

# LA POLÍTICA CRIMINAL PARA ADOLESCENTES Y LA LEY 20.084\*

JAIME COUSO SALAS\*\*

## Introducción

Una primera versión de este trabajo —inédita, pero con alguna circulación en instancias de capacitación judicial y de defensores— fue preparada poco después de aprobarse la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA), N° 20.084. En esa ocasión planteé que los cambios sufridos por el texto durante su tramitación, si bien daban cuenta de diversas “sensibilidades” políticas en torno a la respuesta que el Estado debe dar a la criminalidad de los menores de edad, no podían ser reconducidos a enfoques político-criminales explícitamente antagónicos, de modo que era posible interpretar y aplicar la nueva ley a partir de una cierta definición de la **política criminal para adolescentes**, en torno a la cual parecía haber un acuerdo bastante amplio, si bien algunas de las soluciones plasmadas en el texto definitivo de la ley eran inconsistentes con ella. Hoy, en cambio, tras la reforma introducida a última hora a la LRPA —semanas antes de su entrada en vigencia—, a través de la Ley N° 20.191, y teniendo en cuenta la polémica tramitación de esa reforma, cuestionada por un amplio grupo de parlamentarios como inconstitucional —y, en cualquier caso, contraria a los principios que inspiraron a la LRPA—, no estoy en condiciones de seguir afirmando que contemos con ese amplio acuerdo de política criminal de adolescentes.

Por ello, y si bien el objetivo de este trabajo sigue siendo —como en su primera versión— ofrecer una lectura político-criminal de la LRPA, a partir de un modelo de *Derecho penal mínimo de adolescentes*, ahora tengo que advertir más claramente que esta lectura no necesariamente expresa un acuerdo político amplio y profundo y, seguramente, es vista con distancia y escepticismo por algunos. Sigo creyendo, con todo, que es la lectura que mejor se hace cargo de la historia de la ley, de los principios constitucionales y de derecho internacional de derechos humanos que rigen en la materia y de los objetivos que explícitamente se tuvieron en cuenta durante su tramitación.

Así, en este trabajo me propongo explicar las notas fundamentales de este modelo político-criminal, dando cuenta de la forma como se expresa en la LRPA. Para ello, en primer lugar, recordaré sintéticamente sus antecedentes históricos inmediatos, que

---

\* El presente artículo fue difundido como Documento de Trabajo N° 12 de la Unidad de Defensa Penal Juvenil (UDPJ) de la Defensoría Penal Pública de Chile, en el mes de marzo de 2008. UNICEF agradece a la Defensoría Penal Pública de Chile el poder hacer uso de este artículo.

\*\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales.

deben buscarse en la crisis del modelo que le antecedió en Chile, y prácticamente en todo occidente: el de la Justicia tutelar (I). En seguida, comenzaré a caracterizar el Derecho penal mínimo de adolescentes a partir de la forma como deben enfrentarse los objetivos garantistas y preventivos, en el marco de un Estado de Derecho y, en particular, bajo la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta además algunas experiencias del derecho comparado (II). En particular, ofreceré una propuesta más diferenciada que lo habitual acerca de la manera que un sistema de derecho penal mínimo de adolescentes debe hacer frente a diversos tipos de criminalidad, que plantean necesidades y ofrecen oportunidades, bastante diferentes entre sí (III). Concluiré refiriéndome a algunas de las instituciones de la nueva LRPA que expresan este modelo político-criminal, sin dejar de señalar algunas de las que entran en tensión con él (IV).<sup>1</sup>

## I. Fundamentos históricos de la reforma

### Origen de la justicia tutelar

La reforma que crea el sistema penal de adolescentes tiene como antecedente inmediato la crisis del sistema tutelar de menores.

El sistema tutelar se origina con la creación de los tribunales de menores y la organización de las instituciones correccionales y de protección que se ponen a disposición de éstos. La primera expresión histórica de estos tribunales se encuentra en Estados Unidos de América, con la creación en 1899 del primer tribunal de menores en la ciudad de Chicago (en el estado de Illinois). En su origen, la creación del sistema tutelar se basa en dos tipos de argumentos (Platt, 1982):

1. El argumento humanitario, según el cual se consideraba injusto el tratamiento de los menores de cierta edad bajo las reglas del Derecho penal, y su encierro en cárceles de adultos, siendo que los niños no eran responsables de los delitos que cometían, dado que no tenían la capacidad de los adultos para comprender las prohibiciones penales y para resistir los condicionamientos al delito, situados normalmente en el contexto de vida en que actuaban y no en una “decisión libre” de conducirse en forma delictiva.
2. El argumento criminológico-correccionalista, según el cual la respuesta penal convencional respecto de los niños que cometían delitos era ineficaz, pues no se hacía cargo de las causas de su actividad delictual. La criminología de la época (positivista) se autoproclama en condiciones de identificar los factores criminógenos de la delin-

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha concentrado en las salidas alternativas y sanciones de la LRPA, y no ha podido ocuparse, en cambio, de analizar los procedimientos establecidos por la LRPA (o, mejor dicho, de las pocas modificaciones introducidas a los del CPP), para examinar si son adecuados para el logro de los objetivos del Derecho penal mínimo de adolescentes; sobre esta cuestión, véase Duce (2004).

cuencia infantil, que se encontrarían precisamente en el entorno familiar y microsociedad de su conducta; típicamente, en los problemas asociados a la marginalidad urbana de las ciudades industrializadas (como Chicago): desempleo, hacinamiento, abuso y negligencia parental respecto de los niños, alcoholismo, prostitución y promiscuidad sexual, pérdida de valores morales y religiosos, etc. Además, el correccionalismo plantea la posibilidad de intervenir sobre esos factores, fundamentalmente por medio de aislar al niño delincuente o “predelincente” (quien ya presenta algunos de esos factores criminógenos pero aún no ha comenzado la actividad delictual) de los factores ambientales del crimen (como a un enfermo: paradigma médico), internándolo en instituciones especialmente creadas para él, en las cuales se le ofrecería el remedio físico (cuidados y actividad recreativa y laboral de tipo física) y moral (educación moral, cívica y religiosa) para educarlos rectamente. Una variante predilecta para el correccionalismo antiurbanista son los internados en el campo, en los que se educaba a los niños en las virtudes del trabajo manual-agrícola y en los valores de la vida sencilla del campo.

A partir de la creación del sistema tutelar, que se extiende por prácticamente todos los continentes con enorme y muy rápida adhesión política, la Justicia de Menores desarrolla sus instituciones bajo dos vertientes paralelas, que a veces, sin embargo, se cruzan entre sí en diversas experiencias históricas (Zimring, 2002):

- 1.** La corriente despenalizadora, para la cual el foco de la nueva justicia de menores debe ser evitar el paso de los niños por el sistema penal, reenviando a los niños a los espacios normales de socialización; esta corriente no se interesa tanto por qué debe hacerse con los niños delincuentes como por lo que no debe hacerse con ellos: encarcelarlos y reprimirlos penalmente.
- 2.** La corriente intervencionista, para la cual —sin perjuicio de sacar a los niños del sistema penal (de adultos)— el foco debe estar en la actividad correccionalista y educativa que las nuevas instituciones especiales para los menores deben desarrollar para revertir las influencias criminógenas que han recibido (el tratamiento). Bajo su amparo se multiplican las instituciones de corrección o rehabilitación, preferentemente en régimen de internación que, en muchos casos, a poco andar terminan pareciéndose dramáticamente a las cárceles, provocando desilusionadas críticas en algunos de los antiguos promotores de la creación de los tribunales de Menores (Platt, 1982).

En el caso de Chile, como otros países latinoamericanos, la vertiente correccionalista encuentra una expresión mucho más claramente vinculada con las cárceles. El Reglamento de la primera Ley de Menores chilena (la Ley 4.447, de 1928), junto con crear los tribunales de menores y (al menos nominalmente) las “Casas de Menores” y los “establecimientos especiales de educación” para proteger a los menores delincuentes y los que se encuentren en peligro material o moral, establece que mientras no se establezcan

efectivamente esas instituciones, harán las veces de tal las secciones especiales de las cárceles (de adultos), con lo cual en buena medida se impone —y dramáticamente— la vertiente correccionalista, sin perjuicio del uso más o menos despenalizador que algunos jueces hagan de las facultades que la Ley de Menores les ofrecía.

## Notas distintivas del “modelo puro” de justicia de menores

El modelo de justicia que surge de las leyes de menores, en su versión “pura”, se puede caracterizar muy sintéticamente por las siguientes notas:

**1. Presupuesto material de la intervención:** viene definido por la “desviación” entendida en forma muy amplia, esto es, abarcando hechos delictivos, problemas conductuales no delictivos (las *status offenses* del derecho angloamericano) e incluso por ciertos problemas de desprotección de la infancia (“peligro material o moral”, en la denominación de la Ley de Menores chilena). En América Latina, todos esos problemas han sido agrupados, con frecuencia, bajo la noción de “situación irregular” o “irregularidad social”.

De esta forma, este sistema de justicia se distancia radicalmente del principio de legalidad de la justicia penal, que circunscribe como presupuesto de su intervención los hechos que pueden ser subsumidos en las tipificaciones penales de la ley, las que por mandato constitucional deben ser precisas y determinadas, e interpretadas en forma restrictiva por los tribunales en caso de dudas sobre su alcance.

**2. Consecuencia jurídica a imponer:** con diversas denominaciones (medida de “protección”, “reforma”, “corrección”), se trata de una medida orientada a superar las causas de la desviación o irregularidad manifestada por el niño o adolescente. Se entiende como una respuesta a las causas del problema (la irregularidad individual, familiar y social del menor) y no al síntoma del mismo (delito cometido por el niño, maltrato o abandono sufrido por el niño, problemas conductuales, etc.), y por ello se exige que sea adecuada para actuar sobre esas causas y no, en cambio, proporcionada a la manifestación externa del problema: si se trata de un hurto, un homicidio, o de deserción escolar, no es lo que importa, sino cuáles son los problemas individuales, familiares o sociales que inciden en la conducta del niño o adolescente. La medida debe ser definida en forma individualizada en atención a esas dimensiones de la situación del menor. Además, al momento de su imposición por el tribunal, debe tratarse de una medida indeterminada en el tiempo, y cuya duración sólo se decidirá después, en el camino, según los efectos que produzca en la rehabilitación, reeducación o corrección del menor.

Con ello, este sistema de justicia se distancia también de los principios de proporcionalidad, de culpabilidad y de igualdad, conforme a los cuales la respuesta al delito

debe ser proporcional a la lesividad de la conducta y a la culpabilidad del autor por el hecho, debiendo ser la misma para diversos autores con igual grado de culpabilidad por el mismo injusto penal, con independencia de las cualidades adscritas de los sujetos (su situación socioeconómica, su supuesta “peligrosidad”, etc.).

- 3. Forma del proceso:** en este modelo de justicia se tratará de un proceso sin contradicción entre partes ni forma de juicio, originalmente llevado a cabo ante jueces legos, sin las formalidades propias de la justicia penal. El presupuesto doctrinario e ideológico es que todos los intervinientes en el proceso participan en él buscando lo más conveniente para el menor, de modo de no apreciarse en él una contienda a resolver. El abogado defensor del menor debe excluirse pues representa un estorbo para la finalidad de la búsqueda de la verdad sobre las condiciones de vida y la conducta del niño, introduciendo además la lógica del silencio y del cálculo de conveniencia, siendo que lo que se necesita es la máxima apertura y sinceridad en el niño, para que todas las circunstancias de su conducta y de su vida y entorno sean tenidas en cuenta al escoger la mejor solución a su problema de irregularidad.

De esta forma, la justicia de menores se aparta de los principios de jurisdiccionalidad (decisión del asunto ante un tribunal de derecho, imparcial) y de debido proceso (que exige contradictoriedad y defensa, entre otras importantes garantías).

## Crisis de la justicia de menores

La justicia de menores entra en crisis, primero en Estados Unidos y en Europa, por dos órdenes de razones:

- 1. Crisis constitucional:** la sentencia Gault en 1967, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, plantea que la facultad de los jueces de menores de decretar medidas privativas de libertad (en el caso Gault, en una escuela industrial correccional, hasta que el menor llegara a la mayoría de edad) violaba la garantía constitucional del debido proceso, dado que permitía imponer medidas en gran medida semejantes a las penas, sin las garantías que el Estado debe ofrecer a quienes son perseguidos penalmente: notificación de los cargos al imputado, derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, defensa jurídica, posibilidad de presentar pruebas y de contrainterrogar a los testigos de la acusación. Por razones similares, el Tribunal Constitucional español declaró contrario a la garantía constitucional del debido proceso el Art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de ese país, muy similar a la Ley de Menores chilena (actualmente, la Ley 16.618, de 1967). Por ello, una de las razones de la reforma, en la Exposición de Motivos del Presidente de la República al enviar el Proyecto de LRPA, fue que la actual legislación de menores tenía problemas de constitucionalidad.

**2. Crisis de eficacia:** la justicia de menores nace, por lo menos en su vertiente correccionalista, ligada a la promesa de que con sus instituciones especiales para menores lograría hacer frente a la delincuencia de menores, atacando sus causas de raíz. Sin embargo, las instituciones correccionales, lejos de rehabilitar fueron acusadas (con base en estudios empíricos) de generar más delincuencia, por efecto del desarrollo de culturas carcelarias y por el impacto desocializador de la prisión, que disminuían las posibilidades de los niños y adolescentes de llevar a su egreso una vida sin delitos y, por el contrario, en no pocos casos incidían en el inicio de carreras delictuales. Además, su retórica de la protección, que oculta el verdadero carácter punitivo de las medidas que impone (sobre todo de las de encierro), terminaba produciendo una sensación de impunidad de los “menores inimputables” sometidos tan sólo a “medidas de protección”, cuyo carácter punitivo no era visible para el público.

## **II. Objetivos político-criminales del sistema penal de adolescentes en un Estado de Derecho y bajo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)**

Considerando las razones de la crisis del sistema tutelar, en un Estado de Derecho, y bajo los principios y normas de la CDN, el sistema penal de adolescentes debe cumplir con dos importantes objetivos, que en alguna medida entran en tensión entre sí:

- 1.** Proteger los intereses individuales y sociales más importantes, por su vinculación con los derechos humanos de las personas, esto es, los “bienes jurídicos”, previniendo los delitos que atentan en contra de esos intereses, por medio de las sanciones y salidas procesales adecuadas para ello.
- 2.** Limitar la intervención penal en contra de los adolescentes, por medio de garantías derivadas de sus propios derechos humanos.

### Límites garantistas a la intervención punitiva sobre los adolescentes

Las garantías penales y procesales que limitan la intervención penal respecto de los adolescentes se pueden clasificar en: generales y especiales para los adolescentes.

El reconocimiento de ambos tipos de garantías parte del siguiente presupuesto teórico-político: la afirmación del carácter negativo de la sanción, según lo cual, más allá de las intenciones institucionales o personales de quienes ordenan su imposición o intervienen en su ejecución, las sanciones son para quien las recibe, desde el punto de vista de sus derechos, un mal, una restricción de derechos no elegida por él. Por eso tiene derecho a los límites que las garantías oponen al Estado que intenta imponer tales sanciones. También son un mal, por las mismas razones, el sometimiento del imputado a un proceso penal y la imposición de las medidas cautelares que el proceso a veces hace necesarias.

A continuación se repasan de forma sintética estas garantías generales y especiales, poniendo el acento en las que diferencian al sistema de justicia penal de adolescentes de los sistemas de justicia tutelar de menores que le antecedieron casi en la totalidad de los países que lo han implementado.

### Garantías generales:

- **Principio de legalidad de las penas:** sólo puede perseguirse la responsabilidad de un adolescente por la comisión de hechos que están descritos en la ley como delitos (prohibición de las sanciones a los estados o formas de vida, como la “situación irregular”, los “desajustes conductuales”, etc.); además, al autor de un delito sólo puede imponerse la sanción contemplada por la ley. Complementa a este principio el principio de jurisdiccionalidad, según el cual sólo el tribunal competente para ello puede decidir que se cometió el delito imputado por el adolescente, por medio de una sentencia dictada tras un juicio justo, respetuoso del debido proceso; y sólo de esa manera se especificará la naturaleza y duración de la sanción, dentro del marco establecido por la ley.
- **Principio de necesidad y de intervención mínima:** dado que la sanción es un mal (como lo es el proceso), debe emplearse únicamente cuando sea indispensable y en la medida indispensable. Consecuencia de ello es el **principio de proporcionalidad:** la medida de sanción necesaria depende de la importancia relativa del bien jurídico afectado (por ejemplo, más importante es para el derecho penal, la vida que la propiedad) y de la gravedad del tipo de atentado cometido en contra de ese bien jurídico (más grave es un delito consumado que una tentativa de delito; más grave es cometer el delito con intención, que hacerlo sólo por imprudencia).
- **Principio de culpabilidad:** sólo puede imponerse una sanción al autor del delito que contaba con suficientes posibilidades de elegir no cometerlo; y la sanción debe ser menor para quien contaba con menores posibilidades, pues su conducta estaba más condicionada por factores externos a su voluntad. Así, por definición, las sanciones para adolescentes deben ser menores que para los adultos, pues en general más condicionada está su conducta, tanto por la fase vital en que se encuentran (menor madurez, vinculada por ejemplo a menor posibilidad de comprender el valor social de ciertos bienes jurídicos, o de controlar sus impulsos), como por las menores competencias sociales con que cuentan (por ejemplo, para satisfacer sus necesidades por medios legítimos). Pero, además, dentro del grupo de los adolescentes, quienes cometen el delito bajo mayores condicionamientos sociales, familiares o individuales, menor culpabilidad tienen, y menor pena merecen: las desventajas y dificultades justifican una menor intervención penal (y no una mayor, como ocurre bajo el pensamiento criminológico-correccionalista del sistema tutelar).

## Garantías especiales de los adolescentes: principio de especialidad del sistema penal de adolescentes

La CDN reconoce el derecho de los menores de edad, imputados de cometer un delito, a una respuesta penal especial, distinta de los adultos. Concretamente, los menores de edad tienen derecho:

- A una respuesta cualitativamente diferente de la de los adultos: orientada especialmente a la integración social, que considere en forma amplia la posibilidad de salidas alternativas al proceso y a la sanción (Art. 40 CDN).
- A una respuesta cuantitativamente menos aflictiva: la privación de libertad se puede considerar sólo como último recurso y por el tiempo más breve que proceda (Art. 37 CDN).
- A especiales garantías durante la ejecución de las sanciones, especialmente durante la ejecución de penas privativas de libertad (se deduce del principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos, lo que implica resguardos especiales en situación de encierro, que naturalmente hace más difícil el ejercicio de muchos de ellos; Art. 2 CDN, en relación con todos los demás artículos que en ella reconocen derechos).
- A que se fije una edad por debajo de la cual no se impondrá ninguna sanción —especial o no— (Art. 40.3 CDN).

### Prevención delictual y sistema penal de adolescentes

Por lo que respecta a la prevención delictual —para la protección de los bienes jurídicos merecedores de protección penal—, el **Derecho penal mínimo de adolescentes** opera sobre una primera distinción, entre los casos que pueden y deben ser objeto de una estrategia despenalizadora y los que demandan alguna intervención penal, si bien dentro de este segundo grupo será necesario hacer ulteriores distinciones.<sup>2</sup> Así, este modelo de política criminal de adolescentes se propone:

1. En primer lugar, priorizar las alternativas al proceso y a la sanción, para evitar sus efectos desocializadores, remitir el asunto —cuando sea necesario— a instancias que puedan elaborarlo en forma desjudicializada (Art. 40.3, b, CDN),<sup>3</sup> sin el empleo de los instrumentos procesal-penales y penales, ya sea a través de soluciones reparatorias para la víctima, ya mediante la remisión del adolescente a las instancias de apoyo social (y terapéutico, si es el caso) normales, para promover su inserción social, lo

<sup>2</sup> Cfr. infra, sección III.

<sup>3</sup> “3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: ...b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.



que debe intentarse sobre todo a través del principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del procedimiento.<sup>4</sup>

2. En forma subsidiaria, responder penalmente en casos de delitos más graves, en los cuales la víctima no acepte la reparación, preferentemente por medio de sanciones (y medidas cautelares) no privativas de libertad (Art. 40.4 CDN)<sup>5</sup> y sólo como último recurso, mediante sanciones privativas de libertad, sujetas a revisión y sustitución, cuando su efecto desocializador así lo haga necesario, o a término anticipado, cuando su prolongación ya no sea necesaria para los objetivos tenidos en cuenta al imponerla.

## Prevención, sanción y fines de la pena

La importancia que se asigna a la prevención especial en el Derecho Penal de adolescentes suele provocar confusiones respecto de la naturaleza punitiva de las consecuencias jurídicas impuestas por la justicia penal de adolescentes y sobre el fundamento de la decisión de sancionar.<sup>6</sup> La aparentemente trivial afirmación de que el Derecho penal de adolescentes es *Derecho penal* (Albrecht, 1993), a la que hay que asociar un reconocimiento del carácter aflictivo —negativo para el que la sufre— de la sanción penal de adolescentes, es un punto de partida sin el cual no se entendería la exigencia de garantías de naturaleza penal (principio de legalidad penal, debido proceso con estándares procesal-penales, etc.). Por ello, no está de más insistir en ciertas definiciones fundamentales a este respecto.

### Naturaleza de la sanción

La sanción es definida, desde el punto de vista de quien la sufre (que es lo importante en el plano jurídico-constitucional), como un mal. Más precisamente, puede entenderse como toda privación o restricción de derechos impuesta como consecuencia de una infracción normativa, cuyo carácter aflictivo (en el sentido de que es percibido como un mal por quien la sufre) es, a diferencia del de otras medidas restrictivas de derechos (como el embargo de los bienes del deudor), deliberado y no un mero efecto colateral no buscado, pues sólo de esa manera se produce el efecto preventivo-general que busca (Nino, 1980). La sanción es, por último, estigmatizante, pues simbólicamente busca señalar en forma negativa a quien se le impone como una forma de significar el rechazo institucional que provoca el delito cometido.

<sup>4</sup> Los acuerdos reparatorios y la derivación a instancias sociales son preferibles, desde los puntos de vista reparatorio y preventivo-especial, respectivamente, a la prosecución del proceso (con su carga estigmatizante) y la imposición de las sanciones de reparación (o servicios en beneficio de la comunidad) o de libertad asistida, que sólo se justifican si no es posible prescindir del proceso por la gravedad del conflicto concretamente producido (DVJJ, 1992; Couso, 1999).

<sup>5</sup> “4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

<sup>6</sup> En particular, sobre la cuestión del papel de la prevención especial en el Derecho Penal de adolescentes, véase Couso (2006).

## Fines de la sanción

En el debate político-criminal, son diversos los fines que se predicán de las sanciones. El Derecho penal de adolescentes no está al margen de estos fines (Albrecht, 1990), si bien se sostiene que en él ciertos fines se vuelven más relevantes, a saber, la prevención especial. Con todo, el sentido de la prevención especial en el Derecho penal de adolescentes queda más claro al analizarlo en relación con los diversos problemas político-criminales que enfrenta el sistema penal y los diversos momentos en que interviene.

**Prevención general negativa:** la pena tiene un fin orientado a la colectividad, con el objeto de inhibir la comisión de un delito bajo la lógica intimidatoria subyacente a la conminación penal (quien cometa esta conducta será sancionado con esta pena). Si bien es cierto que el efecto preventivo no viene de cada prohibición penal en particular, la existencia de un sistema de prohibiciones penales y de las instituciones y agencias que las imponen (policía, fiscales, jueces, sanciones) sí parece tener eficacia intimidatoria (Silva Sánchez, 1992), incluso entre adolescentes (Schumann et al., 1987).

**Prevención general positiva:** la pena tiene un fin orientado a la colectividad, con el objeto de dirigirle un mensaje simbólico que refuerce en ella la confianza en la vigencia de las normas, confianza que se vio afectada por la comisión del delito; el mensaje diría: pueden confiar en que no toleraremos este tipo de atentados y sancionaremos con pena al que los cometa.

En todo caso, la idea de que el sistema penal no tolerará la comisión de delitos es común a ambos tipos de prevención general, en el primer caso, para advertir a los potenciales delincuentes, en el segundo caso para tranquilizar a las potenciales víctimas. Ahora bien, el efecto tranquilizador de la pena orientada a la prevención general positiva (llamado por Luhmann “seguridad normativa”) es reducido si las penas no son eficaces efectivamente para prevenir delitos. Por eso, aun bajo la lógica de la prevención general positiva, es posible renunciar a la pena en favor de soluciones que públicamente sean percibidas como mejores soluciones al problema de fondo: respuestas resocializadoras prestigiosas, que se perciban como eficaces (es decir, que aporten lo que Luhmann denomina “seguridad cognitiva”) o procesos reparatorios satisfactorios para la víctima (Jakobs).

**Prevención especial positiva:** la pena tiene un fin orientado al infractor al que se le impondrá, con el objeto de entregarle herramientas para que no vuelva a delinquir en el futuro (resocialización, rehabilitación, inserción social, etc.).

Se trata de un fin que respecto de las penas privativas de libertad aparece como empíricamente inalcanzable, puesto que el encierro tiene precisamente el efecto contrario: favorece la reincidencia y el desarrollo de carreras delictuales.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Como resulta evidente al analizar las tasas de reincidencia de adolescentes internados en centros cerrados en aquellos países que más han invertido en este tipo de centros y que cuentan también con registros más confiables sobre reincidencia (para Alemania, cfr. Albrecht, 1993; para Estados Unidos, Feld, 1999).

**Prevención especial negativa:** en este caso la pena tendría un fin orientado al infractor con el objeto de eliminar su potencial dañino, ya sea “sacándolo de circulación” (encierro perpetuo o de larga duración), ya mediante su intimidación individual (para que “escarmiente”).

Se trata de un fin engañoso en el caso de la privación de libertad de adolescentes, pues en ningún sistema penal de adolescentes la privación de libertad tiene una duración suficiente para “sacarlos de circulación” durante un tiempo que compense, desde el punto de vista preventivo, el efecto criminógeno de la cárcel.<sup>8</sup> El resultado es contraproducente.

**Prevención especial de la no-desocialización como límite de la pena:** se trata de un fin buscado no mediante la imposición de una pena, sino precisamente mediante su evitación o su sustitución por una menos desocializadora (en el caso de las privativas de libertad). El presupuesto de este límite de la pena es la crítica al efecto criminógeno de las penas privativas de libertad, pero también del proceso, con su carga estigmatizante y desocializadora. De acuerdo con esta crítica, si la prevención especial en general no es alcanzable por medio de las penas y del proceso penal, y más bien hay razones para temer que éstos en general sólo traerán más delincuencia, entonces la prevención especial se convierte en un argumento y un criterio para evitar la imposición de una pena, o sustituir una privativa de libertad por una no-privativa de libertad, cada vez que la necesidad preventivo-general de pena (dependiente de cuán “intolerable” parezca el delito, en las circunstancias concretas) no sea demasiado alta (Cury, 1988).

Respecto de adolescentes, desde esta perspectiva se vuelve muy relevante el objetivo de evitar el primer arresto o de disminuir al máximo su impacto. Estudios empíricos dan cuenta de la alta correlación entre la experiencia del primer arresto y la probabilidad de futuros conflictos con la justicia,<sup>9</sup> especialmente si el primer arresto se produce durante la adolescencia, que aumenta hasta en cuatro veces la probabilidad de que vuelva a ingresar como adulto al sistema penal (Feld, 1999: 221-222).

## Fines de la pena en los diversos momentos de intervención del sistema penal

Sin perjuicio de las especificaciones que se harán para los diversos tipos de problemas político-criminales planteados por la delincuencia de adolescentes, en principio puede señalarse que los fines de la pena tienen roles diferenciados en los siguientes momentos (la diferenciación según estos momentos puede verse en Roxin, 1994):

- En la **conminación penal** (la amenaza de pena impuesta por el legislador): el fin es fundamentalmente la prevención general negativa.

<sup>8</sup> Feld (1999) reporta que en Estados Unidos (un país en que la duración de las sanciones de encierro para adolescentes fluctúan, según el Estado de que se trate, entre 3 años y 20 años) el promedio de duración de permanencia de un adolescente en un centro de privación de libertad es de un año. Ello resulta de que estructuralmente el uso de las penas se comporta como una pirámide, con un gran número de casos de encierro de corta duración, frente a un número cada vez menor de casos con mayor duración.

<sup>9</sup> Así lo demuestran, por ejemplo, Kalb y Williams (2002), aislando posibles factores ocultos que pudiesen ser la causa tanto de la infracción que dio origen al primer arresto como de las infracciones posteriores a él, concluyendo que el primer arresto tiene un efecto directo e independiente en la probabilidad de futuros arrestos.

- En la **imposición judicial de la pena** (la sentencia condenatoria): la pena cumple un fin preventivo-general de confirmación de la seriedad de la conminación, pero ello es algo que viene dado por los marcos penales, y no es un fin especial buscado por el juez en la individualización de la pena, que responde, en cambio, a un principio limitador (y no fundamentador) de la pena: el principio de culpabilidad, de acuerdo con el cual no puede rebasarse la medida de la culpabilidad, y también a consideraciones preventivo-especiales como un límite de la pena (prevención especial de la no-desocialización, como una razón que el juez tendrá en cuenta para preferir una pena no privativa de libertad, o una más leve, o incluso, durante el proceso, una razón para suspender el proceso o prescindir de él).
- En el **momento de la ejecución de la pena**: el punto de partida es la pena impuesta por el tribunal (que indirectamente también atiende al fin legal de confirmar la seriedad de la conminación). Pero el fin que preside la ejecución es la prevención especial positiva, por lo menos en relación a la configuración de la forma de cumplimiento. También puede estimarse que consideraciones de “prevención especial de la no-desocialización” operan como un límite en sede de ejecución penal, actuando como una razón para sustituir la pena por una menos desocializadora o para revocarla. Con todo, en ocasiones también se atiende, en la propia regulación legal de la ejecución penal, a consideraciones de prevención general (positiva y negativa), por ejemplo, señalándose tiempos mínimos de cumplimiento de la pena privativa de libertad, antes de autorizar una remisión de la pena.

Alternativas a la privación de libertad orientadas a la prevención especial

### Origen y desarrollo de la libertad vigilada/asistida

La libertad vigilada/asistida tiene su antecedente en la *probation* inglesa introducida durante la segunda mitad del siglo XIX, orientada a supervisar a los condenados que eran puestos en libertad por los tribunales, bajo supervisión de funcionarios dependientes del tribunal y, más tarde, de servicios especializados para evitar su reincidencia. Con la crítica a las penas privativas de libertad de corta duración (por insignificantes y desocializadoras) se desarrolla como alternativa al cumplimiento efectivo de las mismas.

Desde el punto de vista del tipo de condiciones a las que se sujeta a los condenados, se observa un tránsito desde un modelo único a una diversificación de acuerdo con el tipo de delito cometido. Así, por ejemplo, actualmente en Inglaterra y Gales el Probation Service ofrece un conjunto de programas dirigidos a comportamientos criminales específicos que se basan en una evaluación diferenciada, como los de los agresores sexuales, los conductores en estado de ebriedad, los autores de violencia intrafamiliar y los infractores que abusan de las drogas y el alcohol.

## **Tendencias recientes en las alternativas preventivo-especiales con adolescentes**

En la intervención socioeducativa con adolescentes, dirigida a la prevención especial positiva, parecen haber tenido gran influencia los enfoques criminológicos que explican la conducta delictual en base a los déficits de socialización experimentados por los niños y adolescentes infractores: respecto de estos sujetos se estima que la familia, la escuela, el trabajo y los grupos de pares no son espacios que estén logrando socializar a los niños y adolescentes en modelos pro-sociales sino que, o no logran ofrecer modelos de vida relevantes o les ofrecen modelos desviados o delictuales; esto último sería determinante, según la teoría de los contactos diferenciales (Sutherland), de acuerdo con la cual el aprendizaje de la conducta delictual está asociada a la precocidad, frecuencia e intensidad con la cual los niños y adolescentes tienen contactos significativos con personas que les ofrecen modelos delictuales (motivos y técnicas para delinquir).

Posiblemente ello explique que la libertad vigilada o asistida de adolescentes se haya desarrollado sobre la base de una explicación criminológica estandarizada y con un modelo técnico de intervención tan homogéneo e indiferenciado. La explicación de la conducta criminal ofrecida por esas teorías criminológicas se asume como la mejor explicación, para la casi totalidad de los infractores, y los programas y recursos se organizan para desarrollar con eficiencia (ahorro de recursos en hacer diferenciaciones muy sutiles) y “economías de escala” un único modelo de intervención. A las ventajas que, desde el punto de vista de política pública ofrece contar con una carta de navegación sencilla y común, se oponen las desventajas que derivan de la falta de alternativas de intervención preventivo-especial para hacer frente a los muchos “casos difíciles” que no responden a los pronósticos que se esperarían de acuerdo con la explicación criminológica y el modelo de intervención únicos. Por otra parte, también resulta problemático que respecto de adolescentes cuya conducta delictual no se encuentra influida por factores ambientales determinantes, sino que es más episódica, se desarrolle una intervención que de todos modos se extenderá a todos los campos donde se supone que se encuentra el problema de todos los adolescentes infractores.

En años recientes, sobre todo a partir de la instalación de leyes de justicia juvenil especializadas en diversos países de Europa y América Latina, se aprecia un giro (parcial) en el trabajo socioeducativo con adolescentes, en programas como los de libertad asistida, hacia una mayor diferenciación y focalización de la intervención, asociada a diagnósticos más prolijos, que intentan identificar los factores criminógenos específicos de cada adolescente. Las notas que se aprecian en estas recientes tendencias son, entre otras (Vásquez et al., 2005):

- Intervención mínima, enfocada hacia un comportamiento futuro conforme al derecho (“una vida futura sin delitos”).

- Identificación y trabajo sobre necesidades o dificultades más directamente asociadas a la conducta delictual (como factores criminógenos), con especial foco en la dimensión individual o de relaciones microsociales, sin desentenderse de la existencia de factores macrosociales.
- Definición de un modelo claro, con objetivos acotados, metodologías específicas para esos objetivos, y los tiempos estrictamente necesarios para ese trabajo.
- Identificación de especificidades para ciertas problemáticas peculiares, asociadas a intervenciones muy distintivas: por ej., cursos o seminarios (de pocos días de duración) para control de la agresividad respecto de agresores violentos; terapia individual (sin necesidad de otras actividades individuales o grupales) para modificación cognitivo-conductual.

La reparación como alternativa al proceso y a la sanción

### Diversos enfoques respecto de la reparación en la justicia juvenil

En la discusión político-criminal y la práctica comparadas respecto del papel y presupuestos de las medidas reparatorias en la justicia juvenil, es posible identificar diversos enfoques, que pueden ser reconducidos a cuatro tipos “ideales”:

- **Enfoque socioeducativo**, para el cual la reparación tiene un objetivo preventivo especial positivo, asociado a la idea de la “responsabilización”, como reconocimiento del daño causado y del valor de los intereses de la víctima lesionados por el delito.<sup>10</sup> Consecuencias: un especial interés en el proceso interno que viva el adolescente (aprendizaje socioeducativo) y exigencia de una actitud especial (empatizar con la situación de la víctima) así como de las competencias para lograr esa actitud; menor interés en los intereses reales de la víctima (que podrían ser más pragmáticos que obtener la empatía o el aprendizaje del adolescente, por ejemplo el pago de los perjuicios), por lo que podría darse la reparación aún sin víctima (aunque es preferible que exista, por razones socioeducativas).
- **Enfoque despenalizador**, para el cual el objetivo de la reparación es fundamentalmente servir de alternativa a una probable sanción privativa de libertad. Consecuencias: implica menores exigencias respecto del “perfil” del adolescente (puede tener menores competencias para empatizar o no empatizar en absoluto) o de su actitud interna (una actitud de cálculo de conveniencia no lo inhabilita); también implica menor interés en la víctima (puede darse reparación sin víctima); el objetivo es terminar con el proceso.

<sup>10</sup> Desde otro punto de vista, Braithwaite (1999) le asigna mayor eficacia preventiva especial a la justicia restaurativa, en la medida que el acuerdo se refiere no sólo a la reparación a la víctima, sino también a las medidas a adoptar para que el joven supere sus factores criminógenos, lo que redundará en un mayor compromiso del joven en el cumplimiento de esas medidas, comparado con la baja eficacia de las mismas medidas cuando son decretadas en forma coactiva por el tribunal (con apoyo en estudios empíricos específicos sobre la materia).

- **Enfoque victimológico**, para el cual el objetivo de la reparación es precisamente reparar a la víctima en los perjuicios morales (frustración, trauma y temor a ser víctima de nuevo) y materiales (costos económicos). Consecuencias: no se esperan necesariamente cambios socioeducativos en el adolescente (en la medida que repare), ni es necesario (de hecho puede ser problemático, por la posible sensación de que se manipule a la víctima) que la reparación vaya asociada a una ganancia despenalizadora para el adolescente; la reparación es compatible con el desarrollo paralelo del proceso e incluso con la imposición de una pena (puede realizarse antes, durante o después de la misma); la víctima es indispensable, aunque no es indispensable una conciliación-mediación (sino sólo la reparación que la víctima espera).
- **Enfoque “restaurativo”**: el objetivo del proceso reparatorio es la restauración de relaciones dañadas por el delito y el regreso del adolescente a la comunidad. Consecuencias: exige actitud y aptitud especial de los partícipes (infractor y víctima, así como de quienes los acompañan) para empatizar y entenderse, y un gran despliegue personal en el proceso (una cierta “liturgia”, que apela a una determinada idea de comunidad, densa, asociada con orígenes religiosos —en comunidades cristianas puritanas—); siempre supone una (re-)conciliación, si bien no necesariamente una víctima individual (puede conciliarse con representantes de “la comunidad”).

## Tendencias recientes sobre los Servicios en Beneficio de la Comunidad (SBC) y orientaciones derivadas de ellas

En las experiencias comparadas de aplicación de los SBC en sistemas penales de adolescentes se aprecian tímidamente ciertas tendencias novedosas, que bien pueden convertirse en orientaciones para su diseño y “presentación” (al Ministerio Público, a defensores y jueces), a saber:

1. Ampliar su foco de aplicación,<sup>11</sup> abarcando algunos de los usuarios tradicionales de la libertad asistida (por ejemplo, reincidentes, o autores de delitos un poco más graves), en razón de:
  - Sus objetivos menos ambiciosos, que la vuelven más apropiada para alcanzar un “cumplimiento exitoso”, que el sistema puede (y necesita) registrar.
  - Implica una intervención menos intensa en la vida y derechos del adolescente, bajo la vigencia de un modelo de justicia más atento a la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del delito y la sanción (la inmensa mayoría de los delitos cometidos por adolescentes son leves o de mediana gravedad).
  - Simbólicamente, en la percepción pública, está mejor asociada (que la libertad asistida, por ejemplo) a la idea de “sanción” y “responsabilidad”.

<sup>11</sup> Llegando en ciertos casos a superar a la libertad vigilada o sus similares, como parece ocurrir en las experiencias de Porto Alegre y Bélgica, reportadas por Vásquez et al. (2005), o en la de Leicester-Inglaterra, reportada en Werth (2005).

2. Incluir orientación o acompañamiento socioeducativo durante su ejecución, para asegurar cumplimiento exitoso y hacerse cargo de algunas complejidades psicosociales de los nuevos usuarios, que pueden tener menores “competencias sociales” y por tanto mayor riesgo de incumplir la medida y hacerse acreedores de una más grave, lo que se quiere evitar con ese acompañamiento.

### **El perfil del delito en la reparación a la víctima**

Aunque la recepción de la figura de la reparación a la víctima en el debate político-criminal chileno la entiende más bien asociada a delitos leves y a atentados a bienes jurídicos de importancia secundaria, la experiencia comparada da cuenta de que sus mayores potencialidades se ubican precisamente en una criminalidad más grave y en contra de bienes jurídicos personales (como la integridad corporal y la salud):

- En Nueva Zelandia la justicia reparatoria es el instrumento para resolver el noveno “decil” más grave de la criminalidad de adolescentes (y el décimo también, después del juicio y antes de la sentencia) (Masters, 2002).
- Desde el punto de vista técnico, y en base a las evaluaciones hechas por las propias víctimas de su satisfacción en procesos reparatorios, esta medida es especialmente apta para conflictos interpersonales, en que hay una víctima que se ve seriamente afectada (consternada) por el delito: en esos casos es en los que la víctima tiene las mayores ventajas psicológicas y simbólicas que ganar, y en los cuales es más esperable la modificación “cognitiva” en el autor necesaria para empatizar con la víctima y comprender el grave daño que se le ha causado (sobre todo delitos violentos o con amenaza de violencia, hechos de violencia intrafamiliar, etc.).

### **III. El Derecho penal mínimo de adolescentes y las necesidades de la política criminal frente a los diversos tipos de criminalidad**

Del análisis de los fines de la pena y los límites garantistas en un modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes, es posible concluir que la política criminal de adolescentes se enfrenta a necesidades diversas, dependiendo del tipo de problema que se le plantea, en términos del delito cometido y el carácter ocasional o habitual del mismo.<sup>12</sup> La Ley chilena, como todo sistema penal de adolescentes, parte también de esa base, como lo demuestra la regulación de las alternativas al proceso y a la pena privativa de libertad.

La determinación de los diversos grupos de criminalidad a considerar en el diseño de una política criminal diferenciada es una cuestión contingente, pero una distinción básica entre casos de infractores “primerizos” y habituales, por una parte, así como entre delitos leves

<sup>12</sup> La idea de diferenciar, en la definición de fines de la pena, según el tipo de criminalidad, es tomada de Naucke (1995).



o de mediana gravedad y delitos graves, por otro parte, tienen base tanto en las instituciones de la Ley (procedencia del principio de oportunidad, de las salidas alternativas y de las sanciones y medidas cautelares privativas y no privativas de libertad) como en el comportamiento y el discurso de los operadores del sistema de justicia.<sup>13</sup>

La definición de “criminalidad leve o de mediana gravedad” y su diferenciación respecto de la “criminalidad grave” es aproximativa y no rígida. Un primer criterio es la distinción entre simples delitos y crímenes, tomada del Código Penal, y empleada por la LRPA como frontera para la aplicabilidad de la internación provisoria, reservada para los crímenes,<sup>14</sup> que coincide con la distinción que establecía el Proyecto de LRPA que fue aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional. Así, son graves, por ejemplo, los robos con fuerza en las cosas, en lugar habitado, y los robos con intimidación o violencia, pero no lo son las lesiones simplemente graves ni los robos con fuerza en las cosas, en lugar no habitado.

La definición de criminalidad “ocasional” por oposición a “habitual”, tampoco es rígida. Se asocia, en primer lugar, a existencia o no de condenas penales anteriores, criterio relevante, por ejemplo, para la utilización de la suspensión condicional del procedimiento. Sin embargo, también se asocia a ingresos anteriores que fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad: para el fiscal, un adolescente que ya ha sido detenido en varias ocasiones y al que le ha “dejado pasar” su infracción en más de una ocasión a través de esa facultad, seguramente no será más un infractor ocasional, sino uno habitual.

Operacionalizando estas distinciones básicas, para definir las necesidades político-criminales prioritarias en cada caso, se llega al siguiente esquema:

## Criminalidad leve o de mediana gravedad ocasional

1. Principal necesidad: evitar o reducir el efecto estigmatizante de la primera detención, del proceso y de la pena, sobre todo mediante la aplicación del principio de oportunidad<sup>15</sup> (en caso necesario, con derivación a instancias normales de ayuda social —y en su caso, terapéuticas),<sup>16</sup> —dado que son casos en que la necesidad preventivo-general de proceso y pena ceden frente a la prevención especial de la no-desocialización.
2. Otras necesidades:
  - Mínimo efecto de intimidación individual (a través de la llamada de atención o advertencia que representa la detención o comparecencia ante la policía, cuando el fiscal finalmente aplicó el principio de oportunidad).

<sup>13</sup> Así resulta confirmado, para el caso chileno, de la investigación de Barros/Couso/Ramm (2005).

<sup>14</sup> Delitos sancionados en el Código Penal con penas privativas de libertad de más de cinco años.

<sup>15</sup> Esta opción se desprende de la CDN y las Reglas de Beijing (Medina, 2005: 14) y está en la base del esquema de resolución diferenciada de prácticamente cualquier sistema penal de los adolescentes. Así por ejemplo en Costa Rica, Bélgica y Alemania (Vásquez et al., 2005: 128, 65, 25), o en Estados Unidos (Werth, 2005: 78).

<sup>16</sup> Como ocurre en Brasil y Bélgica (Vásquez et al., 2005), en Nueva Zelanda (Masters), Canadá, Inglaterra y Estados Unidos (Werth, 2005: 13, 83, 53, 56).

- Restitución-reparación inmediata a la víctima; que es deseable y posible en sede policial-fiscal, en la medida que la reparación sea un criterio para aplicar principio de oportunidad y existe el riesgo de que una víctima insatisfecha se oponga a ello.
- En caso necesario, si el caso se judicializa, se necesita una respuesta rápida, que evite prolongar la exposición del adolescente al proceso penal, como:
  - Una salida alternativa (acuerdo reparatorio o suspensión condicional de “corta duración”).
  - Una sanción que ofrezca un mínimo efecto de advertencia al adolescente (amonestación) o de prevención general mediante sanción simbólicamente apropiada al delito (multa, reparación o servicios a la comunidad).

## Criminalidad leve o de mediana gravedad habitual

1. Principal necesidad: prevención especial positiva, a través de una alternativa a la cárcel, con un mayor nivel de control que la aplicación de principio de oportunidad, orientada a entregar herramientas al adolescente para una vida futura sin delitos. Ello puede buscarse mediante:
  - Una suspensión condicional, con condiciones vinculadas al acceso a prestaciones sociales y, en su caso, terapéuticas.
  - En caso necesario (por exigencias preventivo-generales de mayor “visibilidad” del ingrediente de control), una condena a libertad asistida.
2. Con todo, cuando pese a tener delitos anteriores no es clara la tendencia delictual o la necesidad de actuar específicamente sobre determinadas dificultades del joven, puede haber una necesidad sólo de una sanción simbólica, como los SBC.
3. Una necesidad asociada a la de evitar la cárcel es la de contar con medidas cautelares no privativas de libertad, serias y prestigiosas entre los operadores, que eviten el uso de la internación provisoria.

### **Necesidades específicas respecto de la libertad asistida**

La principal necesidad político-criminal relacionada con la libertad asistida consiste en que ella se convierta en, y se valide como, una medida eficaz para entregar las herramientas que ciertos adolescentes con tendencia delictual (expresada en la habitualidad) requieren para aumentar sus posibilidades de llevar en el futuro una vida libre de delitos (Albrecht, 1990).

Vinculado con ello, y por la compleja relación que en la libertad asistida se da entre esa tarea del delegado de entregar herramientas (“procurar por todos los medios a su

alcance el acceso efectivo a los programas y servicios que favorezcan su integración social)”, “orientándolo” y “motivándolo” para ello; Art. 13 LRPA) y la tarea de ejercer control y vigilancia sobre el adolescente —asociada a su componente preventivo general—, se plantea la necesidad de definir una forma de cumplir con ambas tareas que no conspire con ninguna de ellas. Ello es especialmente importante para definir cuál es el mínimo que debe “cumplir” el adolescente sometido a libertad asistida para evitar la sanción por quebrantamiento (que consiste en libertad asistida especial o internación en régimen semicerrado, Art. 52 LRPA) o la ejecución efectiva de la pena de internación que fue suspendida (en caso de imposición de una pena mixta de libertad asistida/internación, Art. 19 letra b LRPA) o sustituida condicionalmente por la libertad asistida (Art. 54 LRPA).

En el Proyecto de LRPA originalmente enviado por el Ejecutivo, al definirse la libertad asistida se partía de una clara distinción entre el eje de “control”, de cumplimiento obligatorio (y cuyo incumplimiento era sancionado como quebrantamiento), y el eje de la “orientación” al joven para el acceso a servicios necesarios para su integración social, considerado una oferta asociada a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) del adolescente (no sujeta a obligación, ni a sanción por incumplimiento).

Esa distinción se diluyó en la redacción de la LRPA aprobada finalmente, incluyéndose, como parte de las medidas de supervigilancia o “control” de la libertad asistida (Art. 13), la asistencia obligatoria a los programas socioeducativos y que, en el caso de la “libertad asistida especial” (Art. 14), exige “asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario”. Ello plantea una contradicción con la lógica de la “motivación” y “orientación” al joven, que el mismo precepto impone al delegado, y que proviene de la redacción del proyecto del Ejecutivo, que entendía que el acceso a estos programas y servicios no era un contenido de la sanción sino una tarea de promoción social y de los derechos del joven excluido socialmente, encomendada al delegado, paralela a su función de supervigilancia y control.

La confusión que esta redacción deja en torno a la verdadera naturaleza del rol del delegado en relación con la oferta de herramientas de integración social al joven, y la contradicción que una interpretación literal plantea con los principios de la CDN, hacen necesario interpretar la disposición para aclarar el “estatuto legal” de los componentes del plan personalizado dirigidos a la integración social.

Una parte de la respuesta parece estar precisamente en la concepción del niño como sujeto de derechos económicos, sociales y culturales, derivada de la CDN, derechos que se verían desnaturalizados si se los convierte en contenido de la sanción: el adolescente aparecería estando obligado a acceder a servicios que son necesarios para ejercer sus derechos a la salud, educación, capacitación, recreación, bajo la amenaza de ser privado de libertad si no ejerce sus derechos.

Pero otra parte de la respuesta parece derivar de una condición de la Libertad Asistida,<sup>17</sup> que se puede expresar de la siguiente manera: si el legislador (y en su caso el tribunal) renuncia a una pena más severa (la privación de libertad) en favor de la libertad asistida, ello es en general a condición de que se desarrolle una acción preventivo-especial sobre factores criminógenos (en búsqueda de “seguridad cognitiva”), acción que no está dispuesto a dejar a la voluntad del adolescente condenado. Ello se refleja en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América en materia de determinación del contenido de la libertad vigilada (por ejemplo, en *In re Miller*, 82 Ohio App. 3d 81, 1992), que tiende a admitir como parte del contenido de la sanción prohibiciones (controles) o **acciones** destinadas precisamente a revertir los factores directamente relacionados con el delito cometido y los que posiblemente puede cometer. La otra cara de la moneda es, en este caso, que sólo podrán ser parte de ese contenido obligatorio precisamente las acciones o prohibiciones directamente vinculadas con esos factores criminógenos, lo que se vincula también con la tendencia —que se apreció en los desarrollos comparados de este tipo de sanción— a focalizar la intervención.

Esta conclusión hace **necesario el desarrollo de un tipo de diagnóstico más dirigido a identificar esos factores criminógenos y un plan personalizado más focalizado en trabajar sobre los mismos** (por lo menos, en aquello que tenga de “obligatorio”), así como hace necesario contar con capacidades profesionales que permitan realizar ambas tareas.

Así, desde esta perspectiva, sigue siendo posible concluir que sólo pueden plantearse como obligatorias las acciones directamente vinculadas con los factores criminógenos del adolescente que han influido en los delitos cometidos por él y que, dado que los derechos fundamentales del adolescente tienen rango constitucional, no es posible someterlos a la lógica de la sanción, cuando en el plan personalizado se les incluye como un contenido de la oferta a la que éste tiene derecho. Por lo demás, los deberes del delegado asociados a la “motivación del adolescente” y de procurar por todos los medios a su alcance “el acceso efectivo” dan cuenta de que incluso en la nueva redacción hay aspectos del plan personalizado que siguen teniendo sentido como una labor promocional del delegado en favor de los DESC del adolescente y no como parte de la sanción que debe “cumplir”, bajo amenaza de ser privado de libertad si no lo hace.

## Criminalidad grave

1. Principal necesidad: una condena “visible” desde el punto de vista de las necesidades de prevención general positiva y negativa:
  - Con frecuencia, a través de privación de libertad.

<sup>17</sup> Que se hizo evidente en una de las Jornadas de Sistematización tenidas en cuenta en el Informe de Couso y Pérez (2005).

- En ciertos casos, también mediante alternativas no-privativas de libertad, como la libertad asistida, cuando esta relativa renuncia preventivo-general es necesaria para evitar un grave efecto desocializador (prevención de la no-desocialización como límite).
2. Precisamente en el segundo caso, también para este grupo de criminalidad es necesario contar con medidas cautelares no privativas de libertad, serias y prestigiosas entre los operadores, que eviten el uso de la internación provisoria.
  3. En ciertos casos, podrá prescindirse de la sanción orientada a la prevención general, cuando es posible reparar a una víctima dispuesta a ello.<sup>18</sup>

La idea de que también para este grupo de criminalidad aparezca como necesidad político-criminal la evitación de la cárcel en favor de alternativas orientadas a la prevención especial o a la reparación, podría parecer contraria a las necesidades públicas de castigo, asociadas a la prevención general (positiva y negativa). Sin embargo, evidencia empírica relativamente reciente da cuenta de la disposición que, en general y sin distinciones, una mayoría de la población chilena demuestra para aceptar respecto de la criminalidad de adolescentes alternativas a la cárcel orientadas a la rehabilitación o medidas reparatorias (que involucren directamente a los encuestados).<sup>19</sup>

Una cuestión que no es objeto de este estudio, pero que plantea necesidades para la implementación de la futura Ley, sobre todo en casos de delitos más graves, es la situación de los adolescentes que sean declarados inimputables por patologías psiquiátricas. La necesidad en este caso es la de darles rápida atención en el sistema de salud mental, apenas se sobresea la causa. En el caso que además no cuenten con padres o familiares que aseguren su arraigo y realización del tratamiento correspondiente, se hace necesario definir una oferta residencial no privativa de libertad.

## Criminalidad asociada a dependencia de las drogas o el alcohol

Fuera de esa distinción de tres grandes grupos de criminalidad, es posible identificar un problema político-criminal específico, que puede ser transversal a los diversos grupos de criminalidad, y que plantea necesidades específicas: se trata de la **criminalidad asociada a la dependencia de las drogas** (o el alcohol). El legislador también reconoció aquí un problema político-criminal específico, desde que la LRPA introdujo (desde el texto aprobado

<sup>18</sup> Nueva Zelanda es un buen ejemplo de la extensión que puede darse a la reparación como forma de resolver incluso ciertos casos de delitos graves (Masters, 2002). Como se verá al examinar la regulación de la reparación a la víctima en la LRPA, es claro que en Chile aquella no es un recurso disponible para este tipo de criminalidad.

<sup>19</sup> Se trata de la Primera Encuesta Nacional de Opinión Pública ICSO-UDP, agosto de 2005, en la que sólo un 34% los encuestados cree que la cárcel es la mejor manera de rehabilitar a un menor de edad, y un 61% de los encuestados estaría dispuesto a encontrarse con un infractor adolescente para una reparación penal.

en la Cámara de Diputados) una sanción especial de obligación de someterse a tratamiento de rehabilitación por adicción, convirtiendo así a la droga en el único factor asociado a la criminalidad de adolescentes que es objeto de un tratamiento especializado. La experiencia piloto de un trato especial de los infractores toxicodependientes en Valparaíso, bajo el modelo de las *drug courts*, es otra muestra de la relevancia político-criminal del problema. Por ello, y por la importancia de la droga como factor asociado al delito de adolescentes, se considera necesario identificar las necesidades que la LRPA plantea para enfrentar adecuadamente este problema (ver Gómez, 2006).

En síntesis, este problema plantea las siguientes necesidades:

- Asociada a delitos leves o de mediana gravedad ocasionales: dado que en el delito ocasional es muy dudosa la existencia de peligrosidad delictual asociada a la dependencia de drogas o alcohol, no se justifica imponer la sanción especial de tratamiento, sino, como en cualquier caso de criminalidad ocasional leve o de mediana gravedad, privilegiar la no-intervención penal, derivando el caso al sistema de salud y/o de protección de derechos del niño y el adolescente, atendidas las necesidades especiales de salud del adolescente (que no serán tratadas bajo la lógica de la sanción, sino de su derecho a acceder a prestaciones de salud).
- Asociada a delitos leves o de mediana gravedad habituales: surge como necesidad principal una rápida derivación a un programa de drogas, en cuyo desarrollo la justicia penal de adolescentes tendrá un interés más directo. El modelo de las *drug courts*, aplicable bajo la institución de la suspensión condicional del procedimiento, es una modalidad que es vista como más apropiada, por los propios operadores, que la sanción de tratamiento. En todo caso, si se impone la sanción de tratamiento, típicamente será como complemento de una sanción principal de libertad asistida.
- Asociada a delitos graves, éstos serán objeto de una sanción principal que debiera considerar como hipótesis de imputabilidad disminuida una importante atenuación de pena. La sanción de tratamiento, en tal caso, podría ser accesoria de una principal de libertad asistida. En casos de delitos muy graves, sancionados con pena privativa de libertad, se requiere asegurar oferta de tratamiento al interior de los centros, sea como oferta para los adolescentes encerrados, sea como forma de dar cumplimiento a la sanción accesoria de tratamiento.

## Diversas vías para recurrir a prestaciones sociales y terapéuticas

Dependiendo de la gravedad del delito y de la reiteración de los mismos, el sistema penal de adolescentes ofrece diversos caminos cuando se opta por entregar al adolescente apoyo social o terapéutico para superar sus dificultades, en lugar de imponer una sanción orientada a la prevención general. Más precisamente, la necesidad de escoger un camino

se plantea respecto de adolescentes infractores que requieran oferta social compensatoria o medidas de protección especial: apoyo escolar, capacitación laboral, terapia, tratamiento de drogas, apoyo familiar, acogimiento familiar o residencial, etc.

A partir de las necesidades político-criminales planteadas por los diversos tipos de criminalidad, pero considerando también la preferencia por la ayuda social normalizada, basada en la adhesión personal del joven a los programas que la ofrecen, se concluye que en estos casos, en los que se está dispuesto a renunciar a la búsqueda de una sanción severa, para priorizar la superación de las dificultades del adolescente, el modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes impone el siguiente orden de preferencia:

- Primera opción: desestimación por oportunidad y derivación a red social y de protección. Ventaja: evitar el estigma del proceso y el uso de la detención cautelar (Congreso de Jueces y de la Asistencia Judicial Juvenil Alemana, DJJV-Comisión, 1992).
- Segunda opción: suspensión condicional, asociada a prestaciones sociales y de protección estrictamente necesarias (por ej., tratamiento de adicción en el modelo de las *drug courts*), como condiciones de la suspensión. Ventajas: salida precoz reduce estigma del proceso y de la sanción; gestión de la oferta social es normalizada (no desde el sistema penal de adolescentes).
- Tercera opción: sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad (o de reparación a la víctima), asociada a prestaciones sociales y de protección estrictamente necesarias (a diferencia de libertad asistida). Ventaja: prestaciones sociales y de protección no forman en absoluto parte de la sanción (se evitan distorsiones propias de la ayuda social coactiva).
- Cuarta opción: sanción de libertad asistida (combinación de control y de gestión de acceso a oferta social y de protección), separando hasta donde sea posible función de control y de apoyo para acceso a oferta social y de protección (en todo aquello que no esté directamente asociado a un factor criminógeno). Ventaja (objetivo): no hacer depender la sanción por incumplimiento de la *performance* del adolescente respecto de la oferta social y de protección.
- Quinta opción: sanción de internación en régimen semicerrado con plan individual que incluya acceso a oferta social y de protección externa. Ventaja (objetivo): establecer y mantener vínculos de adolescente con oferta normalizada.
- Sexta opción: sanción de internación en régimen cerrado, con plan individual que incluya acceso a oferta social y de protección normalizada. Objetivo: lograr que la gestión del acceso a esa oferta sea ajena a la administración del centro, y que se mantenga un continuo entre la oferta inicial, la etapa de preparación al egreso y la de apoyo a la inserción social de los egresados (en su caso, bajo la modalidad de libertad asistida sustitutiva de la internación).

#### **IV. Algunas expresiones del modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes en la LRPA, y tensiones introducidas en su fase final de tramitación**

##### Principio de oportunidad

El Proyecto de LRPA, tanto en la versión presentada por el Ejecutivo como en la aprobada por la Cámara de Diputados, reconocía un amplio espacio al principio de oportunidad, acogiendo los principios reconocidos al respecto en la CDN (Art. 40.3) y las Reglas de Beijing (Regla 11). Así, hasta la versión “Cámara” de la LRPA, el principio de oportunidad, según el Art. 55 del Proyecto, podía llegar a aplicarse no sólo para la criminalidad leve, sino también para la de mediana gravedad, alcanzando hasta los robos con fuerza en lugar habitado. En cambio, la versión definitiva de la LRPA obliga (en su Art. 35) a considerar el límite impuesto por el Art. 170 del CPP (que el delito no tenga asignada una pena superior a presidio menor en su grado mínimo), pero modificado a partir de la reducción de pena dispuesta por el Art. 21 de la LRPA;<sup>20</sup> con ello el límite de delitos llegaría, por ejemplo, hasta los robos con fuerza en lugar no habitado o en bienes nacionales de uso público, así como a las lesiones simplemente graves (Art. 397, N° 2, CP), pero no a los robos con fuerza en lugares habitados o destinados a la habitación.

Aún así, como se puede apreciar, por efecto de la aplicación de la regla del Art. 21, el campo de aplicación del principio de oportunidad es considerablemente mayor que para imputados mayores de edad. Además, explícitamente debe considerarse, por parte de los fiscales, como criterio para decidir ejercer esta facultad, “la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado” (Art. 35 LRPA), lo que excluye la posibilidad de instrucciones a los fiscales que excluyan genéricamente determinados delitos del campo de la facultad de oportunidad, pues ello impediría hacer el examen caso a caso (atendiendo a la incidencia de la decisión en la vida futura de cada imputado en particular) al que la Ley obliga al fiscal.

En cambio, el otro criterio de aplicación especial del principio de oportunidad que originalmente consideraba el texto aprobado por la Cámara, a saber, “para la mejor solución del conflicto jurídico-penal”, que hacía alusión a la posibilidad de una mediación-reparación con la víctima, desapareció de la redacción definitiva. Con todo, ello no debiera tener consecuencias restrictivas para que la existencia de una disposición del joven y de la víctima a iniciar un proceso de mediación-reparación se vea como un antecedente favorable para el ejercicio de la facultad de oportunidad, en la medida que de todos modos este escenario habla a favor de esta salida desde el punto de vista de una atención a “la vida futura del adolescente imputado”.

---

<sup>20</sup> “Artículo 21.- Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”.



## Suspensión condicional, asociada a prestaciones sociales y terapéuticas

La suspensión condicional no es objeto de regulación especial en el texto definitivo de la LRPA. De acuerdo con el CPP, requiere que el fiscal, “con acuerdo del imputado”, lo proponga al juez (Art. 237 CPP). El límite de delitos no es claro para los adolescentes, pero la referencia del CPP al límite de que “la pena que pudiere imponerse... no excediere de tres años de privación de libertad” (Art. 237, a, CPP) en una interpretación pro reo debe entenderse referida a la pena concreta que podría imponerse al adolescente (y no a la pena asignada para el delito por el CP, ni siquiera considerando la rebaja del Art. 21).

Con ello, casi no habría límite de delitos para la suspensión condicional, lo que la convierte en un recurso muy flexible, en manos de los fiscales, para preferir resolver incluso casos de delitos graves mediante la promoción de la superación de las dificultades del joven. La vigencia del principio acusatorio, que deja la decisión sobre el ámbito de aplicación de esta salida a los fiscales, hace que este recurso no sea problemático desde el punto de vista de las eventuales necesidades de prevención general que pueden desaconsejar la renuncia a la pena: los fiscales, de acuerdo con sus objetivos político-criminales respecto de la criminalidad de adolescentes, podrán hacer un uso amplio de este recurso si confían más en la eficacia de la oferta social o terapéutica para que el joven supere sus dificultades que en el limitado “aporte” preventivo de una pena de encierro de corta o mediana duración.

De acuerdo con la experiencia previa a la entrada en vigencia de la LRPA, la principal forma como se asocia la suspensión condicional a las prestaciones sociales y terapéuticas respecto de adolescentes es el uso de los Programas de Intervención Ambulatoria (PIA) (Barros/Couso/Ramm, 2005), que son los que, además, implementan los programas de libertad asistida. Esto plantea un problema y una nueva necesidad.

El problema es que bajo un marco legal que trata a la libertad asistida como una sanción (de hecho, la más severa de las no-privativas de libertad), es decir, que exige la previa declaración en juicio de la responsabilidad del adolescente por un delito, permitir su imposición en las mismas condiciones, pero sin juicio ni declaración de responsabilidad, viola el principio de legalidad y jurisdiccionalidad.

La necesidad, sin embargo, es que siga siendo posible para el fiscal preferir ofrecer herramientas al adolescente, eludiendo el juicio y la declaración de responsabilidad, aun en casos de delitos que no permiten el ejercicio de oportunidad o en los cuales la víctima se opuso a él. Ello plantea una necesidad concreta: la de definir órganos y programas capaces de supervisar el cumplimiento exitoso de las condiciones de las suspensiones condicionales, de manera diferenciada respecto de la libertad asistida (es decir, evitando que la suspensión se convierta en una forma de imponer sanciones de libertad asistida sin juicio), de manera de favorecer su empleo respecto de este grupo de criminalidad, evitando los efectos estigmatizantes del proceso.

Fuera de lo dicho, la regulación de la suspensión que fue “importada” desde el CPP para la LRPA (por la vía de la aplicación supletoria del CPP) plantea un problema considerable en relación con el plazo de duración de las condiciones (de 1 a 3 años; Art. 237 CPP), que es excesivamente largo para emplearlo como salida alternativa en la criminalidad leve o de mediana gravedad, siendo que aun si se condenara en estos casos las sanciones probables —con contenido similar (como la libertad asistida) o menos restrictivo para el adolescente— pueden llegar a durar mucho menos.

Es fundamental, entonces, para que la suspensión sirva de alternativa menos gravosa, una reducción de estos plazos, así como una regulación que la diferencie sustancialmente de la sanción de libertad asistida, pero tomando de ésta el trabajo con las dificultades del adolescente.

Con esas modificaciones, la regulación de la suspensión condicional en la LRPA permite hacer de ella una herramienta muy adecuada para responder a las necesidades político-criminales identificadas para los diversos grupos de criminalidad.

Si esas modificaciones legales no se producen, la práctica judicial puede y debe imponer un empleo de esta salida alternativa en términos de garantizar que no se esté utilizando en forma encubierta para imponer la pena de libertad asistida para delitos para los que por ley no corresponde o, en todo caso, burlando la garantía de que no hay pena sin juicio.

## Medidas cautelares

En relación con las medidas cautelares, la internación provisoria en régimen cerrado conserva en el texto definitivo de la LRPA una regulación restrictiva, en la medida que la permite sólo para casos de imputación de conductas que, de ser cometidas por mayores de dieciocho años, constituirían crímenes (Art. 32 LRPA). Sin perjuicio de ello, por exigencia de proporcionalidad entre la medida cautelar y la pena probable (Art. 33 LRPA), el internamiento provisorio no será aplicable —aun tratándose de la imputación de un crimen— cuando de acuerdo con las reglas de determinación de las sanciones sea esperable una sanción no privativa de libertad (lo que constituye la esencia de la garantía, para evitar medidas cautelares más graves que las penas que corresponderán en definitiva).

Fuera de ello, el principio de subsidiariedad se añade a esas restricciones al empleo del internamiento provisorio. Para que este principio se aplique efectivamente, es fundamental que esas otras medidas cautelares funcionen, sean controladas y se validen como presigtiosas entre fiscales y jueces de garantía, que podrán decidir su solicitud y aplicación en vez de la prisión preventiva. Es una necesidad de la Ley, entonces, vinculada con ese objetivo político-criminal, contar con oferta de calidad en esta materia.

## Medidas reparatorias

La reparación a la víctima, en el texto definitivo de la LRPA, puede emplearse como alternativa al proceso, o como sanción.

Como alternativa al proceso puede utilizarse bajo dos modalidades:

- Como condición de la suspensión condicional consistente en “pagar una suma, a título de indemnización de perjuicios” (Art. 238, e, CPP), lo que exige que el fiscal, “con acuerdo del imputado”, lo proponga al juez (Art. 237 CPP). El límite de delitos, como se vio, prácticamente no existe y dependerá del uso que los fiscales hagan de este flexible recurso, que, sin embargo, bajo la restringida condición de indemnización de perjuicios, no resulta el más apropiado para la mayoría de las mediaciones y reparaciones de adolescentes, destinadas a otro tipo de reparación (por ejemplo, una reparación simbólica o “moral” a la víctima, como la petición de disculpas o la realización de una actividad en beneficio de la víctima). La naturaleza y los plazos de la suspensión condicional, además, resultan inadecuados para la reparación, forzando a veces la sujeción del joven a otras condiciones (como la de concurrir periódicamente a presentarse ante una autoridad), que parecen superfluas y, en su caso, contraproducentes, en una situación que ya parece satisfactoriamente resuelta con la reparación.
- Como acuerdo reparatorio, entre imputado y víctima. El Proyecto-Cámara regulaba especialmente los acuerdos reparatorios, señalando que procedería a instancias del fiscal o de la defensoría (“que procurarán disponer de equipos especializados destinados a mediar entre la víctima y el imputado para favorecer estos acuerdos”), y que debían ser ratificados y aprobados en audiencia judicial (Art. 57). Procedía para infracciones no graves, más robo con fuerza en las cosas en lugares habitados.

El texto definitivo de la LRPA restringe severamente la aplicación de los acuerdos reparatorios, al someterlos a la misma regulación del CPP (cuasidelitos, delitos patrimoniales y lesiones menos graves, Art. 241 CPP), ignorando su potencialidad para resolver conflictos más graves (ver sección anterior). Ello resulta contradictorio si se considera que el principio de oportunidad (y la reparación que la fundamenta) puede aplicarse —como se vio— para algunos delitos más graves.

En cambio, como se vio, la reparación ya no aparece como un antecedente específico para aplicar el principio de oportunidad, si bien nada impide que en consideración a la incidencia de su decisión “en la vida futura del adolescente” se tome en cuenta el interés, la posibilidad y la conveniencia de resolver el conflicto en mediación-reparación con la víctima.

La reparación y los Servicios en Beneficio de la Comunidad (SBC) también pueden utilizarse como sanción penal de adolescentes.

En el Proyecto aprobado por la Cámara, los SBC y la reparación (como sanción) en principio eran aplicables sólo para casos de infracciones no graves, pero excepcionalmente para infracciones graves, cuando el tribunal “lo justifique fundadamente en base a los criterios señalados en el artículo 20 de la presente ley” (Art. 19, inc. 1º).

En el texto definitivo de la LRPA, para analizar la situación de este tipo de sanciones hay que diferenciar entre la “reparación del daño” (a la víctima) y los “servicios en beneficio de la comunidad”.

En relación con la sanción de “reparación del daño”, y a pesar de las dudas que plantea el alambicado sistema de determinación de las sanciones, casos paradigmáticos de delitos de adolescentes que en la “versión Cámara” eran susceptibles, como regla general, de ser castigados con sanciones reparatorias (por ser infracciones no graves), como el robo con fuerza en lugar no habitado o las lesiones simplemente graves, también serían en definitiva sancionables con la “reparación del daño”. En cambio ahora no son susceptibles de esta sanción, ni siquiera excepcionalmente, delitos como el robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o el robo con intimidación<sup>21</sup> (que en el Proyecto-Cámara sí podían llegar a serlo, no sólo en forma excepcional, como “infracciones graves”, sino bajo la regla general, como infracción no grave, si están frustrados), ni tampoco los simples delitos castigados en el Código Penal con presidio menor en su grado máximo (como el aborto de la adolescente embarazada o el tráfico de marihuana por parte de un adolescente), salvo cuando —según el caso— la concurrencia de pluralidad de atenuantes (sin agravantes), de una atenuante “muy calificada” o de una atenuante de “eximente incompleta” a la que se aplique el efecto del Art. 73 del CP, determine la aplicación de una pena inferior en uno, dos o tres grados a la que correspondería al adolescente después de aplicada la reducción en un grado contemplada por el Art. 21 de la LRPA.

La reparación del daño a la víctima, entonces pierde, en la regulación que alcanzó finalmente en el texto de la LRPA parte importante de su potencial para resolver conflictos interpersonales serios o para evitar la privación de libertad prefiriendo SBC. Las necesidades político-criminales que hacen aconsejable el empleo de esta medida chocan, en consecuencia, con esta nueva regulación tan restrictiva.

Por lo que respecta a los servicios en beneficio de la comunidad, en cambio, su ámbito de aplicación está más cerca de lo que había dispuesto la versión del Proyecto aprobada por la Cámara, sin alcanzar sin embargo a los delitos de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Pero sí podrán ser objeto de esta sanción los delitos que en

<sup>21</sup> A menos que la interpretación que fiscales y jueces hagan de las normas se haga cargo de las particularidades de los hechos cometidos por adolescentes (por ejemplo, en casos típicos de “matonaje” entre pares, que pasan por sustraerse cosas con violencia), para lo cual puede valorarse que en estos hechos hay menor culpabilidad por parte del agresor, a causa de un insuficiente (o inexistente) conocimiento y comprensión de la antijuridicidad material del hecho (la gravedad del atentado al bien jurídico propia de la figura compleja “robo con violencia o intimidación”), en ciertos casos, o una ausencia del requisito “ánimo de lucro”, en otros (con lo que en ambas hipótesis sólo subsistiría un delito de coacción o amenaza y, en su caso, de lesiones); la misma dificultad interpretativa (con las mismas opciones de resolución) se presentaría para escoger la aplicación de una sanción no privativa de libertad para estos hechos.

la legislación penal de adultos tienen una pena que parta en presidio o reclusión menor en su grado máximo, como los indicados más arriba.

## La libertad asistida como alternativa a la privación de libertad para la criminalidad media o “simplemente” grave de carácter habitual

La libertad asistida es la sanción de la LRPA a la que más habitualmente se asocia un efecto preventivo especial. Su campo de aplicación en esta Ley es amplio, alcanzando incluso a delitos que podrían considerarse “simplemente” graves (por oposición a una categoría ulterior de delitos extremadamente graves). De hecho, la creación —durante la tramitación del proyecto en el Senado— de una modalidad de cumplimiento especialmente intensa, la “libertad asistida especial”, parece haber incidido en que esta sanción no privativa de libertad se haya ofrecido al juzgador como una opción en el segundo tramo más grave de delitos definido en el Art. 23 (delitos que, para los adultos, tienen un marco penal que comienza con penas de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo), evitando que el tribunal quedara en estos casos obligado a imponer sanciones no privativas de libertad.

En cambio, si bien el legislador permite la aplicación de esta sanción en todo el campo de la criminalidad de mediana gravedad y “simplemente grave”, no excluyó, sin embargo, para este grupo, la posibilidad de aplicación de las sanciones privativas de libertad: no hay ningún delito para el cual pueda emplearse la libertad asistida que no sea, además, susceptible de ser sancionado con privación de libertad (si bien en dos de los cuatro tramos en que ambos tipos de sanciones son aplicables, la internación sólo procede en su modalidad “semicerrada”: tramos tercero y cuarto del Art. 23 LRPA).

Con todo, si se aplica correctamente el principio del Art. 26, inc. 1º, LRPA, que establece que la privación de libertad será una medida de último recurso, entonces lo normal será que en los tramos de criminalidad en que ambos tipos de sanciones son aplicables el tribunal partirá de la hipótesis de que la sanción aplicable será la libertad asistida u otra no privativa de libertad, y sólo excepcionalmente, cuando se justifique especialmente por la fiscalía la necesidad de llegar al “último recurso”, aplicará la internación.

Esta regulación convierte a la libertad asistida en un recurso importante para evitar la privación de libertad en los delitos de estos grupos de criminalidad, orientándose especialmente a los infractores que vienen delinquirando en forma más o menos habitual, para los cuales seguramente se desestimará la aplicación del principio de oportunidad o salidas alternativas. Además, en atención a las restricciones contempladas por la LRPA al uso de la medida cautelar de internación provisoria, estos casos, cuya pena probable sea la libertad asistida y no la internación, durante el proceso normalmente no podrán ser objeto de aquella cautelar.

La reserva de esta sanción para la delincuencia más habitual no viene exigida explícitamente por la LRPA, pero debe deducirse de la definición de su naturaleza y contenido, que supone la existencia de condiciones que operan como factores criminógenos en la vida del adolescente y su entorno, que precisamente la sanción quiere remover, y cuya presencia no puede razonablemente argumentarse si no es a través de la evidencia que sobre ello ofrece un historial delictual más o menos nutrido en el adolescente. En cambio, respecto de un adolescente que comete por primera vez un delito de criminalidad mediana la afirmación de que se encuentra expuesto a factores criminógenos que requieren una intervención institucional específica no se sostiene.

Una ventaja de la regulación final de esta sanción, en comparación con la del Proyecto del Ejecutivo y la versión sancionada por la Cámara, es que se eliminó el plazo mínimo de duración. Ello permite modular la libertad asistida de forma más compatible con el principio de intervención mínima y con su orientación hacia las características del caso concreto y de los factores criminógenos que, respecto de cada joven en particular, tiene sentido intervenir por esta vía.

## Reducción del efecto negativo de las sanciones privativas de libertad

La LRPA contempla importantes instrumentos para que, en los casos de criminalidad grave, donde puede ser difícil evitar que las exigencias de prevención general determinen una sanción privativa de libertad, los nocivos efectos de esas sanciones —en términos de desocialización y de afectación de los derechos de los adolescentes— sean reducidos en la medida de lo posible:

- El régimen semicerrado de cumplimiento de la privación de libertad: de hecho, bajo esta modalidad, la internación en régimen semicerrado se configura en la LRPA como una sanción autónoma, distinta de la internación en régimen cerrado, y aplicable en lugar de esta última respecto de los delitos que caigan dentro del tramo segundo del artículo 23, hipótesis en que el régimen semicerrado será en principio preferible, como la alternativa menos desocializadora.
- Las facultades judiciales, en sede de control de la ejecución, de sustituir las penas (también las privativas de libertad) por otras menos gravosas, cuando ello “parezca más favorable para la integración social del infractor” (Art. 53 LRPA), así como la de remitir la pena (o el resto de pena) si ya “se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición”. Si bien, respecto de las sanciones privativas de libertad, para decidir la remisión será necesario que se haya cumplido a lo menos la mitad del tiempo impuesto en la condena.
- La pena mixta, que permite decidir en la sentencia que una parte del tiempo que deba durar la sanción privativa de libertad se cumpla mediante la libertad asistida

(normalmente a ejecutarse con posterioridad a la primera), de manera de reducir el tiempo de cumplimiento efectivo de privación de libertad (Art. 19, a, LRPA), y, en casos muy excepcionales —si la sanción privativa de libertad dura no más de 540 días—, con la posibilidad de imponer únicamente la porción correspondiente a la libertad asistida, dejando en suspenso la ejecución de la parte privativa de libertad (Art. 19, b, LRPA).

- La nueva pena mixta (introducida por la Ley N° 19.121), que permite decidir que una parte de la sanción de internamiento del primer tramo del artículo 23 —que, en principio, sólo puede cumplirse bajo el régimen cerrado— se cumpla bajo la modalidad de régimen semicerrado a partir del tercer año (opción que sólo vino a reducir parcialmente el endurecimiento del marco penal para los delitos de este tramo, consistente en haberse eliminado la alternativa de imponer derechamente la sanción de internamiento en régimen semicerrado).

## **A modo de conclusión**

Una lectura de la LRPA fiel a sus objetivos y a los principios constitucionales y de derecho internacional que la gobiernan debe conducir a aplicar sus instituciones y normas con una orientación de política criminal minimalista, de acuerdo con el modelo del Derecho penal mínimo de adolescentes. Sin embargo, no siempre el tenor literal de la LRPA garantiza que sus instituciones y normas sean aplicadas precisamente con esa orientación: es perfectamente posible (si bien abandonando algunos principios explícitos de la misma) emplear la LRPA desde la perspectiva de un maximalismo punitivo. La implementación del primer modelo, entonces, depende de la orientación que las autoridades e instituciones encargadas de la aplicación del nuevo sistema le impriman. Las primeras señales, a siete meses de la entrada en vigencia de la LRPA, parecen contradictorias, y son, en todo caso, todavía muy fragmentarias para sacar conclusiones claras, de modo que la aplicación efectiva o no de una política criminal de adolescentes minimalista en estos primeros meses de vigencia de la LRPA no ha sido objeto de análisis en este trabajo. Se trata, por cierto, de una cuestión central que debe ser monitoreada y analizada por las instituciones vinculadas al sistema de responsabilidad penal, así como por los especialistas en la materia, pues el modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes parece ser la única alternativa razonable, hoy por hoy en Chile, para enfrentar el problema de la delincuencia juvenil y de la respuesta estatal frente a la misma en consonancia con los principios garantistas y los objetivos preventivos que justifican esta importante reforma.

## Bibliografía

Albrecht, Peter-Alexis (1990), "El Derecho penal de menores", traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, Barcelona, 1990.

Albrecht, Peter-Alexis (1992), "Respecto del futuro del Derecho penal de menores -peligros y chances", traducción de Bustos Ramírez, en Bustos Ramírez (director), Un Derecho penal del menor, Santiago de Chile.

Albrecht, Peter-Alexis (1993), "Jugendstrafrecht", 2ª edición, München, 1993.

Barros, Paula/Couso, Jaime/Ramm, Alejandra (2005), "Estudio sobre las necesidades institucionales y programáticas para la implementación de la futura Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes", inédito, UDP-Sename.

Braithwaite, John (1999), "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol. 25, 1999.

Couso, Jaime (1999), "Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?", en coautoría con Ana María Farías y colaboradoras, Facultad de Ciencias Sociales U. de Chile-UNICEF, Santiago, 1999.

Couso, Jaime y Pérez, Carola (2005), "Informe: Sistematización y Proyección de Experiencias de Trabajo en Medio Libre con Adolescentes Infractores de Ley", elaborado para Sename, el 31.08.2005, inédito.

Couso, Jaime (2006), "Principio educativo y (re) socialización en el Derecho penal juvenil", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 8, UNICEF, Santiago, 2006, pp. 51-64.

Cury Urzúa, Enrique (1988), "La prevención especial como límite de la pena", ADPCP.

Duce, Mauricio (2004), "El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que Crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas", *Revista de Derechos del Niño* N° 2, UNICEF-UDP, Santiago, enero de 2004, pp. 99-113.

DVJJ-KOMMISSION (1992), "Für ein neues Jugendgerichtsgesetz. Vorschläge der DVJJ-Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts", en DVJJ-J.

Feld, Barry (1999), "Bad Kids: Race and the Transformation of the Juvenile Court".

Gómez, Alejandro (2006), "Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la Ley N° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación y otras cuestiones no resueltas", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 8, UNICEF, Santiago, 2006.

Jakobs, Günther (1995), "Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación", traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid.



Kalb, Guyonne y Williams, Jenny (2002), "The Relationship between Juvenile and Adult Crime", Melbourne Institute Working Paper No. 4/2002, University of Melbourne.

Luhmann (1993), "Das Recht der Gesellschaft", Frankfurt am Main.

Masters, Guy (2002), "Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia restaurativa", *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, Santiago, 2002.

Medina, Claudio (2005), "Proyecto de Responsabilidad Penal Juvenil: Acerca de una nueva respuesta a la criminalidad leve", Tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Infancia, Adolescencia y Familia, inédita. Universidad Diego Portales.

Naucke, Wolfgang (1995), "Strafrecht. Eine Einführung", 7ª ed., Neuwied-Kriftel-Berlin.

Nino, Carlos Santiago (1980), "Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito", Buenos Aires.

Platt, Anthony (1982), "Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia", México.

Roxin, Claus (1994), "Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 2ª ed., München.

Schumann, Karl F./Berlitz Claus/Guth Hans-Werner/Kaulitzki, Reiner (1987): "Jugendkriminalität und die Grenzen der General prävention", Neuwied-Darmstadt.

Silva Sánchez, Jesús-María (1992), "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona.

Vásquez et al. (2005), "Justicia Juvenil. Modalidades socioeducativas. Experiencias internacionales y nacionales". Opción, Fondef-Conicyt, Santiago.

Werth, Francisca (2005), "Sistemas de justicia juvenil: La experiencia comparada. Estados Unidos/Canadá/Reino Unido", Hanns Seidel Stiftung/Fundación Paz Ciudadana, Santiago.

Zimring, Franklin (2002), "The Common Thread: Diversion in the Justice of Juvenile Courts", en *A Century of Juvenile Justice*. Margaret K. Rosenheim, Franklin E. Zimring, David S. Tanenhaus, y Bernardine Dohrn (editores). University of Chicago Press.