una infracción penal) a ser tratados “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

La segunda razón tiene que ver con una dimensión peculiar de los criterios preventivos en la ponderación que tiene lugar en el juicio penal: siempre se trata de un pronóstico, es decir, de una proyección sobre un futuro probable o posible, y no de una certeza. A veces habrá bases empíricas más o menos ciertas para ese pronóstico. Pero la mayoría de las veces el pronóstico será, a fin de cuentas, una apuesta. Pues aunque el pronóstico se presente siempre como algo científico, no lo es, ya siquiera por el simple hecho de que no es del todo contrastable y “falsificable” (o “falsable”) por medio de evidencia empírica en contra. Eso implica que la dimensión de “apuesta” es irreductible, y deja un abismo que no es posible llenar con criterios científicos. ¿Cómo se llena ese abismo? O se llena con puro decisionismo judicial, o se llena con algún criterio valorativo. Es decir, la apuesta, para no ser puramente arbitraria, y dado que tiene una cuota irreductible de incertidumbre, para no ser arbitraria debe basarse en algún criterio normativo válido en el ordenamiento jurídico. Siguiendo a **Schüler-Springorum** (175 ss.), el pronóstico criminal tiene que ver con la **confianza**, (*das Vertrauen*) que en este campo equivale a una “renuncia a información suplementaria”, cuando se justifica una apuesta, un “salto al vacío” que, sin embargo, constituye una inversión en “capital de confianza” –otra forma de mirar al “capital de riesgo”-. A esta perspectiva subyace un principio ético y garantista que puede verse tras la exigencia de excepcionalidad de la privación de libertad como garantía reforzada, principio (y apuesta) que –en la zona del “abismo”- no tendrá justificación empírica adicional –“renuncia a información suplementaria”- al simple hecho de que se trata de un niño y debemos asumir riesgos en su favor. Ese criterio, en el marco de la CDN, puede formularse como una preferencia por los derechos del adolescente (por su “interés superior” –**Cillero**:21-), una apuesta a favor de que sí será posible lograr su inserción social en el medio que es más favorable para el ejercicio de sus derechos, el medio libre. La apuesta, así, implícita en toda elección de pena basada en un pronóstico de “inserción social” o de “peligrosidad”, debe respetar el principio normativo que exige confiar, en principio, en que el adolescente logrará insertarse socialmente si se le da una (nueva) oportunidad a través de una medida ambulatoria, con programa de inserción social, confianza que sólo es lícito abandonar en casos calificados, sobre la base de antecedentes que la acusación tiene la carga de aportar. Esta “resignación” (conforme a la cual “es muy probable que el adolescente seguirá delinquiendo aún cuando se le someta a una sanción ambulatoria orientada a la inserción social”), en cualquier caso, por sí sola no justifica el empleo de la privación de libertad, que todavía puede aparecer, en el caso concreto, como una afectación desproporcionada, no ya del interés en la prevención especial, pero sí de otros derechos del adolescente.

En conclusión, cuando la sanción a imponer a un adolescente debe escogerse de alguno de los tramos del Art. 23 LRPA que ofrecen al tribunal la alternativa de una sanción no privativa de libertad, la decisión de éste a favor de la sanción privativa de libertad se encuentra sometida, de acuerdo con el principio de excepcionalidad de la privación de libertad, a los siguientes límites:

- no puede fundarse en una pretendida mayor idoneidad de la internación, en comparación con la libertad asistida, para alcanzar la inserción social del adolescente
- debe hacerse cargo circunstanciadamente de:
 1. la especial gravedad del delito, de la que se derivarían necesidades especialmente graves de un efecto preventivo-general (negativo y positivo);
 2. la magnitud de los perjuicios probables (definidos en términos de riesgos) que la internación producirá en el desarrollo, la inserción social y los derechos del adolescente;
 - * en caso de descartar que la internación tenga costos para la inserción social del adolescente, pues él no tiene un buen pronóstico de inserción social mediante una sanción ambulatoria (por su actividad delictual reiterada), el tribunal deberá lograr justificar en base a qué evidencias cualificadas ya no se justifica la confianza que la ley prima facie deposita en la posibilidad de que el adolescente se inserte socialmente a través de una sanción ambulatoria, en lugar de una privativa de libertad;
- debe justificar en qué medida las necesidades expresadas en "1" pesan más en la ponderación que los costos referidos en "2", a tal punto que estos costos no son desproporcionadamente altos de cara a la importancia relativa de alcanzar aquél efecto preventivo, teniendo en consideración si acaso con una sanción no privativa de libertad (de las disponibles en el respectivo tramo del Art. 23 LRPA) se alcanza un mejor "óptimo" en la protección de los intereses en colisión, a saber, efecto preventivo-general todavía suficiente (aún cuando sea menor) y un menor sacrificio (o ningún sacrificio) al desarrollo, la inserción social y los derechos del adolescente.

Sólo cumpliendo con esas exigencias argumentativas se logra vencer la clara preferencia que (en los casos de los tramos segundo, tercero y cuarto del Art. 23 LRPA) el Art. 26, inc. 1º LRPA establece a favor de las sanciones no privativas de libertad. La decisión del tribunal será revisable por un tribunal de casación (a través del recurso de nulidad), primero para controlar que la fundamentación se hace cargo de todos los elementos relevantes para el principio de excepcionalidad, analizándolos en la sentencia, y segundo, para verificar que la ponderación no incurre en errores de derecho, que degradan la importancia, o distorsionan el sentido y alcance de los principios potencialmente afectados por la privación de libertad (desarrollo, inserción social y derechos del adolescente), o incurre, en fin, en errores de derecho al estimar la gravedad relativa de la sanción (de la que depende la gravedad de las necesidades

preventivo-generales que se busca satisfacer con la sanción privativa de libertad).

II. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PERJUICIO DEL ADOLESCENTE EN COMPARACIÓN CON EL ADULTO; SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 26, INCISO 2º, LRPA

El segundo límite establecido por el Art. 26 –en su inciso 2º- para la imposición de una sanción privativa de libertad dispone que: “En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”.

En este caso, como se verá, se plantean dos cuestiones interpretativas, que son resueltas de manera diversa por la jurisprudencia producida hasta ahora en el marco de la LRPA:

- 1) ¿Con qué hipótesis hay que comparar exactamente la situación del adolescente que será objeto de sanción, para determinar si acaso en aquella hipótesis el adulto debería cumplir una sanción privativa de libertad o no?
- 2) Una vez definida la hipótesis con la que se hará la comparación, ¿cuándo se debe entender que el adulto “no debiere cumplir” la sanción privativa de libertad?; en particular, y dado que obviamente la comparación alude a la posibilidad de que el adulto se beneficiaría de las medidas de la Ley N° 18.216, ¿debe entenderse que el adulto “no debiere cumplir” una sanción privativa de libertad ya cuando se dan los requisitos objetivos que harían posible la concesión de aquellas medidas alternativas, o sólo cuando el tribunal estima que, de acuerdo con las características especiales del autor (pronóstico de que no reincidirá), la concesión de la medida alternativa sería segura?

Una última cuestión surge de la relación entre este principio y el expresado en el inciso anterior del mismo artículo 26 LRPA (principio de excepcionalidad de la privación de libertad): ¿en qué casos, y en qué medida, la prohibición de perjuicio al adolescente, en comparación con el adulto, introduce limitaciones adicionales para el recurso a la privación de libertad, a las limitaciones que ya impone el principio de excepcionalidad?

Concepciones contradictorias en la jurisprudencia acerca del sentido y alcance del Art. 26, inc. 2º, LRPA.

En la jurisprudencia nacional, la **primera de esas cuestiones** se responde de diversa manera por los siguientes fallos:

- a) A favor de una comparación con la situación en que estaría un mayor de edad, autor del mismo injusto típico y culpable, pero sin tener en cuenta las circunstancias modificatorias que concurren en el adolescente ni considerar la rebaja de pena en un grado resultante del Art. 21 LRPA (el

“mismo hecho” se determina “en abstracto”), se cuenta, por ejemplo, un fallo de la **Corte de Apelaciones de Copiapó** (de 3 de abril de 2008, Rol 65-2008), dictado en apelación interpuesta por la defensa en contra una sentencia que en juicio abreviado condenó al adolescente a una sanción de 541 días de internación en régimen semi-cerrado, por un delito de robo con violencia. La Corte rechaza la apelación sosteniendo “2º) Que no es posible dar aplicación, en el presente caso, a la norma del inciso 2º del artículo 26 de la citada ley, que establece que en ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza, por cuanto de su redacción aparece que la homologación ha de hacerse en relación hipotética al mismo “hecho”, esto es, al acaecimiento de los acontecimientos fácticos que se juzgan o tipo penal, y no a la situación jurídica en que particularmente se encuentra el adolescente, a saber, beneficiándole la concurrencia de dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, que son personales suyas y que pudieran o no concurrir en el adulto”.

- b) A favor de una comparación con la situación en que estaría un mayor de edad, autor del mismo injusto típico y culpable, imaginando además que concurren las circunstancias modificatorias de responsabilidad que de hecho afectan al adolescente e incluso la rebaja de pena en un grado resultante del Art. 21 LRPA (el “mismo hecho” se determina “en concreto”), se cuenta un fallo del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso** (de 1 de abril de 2008, RUC 0 700 525 483-8, RIT 67-2008), que condena a un adolescente a la sanción de tres años de libertad asistida especial, seleccionada dentro del tramo segundo del Art. 23 de la LRPA (con una extensión de 3 años y un día a 4 años, por la concurrencia de una atenuante y ninguna agravante), por el delito de robo con violencia en las personas. El tribunal selecciona esta sanción argumentando -entre otras razones- que “hay que considerar en el presente caso la norma del artículo 26 de la Ley N° 20.084 que dispone que la privación de libertad se utilizará solo como medida de último recurso y que, además, en ningún caso podría imponerse una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza, opinión que si bien no compartió la Fiscalía, este Tribunal estima como una posible interpretación, al caso concreto y no en abstracto que si se tratara de un mayor al que hubiere de imponerle este tramo de sanción (3 años y 1 día a 5 años) y no tuviere antecedentes penales, bien pudiera otorgársele el beneficio de la libertad vigilada, con lo que no cumpliría privado de libertad su sanción”.
- c) A favor de una comparación con la situación en que estaría un mayor de edad, autor del mismo injusto típico y culpable, imaginando además que concurren las circunstancias modificatorias de responsabilidad que de hecho afectan al adolescente, pero no así la rebaja de pena en un grado resultante del Art. 21 LRPA (el “mismo hecho” se determina “en

concreto” pero partiendo de la base de un condenado adulto, cuyo marco penal es el del Código Penal), se cuenta un fallo de la **Corte de Apelaciones de Copiapó** (de 12 de septiembre de 2007, Rol 168-2007), en apelación interpuesta por la defensa en contra una sentencia que en juicio abreviado condenó al adolescente a una sanción de internación en régimen semi-cerrado (de duración no especificada en el fallo de la Corte), por un delito de robo con violencia. La Corte, por unanimidad de sus miembros resuelve sustituir la sanción por la de dos años de libertad asistida especial, considerando –entre otras razones– que “en este caso, resulta imposible desatender la norma del artículo 26 inciso 2º de la citada Ley, que impide imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza. En la especie se trata de un delito de robo con violencia en las personas, que de haberse cometido por un adulto, a quien favorecieren dos circunstancias atenuantes y sin perjudicarle ninguna agravante, sería susceptible de ser castigado con la pena inferior en un grado al mínimo asignado en la ley para el ilícito, esto es, presidio menor en su grado máximo”.⁴⁰

- d) A favor de una comparación con la situación en que están los co-autores del adolescente que efectivamente son condenados por el mismo hecho (el “mismo hecho” tiene identidad fáctica, y no normativa, con el hecho del adolescente, de modo que aquí se trataría de una regla de determinación de pena en casos de co-autoría), se cuenta un fallo de la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta** (de 16 de septiembre de 2008, Rol 162-2008). Frente a la alegación de la defensa de un adolescente condenado a una sanción mixta de un año de internación en régimen semi-cerrado y un año de libertad asistida especial (del tramo tercero del Art. 23 de la LRPA), de que por este hecho a un adulto no debiera hacerse cumplir pena privativa de libertad, la Corte rechaza el argumento sosteniendo que “ello no resulta efectivo, toda vez que la sentencia le ha impuesto a (el coimputado mayor de edad)... la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo...”. En este caso, por tanto, la Corte entiende que el artículo 26, inc. 2º, sólo impide imponer una sanción privativa de libertad al adolescente cuando a su coimputado mayor de edad, “por el mismo hecho”, no se le hubiere impuesta una pena de tal naturaleza.

Un corolario lógico de esta tesis es que, si no hay co-imputados adultos, no puede aplicarse la regla. Así lo concluye un fallo de **la Corte de**

⁴⁰ Debe notarse, en todo caso, que esta es la misma Corte que 7 meses después sostuvo, en un caso casi idéntico (robo con violencia, con dos atenuantes y sin agravantes), que la comparación debía hacerse en abstracto, sin considerar las atenuantes, decisión suscrita por dos de los tres ministros que habían defendido en septiembre de 2007 la comparación “en concreto”, contra la opinión minoritaria del Ministro Francisco Sandoval, quien es el único que mantuvo su defensa de la comparación “en concreto” (en lo que respecta a las atenuantes), recogiendo textualmente los argumentos que toda la Corte había esgrimido antes, en esta decisión del año 2007.

Apelaciones de Valparaíso (de 15 de febrero de 2008, Rol 24-2008), recaído en un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de dos adolescentes condenados a la sanción de 3 años y un día de internación en régimen cerrado, como coautores de un delito de robo con intimidación en las personas, donde la Corte, oponiéndose a la invocación de la defensa del art. 26, inc. 2º, señala que:

“Una atenta lectura del inciso segundo transcrito, lleva a este tribunal a concluir que cuando se refiere a “un adulto condenado por el mismo hecho” el legislador ha querido significar que en la comisión de un mismo hecho delictual participen adolescentes y adultos y que al sancionarlos el juez no imponga a los primeros una pena restrictiva de libertad y a los segundos, les conceda para el cumplimiento, un beneficio en medio libre, de aquellos a que se refiere la ley 18.216.

En el caso sometido a la decisión de esta Corte, cabe concluir que la disposición en comento no resulta aplicable por cuanto ambos co-autores son adolescentes, sin que hubiere participado en la comisión de los hechos ocurridos el 15 de junio de 2006, que han motivado estos antecedentes, algún adulto”.

Sobre la **segunda cuestión**, centrada en el sentido de la expresión “no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza”, si bien no siempre es tratada de forma explícita por los tribunales, pueden observarse las siguientes tesis:

1ª Tesis: Para decidir si el adulto “no debiere cumplir” una pena privativa de libertad, hay que estar puramente a los requisitos objetivos que harían posible la concesión de la medida alternativa, de la Ley N° 18.216 (por ejemplo, libertad vigilada): monto de la pena y ausencia de condenas anteriores (o, en el caso de la reclusión nocturna, ausencia de condenas previas a penas privativas de libertad que sumen más de dos años); no hay necesidad, en cambio, de entrar a especular si acaso el pronóstico individual de reincidencia (juicio de peligrosidad) haría aconsejable o no la ejecución efectiva de la pena.

Esta tesis parece sostenerse implícitamente en el fallo de la **Corte de Apelaciones de Copiapó**, ya citado, (de 12 de septiembre de 2007), que se decide por la sanción no privativa de libertad considerando que “...de haberse cometido por un adulto... sería susceptible de ser castigado con la pena inferior en un grado al mínimo asignado en la ley para el ilícito, esto es, presidio menor en su grado máximo, no debiendo cumplirse ésta privado de libertad, sino a través del beneficio de libertad vigilada”. En efecto, esta decisión se conforma -para concluir que el adulto “no debiere” cumplir con la pena privativa de libertad- con la presencia de los requisitos objetivos (monto de pena y falta de condenas previas –se presume que una de las atenuantes mencionadas es la de irreprochable conducta anterior-), conforme a los cuales el adulto no debería cumplir la pena “sino a través del beneficio de libertad vigilada”, sin que para concluir esto la Corte haya

considerado necesario examinar si acaso los informes sociales y de personalidad del condenado -como señala el art. 15, letra c, de la Ley N° 18.216- "permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario..." (en lugar de la ejecución efectiva de la pena).

La misma tesis parece seguir el ya citado fallo del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso** (de 1 de abril de 2008) que se decide por la sanción no privativa de libertad porque al adulto, en el "caso concreto" "...bien pudiera otorgársele el beneficio de la libertad vigilada, con lo que no cumpliría privado de libertad su sanción".

2ª Tesis: Para decidir esa cuestión hay que considerar tanto los requisitos objetivos como el pronóstico de peligrosidad, y se estimará, por tanto, que el adulto "no debiere cumplir" la pena privativa de libertad solamente cuando, habiendo realizado ese pronóstico, el tribunal concluya que es seguro que al adulto se le habría concedido la medida alternativa.

Esta tesis parece subyacer implícitamente en el razonamiento del fallo de la **Corte de Apelaciones de Copiapó** (de 3 de abril de 2008), ya citado, el que, tras sostener la tesis de la comparación "en abstracto" (conforme a la cual no debían considerarse las atenuantes) rechaza la solicitud de enmendar la condena del tribunal de garantía, y mantiene la sanción privativa de libertad argumentando -al parecer, "a mayor abundamiento"- que "Asimismo, ello guarda íntima conexión con la posibilidad de aplicar al adulto alguno de los beneficios alternativos al cumplimiento de la pena establecidos en la Ley N° 18.216, lo que se condice con la expresión "debiere" que se emplea en la norma legal señalada, en oposición a la expresión "pudiere", lo que indica que se trata de una facultad privativa del juzgador, lo mismo que la determinación de la naturaleza de la pena, conforme los criterios señalados en el artículo 24". Como se ve, el fallo entiende que, para aplicar el Art. 26, inc. 2°, LRPA, el tribunal de fondo debe evaluar si al adulto le habría concedido o no la medida alternativa, no bastando entonces con que el adulto "pudiere" acceder al "beneficio alternativo" (posibilidad que ya se da con la sola presencia de los requisitos objetivos), pues el Art. 26, inc. 2°, LRPA dice "debiere", concluyendo la Corte, a partir de ello, que la alegación de la defensa no puede atenderse, pues la decisión si acaso el adulto "debiere" o no acceder a la medida alternativa es, finalmente, una cuestión que sólo pueden decidir los jueces del fondo⁴¹, y no una corte de apelaciones.

⁴¹ Esta tesis implica, entonces, dejar la aplicación de este precepto (el Art. 26, inciso 2°, LRPA) fuera del control de los tribunales superiores de justicia, salvo en lo que respecta al examen de los requisitos objetivos de aplicabilidad de las alternativas de la Ley N° 18.216. En efecto, si la concesión de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216, en los casos en que se dan los requisitos objetivos necesarios para ello, es una cuestión entregada privativamente al criterio de los jueces del fondo, no controlable por los tribunales superiores, entonces nunca podrán éstos concluir que el adulto "no debiere cumplir" la pena privativa de libertad, dado que esta expresión se estaría entendiendo en el sentido de que pueda darse por seguro que el beneficio se concedería, lo que, precisamente, los jueces del fondo no hicieron.

Historia del precepto

Las interpretaciones discrepantes sobre este precepto, de las cuales se acaba de dar noticia, dan cuenta en primer lugar de una cierta oscuridad del texto y de su sentido. La Historia de la Ley no aclara demasiado sobre el sentido exacto, pero sí sobre su filosofía: la consagración de un principio de prohibición de perjuicio a (o discriminación negativa contra) el adolescente, en comparación con el adulto, cuando ambos estén en situaciones comparables.

La disposición no estaba en proyecto original enviado por el Ejecutivo.

En el Primer Informe de la Cámara se introduce a instancias del ejecutivo, en la disposición que establecía las reglas de determinación de la sanción, una regla de tratamiento privilegiado al adolescente en comparación con el adulto:

“Por último, los representantes del Ejecutivo señalaron que parecía necesario ante la laxitud del marco penal, fijar al juez una regla de tope frente a la pena probable que podría aplicarse a un adulto, porque podría darse la posibilidad, por ejemplo en el caso de un homicidio simple en que concurrieran dos atenuantes, que el adulto recibiera una sanción de tres años y un día y, en cambio al menor, en la misma situación, podrían aplicársele hasta cinco años”,

aprobándose en primer trámite constitucional añadir al Art. 20 el siguiente inciso final:

“Asimismo, en caso alguno podrá imponerse una sanción que sea superior a los dos tercios de aquella que hubiere correspondido en caso de haberse ejecutado el hecho que la fundamenta por parte de un mayor de edad.”.

(Historia de la Ley, p. 96⁴²)

⁴² Ese inciso se añadió al precepto sobre reglas de determinación de la pena, que quedó con el siguiente texto:

“Artículo 20.- Determinación de la pena. Para determinar las sanciones , así como para fijar su extensión temporal o cuantía, el juez siempre 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 artículo 7° de esta ley. Además, el tribunal deberá considerar:

- a) La naturaleza y extensión de las penas asignadas por la legislación penal al hecho constitutivo de la infracción;
- b) La calidad en que el adolescente participó 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 imputa, y
- d) La extensión del mal causado y 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 78 de la presente ley.

Al presentar el proyecto a la Sala de la Cámara de Diputados, para su aprobación en primer trámite constitucional, el **Diputado Bustos** no mencionó en particular esta disposición, pero sí se refirió a la responsabilidad atenuada de los adolescentes, como principio general del proyecto, que también se refleja en los máximos de duración de la privación de libertad:

“Las sanciones privativas de libertad, **siguiendo el principio de responsabilidad atenuada**, no pueden exceder de cinco años ni ser inferiores a un año si se trata de infractores entre 14 y 16 años, o de dos años si la edad fluctúa entre los 16 y los 18 años.”

(Historia de la Ley, p. 234; el énfasis es nuestro)

En segundo trámite, se presentan indicaciones para suprimir el inciso final del Art. 20 por los Senadores Chadwick y Espina, el senador Cordero, y el senador Horvath (Historia de la Ley, p. 530), que fueron aprobadas con modificaciones. La supresión se fundamentó en la modificación –introducida en el Senado– del sistema de determinación de penas. El nuevo sistema aseguraba que las penas de los adolescentes siempre serían menos severas que las de los adultos a causa de la aplicación automática de una rebaja de un grado, en el contexto de un sistema que reproducía las reglas básicas del Código penal; ello hacía innecesario establecer una regla como la del Art. 20, inciso final, aprobado por la Cámara. En sustitución de esa regla, pero sin que las actas de la tramitación del proyecto den cuenta de las razones, se introdujo la disposición del Art. 26, inciso 2º, que se pone en la hipótesis de que al mayor de edad no se le hiciere cumplir una pena privativa de libertad (por aplicación de una medida alternativa de la Ley N° 18.216 –sin ellas, dicha hipótesis es inimaginable–) por un delito que, en cambio, sí podría llegar a ser sancionado con una sanción de dicha naturaleza respecto del adolescente, posibilidad que esta nueva disposición tuvo por objeto precisamente impedir.

Las dudas interpretativas que esta disposición plantea, y que ya fueron expuestas en detalle, sólo pueden resolverse razonablemente si se examina el sentido de la garantía que se quiso consagrar, ya mencionada más arriba: la prohibición de perjuicio o discriminación negativa del adolescente, en comparación con el adulto, cuando están en situaciones equiparables; en este caso, respecto a la alternativa de tener que sufrir la ejecución efectiva de una pena privativa de libertad. A ello se destinan las próximas páginas, considerando también la doctrina y jurisprudencia comparadas.

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.

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.

Asimismo, en caso alguno podrá imponerse una sanción que sea superior a los dos tercios de aquella que hubiere correspondido en caso de haberse ejecutado el hecho que la fundamenta por parte de un mayor de edad.”

Sentido y alcance de la prohibición de perjuicio**Punto de partida: responsabilidad (culpabilidad) disminuida de los adolescentes**

La LRPA supone, como lo expresó el informe del **Diputado Bustos** ante la Sala de la Cámara de Diputados, un sistema de responsabilidad atenuado para los adolescentes, en comparación con los adultos. El Ministro **Correa**, en su prevención a la decisión del TC chileno (ya citada) parte de la base de que la "regla" del Art. 37.b de la CDN, supone que la justificación del empleo del "último recurso" -la privación de libertad- opera "de manera más estricta que para los adultos" (numeral 4º). Y ello es una aplicación del principio del "interés superior del niño", que limita ese recurso "en términos más severos que en el caso de adultos" (numeral 9º, agregando que, dicho principio, además, obliga a que se use por el menor tiempo posible y justamente "en interés del niño, por ejemplo, para rehabilitarlo y reinsertarlo a la sociedad").

La idea de una responsabilidad atenuada de los adolescentes, por menor culpabilidad, es ampliamente aceptada en la actualidad en el derecho comparado. Ello es clarísimo en relación con las penas máximas susceptibles de ser impuestas por delitos graves, que en la mayoría de los casos (por ejemplo, en Alemania, España y Costa Rica, al igual que en Chile) se encuentran acotadas legalmente en magnitudes claramente inferiores a las que rigen para los adultos. La menor responsabilidad del adolescente incluso se reconoce en el derecho comparado cuando la ley permite juzgarlo como un adulto, con los marcos penales del adulto. Así, por ejemplo, en Estados Unidos de América, la propuesta de **Feld** (302 ss.) de reconocer en forma automática un "youth discount" (atenuación en base a la juventud del autor), a los condenados menores de edad, que se aplique a partir del marco penal vigente para los adultos, encuentra un paralelo jurisprudencial en la decisión de la Corte Suprema federal de ese país, de prohibir la aplicación de la pena de muerte a personas que cometieron el crimen siendo menores de dieciocho años, tanto por razones de proporcionalidad y humanidad ("decency"), cuanto por la culpabilidad disminuida de los menores de edad⁴³.

Pese al amplio reconocimiento de esa responsabilidad disminuida, que resulta clara en las condenas máximas susceptibles de ser impuestas por los delitos más graves, cuando se trata de delitos algo menos graves, por ejemplo aquellos en los que se plantea frecuentemente la necesidad de escoger entre una sanción privativa de libertad efectiva o una ambulatoria, no siempre se aplica consistentemente un tratamiento penal atenuado⁴⁴.

⁴³ En palabras del juez Kennedy –a nombre de la mayoría– "Retribution is not proportional if the law's most severe penalty is imposed on one whose culpability or blameworthiness is diminished, to a substantial degree, by reason of youth and immaturity" (U. S. Supreme Court: *Roper v. Simmons*, No. 03-633).

⁴⁴ En España, de hecho, más allá de la reducción de los límites máximos de pena vigentes para los adultos, para la criminalidad de mediana gravedad no está garantizado un tratamiento penal privilegiado, pues la prohibición de perjuicio de la Ley 5/2000 "sólo excluye la penalidad que

Así, en Alemania, la jurisprudencia del **Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)**, tradicionalmente (por ejemplo, entre los años 50 y 80 del siglo XX) llegó a permitir penas superiores para adolescentes que para adultos, argumentando que las de los primeros se debían medir, no según la gravedad del delito cometido, sino de tal modo que el necesario efecto educativo pudiese tener lugar (**Burscheidt:86-87**). Esta tesis, ampliamente criticada en la literatura, ha sido luego abandonada por el propio BGH (a partir de la segunda mitad de los años 80 del siglo XX), el cual ahora reconoce que, ni siquiera en caso de una especial necesidad educativa (por ejemplo por existir un claro pronóstico de reincidencia) sería admisible una pena se supere la medida de la culpabilidad por el hecho (**Burscheidt:88**).

Por su parte, **Strobel** (14) destaca que el Derecho penal juvenil tiene una función de **ofrecer un trato privilegiado** al joven, y a eso se alude con el lema de la "prioridad de la educación". Pero más aún, el propósito de la ley (y del principio educativo) de privilegiar y humanizar la intervención con los jóvenes supone precisamente lo contrario a un tratamiento que permita ir más allá de la pena adecuada a la culpabilidad (Strobel:78). Consistentemente con ello, en la doctrina mayoritaria, y en la jurisprudencia de los últimos 25 años, los límites superiores y las atenuantes (o los marcos penales atenuados establecidos por el Código penal alemán para los "casos menos graves") del derecho penal de adultos, sí se respetan cuando se trata de un adolescente, pese a lo dispuesto por el parágrafo 18, I, 3, JGG, en el sentido de que (respecto de los adolescentes) no se aplican los marcos penales de adultos. En cambio, los límites inferiores y las agravantes no se aplican necesariamente, en primer lugar, por el carácter "no constitutivo" de la culpabilidad en la JGG (en esta ley especial, la culpabilidad no fundamenta, sino tan sólo limita, la medida

exceda la de los adultos, no la que la iguale" (**Boldova Pasamar:102**). El Art. 8.2 de la Ley, en efecto, simplemente dispone que "(El Juez de Menores) ...Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a, b, c, d y g, en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal". Aún así, la afirmación de la prohibición de perjuicio (o discriminación negativa) es reconocida como un avance, alcanzado por primera vez a través de la decisión del **Tribunal Constitucional español**, en STC 61/1998, de 17 de marzo, al acoger un recurso de amparo presentado por la defensa de un menor en relación con una sentencia del 2º Juzgado de Menores de Madrid, que lo sancionó a 4 meses de internamiento en centro semiabierto por una falta frustrada de hurto. El fallo da a entender que se infringe el principio de proporcionalidad, según el cual debe existir una correspondencia entre la gravedad del hecho y la medida, con imposibilidad de que ésta sea más grave o de una duración superior a la pena que se podría imponer a un adulto por los mismos hechos, y ello con independencia de las especiales circunstancias del menor, que, al margen de lo anterior, pudieran hacer aconsejable la adopción de esa medida (como las supuestas necesidades educativas de una internación). Con todo, recientemente **Landrove** (citado por Boldova Pasamar:106-107) acusa que con la reforma introducida el año 2006 (Ley 8/2006), se produce un supuesto de discriminación negativa de los menores, pues se permite aplicar internamiento en régimen cerrado a casos de criminalidad en grupo u organizada (aún si la organización es de carácter transitorio), con independencia de la gravedad de los hechos cometidos (los delitos graves –sobre cinco años de prisión-, por sí solos, son pasibles de ser sancionados con esa medida; así como los menos graves en los que se emplee violencia o intimidación o se genere grave riesgo para la vida o la integridad física).

de la pena), y, en segundo lugar, porque esas agravantes en general se centran en el aspecto objetivo de la culpabilidad y la medición de la culpabilidad de los adolescentes es especial, más centrada en los aspectos subjetivos, que hagan especialmente reprochable el hecho (Strobel:189-193). En particular, en lo que respecta a la "pena de culpabilidad", para la cual el principal fundamento es la gravedad de la culpabilidad por el hecho (en tanto de ella se derivan necesidades preventivo-generales de pena), la autora recuerda que "la culpabilidad de un adolescente que se encuentra aún en una etapa de desarrollo es, en comparación con la de un adulto, y en situaciones comparables, en general menor, nunca mayor" (116). Por ello, considerando la personalidad aún no madura del adolescente, este no puede ser hecho responsable por el hecho en la misma medida que el adulto (139).

P.-A. Albrecht (1990:109-110), a su vez, crítico de la indeterminación y del uso contrario a los intereses de los jóvenes dado históricamente al principio de prioridad de la educación, parte de la base de que el ordenamiento jurídico protege especialmente la fase vital de la minoría de edad, prohíbe la discriminación negativa de los adolescentes en comparación con los adultos y justifica, por el contrario, una discriminación positiva, esto es, "un tratamiento suficientemente desigual, en conformidad al principio de igualdad en perspectiva constitucional". Aplicado este criterio a la privación de libertad, se justifica evitar todo lo posible su imposición, por los daños adicionales que provoca en esa fase vital, e incluso "como un primer paso normativo en esta dirección, se debería elevar la edad de "capacidad penal", es decir, la edad mínima para ser objeto de la imposición de una pena juvenil (privativa de libertad), a 16 años" (P.-A. Albrecht, 1993:84, citando en la misma línea la propuesta de la Asociación Alemana de Jueces Juveniles y Asistentes Judiciales Juveniles, formulada en su Congreso de 1992).

Desde esa perspectiva, la prohibición de discriminación en contra de los adolescentes, en comparación con los adultos que se encuentren en una situación comparable, exige reconocer siempre la responsabilidad disminuida del adolescente, ofreciéndoles un tratamiento penal privilegiado, y no en realidad el mismo trato que al adulto.

¿Cómo debe hacerse la comparación entre la situación del adolescente y la del adulto?

Ya se dio cuenta de que la jurisprudencia chilena sostiene tesis discrepantes acerca de la situación en la que debe situarse hipotéticamente al adulto a la hora de efectuar la comparación, a efectos de resolver si acaso el adulto en tal situación (el mismo hecho) debiere o no cumplir una pena privativa de libertad. Es el momento de aclarar, de la mano del principio de prohibición de perjuicio, qué comparación tiene sentido hacer.

Una primera alternativa sería entender que la prohibición de perjuicio al adolescente exige, para todas las situaciones en las que su grado de culpabilidad por el hecho no supera a la del adulto que accedería al beneficio

(de la Ley N° 18.216), que aquél no sufra consecuencias penales más lesivas que éste, es decir, que no se le imponga una sanción privativa de libertad. Ello iría en apoyo a la tesis que exige comparar la situación del adolescente con la del adulto, asumiendo la "situación concreta", es decir, analizando el trato penal que se daría al adulto que hubiese actuado con el mismo nivel de culpabilidad que el adolescente, esto es, reconociéndole una rebaja de un grado por culpabilidad disminuida (como la del Art. 21 LRPA), así como las atenuantes (y, en su caso, agravantes) que lo benefician.

Sin embargo, para apoyar esta interpretación habría que estar en condiciones de afirmar que la razón por la cual la Ley N° 18.216 concede la medida alternativa al adulto es el (relativamente) bajo grado de culpabilidad del autor, de modo que la prohibición de perjuicio también exigiría conceder al adolescente que actuó con un grado de culpabilidad similar al adulto un "beneficio" (es decir, una alternativa a la privación de libertad, que en la LRPA será la libertad asistida –especial, en su caso-). Pero ese no parece ser el caso. La aplicación de una medida alternativa, de la Ley N° 18.216, no se basa (única o principalmente) en la reducida culpabilidad del autor, sino más bien en la preeminencia de consideraciones preventivo-especiales que aconsejan, respecto de algunos autores, pero no respecto de otros (dependiendo del buen o mal pronóstico preventivo-especial formulado para cada uno, y no de su grado de culpabilidad), renunciar a la pena privativa de libertad preventivo-generalmente necesaria. Si esas consideraciones no se dan respecto de un adulto (por su mal pronóstico, en términos de probabilidad de reincidencia), que haya actuado con el mismo (o menor) grado de culpabilidad que el adulto que sí accedió a la medida alternativa (que sí tenía buen pronóstico), no puede decirse que se le esté discriminando al imponérsele una pena que excede su culpabilidad, dado que, en principio, lo único que impide la prohibición de rebasar la culpabilidad, es ir más allá de los cinco años (o tres, en su caso) de presidio efectivo correspondientes a su grado de culpabilidad por el hecho. En cambio, la decisión de escoger un modo de cumplimiento menos aflictivo –en el medio libre-, en aras de las buenas perspectivas preventivo-especiales ofrecidas por el caso, no depende -como se dijo- del grado de culpabilidad, sino de la base empírica que permita afirmar la existencia de un pronóstico favorable (lo que no significa necesariamente, probabilidad de no reincidencia, sino, en su caso, probabilidad de que el tratamiento en libertad vigilada mejorará sus chances de no reincidir); así, en la concesión de la medida alternativa sólo habrá discriminación si, a iguales condiciones preventivo-especiales (siempre dentro del marco penal que lo permita), a un condenado se le concede el "beneficio" y a otro no.

Lo propio habría que decir respecto del adolescente: el hecho de contar con un grado de culpabilidad equivalente al de un adulto que accedería a la medida alternativa, por ejemplo, a una libertad vigilada, no le asegura por sí solo el "derecho" a una sanción no privativa de libertad, si el pronóstico preventivo-especial formulado a su respecto no es positivo (de modo que ya no es justificada la renuncia a las necesidades preventivo-generales generadas por la gravedad del delito).

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de prohibición de perjuicio al adolescente que actuó con el mismo grado de culpabilidad que un adulto que sí accedería al beneficio, tiene consecuencias que, en la práctica, a lo menos en buena parte de los casos, exigen una comparación "en concreto". Pues, si bien la menor culpabilidad de un sujeto no es "la" razón por la cual se escoge una alternativa no privativa de libertad, sí es una razón tenida en cuenta por la ley para abrirse siquiera a la posibilidad de emplear tales alternativas, si a ello se suman buenas razones preventivo-especiales.

Así, a lo que tiene derecho el adolescente en tal situación, es a que, a igual grado de culpabilidad, también respecto de él se analice –como se haría con el adulto- la posibilidad de una renuncia preventivo-general en atención a las perspectivas de una ganancia preventivo-especial. El sistema de medidas alternativas a la privación de libertad de la Ley N° 18.216 no se basa en consideraciones puramente preventivo-especiales; también considera, para definir el marco dentro del cual en principio es posible recurrir a alternativas (en aras de la prevención especial), el grado de culpabilidad del autor por el hecho. En efecto, la gravedad de la pena, que no puede exceder de las de simple delito (en el caso de la libertad vigilada), viene determinada justamente por la culpabilidad del autor por el hecho⁴⁵. Así, por debajo de cierto nivel de culpabilidad por el hecho, la alternativa no sólo se presenta como algo recomendable para el sistema, desde el punto de vista de criterios preventivos, sino también en buena medida como un beneficio al cual el condenado tiene derecho, si él, fuera de su moderada culpabilidad por el hecho, cuenta con un pronóstico preventivo-especial favorable. Ese estatuto, que ofrece a los condenados con una culpabilidad relativamente moderada, la posibilidad de que el sistema penal haga una apuesta (beneficiosa para el condenado) a favor de la prevención especial, debe ser aplicado igualitariamente, sin discriminar negativamente a los adolescentes.

Así, la regla del Art. 26, inc. 2°, LRPA, viene a asegurar que al adolescente no se le tratará peor que al adulto en su posibilidad –dependiente de su culpabilidad y de las circunstancias del caso relevantes para la finalidad de prevención especial- de acceder a una alternativa a la pena privativa de libertad. Ese derecho a no ser tratado peor rige cuando se trate del "mismo hecho". Y el mismo hecho es el un injusto penal culpable equivalente, con el mismo grado de culpabilidad por el hecho; y por las razones explicadas,

⁴⁵ Y no simplemente por la "gravedad del hecho" a secas, pues para llegar a la pena de simple delito, que permite aplicar la libertad vigilada, ya se han tenido en cuenta también las situaciones de menor culpabilidad (por ejemplo, la imputabilidad disminuida, o las atenuantes basadas en la culpabilidad). Por ello, la posibilidad de acceder a alternativas de la Ley N° 18.216 no depende de una mera ponderación legislativa de criterios preventivo-generales y especiales, sino que también depende de la culpabilidad del autor, de manera que respecto de esa posibilidad de acceder alternativas (pero no respecto del acceso efectivo) regiría de alguna manera la prohibición de que la pena exceda a medida de la culpabilidad. Así, por ejemplo, infringiría esa prohibición la decisión de excluir a priori como candidato a la libertad vigilada, en base a consideraciones preventivo-generales, a un sujeto que cometió un injusto con gravedad de crimen, pero que alcanzó a la pena de simple delito por su menor culpabilidad (por atenuantes basadas en esta categoría del delito).

considerando que la culpabilidad del adolescente es (un grado) menor que la del adulto, la comparación entre hechos debe considerar esta diferencia: así, un homicidio calificado frustrado cometido por un adolescente de 16 años de edad es, en lo que importa para la valoración jurídico penal del caso (en tanto que injusto penal dotado de un cierto grado de culpabilidad) el "mismo hecho" –es decir, tiene equivalencia valorativa- que un homicidio simple frustrado cometido por un adulto. Por ello, la prohibición de perjuicio del adolescente debe asegurar que, si el adulto, en tal caso, tiene la opción de no ser castigado a pena efectiva, el adolescente conserve también esta opción. Eso de nuevo parece corresponder a la comparación con "la situación concreta".

¿Bastan las condiciones objetivas o se requiere examinar las circunstancias de las que depende el pronóstico preventivo-especial?

Sintetizando lo expuesto hasta ahora, la prohibición de perjuicio al adolescente exige, a igual culpabilidad que la de un adulto que objetivamente sería candidato potencial a las alternativas de la Ley N° 18.216, dejar realmente abierta y plantearse seriamente la posibilidad de escoger una sanción ambulatoria, preventivo-especialmente más idónea. El punto, sin embargo, es que la culpabilidad disminuida del adolescente sólo exige que, a igual culpabilidad que el adulto, no se le vede (por ejemplo, por consideraciones preventivo-generales) el acceso a alternativas, si el adulto no lo tiene vedado. Pero, como ya se señaló, no le asegura que esas alternativas se utilizarán efectivamente por el tribunal, pues eso depende, no de la gravedad de la culpabilidad, sino de las razones que en el caso concreto hacen preferible hacer ceder el interés preventivo-general en aras de los objetivos preventivo-especiales; y el caso es que, no siempre que el adolescente esté en una situación en la que se mantiene abierta la opción de recurrir a una medida alternativa se darán aquellas razones que hagan preferible emplearla: a veces se darán razones que justifiquen utilizar el "último recurso".

Lo anterior significa en principio que, entre las alternativas interpretativas expuestas al comienzo de esta sección para resolver la cuestión de cuándo hay que entender que el adulto "no debiere cumplir" una pena privativa de libertad, la tesis correcta sería que debe entenderse que ello es así cuando una valoración sustantiva de los antecedentes que fundan un pronóstico preventivo-especial –y no sólo de los requisitos objetivos de la libertad vigilada- harían preferible ofrecerle una oportunidad al adolescente. En conclusión, una valoración del mérito de las circunstancias (sociales y personales) es ineludible; no basta con que el adolescente esté en el tramo segundo del Art. 23 LRPA. Por lo demás, ello es bastante obvio, pues de otra forma nunca podría aplicarse una sanción privativa de libertad en ese tramo a un adolescente no reincidente (el sólo hecho de estar en ese tramo, si la comparación es en "concreto", ya exigiría dar por establecidas las condiciones objetivas del beneficio).

Ahora bien, el argumento contrario no es suficiente para descartar la opción no privativa de libertad al adolescente: es decir, la afirmación de que a un adulto, con el mismo historial y los mismos antecedentes sociales y personales del

adolescente, no se le habría concedido el beneficio, no es suficiente para descartar de plano la imposición de la libertad asistida al adolescente. La posibilidad de esa inferencia (implícita en algunos fallos analizados más arriba), que es lógicamente falaz, es un peligro asociado a la regla del Art. 26, inc. 2º, si se la aplica sin tomarse en serio los principios y reglas propios de la LRPA respecto de la decisión acerca de imponer o no privación de libertad. Pues el estándar con el cual se decide escoger privar al adolescente de libertad, o darle una oportunidad en el medio libre, debe ser, de acuerdo con aquellos principios y reglas de la LRPA, más generoso con la libertad que el que se emplea con un adulto en la Ley 18.216. De modo que la comparación con la situación del adulto no asegura que se esté tratando desigual lo desigual (mejor al adolescente que al adulto, frente a la posibilidad de beneficiarse con una alternativa no privativa de libertad), sino apenas que no se esté tratando peor a quien se debía tratar mejor. En casos extremos, el Art. 26, inc. 2º, LRPA, será un resguardo. Para los demás casos, precisamente está el principio del Art. 26, inc. 1º, LRPA, y los demás principios que –como aquél- brindan una protección reforzada a la libertad del adolescente.

Como corolario de esta concepción que aplica la prohibición de perjuicio a los casos en que hay un nivel de culpabilidad semejante, debe descartarse la tesis que pretende aplicar la regla del Art. 26, inc. 2º, LRPA a las hipótesis en que al co-autor o simplemente co-partícipe se le concedió el beneficio, por el sólo hecho de que se trata del “mismo” hecho, con identidad fáctica (y no jurídico-valorativa); pues en tales casos, es perfectamente posible que el adolescente tenga mayor culpabilidad que el adulto, caso en el cual no hay discriminación negativa al excluirlo de la posibilidad de acceder a medidas alternativas que son susceptibles de aplicarse al adulto con menor culpabilidad que él, por ejemplo, si éste actuó con imputabilidad o exigibilidad disminuida, o en particular con una pluralidad de atenuantes que no benefician al adolescente (para qué decir si lo hizo con una forma de participación subordinada –complicidad- a la del adolescente autor)⁴⁶.

⁴⁶ No se puede compartir, por ello, la tesis de **Medina**, (2008:11), cuando considera al art. 26, inc. 2º, “una regla extraordinaria de restricción de la procedencia de privación de libertad para el infractor, que impide la aplicación cuando existen partícipes adultos y menores sancionados por el mismo hecho, y no se condena a una privativa de libertad al adulto”, añadiendo que, si bien la extensión de la regla no es clara “dado el carácter extraordinario de la privación de libertad para menores parece ser irrelevante que al adulto se le sancione por un grado menor de participación en el hecho y al menor como autor, la regla del artículo 26 LRPA sería preferente y excluiría de todos modos la aplicación de una pena privativa de libertad, bastando acreditar la identidad del hecho atribuido a los distintos partícipes”. En cambio, es correcta en sus resultados (aunque por razones ligeramente distintas), la conclusión **Horvitz** (2006), en el sentido de que “Por consiguiente, **bajo ningún supuesto** podrá aplicarse judicialmente la pena de internación en régimen cerrado o semicerrado de privación de libertad... cuando la pena aplicable no supere los cinco años de duración y el condenado cumpla con los requisitos exigidos por la Ley 18.216 para poder acceder a alguna de las medidas alternativas que dicho cuerpo legal contempla. Así, por ejemplo, si la duración de la pena aplicable cae en el ámbito de las reglas 2ª, 3ª ó 4ª del artículo 23 LRPA y el condenado reúne los requisitos de la Ley 18.216, el juez deberá optar por cualquier otra pena que no sea la internación en régimen cerrado o semicerrado, con programa de reinserción social”; sin embargo, agotar el análisis ahí deja subsistente el riesgo de una inferencia mecánica de la regla inversa: si no se dan los

¿Cuándo tiene el adolescente un grado de culpabilidad equivalente al adulto? Algunas precisiones necesarias

Un matiz importante debe hacerse respecto de la “equivalencia” entre el grado de culpabilidad del adolescente con una extensión de pena del tramo segundo del Art. 23 LRPA y el adulto candidato a la libertad vigilada. Esa equivalencia no siempre se dará por el simple hecho de que el adolescente tenga una pena de la extensión de 3 años y un día a 5 años, pues uno de los efectos de la rebaja en un grado dispuesta por el Art. 21 LRPA, es que tiende a asimilar delitos de gravedades muy diversas, dado que dicha rebaja, al calcularse a partir del grado mínimo asignado al delito en el CP, ya no es capaz de reflejar los distintos grados máximos que aquellos delitos tenían asignados. Así, terminan en el mismo tramo segundo del Art. 23 (si bien, algunos en el *mínimum* y otros en el *máximum*) un robo con fuerza en lugar destinado a la habitación con una atenuante y sin agravantes, un homicidio simple con una agravante y sin atenuantes, y un robo con violencia con tres agravantes y una atenuante, a pesar de que los adultos habrían recibido penas muy diversas por esos delitos⁴⁷, que reflejarían también grados diversos de culpabilidad por el hecho. Este efecto igualador, que oculta los diversos grados de culpabilidad por el hecho, se exagera si se trata de un adolescente menor de 16 años, donde también un homicidio calificado o un robo con homicidio, en relación con los cuales su culpabilidad por el hecho ciertamente será mayor, de todos modos se agruparán en el tramo segundo del Art. 23 LRPA. De modo que ya no podrá afirmarse, en todos esos casos indistintamente, que se da el presupuesto – culpabilidad equivalente- que exige dar al adolescente un trato similar al del adulto, en términos de una posibilidad también equivalente de acceder a una medida no privativa de libertad.

Aún así, respecto de todos los ejemplos señalados, sigue quedando abierta para el tribunal la posibilidad de escoger para el adolescente la sanción no privativa de libertad. Pero ello ya no es por efecto de la prohibición de perjuicio en comparación con el adulto, sino de la propia regulación de los Arts. 23, 24 y 26, inc. 1º (principio de excepcionalidad de la privación de libertad) de la LRPA.

¿Tiene la regla del Art. 26, inc. 2º, un efecto limitador autónomo? La cuestión de la ponderación.

A estas alturas, entonces, cabe preguntarse de si acaso la prohibición de perjuicio, del Art. 26, inc. 2º, LRPA tiene algún efecto propio, limitador del

requisitos de dicha Ley no se podría imponer al adolescente libertad asistida, inferencia que – como se indicó en el texto principal- no se haría cargo de los principios y reglas autónomos de la LRPA, que le dan al adolescente un derecho reforzado a la protección de su desarrollo e inserción social, del que se desprende que la preferencia por sanciones en el medio libre (una apuesta a favor del adolescente y de su inserción social) debería mantenerse incluso en algunos casos en que al adulto, en aplicación de los criterios de la Ley N° 18.216, no se le habría concedido la medida alternativa.

⁴⁷ Presumiblemente, 5 años y un día, 10 años y un día y 15 años y un día de presidio, respectivamente.

empleo de la privación de libertad, o si acaso en cualquier hipótesis imaginable es superada por la regulación que deriva de las demás reglas (Arts. 23 y 24) y principios (Art. 26, inc.1º) de la LRPA. Pues si el efecto de la prohibición de perjuicio es que respecto de los hechos por los cuales el adolescente tiene un grado de culpabilidad equivalente a la del adulto (que es candidato potencial a la libertad vigilada) debe dejarse abierta la posibilidad de acceder a la alternativa no privativa de libertad, siempre que razones preventivo-especiales apoyen preferir esa sanción a una de internación, entonces es dudoso que esa regla agregue algo a lo que ya se desprende de las demás disposiciones relevantes de la LRPA. Pues lo cierto es que, sin necesidad del Art. 26, inc. 2º, LRPA, esa opción la mantiene de todos modos el adolescente. Más aún, incluso la mantiene en casos en los que la prohibición de perjuicio no vendría en su auxilio (cuando su culpabilidad por el hecho es mayor que la del adulto candidato a la libertad vigilada).

Pero si se examina el asunto con más detención, la prohibición de perjuicio, esto es, la asimilación del adolescente con un grado de culpabilidad equivalente, al adulto que es (en atención a su grado de culpabilidad por el hecho) objetivamente candidato potencial a la libertad vigilada, sí tiene un efecto limitador propio, que no deriva claramente de las reglas de los Arts. 23, 24 y 26, inc. 1º, LRPA. Es decir, el estatuto de la Ley N° 18.216, para la libertad vigilada, es, en un aspecto relevante, más ventajoso de cara a la opción de acceder a la medida alternativa, que el estatuto de la LRPA en relación con la posibilidad de acceder a la libertad asistida; de modo que la prohibición de perjuicio en situaciones comparables (un grado de culpabilidad equivalente) sí tendría un efecto limitador del recurso a la privación de libertad, autónomo, no derivable de las restantes reglas y principios de la LRPA. Pero este efecto –es importante advertirlo desde ya– sólo puede afirmarse respecto de los adolescentes que efectivamente tienen un grado de culpabilidad equivalente con el adulto potencialmente candidato a la medida alternativa, y no respecto de aquellos que quedan asimilados en tramo penal, pero cuya culpabilidad es mayor.

Ese efecto autónomo se comprenderá mejor si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones. En relación con el estatuto de la LRPA, debe recordarse que el principio de excepcionalidad de la privación de libertad obligaba, por ejemplo en el tramo segundo del Art. 23 LRPA, a ponderar la importancia relativa que tenían las necesidades preventivo-generales de una pena severa (de internación) con los costos que esa sanción probablemente tendría para la inserción social del adolescente (así como para su desarrollo y sus derechos), es decir -simplificando un poco el punto en torno a las puras variables preventivas- obligaba a ponderar las mejores perspectivas preventivo-especiales de la libertad asistida con las ventajas preventivo-generales de la internación. En cambio, de acuerdo con el estatuto de la Ley N° 18.216, respecto del adulto que es candidato potencial a la libertad vigilada, la posibilidad de concederle esta medida alternativa no depende de que, en el caso concreto, tras una ponderación, el interés en la prevención especial prevalezca por sobre las necesidades preventivo-generales, sino que depende

únicamente de una valoración autónoma del pronóstico preventivo especial: en efecto, el adulto condenado a una pena de entre tres años y un día y cinco años de presidio, que cumpla con los requisitos objetivos de la libertad vigilada, tiene derecho a que se privilegie a su respecto el interés preventivo-especial, a través de esa medida alternativa, por el simple hecho de que sus antecedentes sociales y personales "permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado" (Art. 15 Ley N° 18.216), sin necesidad de examinar si, pese a ello, las necesidades preventivo-generales del caso – dependientes de la gravedad relativa del hecho– pesan más que el interés preventivo-especial favorable a la aplicación de la medida alternativa.

Así, la prohibición de perjuicio al adolescente, en comparación con el adulto, del Art. 26, inc. 2° LRPA, exigiría que un adolescente con un nivel de culpabilidad por el hecho equivalente al del adulto de este ejemplo (que, hay que insistir, no es todo aquél adolescente que quede en el tramo segundo del Art. 23 LRPA), sea objeto de una sanción de libertad asistida cuando sus antecedentes sociales y personales también "permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado", sin entrar a examinar la importancia relativa de la necesidad preventivo-general planteada por el delito que cometió.

Para ejemplificar este efecto de la prohibición de perjuicio, un adolescente autor de un robo con fuerza en lugar destinado a la habitación (cuya culpabilidad es equivalente a la de un adulto con pena de 3 años y un día a cinco años de presidio), que cumpla con los requisitos objetivos de la libertad vigilada de adultos, y cuyos antecedentes sociales y personales "permitan concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario...." (lo que casi por definición será el caso, más aún si se tiene en cuenta la preferencia y la "apuesta" de la CDN y la LRPA a favor de insertar socialmente a los adolescentes preferentemente a través de medidas en el medio libre), debe ser objeto de la sanción de libertad asistida, sin necesidad de someter el claro interés preventivo-especial en juego con ninguna consideración relativa a la gravedad del hecho y la necesidad de una pena eficaz para la prevención general. Lo propio debería concluirse en otros casos de culpabilidad equivalente, que estarán típicamente constituidos por los delitos respecto de los cuales el adulto probablemente sería sancionado con una pena que se encuentre dentro del grado mínimo del presidio mayor, como, por ejemplo un robo con intimidación con dos atenuantes y una agravante, o un homicidio simple con una atenuante y ninguna agravante; esos hechos, cometidos por un adolescente con culpabilidad disminuida (en un grado, según la valoración de la LRPA), deben estimarse equivalentes a los delitos que al adulto le harían candidato a la libertad vigilada: respecto de esos hechos, entonces, el adolescente tiene derecho a que sus posibilidades de acceder a una alternativa no privativa de libertad se valoren exclusivamente en su mérito preventivo-especial, sin atender a un supuesto interés preventivo-general en una sanción más severa.

Por lo demás, como podrá apreciarse a estas alturas, ése es el único efecto razonable que podría tener la regla del Art. 26, inc. 2º, LRPA. Sin reconocerle ese efecto, se la estaría dejando sin aplicación práctica, pues ya se explicó que la posibilidad de acceder a la alternativa ambulatoria cuando una ponderación hace prevalecer el interés preventivo-especial por sobre el interés preventivo-general, se desprende directamente de los Arts. 24 y 26, inc. 1º, LRPA, siendo superflua para ello la regla del inciso 2º del mismo Art. 26. Y no puede presumirse que el legislador estableció esta regla sin que ella estuviere destinada a producir algún efecto.

Lo anterior ciertamente no implica que, respecto de los delitos de tramo segundo del Art. 23 LRPA por los cuales la culpabilidad del adolescente sea mayor que la del adulto candidato a la libertad vigilada, no deba tomarse en serio y dejarse abierta para el adolescente la posibilidad de privilegiar el interés preventivo especial a través de la libertad asistida. El punto es que, en tal caso, será inevitable una ponderación en los términos señalados en el apartado anterior, entre la importancia relativa que tiene satisfacer las (elevadas) necesidades preventivo-generales de una pena severa (la internación) y los costos probables que esa pena impondrá al interés en la inserción social del adolescente (prevención especial positiva), así como a su desarrollo y sus derechos.

BIBLIOGRAFIA

Albrecht, Hans-Jörg (2002), *Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag*, Verlag C.H. Beck, Berlin, Alemania.

Albrecht, Peter-Alexis (1993), *Jugendstrafrecht*, 2ª edición, verlag C.H. Beck, München, Alemania.

Albrecht, Peter-Alexis (1990), *El Derecho Penal de Menores*, traducción de Juan Bustos, PPU, Barcelona.

Alexy, Robert (2002) *Teoría de los Derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Alexy, Robert (2004) *Epílogo a la Teoría de los Derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid.

Beccaria, Cesare (1998), *De los delitos y de las penas*”, Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid,

Boldova Pasamar, Miguel Angel (2007), “El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho penal de los Menores tras la Ley Orgánica 8/2006, de

4 de diciembre”, en Barreiro, Jorge Agustín y Feijoo Sánchez, Bernardo (Eds.), *Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva Interdisciplinar, ¿qué hacer con los menores delincuentes?*, Atelier, Barcelona.

Burscheidt, Ulrike (2000), *Das Verbot der Schlechterstellung Jugendlicher und Heranwachsender gegenüber Erwachsenen in vergleichbarer Verfahrenslage*, Nomos, Bade-Baden, Alemania.

Bustos, Juan (2007), *Derecho penal del Niño-Adolescente. Estudio de la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*, Editoriales Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile.

Chan Mora, Gustavo (2007), *Adultocentrismo y Culpabilidad Penal Juvenil*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica.

Cillero, Miguel (2008), *Consideraciones para la aplicación del Criterio de Idoneidad en la Determinación de las Sanciones en el Derecho Penal de Adolescentes Chileno*, Documento de Trabajo N° 13, Abril 2008, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Santiago, Chile.

Couso, Jaime (2009), *El principio de excepcionalidad de la privación de libertad en el Derecho penal de adolescentes. Perspectiva comparada*, artículo inédito.

Couso, Jaime (2007a), *Principio educativo y (re)socialización en el Derecho penal juvenil*, en *Justicia y Derechos del Niño*, número 9, Unicef, Santiago, Chile.

Couso, Jaime (2007b), “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso”, *Rev. derecho (Valdivia)*, dic. 2007, vol.20, no.2, pp.147-172.

Couso, Jaime (2006), *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Cruz Márquez, Beatriz (2006), *Educación y Prevención general en el Derecho Penal de Menores*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, España.

Eisenberg, Ulrich (2006), *Jugendgerichtsgesetz*, 11ª Edición, Verlag C.H. Beck, München, Alemania.

Feld, Barrie (1999), *Bad Kids. Race and the transformation of the Juvenile Court*, Oxford University Press, New York – Oxford.

Fernández Molina, Esther, (2008), *Entre la Educación y el Castigo. Un análisis de la Justicia de Menores en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, España.

González Cussac, José L., y Cuerda Arnau, Ma Luisa (2002), “Derecho penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, en

González Cussac, José Luis y Tamarit Sumalla, Josep María, *Justicia Penal de Menores y Jóvenes* (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación), Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Hodgkin, Rachel y Newell, Peter (2007), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a edición completamente revisada, Unicef, Ginebra, Suiza.

Horvitz, María Inés, (2006), *Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y procedimiento aplicable*, Documento de Trabajo N° 1/2006, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Santiago, Chile.

Lastra de Inés, Almudena (2005) "Análisis Legal y Reglamentario de las Medidas Privativas de Libertad. Especial consideración a las condiciones de internamiento en Centro Cerrado", en Pantoja, Félix (Director), *La Ley de Responsabilidad Penal del Menor: Situación Actual*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXV-2005, Consejo General del Poder Judicial.

Llobet, Javier (2002), "Principios de la fijación de la sanción penal juvenil", en Llobet, J., Tiffer C. y Dünkel, F., *Derecho Penal Juvenil*, DAAD, San José de Costa Rica.

Medina, Gonzalo (2008), *Sobre la determinación de pena y el recurso de nulidad en la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente*, Documento de Trabajo N° 14, Mayo de 2008, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago, Chile.

Schüler-Springorum, Horst (1995), "Kriminalprognose und Vertrauen", en J.M. Häußling/R. Reindl (Directores), *Sozialpädagogik und Strafrechtspflege. Gedächtnisschrift für Max Busch*, Pfaffenweiler, Alemania.

Strobel, Sonia (2006), *Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke*, Shaker Verlag, Aachen, Alemania.

Terradillos Basoco, Juan M. (2004), "Responsabilidad penal de los Menores", en Ruiz Rodríguez, Luis Ramón y Navarro Guzmán, José Ignacio (Coordinadores), *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Tiffer, Carlos (2004), *Ley de Justicia Penal Juvenil Comentada y Concordada*, 2ª Edición, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica.

Tiffer, Carlos (2002), "Principio de proporcionalidad y sanción penal juvenil", en Llobet, J., Tiffer C. y Dünkel, F., *Derecho Penal Juvenil*, DAAD, San José de Costa Rica.